

A ADVOCACIA PÚBLICA NA DEFESA DA CIDADANIA E DA DEMOCRACIA



COORDENAÇÃO
TAISA CINTRA DOSSO
PATRÍCIA HELENA MASSA
ALBERTO SHINJI HIGA



COORDENAÇÃO
TAISA CINTRA DOSSO
PATRÍCIA HELENA MASSA
ALBERTO SHINJI HIGA

A ADVOCACIA PÚBLICA NA DEFESA DA CIDADANIA E DA DEMOCRACIA

SÃO PAULO

2021



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

A Advocacia pública na defesa da cidadania e da democracia [livro eletrônico] /
coordenação Taisa Cintra Dosso, Patrícia Helena Massa, Alberto Shinji Higa. --
São Paulo : Escola Superior de Advocacia da OAB SP, 2021. Mobi

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-87351-45-2

1. Administração pública
2. Advocacia pública - Brasil
3. Cidadania
4. Corrupção - Combate
5. Democracia
6. Poder público
- I. Dosso, Taisa Cintra.
- II. Massa, Patrícia Helena.
- III. Higa, Alberto Shinji.

Índices para catálogo sistemático:

1. Advocacia pública : Direito : Brasil 34(81)

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427



SÃO PAULO

DIRETORIA OAB SP: Gestão 2019/2021

PRESIDENTE

Caio Augusto Silva Dos Santos

VICE-PRESIDENTE

Ricardo Toledo Santos Filho

SECRETÁRIO-GERAL

Aislan De Queiroga Trigo

SECRETÁRIA-GERAL ADJUNTA

Margarete De Cássia Lopes

DIRETORA TESOUREIRA

Raquel Elita Alves Preto

ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA - ESA OAB SP

DIRETORIA ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DA OAB SP

DIRETOR ESA OAB SP

Fernando Fabiani Capano

VICE-DIRETORA ESA OAB SP

Letícia de Oliveira Catani

CONSELHO EDITORIAL ESAOABSP

Otávio Luiz Rodrigues Júnior

Gianpaolo Poggio Smanio

Felipe Chiarello de Souza Pinto

Carlos Eduardo do Nascimento

Tatiana Shirasaki

Liton Lanes Pilau Sobrinho

COORDENAÇÃO TÉCNICA

Coordenador Geral ESAOABSP

Adriano de Assis Ferreira

Coordenador Acadêmico

Erik Chiconelli Gomes

Revisão Técnica

Raíssa Moreira Lima Mendes Musarra

Apoio Técnico-Operacional

Marcos de Jesus Martins Izidoro



APRESENTAÇÃO

A Advocacia Pública exerce função essencial à administração da justiça. O Código de Processo Civil atribui à Advocacia Pública as seguintes atividades: “defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta”.

As Advogadas e Advogados Públicos desempenham o papel de controle, defesa e fiscalização jurídica dos atos da administração, razão pela qual também estão a defender a cidadania e a democracia. Por isso, falar sobre Advocacia Pública é tão importante quanto falar de viabilização de políticas públicas, de preservação do patrimônio público e de prevenção e combate à corrupção, tudo com o objetivo de garantir e manter o Estado Democrático de Direito.

Esta coletânea de artigos, com temáticas abrangentes e que impactam diretamente o papel exercido pela Advocacia Pública tanto no Sistema Judiciário, quanto na sociedade, aborda a essencialidade da profissão, suas prerrogativas, a importância da reforma tributária e administrativa para o bom funcionamento público, os métodos alternativos de solução de conflitos e os procedimentos disciplinares que regem o exercício profissional.

Organizado pela Comissão Permanente da Advocacia Pública da OAB SP e publicado pela Escola Superior de Advocacia da Seccional paulista, a obra intitulada “A Advocacia Pública na defesa da Cidadania e da Democracia” é uma excelente referência para aqueles que desejam se aprofundar em temas e desafios que envolvem o dia a dia da Advocacia Pública brasileira.

Caio Augusto Silva dos Santos

Presidente da OAB SP



PREFÁCIO

Um dos maiores orgulhos da atual gestão da Seccional Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil se assenta na atuação firme e independente das comissões estaduais. Destaque especial está a merecer a trajetória da Comissão da Advocacia Pública (CAP, como é carinhosamente conhecida).

Sob a Presidência da competente advogada, Patrícia Helena Massa, a CAP procurou defender os interesses em todas as esferas de trabalho da advocacia pública. E, para tanto, de forma inédita, formou-se uma direção executiva abrangente, com três vices presidentes, assim nomeadas para alcançar os três níveis de poder (federal, estadual e municipal): Rita Dias Nolasco (vice-presidente para a área federal), Raquel Barbosa (vice-presidente para a área estadual); e Taisa Cintra Dosso (vice-presidente para a área municipal). Comando feminino em sua plenitude.

A CAP, dada sua preocupação em representar os colegas inscritos em todo o Estado, desde o princípio contou com inúmeros integrantes e consultores, que, dedicados, transformaram a atuação da Comissão e ampliaram significativamente a defesa da advocacia pública. Democratizou efetivamente a participação dos colegas. Elevou a representatividade. A prestigiosa posse solene dos integrantes, diga-se de passagem, foi um marco.

E essa postura se revelou salutar, a começar porque, de forma mais forte, conseguiu espriar a intransigente defesa dos honorários sucumbenciais, que pertencem aos advogados públicos, a representar prerrogativa inalienável de toda a classe.

E não foram poucos os esforços da CAP nesse sentido. Já na antevéspera da formação atual da Comissão, o mundo jurídico se viu surpreendido com a distribuição de Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, por parte da Procuradoria Geral da República (ADI 6053).

Felizmente, e após muita luta da advocacia pública nacional e da Ordem dos Advogados do Brasil – a CAP paulista muito trabalhou nesse tema -, a ação foi julgada improcedente, prevalecendo o correto - e definitivo - entendimento de que os honorários sucumbenciais pertencem, sim, à advocacia, pública ou privada. Resultado que merece ser celebrado. Mas a luta continua, pois os projetos de lei que buscam a revogação dessa prerrogativa profissional ainda persistem.



A valorização da advocacia pública por intermédio da CAP avançou ainda mais. A começar pelo ingresso, na qualidade de assistente (ou amicus curiae), em inúmeros processos judiciais, em incontáveis municípios, sempre na defesa dos colegas envolvidos nessas ações.

Por outro lado, a Comissão formatou e organizou dezenas de eventos, reuniões, palestras, seminários, participou de Encontro Nacional da Advocacia Pública, sempre com o propósito de, cada vez mais, aumentar a intensidade dos trabalhos desenvolvidos e difundi-los, além de sedimentar o entendimento de que a advocacia pública desempenha função essencial à preservação do Estado Democrático de Direito, tão atacado ultimamente e que mereceu atenção vigilante da CAP.

Quantas e tantas providências vieram a ser adotadas pela Comissão para fazer cumprir a lei, seja no quesito relacionado à obrigatoriedade da participação da OAB nos concursos de ingresso de procuradores municipais, seja para estrita observância ao princípio da impessoalidade, seja para coibir a realização de certames para contratações em caráter temporário. Nesses pontos, a firme atuação de todo o grupo representou um divisor de águas na história da Comissão.

Muitas outras atividades poderiam aqui ser citadas. Pela brevidade do espaço, registro apenas a iniciativa da elaboração do projeto de regionalização da CAP, pleito há muito esperado, e que vai ganhando forma, com o auxílio de muitas mãos, dentre as quais a do Conselheiro Seccional Sérgio Guerreiro, experiente gestor da Instituição.

E agora, para tudo coroar, lança a CAP um inédito e-book (mais uma iniciativa pioneira!). E, para minha alegria, recebi o honroso convite para redigir o presente prefácio, dessa substanciosa obra coletiva, que se destina a toda advocacia. Enobreceu-me em demasia a distinção. Isso porque a feliz ação da CAP conseguiu reunir qualificada plêiade de advogadas, advogados, procuradores (as), professores (as) e doutores (as) em direito, que ostentam efetiva militância quotidiana no sistema de justiça e possuem conteúdo jurídico de referência.

Os temas aqui tratados representam conhecimento, saber e estímulo a todos nós para que prossigamos com nossos ideais de Justiça e com o perene aprimoramento das instituições. Destaco alguns deles, em especial o combate à corrupção e à lavagem de dinheiro; a questão referente à administração pública consensual e a resolução de conflitos; a legalidade da negociação com o poder público, a relevância da advocacia



pública nos processos arbitrais; a inovação tecnológica nos municípios e o papel da advocacia pública, entre tantos outros.

Trata-se, assim, de obra extremamente didática, de leitura simples, ao mesmo tempo com conteúdo aprofundado, a desaguar em coletânea de qualidade, técnica, sistemática, que não se afasta do rigor científico e da abordagem profunda em relação ao papel institucional da advocacia pública.

Parabenizo ainda a CAP pela preocupação em observar a participação ampla dos profissionais envolvidos no e-book, a ponto de convidar profissionais com atuação em inúmeros municípios do Estado de São Paulo. Essa regionalização consubstancia um dos pilares da atual gestão da OAB/SP, em que se valoriza a Advocacia em todo território paulista.

Assim, ganha o livro mais um ingrediente positivo, pluralista, porque introjeta a realidade vivenciada por procuradores (as) em diversas localidades deste Estado, de forma a ampliar o espectro de valoração técnica.

Saúdo, da mesma forma, os autores. Compartilhar o saber, disseminar o conhecimento, contribuir de alguma forma para a reflexão e capacitação profissional dos quase quatrocentos mil colegas inscritos nos quadros da Seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil, enfim, participar ativamente do processo educacional, com o debate de ideias e exposição de problemas concretos da atualidade, tem um significado ímpar, enriquecedor, que toca a alma da Advocacia paulista.

O sentimento de realização é pleno, completo. O livro coroa a celebrada atuação da Comissão e, certamente, constitui leitura obrigatória para os operadores de direito em geral e, especialmente, para os procuradores públicos federais, estaduais e municipais.

Ricardo Toledo Santos Filho

Vice-Presidente OAB/SP



BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADVOCACIA PÚBLICA

A Advocacia Pública está intimamente ligada à democracia e ao seu fortalecimento. O [processo de redemocratização do Brasil](#) passou a demandar uma maior sindicabilidade das ações do Estado. Assim, sob pressão de alguns setores da sociedade, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) superou o modelo clássico de [tripartição das funções do Estado e previu, no seu Título IV, Capítulo IV, o rol das Funções Essenciais à Justiça](#), que naturalmente devem ostentar substancial grau de independência dos demais Poderes tradicionais da doutrina clássica. Ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, está a Advocacia Pública está prevista nos artigos 131 e 132 da CRFB e incumbida da zeladoria jurídica do Estado e do seu patrimônio.

Nesse contexto, à Advocacia Pública é reservada a elevada missão de estabelecer a comunicação entre os subsistemas da política e do direito e a tarefa institucional de compatibilizar as políticas públicas legítimas, definidas pelos representantes eleitos pelo povo, às molduras do ordenamento jurídico. Assim, a inserção da Advocacia Pública no capítulo das Funções Essenciais à Justiça não tem um significado restrito ao exercício da função jurisdicional do Estado, mas se liga aos valores inerentes ao Direito, à Democracia e à Cidadania.

Portanto, a Advocacia Pública consiste no segmento da Advocacia que intensivamente atua na defesa da ordem jurídica e da democracia, uma vez que coopera com a estabilidade dos diversos ambientes jurídicos em que o Estado atua, oferecendo as balizas do ordenamento jurídico e delimitando os limites da atuação do gestor público de acordo com as normas confeccionadas sob a égide do processo legislativo. O advogado público, como parte desse todo, na sua perspectiva cooperativa de atuação, é o agente responsável pelo primeiro ponto de controle de legalidade dos atos e negócios administrativos, em apoio ao fortalecimento do regime democrático.

Nesse contexto, sempre ciente dos seus limites de atuação, a Advocacia Pública também está incumbida da defesa da cidadania. A sua capacidade de atuação preventiva, sistêmica e proativa revelam esse segmento da Advocacia como de fundamental importância para o atendimento isonômico dos administrados, servidores públicos, fornecedores e prestadores de serviço e para a racionalização e agilidade do



Sistema de Justiça, com o auxílio que presta à implementação de políticas públicas, à defesa do interesse público, à consensualidade administrativa e, por que não dizer, à equalização dos valores democráticos, humanistas, sociais e econômicos traçados pelo Constituinte de 1988.

Esta obra, que tenho a honra de comentar, possui como eixos temáticos a Advocacia Pública como função essencial à justiça, as prerrogativas inerentes ao exercício dessa função constitucional, a sua relação com as políticas públicas, os impactos das Reformas Tributária e Administrativa, os métodos autocompositivos de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública e o procedimento disciplinar, de modo que vem contribuir para a revelação da importância dessa função de Estado para defesa dos direitos e garantias fundamentais em diversas perspectivas.

Esta obra coletiva, organizada pela Comissão Permanente da Advocacia Pública da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo (OABSP), demonstra, de forma bastante didática, a experiência e o compromisso de destacados membros das carreiras da Advocacia Pública com as novas diretrizes que orientam o proceder da Administração Pública e o respeito à Cidadania.

Marcello Terto e Silva

Presidente da Comissão Nacional da Advocacia Pública



**PARECER PADRÃO OAB/SP CAP SOBRE CONTROLE DE JORNADA DE
TRABALHO DOS(AS) ADVOGADOS(AS) PÚBLICOS(AS) POR MEIO DE
CONTROLE DE PONTO DIÁRIO ELETRÔNICO OU MANUAL**

A temática do controle de jornada de trabalho dos(as) Advogados(as) Públicos(as) por meio de controle de ponto diário eletrônico ou manual sempre foi *questão recorrente* no âmbito dessa D. Comissão da Advocacia Pública, razão pela qual fora objeto, em 2018, de detido e exaustivo exame pela D. Comissão de Estudos para elaboração de pareceres padrões, composta, à época, pelos ilustres Membros, Dra. Anna Cândida Alves Pinto Serrano, Dra. Nilma de Castro Abe, Dra. Renata Ferrero Palone e Dr. Rafael Prandini Rodrigues, culminando com a elaboração e a aprovação do respeitável **PARECER PADRÃO Nº 01/CAP**.

Considerando que mesmo diante da orientação contida no citado Parecer, até hoje ainda é elevado o número de pedidos de providências apresentados à esta Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP, em virtude de afronta às prerrogativas dos(as) Advogado(as) Público(as) para o adequado exercício de suas funções, bem como as recentes decisões sobre a temática prolatadas pelo Poder Judiciário e por Órgãos de Controle, pertinente se faz a incorporação de novos elementos ao respeitável Parecer acima mencionado, destacando, inclusive, o Enunciado nº 05 constante da **CARTA DE SÃO PAULO**, firmada no **1º Encontro de Presidentes das Comissões de Advocacia Pública dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil**, ocorrido no **segundo semestre de 2019**.

De início, para tanto, necessário se faz a transcrição integral do Parecer Padrão nº 01 da Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP, em face da sólida e abrangente análise jurídica, seja sob o prisma da Constituição da República e da legislação infraconstitucional, seja sob o prisma doutrinário e jurisprudencial:

PARECER PADRÃO N.º 1/CAP

ASSUNTO: Advogados Públicos Concursados Submetidos a Controle de Ponto Presencial Diário



EMENTA: Advogados Públicos Concursados Submetidos a Controle de Ponto Presencial Diário – O Controle de Ponto Presencial Diário é Incompatível com o Exercício da Advocacia.

O número expressivo de expedientes analisados pelos membros da Comissão da Advocacia Pública ao longo dos anos de 2016 e 2017 com a temática da submissão, de Advogados Públicos concursados, a controle de ponto presencial diário demonstrou que se trata de uma demanda repetitiva, que tem impactado o trabalho dos membros desta Comissão.

Ademais, o tema foi objeto de análise e de elaboração de Parecer por praticamente todos os membros da Comissão, e os expedientes foram analisados em reuniões plenárias, de modo que o tema foi exaustivamente debatido, e ao fim, foi fixado o entendimento prevalecente da Comissão, o que será demonstrado a seguir. Antes de adentrar ao mérito, convém esclarecer que o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia do Conselho Federal da OAB, publicado no Diário de Justiça em 16.11.1994, prevê expressamente:

“SEÇÃO II - DA ADVOCACIA PÚBLICA

Art. 9º Exercem a advocacia pública os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, das autarquias e das fundações públicas, estando obrigados à inscrição na OAB, para o exercício de suas atividades. Parágrafo único. Os integrantes da advocacia pública são elegíveis e podem integrar qualquer órgão da OAB.

Art. 10. Os integrantes da advocacia pública, no exercício de atividade privativa prevista no Art. 1º do Estatuto, sujeitam-se ao regime do Estatuto, deste Regulamento Geral e do Código de Ética e Disciplina, inclusive quanto às infrações e sanções disciplinares.

No mesmo sentido o Provimento n.º 114/2006 do Conselho Federal da OAB, que dispõe sobre a Advocacia Pública, prevê de forma idêntica:

“Provimento n.º 114/2006 - O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos arts. 54, V, e 8.º, § 1.º, da Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994, tendo em vista o decidido no Processo CON n.º 0018/2002/COP, RESOLVE:



Art. 1.º A advocacia pública é exercida por advogado inscrito na OAB, que ocupe cargo ou emprego público ou de direção de órgão jurídico público, em atividade de representação judicial, de consultoria ou de orientação judicial e defesa dos necessitados.

Art. 2.º Exercem atividades de advocacia pública, sujeitos ao presente provimento e ao regime legal a que estejam submetidos: I - os membros da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal, da Consultoria-Geral da União e da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil; II - os membros das Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal; III - os membros das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das respectivas entidades autárquicas e fundacionais; IV - os membros das Procuradorias e Consultorias Jurídicas junto aos órgãos legislativos federais, estaduais, distrital e municipais; V - aqueles que sejam estáveis em cargo de advogado, por força do art. 19 do ADCT. “

Dessa forma, o presente Parecer será aplicável às categorias de advogado público concursado e que exerça suas funções nos órgãos e entidades mencionados no Regulamento Geral da Advocacia e no Provimento n.º 114/2006 da OAB.

Após estas considerações preliminares, passo à análise do mérito:

1 – DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DO ADVOGADO PÚBLICO

A advocacia pública está prevista na seção II, do capítulo IV, do Título IV, da Constituição Federal, como uma das funções essenciais à justiça (artigos 131, 132)[1]. A ela compete, no âmbito da União, representar judicial e extrajudicialmente as entidades públicas, exercendo as atividades de consultoria e assessoramento jurídico. O ingresso em uma das carreiras da advocacia pública dá-se por meio de concurso público de provas e títulos e seus membros estão submetidos a estatutos próprios (artigos 131 a 134 da Constituição Federal)[2].



O compromisso do advogado público[3][4] é com a sociedade. A sua missão não é defender cegamente o órgão a que está vinculado ou o governante que está no poder no momento. Exerce uma advocacia de Estado[5] não de governo. Mira o interesse público primário[6], está comprometido com a lei e com a preservação do Estado Democrático de Direito.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto leciona que:

“O dever precípua cometido aos Advogados e Procuradores das entidades estatais é o de sustentar e de aperfeiçoar a ordem jurídica, embora secundariamente, e sem jamais contrariar essa diretriz constitucional, possam atuar em outras missões de natureza jurídica, voltadas às atividades-meios, como sejam as que venham a ser desenvolvidas em sustentação a medidas governamentais, à assessoria jurídica etc. (2002, p. 182, grifo nosso). Para que possa cumprir a contento o seu objetivo de proporcionar condições para uma Administração Pública conforme à lei e à Constituição, o advogado público deve exercer sua função com independência, livre de ingerências externas e internas[7] indevidas.

Qualquer tentativa de interferir na sua atuação, sem um amparo na legislação e na Constituição, é danosa e deve ser prontamente combatida por ele e pelos órgãos de controle da Administração. É um direito[8] do advogado e um dever ético zelar por esta independência.[9][10] Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona:

“Nos Poderes Judiciário e Legislativo não existe hierarquia no sentido de relação de coordenação e subordinação, no que diz respeito às suas funções institucionais. No primeiro, há distribuição de competências entre instâncias, mas uma funcionando com independência em relação à outra; o juiz da instância superior não pode substituir-se ao da instância inferior, nem dar ordens ou revogar e anular os atos por este praticados.” [14]

Rodolfo de Camargo Mancuso traz a seguinte lição:

O respeito à autonomia e à independência do labor advocatício, em essência, não difere do regime que beneficia outros operadores do Direito – agentes políticos, integrantes de carreiras de Estado -, notando-se, v.g., que o magistrado forma livremente sua convicção e finaliza seu ofício



quando sentencia o feito – Código de Processo Civil, arts. 131 e 463 -, independentemente, pois, de o julgado vir ou não reformado na instância recursal; assim também o promotor de justiça, embora tenha apresentado denúncia instauradora da ação penal, pode, inobstante, ao final da instrução opinar pela absolvição do acusado.[20] Destaca ainda o nobre professor: “com relação ao advogado, a Constituição Federal o considera ‘inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’ (art. 133).” (2003, p. 507)

Deve-se ressaltar que o fato de não haver previsão expressa no texto constitucional quanto à independência funcional, não retira dos advogados públicos essa garantia. Não seria razoável concluir que a Constituição conferiu tamanha atribuição Advocacia Pública, sem que estipulasse os meios para que pudesse alcançar o seu propósito.

Embora não haja uma previsão expressa quanto à independência de seus membros, tal garantia é condição inasfatável para que Advocacia Pública possa cumprir a sua missão. Sobre a questão vale transcrever a explicação de Marcelo Rogério Barragat:

“A ausência de expressa previsão de independência, para determinados agentes, no texto constitucional, não significa que tal prerrogativa se limite aos que expressamente a tem garantido. De fato, não vemos, por exemplo, esta garantia expressa para os parlamentares, juízes, ministros de Estado, assim como vários outros agentes que são considerados políticos e, portanto, à luz da doutrina ora comentada, possuem ampla independência, para o exercício de suas funções, sempre na proporção necessária a este fim. Seria possível imaginar o defensor público sofrer ingerência do governante, para ajuizar ação temerária ou infundada em favor de um afeto político, ou de não ajuizar a cabível, em defesa de um necessitado desafeto? Seria possível o procurador do Estado aquiescer com o pagamento de um débito sem precatório ou ferindo sua ordem cronológica, ou pior, ilícito (ilíquido e incerto), atendendo à ordem do governante? Poderia deixar de recorrer, embargar a execução, abster-se de defender ou ajuizar ações?[21]

Diante dessas reflexões, conclui o nobre estudioso:



“Assim, as funções dos membros destas procuraturas não podem prescindir dos meios necessários ao exercício de suas atribuições constitucionais, essenciais à Justiça e aos demais poderes, sob pena de subversão e perturbação das suas funções típicas. Por essas razões vemos que os §§1º e 2º, do artigo 127, da CF/88 apenas alçaram a nível constitucional, garantias que há muito já existiam, como se vê da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, nos seus artigos 2º e 12 e no artigo 28, do CPP. Decorrem elas das características de toda função essencial à Justiça. Se o constituinte derivado revogasse o dispositivo, a independência dos membros ministeriais permaneceria, em razão dessa essencialidade à Justiça que a inspiraram, para o correto exercício de suas atribuições constitucionalmente institucionalizadas. Inclusive, vários dispositivos expressos da Constituição apenas enfatizam princípios nela já positivados em outros momentos. O interprete deve considerar estes princípios, mais que a literalidade do texto ou métodos singelos e precipitados de interpretação. (2006, p. 6824)

Outro ponto que merece ressalva, desde já, diz respeito a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Essa prerrogativa não é “um cheque em branco” a livrar esses profissionais de responsabilidades.[29] Independência não significa irresponsabilidade. Como agentes públicos, submetem-se a órgãos de controle interno e externo e ao externarem suas opiniões devem considerar o objetivo final da Advocacia de Estado. O móvel de instituição desses organismos jurídicos foi o de subsidiar a Administração Pública com elementos jurídicos para que seus atos correspondam o mais possível a legalidade. Assim, o advogado público no exercício de sua função[30], embora também inviolável por seus atos e manifestações, não pode furtar-se de cumprir com o seu papel de guiar, nortear, subsidiar, sob o aspecto legal e constitucional, a conduta do administrador público. Deve evitar o ato inválido, o prejuízo ao erário, a demanda judicial temerária. Dessa forma, a sua liberdade de opinião é limitada pelo seu fim de orientar a autoridade a praticar o comportamento ideal dentro do prisma do interesse público primário.



2 – OS ADVOGADOS DESENVOLVEM ATIVIDADE ESSENCIALMENTE INTELECTUAL

O Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei no 8.906, de 1994):

“Art.1º São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas”.

A atividade de postulação em juízo reclama uma singular mobilidade e flexibilidade de horários de atuação profissional em função, entre outros aspectos: a) de audiências de instrução e julgamento no âmbito dos processos em tramitação; b) de conversações diretas com magistrados, os “despachos”; c) necessidade de consulta de processos nos cartórios e/ou outras repartições do ente público; d) observância de prazos processuais que inúmeras vezes demanda a realização de trabalhos à noite, feriados e final de semana; e) estudo doutrinário e jurisprudencial visando à construção de argumentação jurídica na defesa dos interesses do cliente, tanto na esfera judicial quanto extrajudicial.

Por outro lado, as atividades de consultoria e assessoria jurídicas invariavelmente exigem uma carga considerável de reuniões (internas e externas) com os mais variados agentes que possuem dados e informações, técnicas ou não, essenciais para a eficiência do desempenho do órgão público assessorado.

Acrescente-se, o trabalho intelectual de adequar toda a atividade do órgão público, em regra de execução de políticas públicas e concretização de interesses públicos, aos ditames do ordenamento jurídico pátrio brasileiro, recheado de inúmeras leis e atos normativos em constante mutação.

Existem, ainda, momentos agudos de plantões ou esforços concentrados em razão de certas atuações especiais dos órgãos públicos que exigem o trabalho do advogado em período noturno, feriados e finais de semana.

Assim, é possível afirmar que o profissional da advocacia desenvolve atividade essencialmente intelectual, não desenvolve atividades físicas, e o produto das atividades advocatícias, geralmente concretizadas em textos ou manifestações técnico-jurídicas escritas, não exigem elaboração em espaços físicos determinados ou em intervalos de tempo inexoravelmente



limitados aos expedientes tradicionais das empresas privadas ou repartições públicas.

Aliás, o trabalho do advogado, na sociedade contemporânea, sofre influência do avanço tecnológico, e diversos insumos relevantes para a atividade jurídica podem ser encontrados em meios eletrônicos, notadamente na rede mundial de computadores (internet).

Assim, a advocacia pode ser considerada uma das profissões mais fortemente vocacionadas para o trabalho à distância, caracterizada pela desnecessidade de deslocamento físico para as dependências da empresa ou repartição pública tomadora dos serviços profissionais, o que envolve uma série de vantagens, particularmente de redução de despesas pessoais, organizacionais e sociais, para o trabalhador e para o empregador.

Portanto, é viável afirmar que o compromisso do profissional da advocacia é com a qualidade do trabalho intelectual realizado, com a consistência da argumentação técnico-jurídica apresentada e com a satisfação quantitativa das demandas de atuação com o nível de excelência mencionado. Impor limites artificiais e desnecessários ao exercício da advocacia, notadamente de caráter físico e temporal, não concorre para a realização do melhor desempenho técnico-profissional em benefício justamente daquele que contrata ou remunera o profissional da advocacia.

Neste sentido, torna-se imprescindível garantir ao advogado público, a flexibilização de horário para o eficiente exercício de suas atribuições, o que, como acima mencionado, não comporta limitação temporal face ao desempenho de atividade eminentemente intelectual que, por vezes, será exercida em ambiente externo.

Por outro lado, a ausência de controle de ponto, seja através de livro de ponto ou controle eletrônico (biométrico), não se converte no direito de se ausentar de forma permanente e injustificada do seu local de trabalho, até porque o advogado público, como funcionário público, deve atender aos princípios constitucionais da legalidade e eficiência.

Neste sentido, deve atender à demanda de trabalho que lhe é atribuída, bem como atender a telefonemas, responder e-mails, atender à convocação de



reuniões de trabalho, apresentar relatórios, e outras demandas inerentes ao trabalho.

E ainda, diante da realidade do processo virtual (eletrônico) em detrimento de processos físicos, com intimações e protocolos de petições eletrônicos, e considerando que boa parte do trabalho do advogado é um trabalho intelectual, pode-se falar, cada vez mais, em realização de trabalho fora do local fixo, de novas formas de distribuição de trabalho nas Procuradorias e novas formas de comprovação da produtividade do trabalho do procurador.

3 – DA GARANTIA DE EXERCÍCIO DA ADVOCACIA COM LIBERDADE E INDEPENDÊNCIA TÉCNICA

O Estatuto da Advocacia e da OAB garante ao advogado o exercício da profissão com liberdade, garantindo a independência técnica desejada e necessária para manifestação advocatícia. Eis os dispositivos do diploma legal aludido que expressamente confirmam essa consideração:

“Art. 7º São direitos do advogado:

I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional; (...)

Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia. (...)

Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

§1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância”.

Essas definições legais são corolários, sob certo ângulo de análise, do status constitucional da profissão de advogado. Afinal, quando o art. 133 da Constituição afirma que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, não é possível conceber a realização de suas relevantes funções num ambiente refratário à liberdade profissional e a independência técnica.

Assim, a hierarquia administrativa ou empregatícia não alcança a seara do exercício estritamente técnico-profissional das atividades do advogado. O



advogado possui integral autonomia para construir seu raciocínio técnico-jurídico e concretizar uma atuação específica nas áreas do contencioso e da consultoria. Não é válida juridicamente nenhuma interferência alheia na atuação técnico-profissional do advogado, mesmo que oriunda do empregador ou do superior hierárquico. Em outras palavras, não é lícito ao empregador ou ao superior hierárquico expedir ordens, comandos ou orientações técnicas para dirigir a atuação profissional do advogado para esta ou aquela conclusão, salvo a fixação legítima e genérica de entendimentos para uniformização da atuação jurídica do órgão ou entidade (que, a rigor, não interfere no raciocínio jurídico desenvolvido por cada advogado).

Cabe destacar que a interferência indevida ou ilegítima do empregador ou superior hierárquico no exercício do direito de liberdade profissional e da garantia de independência técnico-jurídica pode (e efetivamente assume) contornos mais sutis.

Para alcançar certos objetivos específicos, em termos de conclusões de manifestações jurídicas, ou mesmo para a criação de um ambiente genericamente propício a pressões indevidas ou ilegítimas no campo técnico profissional, certos recursos podem ser manejados como meios indiretos.

Nessa perspectiva, a criação de toda uma sorte de restrições ou limitações indiretas indevidas pode comprometer a liberdade profissional do advogado. Uma delas é justamente o controle inflexível de horário e de presença em determinados locais de trabalhos, quando as atividades não reclamam realização especificamente naqueles horários e locais.

Registre-se que a afronta à liberdade profissional não exige a intenção deliberada e consciente de alcançar finalidade indevida ou mesmo a utilização concreta de certas limitações ou restrições. A simples existência ou normatização das exigências ou limitações já agride o estatuto legal do exercício da profissional de advogado pelo demérito à profissão e pelo potencial de ilicitude estabelecido.



Indiscutível, portanto, que a flexibilidade de horário e a possibilidade de exercer seu múnus público em diversos locais, fora de um escritório ou repartição pública e fora do horário de expediente são inerentes, hoje, a uma boa atividade advocatícia.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já reconheceu que “É consabido que o Procurador desloca-se durante o horário de expediente para realizar audiências ou representar a administração além das fronteiras do espaço físico que ocupa na seção de trabalho. O exercício da advocacia tem como pressuposto a maleabilidade” (Mandado de Segurança Nº 0003133- 89.2016.8.19.0000.)

O advogado jamais poderá prever o volume de intimações judiciais que serão publicadas em determinado momento (agravadas pela crescente judicialização e, como vimos, pela implantação do processo eletrônico) e, dada a fatalidade do prazo judicial, que pode ser estipulado em horas, o “final do expediente” não significa o encerramento da atividade do advogado.

Com relação às audiências, uma das mais tradicionais atividades externas desempenhadas pelos advogados, não raras vezes ocorrem atrasos que ultrapassam o minimamente razoável, o que não exclui a necessidade do advogado, após o retorno, dar continuidade aos trabalhos do dia, independentemente do horário.

Quanto aos estudos e pesquisas, a “sujeição dos advogados servidores públicos federais à carga horária, por força de lei, não imprime convicção de que estejam compelidos a cumpri-la exclusivamente no recinto da repartição. É consentâneo com o princípio da independência profissional entender-se compreendido no período de trabalho o afastamento da repartição para a realização de pesquisas, que se reputam como de serviços externos, com o que se garante o exercício da profissão de forma a proporcionar o resultado visado com a execução do trabalho. A positividade da disciplina específica dos servidores públicos, na condição de advogados, não lhes tolhe a isenção técnica ou independência da atuação profissional”. (Parecer GQ-24 - Consultoria-Geral da União. 3



TRF-1. 1ª Turma. 199801000531250, Relator Ney Bello. DJ: 11/03/2002
PAGINA: 130).

Sobre o tema, assim julgou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“1. O controle eletrônico de frequência e pontualidade para procuradores autárquicos é incompatível com a natureza de suas atribuições e com os princípios da administração gerencial (eficiência e controle de resultados), instituídos pela Emenda Constitucional n.19/98.”

2. O ato impugnado representa, a bem da verdade, mais uma amostra de uma Administração burocratizada, apegada a rotinas formalistas, destituídas de utilidade e que têm por escopo dificultar a atuação de seus agentes, com prejuízo a todos. Administração moderna e socialmente útil equivale a Administração livre para agir nos termos da lei.”

3 Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná Comissão de Advocacia Pública.”

A submissão a controle ponto viola prerrogativas basilares da profissão: a autonomia e independência funcionais. E o Estatuto da Advocacia lhe ampara.

4 – DA ATIVIDADE DE REPRESENTAÇÃO

A atividade do advogado envolve necessariamente a representação do seu cliente, mais especificamente, dos interesses do seu cliente, acarretando-lhe o dever de diligenciar e cuidar deste interesse da melhor forma possível. A Constituição de 1988 prevê que “a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente” e o instituto da representação, que pode ser legal ou consensual, está previsto no art. 115 do Código Civil, “os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado”.

Os advogados públicos adquirem a representação por força de lei, que prevê a competência para representar o ente público, judicial e extrajudicialmente, que se concretiza com a posse no cargo público. Já os advogados privados, tem a representação consensual, ou contratual, como decorrência do contrato de mandato, previsto no art. 653 do Código Civil, “opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em



seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”.

Neste sentido, é incompatível com a atividade de representação de interesses, que envolve a diligência, a administração e zelo de interesses de outrem, a limitação de um espaço físico para a prestação deste serviço, justamente porque o advogado necessita da liberdade de deslocamento (ampla mobilidade) e liberdade de desenvolver seu trabalho fora de um local fixo, para melhor perseguir e cuidar do interesse do seu cliente.

Nesta linha de raciocínio, verifica-se que a Lei 8.906/94 - Estatuto da OAB e a Resolução N.02/2015-Código de Ética da OAB não preveem punição para o advogado que não cumpriu o horário de trabalho, mas prevêm inúmeras punições para o advogado que descurou do interesse do seu cliente, o que demonstra que este é o dever fundamental do profissional da advocacia.

Reforça-se este entendimento, em razão de o advogado público, representar, judicial e extrajudicialmente, o interesse público previsto na Constituição e nas leis do país, portanto, um interesse da coletividade, que se traduz principalmente na defesa do patrimônio público, dos bens e do erário público, e no assessoramento jurídico de concretização de políticas públicas.

Por isso, foi editada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a Súmula 2, in verbis:

Súmula 2 - A independência técnica é prerrogativa inata à advocacia, seja ela pública ou privada. A tentativa de subordinação ou ingerência do Estado na liberdade funcional e independência no livre exercício da função do advogado público constitui violação aos preceitos Constitucionais e garantias insertas no Estatuto da OAB.

5 – CONTROLE DE PRESENÇA DIÁRIO DE ADVOGADOS PÚBLICOS CONCURSADOS – INCOMPATIBILIDADE COM A ADVOCACIA PÚBLICA – ATIVIDADE QUE EXIGE FLEXIBILIDADE DE HORÁRIO – SÚMULA 09/CFOAB –



JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE SOBRE O TEMA – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Verifica-se assim que não há como se limitar a atividade dos advogados, impondo controle de ponto, sem que isso desnature o caráter intelectual e livre da atividade, mostrando-se contrário ao interesse público e ofensivo à dignidade da advocacia, nos termos do art. 6º e parágrafo único da Lei 8.904/1994:

“Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos. Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.”

Neste sentido, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou a Súmula 09, que assim dispõe: “

Súmula 09 - O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário.”

Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, encampando o enunciado da referida súmula:

“(…) Impossibilidade de imposição aos procuradores municipais de submissão ao controle de frequência por meio de ponto eletrônico através de decreto. Violação ao princípio da legalidade. Controle de advogado público por meio de ponto eletrônico que é incompatível com a sua atividade laboral. Enunciado sumular nº 9 do Conselho Federal da OAB. Precedente do TRF da Terceira Região. Inexistência de violação ao princípio da igualdade. Não submeter os procuradores ao ponto eletrônico implica tratar os desiguais de forma desigual, na exata proporção de sua desigualdade. Características do ofício da advocacia, que não se coaduna com o controle de frequência por meio de ponto eletrônico. Segurança concedida.”(Mandado de segurança nº 0003133- 89.2016.8.19.0000 Impetrante: Associação Dos Procuradores Do Município Do Município De São João De Meriti. Impetrado: Município De São João De Meriti.



Autoridades Apontadas Como Coatoras: Prefeito Do Município De São João De Meriti E Outros Relator: Desembargador Alexandre Freitas Câmara.)

Igualmente o E. Tribunal Regional Federal da 1ª e 3ª Região:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCURADORES AUTÁRQUICOS DO INCRA. CONTROLE ELETRÔNICO DE FREQUÊNCIA E PONTUALIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES. 1. Cabendo aos procuradores a defesa judicial e extrajudicial da autarquia a que se vinculam, é forçoso reconhecer que o controle eletrônico de frequência é incompatível com o desempenho normal de suas funções, haja vista que a carga horária não é cumprida apenas no recinto da repartição mas também em atividades externas. 2. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (TRF1, AMS1999.01.00.008899- 0/DF, DJ 16/ 01/ 2003, P. 87)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. PROCURADOR AUTÁRQUICO. CONTROLE ELETRÔNICO DE PONTO. DECRETOS 1.590/95 E 1867/86. 1. A instituição de controle eletrônico de ponto para procuradores, por óbvio, não se compatibiliza com o exercício da atividade voltado para a advocacia. 2. O exercício da advocacia tem como pressuposto a maleabilidade. Neste contexto, a submissão dos procuradores a ponto eletrônico de frequência desnatura a singularidade do ofício e promove restrição indevida da atuação do profissional.” (TRF3. MS 200003990653417; 2ª TURMA, DJ 18/05/2007, P.518.)

Como mais um argumento, vimos acima que o estatuto da advocacia revela que “não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público” (art. 6º).

Logo, a liberdade conferida ao magistrado, no que diz respeito à frequência e ao horário de trabalho, já foi reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça no julgamento do Pedido de Providências n.º 2007.10.00.001006-7, conforme se infere do seguinte trecho do eminente relator Conselheiro José Adonis Callou de Araújo Sá:

“Dessas premissas não se pode inferir, todavia, que o juiz esteja submetido à jornada fixa de trabalho. O compromisso do juiz é com a tarefa de dar



solução aos inúmeros casos que lhe são submetidos. O cumprimento dessa tarefa exige mais que mera presença na sede do juízo no horário de atendimento ao público. A preparação de atos decisórios exige estudo de autos de processos e dos temas jurídicos subjacentes aos casos submetidos à solução judicial. Em síntese, as atividades realizadas pelo juiz no cumprimento de seus deveres funcionais não se restringem e não se exaurem na observância do horário do expediente do órgão judiciário.” (Plenário, j. 50.^a Sessão Ordinária, em 23.10.2007, DJU em 09.11.2007). (...) o controle, por meio de telefone, da frequência e dos horários de trabalho dos Juízes de Direito vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, instituído pela Corregedoria daquele Tribunal, limita, inquestionavelmente, a sua liberdade de escolha da melhor forma e o melhor horário para o exercício de suas atividades, dentro das peculiaridades do Juízo em que atuam”.

Não poderíamos deixar de mencionar o princípio da isonomia. A lei não manda tratar todos de maneira igual, argumento mais utilizado para justificar o controle ponto de advogado público.

Ao contrário. É justamente no princípio da igualdade que encontramos mais um fundamento que assegura o respeito à independência funcional. Como vimos, exaustivamente, há razões que justificam as prerrogativas funcionais como, por exemplo, a liberdade no exercício da atividade advocatícia.

Sobre o tema, decisão judicial de Relatora da 4^a Câmara de Direito Público, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inclusive, fundamentou-se na Súmula n.º 9 da Comissão Nacional de Advocacia Pública do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil:

“Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo MUNICÍPIO DE MIGUELÓPOLIS contra decisão que, em Ação Civil Pública, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, deferiu o pedido de tutela antecipada para determinar que a Municipalidade implemente o Sistema de Registro Eletrônico de Ponto – SREP para todos os servidores públicos municipais, com exceção dos ocupantes de cargos em comissão e os que exercem atividades externas, desde que autorizados



pelo superior hierárquico, no prazo 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 (mil reais). Presentes os requisitos, em especial a probabilidade do direito, defere-se o efeito ativo pleiteado. Nos termos da Súmula n.º 9 da Comissão Nacional de Advocacia Pública, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, “O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário”, considerando-se advogado público os integrantes das Procuradorias e Consultoria Jurídicas dos Municípios (artigo 3º, parágrafo 1º do Estatuto da OAB. Sendo assim, autoriza-se a dispensa dos Procuradores Municipais de controle biométrico de ponto.” (destacamos)

No mesmo sentido, acórdão recente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“(...) o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata proporção de suas desigualdades. É de se frisar que o caso observa tal princípio, pois exatamente pelas características da profissão de procurador, ou seja, a desigualdade do ofício exercido pelos procuradores em relação aos demais servidores municipais, é que aqueles não devem se submeter ao controle de ponto eletrônico.” (Mandado de Segurança Nº 0003133-89.2016.8.19.0000.) “O ponto eletrônico, reclamado em face do princípio constitucional da eficiência e da necessidade de emprego de técnicas de administração gerencial no setor público, pode deixar de ser utilizado para aqueles que desempenham determinadas atividades, em razão de suas peculiaridades e complexidade, sem que, por isto, se tenha como afrontado o princípio da isonomia”. (TRF-5 - AMS: 78344 RN 0011704-54.2000.4.05.8400, Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (Substituto), Data de Julgamento: 28/05/2002, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça – Data: 210/02/2003-Página551)

Esse distinguir é histórico. A própria Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943 já trazia, em seu artigo 62, que os empregados, cujas “funções de serviço externo não subordinado a horário”, não estariam sujeitos a controle de jornada. Mais recentemente, em 1994, a redação passou a



“empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho”, como é o caso dos advogados públicos, especialmente por conta das inúmeras atividades, contenciosas ou consultivas, que demandam labor fora do ambiente de trabalho e fora do horário de expediente, como exaustivamente visto acima.

Por fim, não olvidemos das novas técnicas de trabalho atualmente vigentes e outras ainda em discussão no Parlamento Nacional, com a possível reforma da CLT.

No Brasil, a Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011, alterou o artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, para incluir o trabalho realizado a distância e equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. O caput do referido artigo passou a vigorar com o seguinte acréscimo na redação, em negrito:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Algumas carreiras públicas já disciplinaram o trabalho à distância, trabalho remoto, tele trabalho ou home office que, obviamente, por implicar uma prestação laboral realizada fora do local de trabalho e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação, dispensam o controle ponto.

Segundo informações publicadas no site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no último dia 14 de junho 2016, em matéria intitulada “Teletrabalho é realidade em três dos cinco Tribunais Federais”, houve regulamentação da modalidade por meio da Resolução nº 227/2016-CNJ.

O teletrabalho já é adotado por três dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs) brasileiros. Nos TRFs da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo), 3ª Região (São Paulo e Mato Grosso do Sul) e 4ª Região (Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná) a experiência deu ganhos de produtividade e melhoria da qualidade de vida dos servidores.

O TRF da 4ª Região foi o primeiro tribunal a apostar na modalidade, ainda em 2013, e é hoje o que possui a experiência mais consolidada. Segundo



levantamento feito pelo tribunal, 463 servidores da Justiça Federal de 1º e 2º graus da 4ª Região hoje trabalham de forma remota. A prática é considerada exitosa pelo tribunal e deve ser expandida nos próximos anos, segundo notícia o CNJ.

No site do “Valor Econômico”, na matéria intitulada “Servidores de tribunais trabalham em casa”, publicada em 22/07/2014, dentre as Cortes Superiores, justamente o Tribunal Superior do Trabalho (TST) foi o primeiro a implementar formalmente a medida que pode atingir até 50% dos funcionários. De acordo com os entrevistados, o surgimento do trabalho a distância é decorrente da implantação do processo eletrônico e informatização no nível administrativo. (<http://www.valor.com.br/legislacao/3621272/servidores-detribunais-trabalham-em-casa>).

Outros exemplos são a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, ao editar a Portaria nº 487, de 11 de maio de 2016, instituindo o teletrabalho na PGFN, e a Defensoria Pública da União, ao editar a Resolução nº 101, de 3 de novembro de 2014, dispondo sobre a implantação do trabalho à distância para os seus membros, considerando, entre outros motivos, “o avanço tecnológico, notadamente com a implantação do sistema de processo eletrônico, possibilita o trabalho remoto ou à distância”.

Essa motivação, que se repetiu na Resolução do CNJ (“CONSIDERANDO que o avanço tecnológico, notadamente a partir da implantação do processo eletrônico, possibilita o trabalho remoto ou a distância”), é de se levar em conta nessas novas técnicas de trabalho, avançando para a desnecessidade de controle ponto o que, por óbvio, não implica em descontrole da eficiência, desempenho e qualidade do trabalho.

A Advocacia Geral da União não adota o sistema de Banco de Horas para os seus advogados. O trabalho é distribuído aos advogados públicos de forma virtual, por tarefas, por um sistema eletrônico denominado Sapiens, devendo o procurador comprovar de forma eletrônica o cumprimento das tarefas, sendo que este sistema permite o acompanhamento da produtividade de cada procurador, inclusive com a geração de relatórios que indicam se houve o cumprimento de tarefas, possibilitando ainda, a



verificação da efetividade do trabalho em cada setor (Coordenação), gerando relatórios e planilhas mensais que quantificam o número de decisões favoráveis obtidas e possibilitando o rastreamento de falhas na atuação.

De fato, o tema foi pacificado por meio da Nota 11/2008 do Corregedor-Geral da União, Aldemário de Castro, nos autos do processo administrativo nº 00406.0000399/2006-60 do qual se extrai o seguinte trecho, verbis:

“O Advogado da União, assim como Procurador da Fazenda Nacional e o Procurador Federal, não convive com horário de trabalho fixo (ou inflexível), próprio de servidor público cujas funções não envolvem trabalho intelectual e de produção de manifestações técnicas.”

Os Advogados Públicos do Senado Federal também não estão submetidos a controle diário de jornada (marcação de ponto) a partir de 19 de janeiro de 2017, por força de Decisão do Presidente do Senado Federal, publicada no dia 19 de janeiro, no Boletim Administrativo do Senado Federal. De acordo com a decisão, a nova forma do controle de atividades se aplica “aos servidores da área fim da Advocacia do Senado Federal, por meio de autorização individual do advogado-geral do Senado”.

O controle de produtividade foi criado no dia seguinte à decisão e publicado no mesmo dia, no Boletim. Segundo a Instrução Normativa 1/2017, os advogados do Senado têm cinco dias úteis para entregar suas manifestações em processos urgentes e oito dias úteis para os demais. No caso de processos que envolvam cumprimento de prazo judicial, a manifestação do Senado deve estar pronta dois dias antes de o prazo da Justiça se esgotar.

As metas também serão avaliadas de acordo com o cumprimento de tarefas complementares de gestão e comparecimento a reuniões, grupos de trabalho e comissões internas.

Mais do que, burocraticamente, controlar ponto, devemos promover a cultura orientada a resultados, com foco no incremento da eficiência e da efetividade dos serviços prestados à sociedade brasileira, inovando e aumentando a produtividade e a qualidade do trabalho dos servidores



públicos, motivando-os e comprometendo-os com os objetivos da instituição, contribuindo para a melhoria de programas socioambientais, tudo para um melhor servir ao povo, nosso destinatário final.

6 – DO USO DO CONTROLE DE PONTO COMO MEIO DE PRESSÃO, VIGILÂNCIA E ASSÉDIO MORAL – AFRONTA À INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E TÉCNICA DO ADVOGADO PÚBLICO

Cabe aqui registrar que esta Comissão tem recebido inúmeras denúncias de advogados públicos sobre o uso indevido de controle de jornada como um meio de pressão, vigilância e assédio moral sobre o advogado público, em afronta às suas prerrogativas de independência técnica.

O Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo – SINDIPROESP elaborou uma Cartilha sobre o tema do ASSÉDIO MORAL NO SERVIÇO PÚBLICO, que oferece um conceito de assédio moral:

“O Assédio Moral perfaz-se aqui como uma violência psicológica laboral; comportamentos agressivos ou insidiosos, exercidos geralmente de maneira constante e mesmo sub-reptícia, comprometem a qualidade de vida do servidor, já que podem surgir mazelas concretas, de índole psíquico-emocionais, físicas, por vezes incapacitantes. Conseqüentemente, é prática que prejudica também o empregador (Público ou privado) e a própria sociedade, que ficam desprovido da força e da capacidade de trabalho do servidor vítima do assédio”. (pag.3-4)

A utilização do controle de ponto como meio de pressão, ameaça ou assédio, fere as prerrogativas dos advogados públicos de liberdade de independência técnica, sendo estas as recentes conclusões lançadas pela Comissão Nacional de Advocacia Pública – Conselho Federal da OAB –, esposadas por essa mesma entidade como diretriz de atuação junto aos órgãos da advocacia pública municipal e estadual, em defesa dos advogados públicos. Por sua relação direta com o tema sob análise vale apontar as Súmulas de n.ºs. 2 e 9, assim enunciadas:

Súmula 2 – “A independência técnica é prerrogativa inata à advocacia, seja ela pública ou privada. A tentativa de subordinação ou ingerência do



Estado na liberdade funcional e independência no livre exercício da função do advogado público constitui violação aos preceitos Constitucionais e garantias insertas no Estatuto da OAB.”

Súmula 9 – “O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário.”

Por todos os argumentos expostos, opina-se, salvo melhor juízo, em virtude de isonomia com as demais carreiras típicas de Estado que exercem Função Essencial à Justiça, o controle diário de jornada de trabalho diário aferido por ponto (manual ou biométrico) e o cumprimento da carga horária diária em local fixo, ferem as prerrogativas dos advogados públicos de independência funcional e técnica, em razão da natureza do trabalho técnicoprofissional do advogado, essencialmente intelectual, de representação, que exige mobilidade e flexibilidade de horários, Por todo o exposto, este é o Parecer, a ser submetido à apreciação e deliberação dos membros da CAP. São Paulo, 25 de janeiro 2018. Comissão de Estudos para Elaboração de Pareceres Padrões Anna Cândida Alves Pinto Serrano, Nilma de Castro Abe, Rafael Prandini Rodrigues e Renata Ferrero Palone.

Depreende-se do sólido e irretocável **PARECER PADRÃO OAB SP nº 01/CAP** acima transcrito, frise-se, lavrado com fundamento nos dispositivos da Constituição da República e da legislação infraconstitucional em vigor, bem como, amparado em abalizada doutrina pátria e jurisprudência dos nossos E. Tribunais, que **este, por si só, seria suficiente para afastar a orientação adotada, em tese, por parte dos entes federados,** consoante pedidos de providências que são apresentados, de forma recorrente, a esta Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP.

No entanto, entende-se importante, nesse momento, não apenas **reafirmar a orientação contida no r. PARECER acima referido,** mas, também, trazer novos elementos que bem demonstram, a nosso juízo, a necessidade de observância ao entendimento acima exposto.

Isso porque o próprio E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, por meio do Colendo PLENÁRIO, já teve a oportunidade de reconhecer, no tocante aos(às) Advogados(as) Públicos(as), a incompatibilidade do controle de ponto



eletrônico destinados aos demais servidores efetivos, em razão da natureza das atividades desenvolvidas. Confira-se, a propósito, a transcrição da Emenda e de trecho do venerando Acórdão prolatado pelo E. Plenário da Colenda Corte de Contas do Estado de São Paulo, nos autos do **TC N° 12488.989.18-7**:

EMENTA: CONTAS ANUAIS. REEXAME. PREFEIRA MUNICIPAL. VARGEM GRANDE PAULISTA. EXERCÍCIO 2016. PARECER FAVORÁVEL COM RESSALVAS. CARGOS COMMISSIONADOS. **PAGAMENTO DE HORA EXTRA A PROCURADORES DISPENSADOS DE CONTROLE DE PONTO ELETRÔNICO.** GRATIFICAÇÃO DE NÍVEL UNIVERSITÁRIO. CONCESSÃO DE PRAZO PARA REGULARIZAR LEGISLAÇÃO QUE AUTORIZA PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÕES. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO PARECER. PROVIMENTO PARCIAL. TRIBUNAL PLENO.

(...)

Igualmente, não prospera o apelo em relação ao pagamento de horas extras aos Procuradores Municipais dispensados do controle de ponto eletrônico. **Apesar de aceitáveis as justificativas para dispensa do ponto eletrônico em decorrência da natureza das atividades desenvolvidas,** as razões de defesa não justificaram o pagamento de horas extras, mesmo que a Origem alegue o controle de ponto manual pelo Secretário de Assuntos Jurídicos. (TC n° 12488-989-18-7, Relator Exmo. Conselheiro Dimas Ramalho, Tribunal Pleno, j. 16/10/2019 - DOE 30/11/2019).



Cumpra ressaltar que não se trata aqui de sustentar a ausência de controle do cumprimento de jornada de trabalho legalmente estabelecida ao(à) Advogado(as) Público(as), mas sim de verificar outras formas de controle que sejam compatíveis com o exercício da atividade jurídica, a exemplo do **controle de produtividade, de desempenho e de eficácia**, haja vista que a mera presença do servidor na repartição pública, mediante o registro de ponto manual ou eletrônico, não assegura, por si só, o desempenho de suas funções de modo regular e adequado, além de o controle de ponto eletrônico ou manual configurar medida incompatível com as atribuições constitucionais conferidas ao(à) Advogado(a) Público(a), cujos prejuízos já se encontram bem destacados no r. Parecer Padrão nº 01/CAP.

Importante anotar que o entendimento consolidado no respeitável PARECER Nº 01/CAP tem sido, a cada dia, **reafirmado**, seja por meio das Comissões de Advocacia Pública, em **âmbito nacional**, seja no âmbito jurisprudencial, consoante abaixo demonstrado.

No que se refere ao âmbito das Comissões de Advocacia Pública, o tema foi objeto de atenção no **1º Encontro de Presidentes das Comissões de Advocacia Pública dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil**, ocorrido no **segundo semestre de 2019**, que culminou com a publicação da **CARTA DE SÃO PAULO**, destacando-se, dentre os Enunciados aprovados, o **Enunciado 5º abaixo reproduzido**:

**CARTA DE SÃO PAULO – SP I ENCONTRO DE
PRESIDENTES DAS CAPs DAS SECCIONAIS DA
OAB**

Os presidentes da Comissões de Advocacia Públicas dos Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil (CAPs), reunidos na sede da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional São Paulo, resolvem, à unanimidade das delegações presentes, publicar a CARTA DE SÃO PAULO, para a qual foram designados relatores o presidente da Comissão Nacional da Advocacia Pública do Conselho Federal da



OAB (CNAP), Marcello Terto e Silva, e a presidente da Comissão de Advocacia Pública da OABSP, Patrícia Massa, com os seguintes ENUNCIADOS:

(...)

5º - Controle de ponto: Advogados cumprem a sua missão constitucional dentro de prazos legais e peremptórios, independentemente do término do horário de expediente. A natureza intelectual, técnica e científica das atribuições constitucionais dos advogados públicos é incompatível com o controle de jornada através da exigência de ponto mecânico, eletrônico ou digital, ou de lista de frequência, sem prejuízo de que a assiduidade e a produtividade sejam mensuradas por padrões institucionais de controle quantitativo, qualitativo e de disponibilidade para a prestação do serviço; (...)

Por seu turno, na seara jurisprudencial, destacam-se **dois recentes julgados**, respectivamente, do **E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** e do **E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**, que, na mesma linha, rechaçaram o controle de ponto diário em relação aos(as) Advogados(as) Públicos(as). Confira-se:

APELAÇÃO. Ação Civil Pública. Município de Miguelópolis. Implantação de controle biométrico de ponto dos servidores municipais, a fim de evitar fraudes. Exclusão dos Procuradores Municipais do controle de jornada. Possibilidade, no caso concreto. Ausência de legislação municipal em sentido contrário. Não demonstradas irregularidades na atuação dos profissionais a justificar a medida. Recurso provido.

(...)



Analisando o conjunto probatório juntado aos autos, não há dúvidas de que a implantação do ponto eletrônico determinada pela sentença se presta a garantir maior transparência na gestão da coisa pública através do controle da jornada de trabalho dos servidores, impedindo os desvios de condutas verificados e apontados pelo Ministério Público, que levaram, inclusive, ao ajuizamento de diversas ações de improbidade administrativa.

Por outro lado, a sentença desobrigou os ocupantes de cargos em comissão e os que exercem atividades externas do controle biométrico, desde que autorizados pelo superior hierárquico. **Ressalva, todavia, que não deve ser imposta aos Advogados Públicos Municipais.**

O Estatuto da Advocacia estabelece que os integrantes das procuradorias, além de estarem sujeitos ao regime da Lei nº 8.906/94, estão sujeitos ao “regime próprio a que se subordinem” (artigo 3º, § 1º). No presente caso, não se tem conhecimento da existência de lei municipal que submeta as atividades dos procuradores municipais relacionadas às suas atribuições à autorização do superior hierárquico.

Ademais, o órgão ministerial não trouxe aos autos elementos que demonstrem irregularidades na atuação desses profissionais a justificar referida subordinação ou mesmo o próprio controle de ponto.

Considerando que dentre as atribuições do cargo estão o comparecimento em repartição pública ou privada para consulta de processos judiciais ou administrativos, participação em audiências ou reuniões, coleta de provas ou informações úteis ao exercício da atividade profissional, submeter as especificidades da jornada de trabalho dos



procuradores municipais à anuência da autoridade superior é, em última análise, restringir a autonomia e a independência funcional, podendo ferir, inclusive, a eficiência da Administração Pública.

Como ressaltado pela Procuradoria Geral de Justiça, “o exercício da advocacia pública exige flexibilidade no horário, o que é incompatível com seu controle por meio de ponto. Assim, qualquer espécie de controle de horário, mesmo que pelo superior hierárquico, não é diferente de controle de ponto, pois resultaria na quebra da flexibilidade do horário e fatalmente atrapalharia o desempenho da advocacia pública municipal.”

A corroborar com esse entendimento, a Súmula nº 9 da Comissão Nacional da Advocacia Pública do Conselho Federal da OAB reconhece a incompatibilidade do controle de ponto com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário.

Por fim, cumpre observar que o controle que ora se discute não se revela o instrumento mais eficaz para garantir a atuação efetiva do procurador municipal. “É certo que a Municipalidade dispõe de órgão de controle interno para apurar eventuais abusos por parte dos procuradores municipais, que não se encontram imunes ao cometimento de faltas disciplinares”, finaliza o órgão ministerial de Segunda Instância.

Por tais razões, os Procuradores Municipais, no exercício de função essencial à justiça, devem ser excepcionados da regra.

Ante o exposto, DÁ-SE provimento ao recurso para excluir expressamente os Procuradores Municipais do



controle eletrônico de ponto, mantida, no mais, a sentença. Ana Liarte. Relatora (TJSP - Apelação/Remessa Necessária nº 1000379-42.2017.8.26.0352, Relatora Desembargadora Ana Liarte, 4ª Câmara de Direito Público, DJe 24/09/2019)

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA QUE CONCEDEU A SEGURANÇA PARA O FIM DE RECONHECER A VIOLAÇÃO DO DIREITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL EM RELAÇÃO AO RECURSO ADMINISTRATIVO, **BEM COMO PARA DECLARAR QUE O IMPETRANTE NÃO SE SUBMETE A CONTROLE RÍGIDO DE JORNADA.** **SENTENÇA ESCORREITA. VISÍVEL ILEGALIDADE.** (I) AUTORIDADE COATORA QUE DEIXOU DE ANALISAR O RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO PELO IMPETRANTE. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONFORME ART. 5º, LIV, DA CF. RECURSO RESPONDIDO SOMENTE APÓS A CONCESSÃO DE LIMINAR. **(II) ADVOGADO PÚBLICO QUE NÃO SE SUBMETE AO CONTROLE RÍGIDO DE JORNADA. NECESSIDADE PELO IMPETRANTE DE REALIZAÇÃO DE TRABALHOS EXTERNOS FORA DO HORÁRIO DE TRABALHO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 9 DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.**

O próprio impetrado, em depoimento prestado ao Ministério público, afirma que o impetrante sempre esteve



presente nas reuniões da Casa Legislativa e que as sessões ocorrem na segunda-feira, iniciando-se às 20 horas sem horário para acabar. Vale ressaltar que o servidor deve cumprir sua carga horária semana, contudo, **o controle rígido de jornada para a atividade que desempenha mostra-se incompatível com a função que exerce, considerando que este realiza atos fora do horário estabelecido pelo impetrado. Nesse sentido, é a súmula 9 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil: “O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário”** Assim, irretocável a sentença proferida pelo Juízo de primeiro grau. Por fim, também resta mantida a sentença quanto à condenação da parte vencida ao pagamento de custas e despesas processuais, em razão do disciplinado no art. 82, §2º, do CPC, bem como quanto ao não arbitramento dos honorários advocatícios, diante da vedação expressa constante no art 25 da Lei nº 12.016/2009. Dessa forma, a sentença deve ser mantida em sede de reexame necessário. Ante o exposto, acordam os Desembargadores da 3ª Câmara Cível do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, por unanimidade de votos, em julgar SENTENÇA CONFIRMADA o recurso de Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública de Apucarana. O julgamento foi presidido pelo (a) Desembargadora Lidia Maejima, com voto, e dele participaram Juiz Subst. 2º grau Osvaldo Nallim Duarte (relator) e Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha. **07 de fevereiro de 2020** Juiz Subst. 2º Grau Osvaldo Nallim Duarte (TJPR - Remessa Necessária Cível nº 0010662-40.2018.8.16.0044, Relator: Juiz Subst. 2º Grau Osvaldo Nallim Duarte, 3ª Câmara Cível, Data da Publicação: 12/02/2020)



Com efeito, eventual conduta que se distancie das normas constitucionais e legais acima indicadas, configurará inegável violação à independência funcional e técnica, em razão da natureza do trabalho técnico profissional do advogado, essencialmente intelectual, de representação, que exige mobilidade e flexibilidade de horários, tal como já assentado, repita-se, nas **Súmulas 2 e 9 do Conselho Federal da OAB**:

Súmula 2 – *“A independência técnica é prerrogativa inata à advocacia, seja ela pública ou privada. A tentativa de subordinação ou ingerência do Estado na liberdade funcional e independência no livre exercício da função do advogado público constitui violação aos preceitos Constitucionais e garantias insertas no Estatuto da OAB.”*

Súmula 9 – *“O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário.”*

Ante o exposto, submetemos o presente parecer à apreciação da D. Presidência e dos D. Membros dessa Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP, e, em caso de aprovação, seja doravante adotado como Parecer Padrão desta D. Comissão, na temática ora analisada.

É o parecer.



Alberto Shinji Higa

Membro Efetivo da Comissão da
Advocacia Pública da OAB/SP

Patrícia Helena Massa

Presidente da Comissão
da Advocacia Pública da OAB/SP

Raquel Barbosa

Vice-presidente da área estadual da Comissão
da Advocacia Pública da OAB-SP

Taisa Cintra Dosso

Vice-presidente da área municipal da Comissão
da Advocacia Pública da OAB-SP

Sérgio Martins Guerreiro

Membro Efetivo da Comissão da
Advocacia Pública da OAB/SP

Marcos Geraldo Batistela

Secretário-geral da Comissão da
Advocacia Pública da OAB/SP

A EMERGÊNCIA DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO: ADVOCACIA PÚBLICA E O ESTADO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DE DIREITO.....47

FLÁVIA PIOVESAN	47
INTRODUÇÃO.....	47
2. EMERGÊNCIA DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO: DA HERMÉTICA PIRÂMIDE CENTRADA NO STATE APPROACH À PERMEABILIDADE DO TRAPÉZIO CENTRADO NO HUMAN RIGHTS APPROACH	48
3. DIÁLOGO ENTRE JURISDIÇÕES E CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS	53
4. ADVOCACIA PÚBLICA, CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DIÁLOGO ENTRE JURISDIÇÕES: DESAFIOS PARA A DEFESA DO ESTADO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DE DIREITO	56
1) PROMOVER A AMPLA RATIFICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA ONU E DA OEA.....	56
2) FORTALECER A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS COM UM STATUS PRIVILEGIADO NA ORDEM JURÍDICA DOMÉSTICA.....	57
3) FOMENTAR UMA CULTURA JURÍDICA ORIENTADA PELO CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE.....	57
4) FOMENTAR PROGRAMAS DE CAPACITAÇÃO PARA QUE OS PODERES LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO APLIQUEM OS PARÂMETROS PROTETIVOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS.....	58
5) APRIMORAR OS MECANISMOS DE IMPLEMENTAÇÃO DAS DECISÕES INTERNACIONAIS NO ÂMBITO INTERNO..	59
6) DINAMIZAR O DIÁLOGO HORIZONTAL ENTRE AS JURISDIÇÕES CONSTITUCIONAIS.....	59

A IDENTIDADE DA ADVOCACIA PÚBLICA NO NOSSO MODELO CONSTITUCIONAL SOCIAL-DEMOCRÁTICO.....61

DANIEL C. PAGLIUSI RODRIGUES	61
1. A BUSCA DE UMA IDENTIDADE PARA A ADVOCACIA PÚBLICA.....	61
2. A NORMATIZAÇÃO DE UM ESTADO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.	64
4. O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NO ESTADO SOCIAL.....	74
4.1. UM NOVO PARADIGMA DE SEPARAÇÃO DE PODERES E O SURGIMENTO DE UMA NOVA FUNÇÃO DE ESTADO: FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA.	76
4.3. DA NECESSIDADE DE AUTONOMIA PARA A ADVOCACIA PÚBLICA.....	83
CONCLUSÃO	86
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	88

A INDISPENSABILIDADE DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL90

RODRIGO HENRIQUES DE ARAÚJO	90
INTRODUÇÃO.....	90
1. BREVE HISTÓRICO DA ADVOCACIA PÚBLICA	92
2. O TITULAR DA FUNÇÃO JURÍDICA	95
CONCLUSÃO	104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	105

VALORIZAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL: A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DA OAB NOS CONCURSOS DE INGRESSO NA CARREIRA 106

TAISA CINTRA DOSSO - SÉRGIO MARTINS GUERREIRO.....	106
1. ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL: DEFESA DA DEMOCRACIA E DA CIDADANIA E FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA	107
2. A REPRESENTAÇÃO DO MUNICÍPIO E A CARREIRA DE PROCURADOR MUNICIPAL.....	113



SÃO PAULO

3. CONCURSO DE INGRESSO NA CARREIRA: A IMPORTÂNCIA E A OBRIGATORIEDADE DA PARTICIPAÇÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.....	117
CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	123
<u>ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS</u>	<u>124</u>
MARA CHRISTINA FAIWICHOW ESTEFAM - FELIPE FAIWICHOW ESTEFAM	124
INTRODUÇÃO.....	124
1 DA ADMINISTRAÇÃO UNILATERAL À ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL.....	124
2 ACORDO ADMINISTRATIVO E RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS	128
3 AS POSSÍVEIS NOVAS FORMAS DE SUPERAÇÃO DE CONFLITOS CONTRATUAIS	132
CONCLUSÃO	136
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	137
<u>A LEGALIDADE NA NEGOCIAÇÃO COM O PODER PÚBLICO.....</u>	<u>139</u>
NILMA DE CASTRO ABE	139
1. ACORDOS E TRANSAÇÕES COM O PODER PÚBLICO	139
2. A INCIDÊNCIA DA LEGALIDADE NA NEGOCIAÇÃO COM O PODER PÚBLICO	140
3. A NEGOCIAÇÃO COM O PODER PÚBLICO NO PROCESSO JUDICIAL	144
4. A NEGOCIAÇÃO EM MATÉRIA PATRIMONIAL	146
CONCLUSÃO	148
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	149
<u>A IMPORTÂNCIA DA ADVOCACIA PÚBLICA NOS PROCESSOS ARBITRAIS E NOS DISPUTE BOARDS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</u>	<u>150</u>
ALBERTO SHINJI HIGA.....	150
INTRODUÇÃO.....	150
2. O INSTITUTO DO DISPUTE BOARD.....	153
3. O INSTITUTO DA ARBITRAGEM	155
3.1. O PROCEDIMENTO ARBITRAL ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL – ARBITRABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA.....	158
CONCLUSÃO	167
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	168
<u>A CONTRIBUIÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA PARA O DESEMPENHO DAS FUNÇÕES TÍPICAS DOS PARLAMENTOS</u>	<u>171</u>
LUCIANA DE FÁTIMA DA SILVA	171
INTRODUÇÃO.....	171
2. ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA ADVOCACIA PÚBLICA E ESPECIFICIDADES DAS PROCURADORIAS LEGISLATIVAS	172
3. PROCESSO LEGISLATIVO	176
3.1. RECEITA DE LEI: A LEI COMPLEMENTAR Nº 95 /98.....	176
3.2. O PAPEL DAS COMISSÕES DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA NO PROCESSO LEGISLATIVO	177
4. FUNÇÃO FISCALIZADORA DO PARLAMENTO.....	186
CONCLUSÃO	189
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	190
<u>A ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO (ENCCLA) E A SUA ATUAÇÃO NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS</u>	<u>192</u>



VALMAR GAMA ALVES	192
INTRODUÇÃO	192
2 REFERENCIAL TEÓRICO	193
2.1 A DIMENSÃO FEDERATIVA BRASILEIRA CONFERIDA AOS MUNICÍPIOS PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988	193
2.2 AS COMPETÊNCIAS PÚBLICAS MUNICIPAIS – INTERESSES LOCAIS	194
2.3 O CÍRCULO DE EFICÁCIA AUTÔNOMA MUNICIPAL	194
2.4 OS ATOS E OS COMPORTAMENTOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEU CONTROLE	195
2.5 O CONTROLE DE LEGITIMIDADE DO PODER PÚBLICO POR MEIO DE REDE PÚBLICA DE COOPERAÇÃO	197
2.6 A ENCCLA – ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO	198
3 METODOLOGIA	199
4 ANÁLISE DOS RESULTADOS	200
4.1 A ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DA ENCCLA E OS INTERESSES PREDOMINANTEMENTE MUNICIPAIS	200
4.2 AÇÕES, METAS E OBJETIVOS DA ENCCLA E OS INTERESSES PREDOMINANTEMENTE MUNICIPAIS	202
5 CONCLUSÃO	209
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	211
<u>A INTIMAÇÃO PESSOAL COMO PRERROGATIVA DA FAZENDA PÚBLICA</u>	<u>214</u>
FERNANDA ALVES PEREIRA. - MARIA CLEIDE MAGALHÃES BICCA	214
SUELANE FERREIRA SUZUKI - SUMAIA POPIOLEK SFREDO	214
INTRODUÇÃO	214
2. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA	215
2.1 PRINCIPAIS PRERROGATIVAS PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	216
2.1.1 PRAZOS	216
2.1.2 REMESSA NECESSÁRIA	217
2.1.3 DA INTIMAÇÃO PESSOAL DA FAZENDA PÚBLICA	220
2.1.4 EXECUÇÃO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA	221
3. DA EVOLUÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DA INTIMAÇÃO PESSOAL COMO PRERROGATIVA DA FAZENDA PÚBLICA	223
4. A EFETIVIDADE DA PRERROGATIVA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA FAZENDA PÚBLICA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS	229
CONCLUSÃO	234
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	236
<u>A LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO ENTE LESADO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DO PROJETO DE LEI 10.887-2018.</u>	<u>238</u>
PAULA MARTINS DA SILVA COSTA - JULIANA CASTRO TORRES - EDUARDO SILVEIRA MARTINS	238
INTRODUÇÃO	238
1. DA AÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LIA)	240
2. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	245
3. DA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA ATINENTE À LEGITIMIDADE ATIVA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE	246
4. DA LEGITIMIDADE ATIVA DO ENTE LESADO NA ATUAL REDAÇÃO LEGAL	247
5. DO MICROSSISTEMA DO PROCESSO COLETIVO NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO	252
CONCLUSÃO	257
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	258
<u>INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NOS MUNICÍPIOS: DESAFIOS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO A PARTIR DA PERSPECTIVA DO PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL.</u>	<u>261</u>
RONALDO JOSÉ DE ANDRADE - RAUL MIGUEL FREITAS DE OLIVEIRA	261



INTRODUÇÃO.....	261
1. INOVAÇÃO: CONCEITO LEGAL E RAZÕES PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO.	262
2. A INOVAÇÃO COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL, NATUREZA JURÍDICA DAS AÇÕES ESTATAIS INOVADORAS E APRENDIZADO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA DOS PAÍSES CENTRAIS.	265
3. INSTRUMENTOS DO MARCO REGULATÓRIO DA INOVAÇÃO, EXPERIÊNCIAS MUNICIPAIS E O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL EM INOVAÇÃO.	268
4. A ESPECIFICIDADE DA INOVAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI 14.133/21).	281
CONCLUSÃO	286
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	288

O PROCESSO DE CRIAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CORDEIRÓPOLIS/SP
..... 293

MARCO ANTONIO MAGALHÃES DOS SANTOS	293
INTRODUÇÃO.....	293
O MUNICÍPIO DE CORDEIRÓPOLIS/SP	294
A LUTA DOS PROCURADORES MUNICIPAIS DE CORDEIRÓPOLIS/SP.....	295
A DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA ADI Nº 2135099-15.2017.8.26.0000	298
A FIXAÇÃO DA TESE POR PARTE DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO	302
A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A “CONSTITUCIONALIZAÇÃO” DA CARREIRA DE PROCURADOR MUNICIPAL	305
A CRIAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CORDEIRÓPOLIS/SP.....	306
CONCLUSÃO	310
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	313

A (DES)NECESSIDADE DE DEFESA TÉCNICA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
..... 315

ÉRIKA DE FRANÇA PERGENTINO	315
INTRODUÇÃO.....	315
2. FUNDAMENTOS (PRINCÍPIOS) DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	316
3. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	318
4. ANÁLISE DA SÚMULA VINCULANTE N.º 5 DO PONTO DE VISTA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	320
5. NECESSIDADE DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	323
CONCLUSÃO	326
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	327

TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA..... 328

REGINA MARTA CEREDA LIMA LOUZADA	328
INTRODUÇÃO.....	328
LEI Nº 13.988/2020, DE 14 DE ABRIL DE 2020.	334
LEI ESTADUAL Nº 17.293 DE 15 DE OUTUBRO DE 2020.	337
LEI MUNICIPAL (SÃO PAULO) Nº 17.324, DE 19 DE MARÇO DE 2020.....	339
DA IMPORTÂNCIA DO ADVOGADO NA SOLUÇÃO DE CONFLITO POR MODO ALTERNATIVO.....	340
CONCLUSÃO	342
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	343

A SEPARAÇÃO DE PODERES E O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO NO SÉCULO XXI..... 344



CARLOS ROBERTO DE ALCKMIN DUTRA.....	344
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	359



SÃO PAULO

A EMERGÊNCIA DE UM NOVO PARADGIMA JURÍDICO: ADVOCACIA PÚBLICA E O ESTADO CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL DE DIREITO

Flávia Piovesan¹

“State sovereignty is becoming diluted. Public power is being rearticulated in pluralistic and polycentric forms. (...) This pluralism requires an order to fill in the gaps, reduce fragmentation and induce cooperation between different systems; to establish hierarchies of values and principles; and to introduce rules of the recognition, validity and effectiveness of norms”. (Antonio Cassesse, When legal orders collide: the role of the Courts, Global Law Press - editorial Derecho Global, Sevilha, 2010, p.15).

Introdução

O objetivo deste artigo é focar a emergência de um novo paradigma jurídico e seu impacto na advocacia pública e na defesa do Estado Constitucional e Convencional de Direito.

A primeira parte deste artigo enfrentará o desafio concernente aos delineamentos de um novo paradigma a nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade, no qual aos parâmetros constitucionais somam-se os parâmetros convencionais, na composição de um trapézio aberto ao diálogo, aos empréstimos e à interdisciplinariedade, a resignificar o fenômeno jurídico sob a inspiração do *human*

¹ Procuradora do Estado de São Paulo licenciada (licença sem vencimentos). Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da PUC-SP; visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000); visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005); visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007; 2008; 2015-2019); Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg – 2009-2014); Visiting Scholar do David Rockefeller Center for Latin American Studies, Harvard University (2018); foi membro da UN High Level Task force for the implementatiton of the right to development e membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2018 a 2021).



rights approach.

Considerando a emergência deste novo paradigma, a segunda parte deste artigo transitará para a análise dos direitos humanos e do diálogo entre jurisdições, com realce ao controle da convencionalidade, avaliando o grau de incorporação e de impacto dos parâmetros protetivos internacionais de direitos humanos nas ordens jurídicas locais latino-americanas.

Por fim, serão destacados os principais desafios e perspectivas para a pavimentação de um *ius commune* latino-americano que tenha sua centralidade na força emancipatória dos direitos humanos e na consolidação de um Estado Constitucional e Convencional de Direito.

2. Emergência de um novo paradigma jurídico: da hermética pirâmide centrada no *State approach* à permeabilidade do trapézio centrado no *Human rights approach*

Por mais de um século, a cultura jurídica latino-americana tem adotado um paradigma jurídico fundado em 3 (três) características essenciais:

- a) a pirâmide com a Constituição no ápice da ordem jurídica, tendo como maior referencial teórico Hans Kelsen, na afirmação de um sistema jurídico endógeno e auto-referencial (observa-se que, em geral, Hans Kelsen tem sido equivocadamente interpretado, já que sua doutrina defende o monismo com a primazia do Direito Internacional – o que tem sido tradicionalmente desconsiderado na América Latina).
- b) o hermetismo de um Direito purificado, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão estritamente normativa (mediante um dogmatismo jurídico a afastar elementos “impuros” do Direito); e
- c) o *State approach* (*State centered perspective*), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a “*lente ex parte princeps*”, radicada no Estado e nos deveres dos súditos, na expressão de Norberto Bobbio ².

² Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.



Testemunha-se a crise deste paradigma tradicional e a emergência de um novo paradigma a guiar a cultura jurídica latino-americana, que, por sua vez, adota como 3 (três) características essenciais:

a) o trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica (com repúdio a um sistema jurídico endógeno e auto-referencial).

As Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional.

A título exemplificativo, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, dispõe, no artigo 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. A Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º, parágrafo 2º, consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade. A então Constituição do Peru de 1979, no mesmo sentido, determinava, no artigo 105, que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição. Já a atual Constituição do Peru de 1993 consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos. A



Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, confere, no artigo 93, hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Também a Constituição do Chile de 1980, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país.

No mesmo sentido, a Constituição da Bolívia de 2009 enuncia que os tratados internacionais de direitos humanos prevalecem na ordem interna, adicionando que os direitos consagrados na Constituição devem ser interpretados em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado.

Por sua vez, a Constituição do Equador de 2008 estabelece que serão observados os princípios “*pro ser humano*”, de não restrição de direitos, de aplicabilidade direta e de cláusula aberta, no que se refere aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado. A Constituição do México, com a reforma de junho de 2011, passou também a contemplar a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos e a regra interpretativa fundada no princípio *pro persona*.

Logo, é neste contexto — marcado pela tendência de Constituições latino-americanas em assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados — que se delinea a visão do trapézio jurídico contemporâneo a substituir a tradicional pirâmide jurídica.

b) a crescente abertura do Direito -- agora “impuro” --, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo (há a permeabilidade do Direito mediante o diálogo entre jurisdições; empréstimos constitucionais; e a interdisciplinariedade, a fomentar o diálogo do Direito com outros saberes e diversos atores sociais, resignificando, assim, a experiência jurídica)

No caso brasileiro, por exemplo, crescente é a realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal, contando com os mais diversos atores sociais, para enfrentar temas complexos e de elevado impacto social, como: a) a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica (tema da primeira audiência



pública concernente ao julgamento da ação direta de inconstitucionalidade relativa ao artigo 5º da Lei de Biossegurança, em maio de 2007); b) a judicialização do direito à saúde (audiência pública realizada em 2009); c) as cotas para afro-descendentes em Universidades (audiência pública concernente ao julgamento de ação direta de inconstitucionalidade de leis estaduais determinando a fixação de cotas raciais em Universidades, realizada em março de 2010); d) o reconhecimento constitucional às uniões homoafetivas (audiência pública realizada em junho de 2011), dentre outras. Para adotar a terminologia de Peter Haberle, há a abertura da Constituição à uma sociedade plural de intérpretes³.

É a partir do diálogo a envolver saberes diversos e atores diversos que se verifica a democratização da interpretação constitucional a resignificar o Direito.

d) o *human rights approach* (*human centered approach*), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a “*lente ex parte populi*”, radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, na expressão de Norberto Bobbio⁴.

Para Luigi Ferrajoli: “*a dignidade humana é referência estrutural para o constitucionalismo mundial, a emprestar-lhe fundamento de validade, seja qual for o ordenamento, não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados*”. Para o mesmo autor: “*A liberdade absoluta e selvagem do Estado se subordina a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos.*”⁵

No mesmo sentido, ressalta José Joaquim Gomes Canotilho: “*Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem*

³ Consultar Peter Haberle, *Hermenêutica Constitucional*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris editor, 1997. Sobre a concepção de Constituição aberta, ver também Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1991.

⁴ Norberto Bobbio, *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

⁵ Luigi Ferrajoli, *Diritti fondamentali – Um dibattito teórico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma, Bari, Laterza, 2002, p.338. Para Luigi Ferrajoli, os direitos humanos simbolizam a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica.



um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. (...) O constitucionalismo global compreende a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. (...) É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional)”⁶.

No plano internacional, vislumbra-se a humanização do Direito Internacional e a internacionalização dos direitos humanos ⁷. Para Ruti Teitel: *“The law of humanity reshapes the discourse in international relations”* ⁸. Nesta direção, emblemática é a decisão do International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (caso Prosecutor v. Tadic, 1995): *“A State-sovereignty oriented approach has been gradually supplanted by a human-being oriented approach.”*

Deste modo, a interpretação jurídica vê-se pautada pela força expansiva do princípio da dignidade humana e dos direitos humanos, conferindo prevalência ao *human rights approach (human centered approach)*.

Esta transição paradigmática, marcada pela crise do paradigma tradicional e pela emergência de um novo paradigma jurídico, surge como o contexto a fomentar o controle de convencionalidade e o diálogo entre jurisdições no espaço interamericano – o que permite avançar para o horizonte de pavimentação de um *ius commune* latino-americano.

⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

⁷ Para Thomas Buergenthal: “Este código, como já observei em outros escritos, tem humanizado o direito internacional contemporâneo e internacionalizado os direitos humanos, ao reconhecer que os seres humanos têm direitos protegidos pelo direito internacional e que a denegação desses direitos engaja a responsabilidade internacional dos Estados independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações”. (Thomas Buergenthal, Prólogo. In: Antonio Augusto Cançado Trindade. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. XXXI).

⁸ Ruti Teitel, *Humanity’s Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p.225. Acrescenta a autora: “We observe greater interdependence and interconnection of diverse actors across state boundaries (...) There is interconnection without integration”. (...) What we see is the emergente of transnational rights, implying the equal recognition of peoples across borders. Such solidarity exists across state lines and in normative terms, constituting an emergent global human society.” (*Humanity’s Law*, Oxford University Press, 2011).



3. Diálogo entre Jurisdições e Controle da Convencionalidade em matéria de direitos humanos

Na ótica contemporânea o diálogo entre jurisdições revela 3 (três) dimensões:

- 1) o diálogo entre as jurisdições regionais (*cross cultural dialogue* entre as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos);
- 2) o diálogo entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais; e
- 3) o diálogo entre as jurisdições constitucionais

Considerando ser o foco específico deste artigo o diálogo entre jurisdições em matéria de direitos humanos à luz do controle da convencionalidade, a análise será concentrada exclusivamente no diálogo entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais.

Justificada esta opção metodológica, será analisado como as Cortes latino-americanas exercem o controle da convencionalidade quando da incorporação de parâmetros protetivos, princípios e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos no âmbito doméstico.

Dois períodos demarcam o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais; e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras. Dos 11 Estados-partes da Convenção à época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região tem governos eleitos democraticamente⁹. Diversamente do sistema regional europeu que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos¹⁰, o sistema regional interamericano tem em sua

⁹ Como observa Thomas Buergenthal: “O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente tem produzido significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte”. (Prefácio de Thomas Buergenthal, Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p.XV). Até maio de 2011, 22 Estados haviam reconhecido a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁰ A respeito, ver Clare Ovey e Robin White, *European Convention on Human Rights*, 3a ed., Oxford,



origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. Diversamente do sistema europeu, que surge como fruto do processo de integração européia e tem servido como relevante instrumento para fortalecer este processo de integração, no caso interamericano havia tão somente um movimento ainda embrionário de integração regional.

A região latino-americana tem sido caracterizada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico. A América Latina tem o mais alto índice de desigualdade do mundo, no campo da distribuição de renda¹¹. No que se refere à densidade democrática, segundo a pesquisa Latinobarômetro, no Brasil apenas 47% da população reconhece ser a democracia o regime preferível de governo; ao passo que no Peru este universo é ainda menor correspondendo a 45% e no México a 43%¹².

Oxford University Press, 2002, p.1 e Flavia Piovesan, Direitos Humanos e Justiça Internacional, 3ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo, ed. Saraiva, 2012.

¹¹ De acordo com o ECLAC: "Latin America's highly inequitable and inflexible income distribution has historically been one of its most prominent traits. Latin American inequality is not only greater than that seen in other world regions, but it also remained unchanged in the 1990s, then took a turn for the worse at the start of the current decade." (ECLAC, *Social Panorama of Latin America - 2006*, chapter I, page 84. Available at <http://www.eclac.org/cgibin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/27484/P27484.xml&xsl=/dds/tpli/p9f.xsl&base=/tpl-i/top-bottom.xslt> (access on July 30, 2007). No mesmo sentido, afirmam Cesar P. Bouillon e Mayra Buvinic: "(...) In terms of income, the countries in the region are among the most inequitable in the world. In the late 1990s, the wealthiest 20 percent of the population received some 60 percent of the income, while the poorest 20 percent only received about 3 percent. Income inequality deepened somewhat during the 1990s (...) Underlying income inequality, there are huge inequities in the distribution of assets, including education, land and credit. According to recent studies, the average length of schooling for the poorest 20 percent is only four years, while for the richest 20 percent is 10 years." (Cesar P. Bouillon e Mayra Buvinic, *Inequality, Exclusion and Poverty in Latin America and the Caribbean: Implications for Development*, Background document for EC/IADB "Seminar on Social Cohesion in Latin America," Brussels, June 5-6, 2003, p. 3-4, par. 2.8). Acessar: <http://www.iadb.org/sds/doc/soc-idb-socialcohesion-e.pdf>, Julho 2007. Consultar ainda ECLAC, *Social Panorama of Latin America 2000-2001*, Santiago de Chile: Economic Commission for Latin America and the Caribbean, 2002.

¹² Ver Democracy and the downturn: The latinobarometro poll, The Economist, 13 de novembro de 2008.



É neste cenário que o sistema interamericano se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos.

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. A título de exemplo, note-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 1969, foi ratificada pela Argentina em 1984, pelo Uruguai em 1985, pelo Paraguai em 1989 e pelo Brasil em 1992. Já o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, deu-se na Argentina em 1984, no Uruguai em 1985, no Paraguai em 1993 e no Brasil em 1998. Hoje constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA.

Quanto à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa-se que, em geral, as Constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Neste sentido, merecem destaque o artigo 75, 22 da Constituição Argentina, que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos e o artigo 5o, parágrafos 2º e 3º da Carta Brasileira que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Como já realçado na primeira parte deste estudo, as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, expandindo o bloco de constitucionalidade.

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro “código interamericano de direitos humanos”, foi acolhida por 25 Estados, traduzindo a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno



dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos.

Neste contexto, o controle da convencionalidade pode ser compreendido sob uma dupla perspectiva: a) tendo como ponto de partida a Corte Interamericana e o impacto de sua jurisprudência no âmbito doméstico dos Estados latino-americanos; e b) tendo como ponto de partida as Cortes latino-americanas e o grau de incorporação e incidência da jurisprudência, principiologia e normatividade protetiva internacional de direitos humanos no âmbito doméstico.

4. Advocacia Pública, Controle de convencionalidade e Diálogo entre Jurisdições: Desafios para a defesa do Estado Constitucional e Convencional de Direito

A fim de avançar no diálogo jurisdicional regional e constitucional, fortalecendo a proteção dos direitos humanos, mediante o controle da convencionalidade exercido tanto pela Corte Interamericana, como pelas Cortes latino-americanas, destacam-se 6 desafios centrais para o *ius commune* latino-americano e para a afirmação do Estado Constitucional e Convencional de Direito:

1) Promover a ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU e da OEA

Com a democratização na região sul-americana, os Estados passaram a ratificar os principais tratados de direitos humanos. Ao longo dos regimes autoritários ditatoriais, os direitos humanos eram concebidos como uma agenda contra o Estado; apenas com a democratização, é que passaram a ser incorporados na agenda estatal, sendo criada uma institucionalidade inspirada nos direitos humanos (compreendendo a adoção de Programas Nacionais de Direitos Humanos, Secretarias especiais, Ministérios e Comissões em casas do poder Legislativo em diversos Estados latino-americanos). Emerge a concepção de que os direitos humanos são um componente essencial ao fortalecimento da democracia e do Estado de Direito na região.

Ao compartilhar desta base consensual, os Estados latino-americanos estariam a aceitar o mesmo piso protetivo mínimo no campo da proteção de direitos humanos, o que se converte em um ponto de partida para a composição de um “*ius commune*” e da concepção do Estado Constitucional e Convencional de Direito.



2) Fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos com um status privilegiado na ordem jurídica doméstica

O constitucionalismo sul-americano tem se caracterizado por contemplar cláusulas constitucionais abertas a fomentar o diálogo constitucional-internacional, bem como a recepção privilegiada de tratados de direitos humanos na ordem doméstica.

É neste contexto — marcado pela tendência de Constituições latino-americanas em assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados — que se insere o desafio de encorajar todos os textos constitucionais latino-americanos a incluírem cláusulas abertas a conferir aos tratados de direitos humanos status hierárquico constitucional.

Faz-se fundamental transitar da pirâmide jurídica hermética fundada no *State approach* para a permeabilidade do trapézio jurídico fundado no *Human rights approach*.

A emergência deste novo paradigma demanda o desafio de projetar uma nova visão do Direito, o que requer profundas transformações no ensino jurídico, na metodologia jurídica e na pesquisa.

3) Fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade

Além da ratificação de tratados de direitos humanos, a serem recepcionados de forma privilegiada pela ordem jurídica local, fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional, a fim de que realize o controle de convencionalidade.

O pressuposto básico para a existência do controle de convencionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. A isto se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa fé.

Como enfatiza a Corte Interamericana: “Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. (...) o poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle da convencionalidade das leis” entre



*as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”.*¹³

O controle de convencionalidade contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os standards, princípios, normatividade e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos. Também essencial é assegurar que as sentenças internacionais condenatorias de Estados sejam obrigatórias e diretamente executáveis no âmbito doméstico.

4) Fomentar programas de capacitação para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apliquem os parâmetros protetivos internacionais em matéria de direitos humanos

A transformação da cultura jurídica requer a realização de programas de capacitação endereçados aos agentes públicos dos diversos poderes, a fim de que os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, a principiologia específica aplicável a estes direitos e a jurisprudência protetiva internacional convertam-se em referência e parâmetros a guiar a conduta de tais agentes.

A elaboração de normas, a adoção de políticas públicas e a formulação de decisões judiciais devem louvar o princípio da boa fé no âmbito internacional, buscando sempre harmonizar a ordem doméstica à luz dos parâmetros protetivos mínimos assegurados na ordem internacional no campo dos direitos humanos.

¹³ Ver caso *Almonacid Arellano and others vs. Chile*. Judgment of 26 September 2006. A título ilustrativo, em 24 de novembro de 2010, no caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, a Corte Interamericana entendeu que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.153, em 29 de abril de 2010 -- que manteve a interpretação de que a lei de anistia de 1979 teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto as vítimas como os algozes -- afeta o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos, afrontando, ainda, o dever de harmonizar a ordem interna à luz dos parâmetros da Convenção Americana. Concluiu a Corte que “não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado brasileiro”, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da lei de anistia sem considerar as obrigações internacionais do Brasil decorrentes do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 1, 2, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.



5) Aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito interno

Para Antonio Augusto Cançado Trindade: *“O futuro do sistema internacional de proteção dos direitos humanos está condicionado aos mecanismos nacionais de implementação.”*

Com efeito, faz-se fundamental aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito doméstico, seja assegurando-lhes eficácia direta e imediata no plano interno, seja reforçando a capacidade fiscalizadora e sancionatória dos sistemas regionais.

6) Dinamizar o diálogo horizontal entre as jurisdições constitucionais

Identificar as *best practices* regionais organizando e sistematizando um repertório de decisões emblemáticas em matéria de direitos humanos no âmbito latino-americano surge como relevante medida para fortalecer o controle de convencionalidade e o *ius commune* regional em matéria de direitos humanos.

Para Julie Allard e Antoine Garapon (Os Juízes na Mundialização), *“o comércio entre os juizes vai-se intensificando, impelidos por um sentimento ou consciência crescente de um patrimônio democrático ou civilizacional comum. Os juizes afirmam-se como agentes de primeiro plano na mundialização do direito em uma sociedade de tribunais”*.

A abertura da ordem local ao diálogo horizontal com outras jurisdições e ao diálogo vertical com jurisdições supra-nacionais é condição, requisito e pressuposto para a formação de um *ius commune* em matéria de direitos sociais.

De um lado, é essencial que os sistemas latino-americanos possam enriquecer-se mutuamente, por meio de empréstimos constitucionais e intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios vocacionados à proteção dos direitos humanos. Por outro lado, a abertura das ordens locais aos parâmetros protetivos mínimos fixados pela ordem global e regional, mediante a incorporação de princípios, jurisprudência e standards protetivos internacionais, é fator a dinamizar a pavimentação de um *ius commune* em direitos humanos na região, bem como a consolidação de um Estado Constitucional e Convencional de Direito.

Fundamental é avançar na interação entre as esferas global, regional e local, potencializando o impacto entre elas, mediante o fortalecimento do controle da



convencionalidade e do diálogo entre jurisdições, sob a perspectiva emancipatória dos direitos humanos. Neste contexto, essencial mostra-se o exercício a advocacia pública, inspirado na emergência de um novo paradigma jurídico e na defesa do Estado Constitucional e Convencional de Direito.



A IDENTIDADE DA ADVOCACIA PÚBLICA NO NOSSO MODELO CONSTITUCIONAL SOCIAL-DEMOCRÁTICO.

Daniel C. Pagliusi Rodrigues¹⁴

1. A BUSCA DE UMA IDENTIDADE PARA A ADVOCACIA PÚBLICA.

Em passado não muito remoto, mais precisamente antes da Constituição de 1988, parte significativa das competências que hoje são afetas à Advocacia Pública da União eram exercidas pelo Ministério Público.

Para se compreender a confusão que existia entre as funções da Advocacia de Estado e do Ministério Público, basta se constatar que a Advocacia Pública somente foi positivada numa Constituição com a Carta de 1988.

O Ministério Público vem tendo capítulo próprio nos Textos Fundamentais desde a Constituição de 1934, apenas não gozando de tal status na Constituição de 1937. A Constituição de 1946 era taxativa ao conferir a representação judicial da União ao Ministério Público no parágrafo único do artigo 126:

“Parágrafo único - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.”

O dispositivo abrangia, inclusive, os membros do Ministério Público dos estados-membros, determinando que eles exercessem as funções de advogados da União nas comarcas do interior.

Igual dispositivo foi reproduzido no parágrafo 2º, do artigo 138, da Constituição de 1967¹⁵, tendo uma pequena alteração com a Constituição de 1969, que previu, no parágrafo 2º, do artigo 95, que “nas comarcas do interior, a União poderá ser representada pelo Ministério Público estadual”.

Ou seja, antes da Constituição Federal de 1988, havia um grande conflito sobre a identidade tanto da Advocacia Pública quanto da do Ministério Público.

¹⁴ Endereço eletrônico: dpagliusi@hotmail.com. Tel. (16)99181-4408. Rua Dr. Francisco Augusto César, 775, ap. 62. Ribeirão Preto. CEP 14020-523.

Procurador do Estado de São Paulo. Presidente da Comissão da Advocacia Pública da 12ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP). Diretor de Comunicações do Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo (SINDIPROESP). Mestre em Direito Político pela Universidade Mackenzie. Professor de Direito Constitucional na Faculdade São Luís.

¹⁵ “§ 2º - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.”



Para dirimir essa confusão e dar identidade a essas carreiras, foi preciso inserir o artigo 29 nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, dispondo que o Ministério Público e os demais órgãos das Procuradorias Federais existentes continuariam a exercer suas atribuições até que fosse efetivamente criada a Advocacia-Geral da União¹⁶.

E a confusão era tamanha, que o parágrafo 2º desse dispositivo teve de dar direito de opção irrevogável aos Procuradores da República para decidirem se iriam continuar no Ministério Público ou se passariam a integrar a nova carreira da Advocacia-Geral da União¹⁷.

Como dito, a carreira da Advocacia-Geral da União nem existia à época. O que existia no âmbito federal eram várias carreiras dispersas, sem unidade e sem identidade.

A Advocacia-Geral da União somente foi criada juridicamente com a Lei Complementar nº 73/1993, com competência própria de representação da União, judicial e extrajudicialmente (art. 1º), retirando esse múnus do Ministério Público da União, que pode se organizar com sua própria identidade nos termos constitucionais por meio da Lei Complementar nº 75/1993.

Logicamente que não é crível que uma instituição, com apenas 27 anos, já tenha todos os seus contornos desenhados. Por isso, é natural que a Advocacia Pública ainda seja uma carreira em construção e em constante evolução, que deve caminhar *pari passu* com as modificações do próprio Estado a que protege e se vincula umbilicalmente.

No Estado de São Paulo também verificou-se período de verdadeira confusão de funções institucionais no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado.

Em que pese a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo já ser uma entidade que beira os 70 anos, desde a criação do Departamento Jurídico do Estado pelo professor Miguel Reale em 1947, tendo sido prevista constitucionalmente, no âmbito estadual com a Constituição Estadual de 1967, é preciso lembrar que até 1993 ela era um Departamento criado dentro da Secretaria da Justiça.

¹⁶ “Art. 29. Enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuarão a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições.”

¹⁷ “§ 2º - Aos atuais Procuradores da República, nos termos da lei complementar, será facultada a opção, de forma irrevogável, entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União.”



Somente com a edição da Lei Estadual nº 8.282/1993, a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo saiu do jugo da Secretaria da Justiça para se vincular diretamente ao Governador do Estado, com “status” de Secretaria, assim como ocorreu com a Advocacia-Geral da União ao ganhar “status” de Ministério.

Ademais, não se deve olvidar que a Procuradoria-Geral do Estado, até 2006, guardou dentro de si a competência da defesa das pessoas hipossuficientes, inclusive, contra o próprio Estado. Tal tarefa era desempenhada pela extinta Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ).

Não obstante a atuação irretorquível dos Procuradores do Estado que labutavam na Área da Assistência Judiciária, fato é que essa competência dentro de uma mesma instituição gerava uma dupla personalidade por assim dizer. Não era incomum a mesma instituição ajuizar uma ação na qual ela mesma iria apresentar defesa. Basta lembrar que várias ações de medicamentos eram propostas pelos Procuradores do Estado lotados na PAJ e a defesa ficava a cargo também de Procuradores do Estado. Nítido o tumulto de atribuições.

Não sem tempo, a Lei Complementar Estadual nº 988/2006 criou e organizou a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, apartando-a da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Como carreira ainda em criação, o artigo 5º das Disposições Transitórias dessa lei previu que, num período de 24 meses, os servidores da Procuradoria-Geral do Estado que exerciam suas atribuições na antiga PAJ passariam a exercer funções temporárias na Defensoria Pública¹⁸. Dessa forma, até meados de 2008, houve Procuradores do Estado de São Paulo que exerceram funções que não lhes eram típicas.

Nesse transcurso de 12 anos (desde 2008) em que a Procuradoria-Geral do Estado teve suas funções típicas mais bem delineadas e apartadas de outros órgãos, verifica-se a necessidade de estudar e aprofundar o seu conhecimento para que se tenha consciência de si e de seu potencial.

Como não poderia deixar de ser, a busca de uma definição de identidade da Advocacia Pública passa, primeiro, pelo conhecimento do próprio Estado em que se

¹⁸ “Artigo 5º - Os servidores da Procuradoria Geral do Estado que exercem as suas atribuições na Área da Assistência Judiciária ficarão afastados junto à Defensoria Pública do Estado, pelo prazo de até 24 (vinte e quatro) meses, contando-se o respectivo tempo para todos os efeitos legais, nos termos do artigo 78 da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado).”



vive. Somente com a junção de uma Procuradoria plenamente consciente do ente público que defende poderá extrapolar seu mero aspecto formal de existência, para atingir o âmago do interesse público presente e assim fazer parte do espírito vivificador do Estado a que pertence.

Como brilhantemente expôs o Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Mas, sobretudo, tenha-se em conta que as perspectivas de realização plena das missões constitucionais dessas carreiras de Estado, em curto, médio e longo prazo, tão auspiciosa e amplamente abertas às vésperas da alvorada deste novo século e milênio, dependerão fundamentalmente da compreensão que tenham seus próprios membros sobre o pleno sentido da alta missão essencial à justiça que lhes está afeta, no qual necessariamente se inclui a essencialidade à realização da democracia, bem como dependerão da coragem cívica e profissional, permanentemente demonstrada, para desempenhá-la, aperfeiçoá-la e sustentar suas prerrogativas funcionais, notadamente e de independência técnico-funcional, de matriz constitucional, em toda sua plenitude, sempre com absoluta e imarcescível certeza de que só assim se dará a essencial contribuição que a elas toca na efetiva realização do Estado Democrático de Direito em nosso país.”¹⁹

Passemos, então, a fazer uma breve análise do Estado idealizado pela Constituição Federal de 1988.

2. A NORMATIZAÇÃO DE UM ESTADO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

É de conhecimento geral que a Constituição Federal incorporou ao sistema jurídico brasileiro uma gramática profunda e extensa de direitos sociais. A esse Estado que positivava uma gama relevante de direitos sociais dá-se o nome de Estado social, ou Estado providência, ou Estado de bem-estar social ou, ainda, “*Welfare State*”.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 51.



O Estado social é uma evolução do Estado liberal, idealizando a positivação de direitos sociais, com a concretização destes de forma progressiva por meio de políticas públicas, mas com todo seu aparato erguido sob uma infraestrutura capitalista.

O *Welfare State* não é uma revolução que colocou abaixo o modo de produção existente (capitalismo). Ele é fruto de reformas que alteraram profundamente o regime jurídico e político.

O Estado social baseia sua existência em dois pilares, sendo um jurídico (direitos sociais) e outro político (políticas públicas).

Os direitos sociais originaram-se com destinatários muito claros: os proletários. Na sua vertente inicial, a regulação dos direitos sociais era feita pelos próprios empregados e empregadores e, por isso, era muito frágil e sem segurança, desprovida de qualquer intervenção estatal. Ou melhor: sem qualquer possibilidade jurídica de intervenção estatal.

Considerando que apenas os direitos trabalhistas não eram suficientes para dar cabo de todas as necessidades e de todos os problemas que o liberalismo causara, pois as condições sub-humanas persistiam também fora do trabalho, além do grande número de desempregados que ficavam excluídos desses direitos, verificou-se a necessidade de se prever direitos que deveriam encampar, também, outros riscos sociais. Com a assunção do poder político pela burguesia e considerando a possibilidade do sistema ruir, essa classe detentora do poder político e econômico logo elegeu o Estado como o ente responsável pela concessão desses outros direitos sociais diferentes dos direitos trabalhistas.

A partir daí, vários direitos sociais foram positivados, primeiro em leis esparsas e depois constitucionalizados, assumindo uma vertente de prescrições que exigem uma atuação ativa do Estado (exemplo: pagamento de benefícios previdenciários, prestação de serviços de saúde, educação, construção de moradias, instalação de saneamento básico etc.). Por isso, a intervenção estatal torna-se ínsita ao Estado social, ao Estado que prescreve direitos sociais, pois o ente público passou a ter o dever de atuar diretamente no meio social visando sanar ou reduzir os danos do capitalismo. Os direitos sociais, portanto, prevêm uma obrigação de fazer estatal, que condena a inércia.

Essa obrigação de fazer estatal se realiza por meio de prestações materiais concedidas às pessoas portadoras de alguma carência social. Como o saneamento de



todas as mazelas sociais se torna impossível, pelo menos em curto espaço de tempo, torna-se premente ao Estado a elaboração de um plano de atuação, verificando quais as necessidades mais urgentes e quais as pessoas ou locais mais carentes, para que, assim, possa intervir de forma mais eficaz. A essa elaboração e efetiva intervenção é que se dá o nome de políticas públicas.

Inclina-se a doutrina, balizada nos ensinamentos de José Afonso da Silva, por considerar os direitos sociais como elementos sócio-ideológicos da Constituição, revestidos do caráter de normas programáticas²⁰ em sua maioria²¹. Em sua clássica obra sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso inovou ao demonstrar que todas as normas constitucionais têm eficácia, inclusive que carregam consigo alto teor principiológico ou valorativo, como as normas programáticas. A doutrina, até então, ainda se fincava no critério norte-americano das normas *self-executing* e *not self-executing*.

Sem embargo da eficácia das normas programáticas, José Afonso pondera que essa aplicabilidade é limitada, “dependente da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados”²².

O grande constitucionalista e Procurador do Estado aposentado admite uma eficácia, portanto, negativa, de revogar a legislação precedente quando incompatível com o teor dessas normas programáticas, dando ensejo ao surgimento de um direito subjetivo apenas negativo, de requerer a ab-rogação ou derrogação. Destarte, para ele,

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 44; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 138-156.

²¹ José Afonso da Silva reconhece que existem direitos sociais que não são programáticos, tendo eficácia, portanto, direta e imediata, como é exemplo o direito à liberdade sindical (art. 8º), o direito de greve (art. 9º) (salvo dos servidores públicos, que estão na dependência direta de uma lei, art. 37, VII), autonomia das universidades (art. 207), iniciativa privada para prestação de serviços de ensino (art. 209), vinculação de receitas da educação (art. 212) (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 193). Esse constitucionalista elabora um método para se verificar quando “as normas programáticas têm eficácia imediata, direta e vinculante: I - estabelecem um dever para o legislador ordinário; II - condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III - informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais e revelação dos componentes do bem comum; IV - constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V - condicionam a atividade discricionária da administração do Judiciário; VI - criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem” (Ibidem, p. 164).

²² SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 163.



não há um direito positivo de exigir o direito consubstanciado na Constituição sem que uma lei infraconstitucional o pormenorize.²³

Andreas Krell, reconhecendo a importância do trabalho de José Afonso, também faz essa advertência extraída da obra do constitucionalista de que o reconhecimento da subjetivação dos direitos sociais apenas ocorre em sua vertente negativa e pondera que a tendência atual é de estender a subjetivação dos direitos sociais também na vertente positiva, de possibilidade de se requerer o direito previsto na Constituição mesmo sem uma lei que regulamente e permita o preceito constitucional²⁴. Andreas ainda acautela que:

“A eficácia social reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e dos Municípios.”²⁵

Néstor Pedro Sagués não restringe as normas programáticas às que têm sua eficácia positiva subordinada a uma legislação ordinária, inserindo nesse bojo também as normas com alto teor de generalidade. Entretanto, há normas constitucionais que se situam no limiar entre a programaticidade e a operatividade direta, mas que por vontade de alguns operadores se tornaram programáticas. São seus dizeres:

“Algunas veces, la constitución define claramente a la norma programática, ya que subordina su eficacia al dictado de una norma ordinaria (...). En otros casos, el carácter programático deriva de la generalidad de los términos que emplea la constitución (...). En el plano de las realidades, la condición de programática de una regla constitucional, cuando una constitución no la presenta nitidamente así, deriva de la voluntad de sus operadores, quienes podrán considerarla programática y operativa.”²⁶

²³ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 158-163.

²⁴ KRELL, Andreas Joachim, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 39-40.

²⁵ Idem, *ibidem*, p. 31.

²⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 3ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2001, v. 1, p. 110. Esse constitucionalista argentino ainda resume as teorias sobre a eficácia das normas programáticas: “1) *Teoría de la Ineficacia*. Sostiene que las reglas son impropias, meramente formales, que carecen de importancia como normas constitucionales (Dana Montaña). 2) *Teoría de la Eficacia*. En el extremo opuesto, Pina alerta que la calificación de programática a una norma es una estrategia de no



O que é importante extrair é que nem todas as normas de direitos sociais são programáticas. Lógico que em sua maioria o são. Mas há algumas normas sociais que não se enquadram nessa categoria e outras que foram emolduradas como normas programáticas por uma construção doutrinária e jurisprudencial. Além dos direitos sociais elencados por José Afonso que trouxemos em nota, vários direitos trabalhistas previstos no artigo 7º não são normas programáticas, tendo uma eficácia direta e imediata, como a irredutibilidade do salário (“salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”, expressão que não retira a eficácia imediata, podendo ser apenas restringível, contida), a garantia de salário nunca inferior ao mínimo (considerando que o valor do salário mínimo já foi fixado em lei), duração do trabalho não superior a 44 horas semanais, repouso semanal remunerado, direito a férias, proibição de discriminação salarial em razão de sexo, idade, cor, estado civil e portador de deficiência, proibição de trabalho aos menores de 14 anos de idade etc.

Como se percebe, alguns direitos sociais, em especial os trabalhistas, que foram os primeiros direitos sociais, não dependem de uma lei ou de uma política pública, tendo sua aplicação imediata independente de qualquer atuação estatal. Em verdade, vários desses direitos não estabelecem uma relação direta entre Estado e particular, mas sim entre os próprios particulares (empregado e empregador), sendo o Estado erigido a mero fiscalizador e sancionador da violação dessa relação.

Mesmo esses direitos que decorrem da relação trabalhista de eficácia imediata não coadunam com uma omissão estatal, devendo o Estado promover uma fiscalização constante para prevenir violações. Veja-se o caso da proteção contra o trabalho infantil: deve o Estado proceder a fiscalizações para impedir que esse trabalho seja perpetrado, sem que a efetivação desse dever fique na dependência de alguma política pública. Isso não significa que não deva existir qualquer política pública, pois ela é exigida, com um nítido caráter fiscalizatório, preventivo e coercitivo, quando se verificar que algum empregador utiliza essa força de trabalho. Da mesma forma com a liberdade sindical e

vigencia de cláusulas constitucionales. Toda regla constitucional debe ser operativa, expresa, porque de lo contrario la eficacia de la constitución dependería de la voluntad de los poderes constituidos, de instrumentar o no a las normas programáticas. 3) Teoría de la Eficacia Parcial. No asimila las reglas programáticas a las operativas, pero reconoce a aquéllas el siguiente vigor: a) son reglas jurídicas de rango constitucional; b) actúan como material jurídico inductor, en el sentido de que impulsan al legislador ordinario y demás poderes constituidos a actuar de un modo específico; c) condicionan la validez de la legislación ordinaria (resultaría inconstitucional, pues, una norma subconstitucional opuesta a una norma constitucional programática), y d) sirven para interpretar la constitución.” (Ibidem, p. 111). O autor adere à última posição, consoante enfatiza (Ibidem, p. 111).



com o direito de greve, em que deve o Estado proteger esses direitos de forma ativa, e não omissiva, fornecendo meios e impedindo ingerências externas.

Como visto, nem todos os direitos sociais têm cunho prestacional. Alguns guardam mais um conteúdo de proteção do que de prestação. No entanto, essa proteção não é sinônimo de omissão, como o é para grande parte dos direitos individuais de fundo liberal²⁷. Essa proteção tem um caráter positivo para o Estado: fiscalização, prevenção, conscientização e coibição.

Importa ainda acentuar que as controvérsias estrangeiras acerca dos direitos sociais serem ou não direitos fundamentais não podem ser transportadas para o Brasil haja vista que a própria Constituição de 1988 os definiu como tal, os inserindo no capítulo II (relativo aos direitos sociais), dentro do título II (denominado de “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”). Nem mesmo a alegação de que a ordem social, que engloba considerável gama de direitos sociais, está no título VIII, portanto fora do título atinente aos direitos fundamentais, se sustenta como óbice ao reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais, posto que o artigo 6º (primeiro artigo do capítulo II do título II) já traz, de forma genérica, vários direitos sociais que são esmiuçados nos artigos que se seguem nesse mesmo capítulo II e no título reservado à ordem social.

Além do mais, mesmo os direitos individuais de primeira dimensão, na sociedade complexa em que vivemos, para serem eficazes, necessitam de um mínimo de benefícios sociais, cujos direitos sociais se tornam pressupostos. Assim, para realização dos direitos fundamentais individuais é necessário ter satisfeito um mínimo de direitos sociais. Por isso, os direitos sociais se tornam direitos fundamentais, inclusive para poder exercer os direitos individuais. Nesses termos se pronuncia Andreas Krell:

“Os direitos humanos básicos à vida e integridade física, contudo, também estão intimamente ligados aos direitos sociais, à saúde e assistência social. Aqueles são tradicionalmente considerados como direitos de defesa do indivíduo contra o Estado (da primeira geração). Para que este não interfira negativamente na liberdade das pessoas. No entanto, no Estado moderno, os

²⁷Há que ressaltar que existem direitos individuais que exigem uma pronta intervenção do Estado e até mesmo políticas públicas de fiscalização e conscientização, como é o caso da vedação da tortura e do racismo. No entanto, como se pode notar, alguns desses direitos individuais estão mais conectados ao próprio Estado social do que ao liberalismo, como é o caso da vedação ao racismo, pois no seu bojo há um ideal de proporcionar maior isonomia material entre os seres humanos.



direitos fundamentais clássicos estão cada vez mais fortemente dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofre sérias ameaças de sua liberdade. Os direitos fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegem, ao mesmo tempo, as condições materiais mínimas necessárias para a possibilidade da sua realização.”²⁸

Uma das características dos direitos sociais é sua seletividade à concretização pelo Estado. Em que pese serem direitos universais, extensíveis a todos enquanto previsão normativa abstrata, a prestação estatal deve ser ministrada aos portadores de uma carência social que legitime o Poder Público a atuar em seu benefício. Os direitos sociais são universais enquanto garantias abstratas, mas devem ser específicos em prestações positivas e concretas pelo Estado.

Essa característica da seletividade dos direitos sociais já foi ressaltada por José Eduardo Faria: “(os direitos sociais) impõem tratamentos diferenciados em favor de determinados segmentos sociais, o que corrói e subverte o tradicional primado do ‘universalismo jurídico’ inerente aos sistemas normativos de inspiração liberal.”²⁹

Essa seleção de quem terá acesso aos direitos sociais, principalmente os de cunho eminentemente prestacional, é feita, em regra, por meio de uma política pública. A noção de política pública, principalmente para os operadores do direito, é algo nebuloso, ainda impenetrável no seu cerne, haja vista a tradição jurídica essencialmente formalista que nos foi imposta de análises meramente superficiais, fincadas no legal ou ilegal.

Para Maria Paula Dallari Bucci, as políticas públicas constituem o ponto nevrálgico do direito administrativo atual, que, reconhecendo a dificuldade de sua conceituação, atribui-lhe um caráter eminentemente estipulativo:

“As políticas públicas são instrumentos de ação dos governos – *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government*

²⁸ KRELL, Andreas Joachim, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*, cit., p. 47.

²⁹ FARIA, José Eduardo. As transformações de judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 63.



by law. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da ideia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. As políticas são uma evolução em relação à ideia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao *government by men*, anterior ao constitucionalismo.”³⁰

Ainda para Maria Paula Dallari Bucci, “toda política pública se caracteriza pelas contradições” e, como categoria analítica, tem sempre uma conotação valorativa baseada em interesses diversos.³¹

José Reinaldo de Lima Lopes também acentua que:

“Para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime de finanças públicas. E para compreender estas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros. Assim, o Estado não só deve planejar seu orçamento anual mas também suas despesas de capital e programas de duração continuada (art. 165, § 1º).”³²

³⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 252.

³¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, cit., p. 252.

³² LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 132. Esse autor ainda adverte que “o estudo de tais normas (tributárias) restringe-se a uma perspectiva negativa dos tributaristas que invocam continuamente os princípios fixados na Magna Carta inglesa (de 1215) para argumentar sempre pela inconstitucionalidade das iniciativas do Estado. É certo que há inúmeras iniciativas inconstitucionais, mas será que nosso estudo jurídico deveria restringir-se ao estudo do limite ao poder de tributar? Será que a tanto se reduz o direito público que precisamos saber em plena transição pós-moderna, digamos assim, do Estado? Ora, os princípios da Magna Carta, para quem reconhece um pouco de história, dizem respeito à renda feudal, e não ao tributo moderno” (Ibidem, p. 132).



Diante disso, se verifica que políticas públicas não são precisamente uma categoria jurídica, pois envolvem um plano de ação governamental, o desenvolvimento de estratégias para solucionar algumas mazelas e incrementar o desenvolvimento, havendo sim uma margem de liberdade política para negociações, oportunidades e possibilidades, ligando-se muito mais a um fenômeno político e sociológico. De toda forma, não podem ser desprezadas pelo direito, devendo este dar o balizamento necessário e a eficácia esperada pela sociedade.

As políticas públicas são, como o próprio nome diz, “políticas”, portanto, com forte caráter ideológico. Também são “públicas”, o que indica o extrapolamento da mera subjetividade e da proteção exclusiva da individualidade. Aliás, elas lidam com dados objetivos, e não subjetivos. Exigem, portanto, o conhecimento da realidade e dos indicadores sociais para, a partir daí, subsidiar e fundamentar as escolhas dos detentores de mandatos políticos.

A formação de uma política pública dá-se em um ciclo que se inicia com a formulação de alternativas para se viabilizar a tomada de uma decisão, selecionando uma entre as várias alternativas apresentadas, envidando esforços para implementá-la. Depois de concretizada, deve-se exercer um controle constante para evitar desvios, realizando-se, ainda, avaliações quanto à qualidade e efetividade da política aplicada.

Esse ciclo não é estanque, de forma que terminada uma fase se inicia outra, encerrando-se a anterior. É um ciclo que, uma vez iniciado, não cessa, já que mesmo na fase de controle e avaliação, sempre são possíveis novas formulações e novas decisões.

Um suposto controle judicial incidiria nas duas últimas fases (implementação e controle), haja vista que a formulação de alternativas e a decisão de qual política será adotada são fases eminentemente políticas, cabendo essencialmente aos órgãos políticos.

A rigor, não cabe ao Poder Judiciário a iniciativa nem a elaboração de uma política pública, pois, como fases políticas, são competentes para realizá-las os Poderes Executivo e Legislativo. No entanto, é possível que o Poder Judiciário exerça um controle da omissão, induzindo a ação. Também é possível que o Poder Judiciário exerça um controle sobre as políticas públicas já concretizadas, verificando se a previsão de despesas foram de fato realizadas ou desviadas, ou se ainda as políticas em curso coadunam com o ideal de um Estado de bem-estar esculpido pela Constituição Federal.



Os direitos sociais são estruturas jurídicas complexas, dinâmicas, mutáveis consoante cada realidade social (e mesmo dentro da sociedade) e que se pesam pelo seu valor e princípios que os fundamentam. A dogmática tradicional liberal, preocupada em estabelecer padrões rígidos, estanques e imutáveis, não consegue lidar com esses novos direitos, pois não consegue se fincar no âmbito concreto e real de uma sociedade viva e ativa.

Não cabe, no exame dos direitos sociais, adotar uma única posição como a exclusivamente válida, a que deva sempre ser seguida. Não há como estabelecer um único método que seja o melhor e mais seguro, pois a dinâmica social exige e continuará exigindo análises diversas, sob vários enfoques, concernentes ao meio a que é dirigido, à necessidade constatada, às pessoas que se pretende beneficiar e a todos os demais elementos sociais, culturais, econômicos e históricos vivenciados em determinado local.

Essa constatação evidencia o quanto ainda é atual a advertência de Hans-Georg Gadamer: “Não existe nenhum método próprio para as ciências do espírito.”³³. Completa o filósofo alemão:

“Se a conscientização das condições hermenêuticas presentes nas ciências da compreensão leva as ciências sociais – que não buscam ‘compreender’ mas apreender cientificamente a estrutura real da sociedade pela inclusão das compreensibilidades que se alojam na estrutura da linguagem – a sistematizações metodológicas úteis ao seu trabalho, isso certamente é um ganho científico Mas a reflexão hermenêutica não permitirá que aquelas lhe prescrevam uma obrigação de restringir-se a essa função científica imanente, e sobretudo não permitirá que lhe impeçam de aplicar novamente uma reflexão hermenêutica ao estranhamento metodológico da compreensão

³³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 1, p. 42.



que move as ciências sociais, mesmo que isso provoque uma nova desvalorização positivista da hermenêutica.”³⁴

4. O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NO ESTADO SOCIAL.

Exposta uma noção geral sobre o Estado de bem-estar social, Estado em que a Constituição Federal de 1988 erigiu sua base normativa, sobressai a primeira característica da Advocacia Pública: defender e proteger esse Estado social.

As palavras “defesa” e “proteção” não devem ser entendidas aqui no sentido tão somente reativo dos termos, como sendo uma reação a um ataque. Também é isso, mas não apenas isso. A defesa do Estado social não ocorre apenas em seu lanço negativo, mas também por um viés positivo, entabulando-se formas de concretização dos direitos sociais e das políticas públicas.

Devem, assim, as Procuradorias servirem de instrumento de concretização do Estado social.

Na atuação judicial contenciosa, não é apenas contestando demandas que envolvam direitos sociais que se circunscreve a atuação de um Advogado Público. Muito pelo contrário, as contestações e as defesas em juízo devem ser encaradas apenas como um dos lados de sua atuação. A atuação das Procuradorias deve ser compreendida de forma muito mais ampla do que a mera defesa em juízo.

A cada nova demanda que surge sobre direitos sociais deve o Procurador do Estado - e a própria instituição Procuradoria-Geral do Estado - se indagar se aquele tipo de demanda deveria e poderia ser evitada, quer porque guarda em si um motivo de carência social desconforme com os preceitos e objetivos do Estado providência. Assim, para esses casos, poderia o Procurador do Estado estudar meios e verificar a possibilidade da necessidade social ser atendida de forma geral, não apenas individualmente como sói acontecer com as demandas judiciais subjetivas.

Logicamente que para isso, é preciso que o Procurador do Estado e a Procuradoria Geral do Estado disponham dos meios necessários para possibilitar ao Procurador do Estado bem desempenhar esse papel, o que não se verifica ocorrer na grande maioria dos órgãos das Procuradorias de Estado dos diversos entes da federação.

³⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: complementos e índices*. Tradução de Enio de Paulo Giachini. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 2, p. 278.



A questão dos meios, da estrutura, é a pedra angular para que as Procuradorias do Estado possam desempenhar esse novo papel que lhe é atribuída pela adoção de um modelo social de Estado. A autonomia da Advocacia Pública é o pressuposto básico para que as Procuradorias possam assumir de fato e de direito suas funções constitucionais. Sem que sejam concedidos os meios, a estrutura e a autonomia necessária à Advocacia Pública, o próprio Estado social terá dificuldade em se tornar verdadeiramente de bem-estar social.

Há que se enfatizar que não é o caso de se cogitar da substituição ao Administrador Público pelo Procurador do Estado, definindo um juízo de conveniência e oportunidade para sanar determinada carência social. O que cabe ao Procurador é entabular meios, verificar hipóteses, apresentar estudos jurídicos sobre a consonância do caso individual com os objetivos gerais de concretização real do Estado social, cientificando, assim, o administrador público do dever jurídico de saná-lo e indicando qual ou quais é/são o(s) caminho(s) lícito(s) possíveis.

Na área da consultoria jurídica essa função fica mais evidente, pois a atividade do advogado público não deve se restringir a um mero parecer de legalidade ou ilegalidade, e sim apresentar os meios e os caminhos jurídicos que permitiram a concretização de uma política pública por outras formas, sem que carregue a pecha da ilegalidade.

Não é a simples elaboração de uma contestação ou de alguma defesa em juízo que esgotará a atividade de um procurador ou de um advogado público. Não é a emissão de um parecer que se restrinja a dizer a ilegalidade, impedindo assim a concretização de uma política pública. No atual contexto social, a atividade do Procurador deve ser mais proativa e menos reativa, é uma atividade mais de concretização, do que de mera burocracia.

O que se deve ter em mente é que a nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988 predispõe que a Advocacia Pública deve se colocar cada vez mais conectada com a atividade-fim do Estado, deixando de ser um órgão meramente burocrático de atividade-meio.

O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto já se debruçou sobre essa nova característica da advocacia pública:

“Como é, hoje, amplamente reconhecido, as atividades-fim visam ao estabelecimento, manutenção, cumprimento e aperfeiçoamento da



ordem jurídica, enquanto que as atividades-meio englobam todas as demais ações de aparelhamento necessárias para que o Estado seja eficaz e eficiente na execução daquelas atividades-fim.

Ora, as atividades desenvolvidas pelos Advogados do Estado se situam inequivocamente no plano das atividades-fim, ou seja: são ações voltadas ao estabelecimento, à manutenção, ao cumprimento e ao aperfeiçoamento da ordem jurídica e, apenas secundariamente, referidas ao aparelhamento do Estado.

Com efeito, o dever precípua cometido aos Advogados e Procuradores de qualquer das entidades estatais é indiscutivelmente o de sustentar e de aperfeiçoar a ordem jurídica, embora secundariamente, mas sem jamais contrariar essa primeira diretriz constitucional, possam esses agentes atuar em outras missões de natureza jurídica ou administrativa voltadas às atividades-meio, com, por exemplo, aquelas que se desenvolvam em sustentação às medidas governamentais, à assessoria jurídica, à direção de corpos jurídicos etc.”³⁵

Para se analisar essa nova configuração de uma Advocacia Pública como atividade-fim do Estado, é preciso, primeiro, localizá-la dentro do ente público.

4.1. Um novo paradigma de separação de poderes e o surgimento de uma nova Função de Estado: Função Essencial à Justiça.

A separação absoluta de poderes nos moldes idealizados para o Estado liberal, seguindo as lições de Montesquieu, que previa a definição de Poderes rígidos e totalmente independentes, não encontra guarida no desenvolvimento do *Welfare State*.

Como oposição ao Estado absolutista, em que todo o poder ficava concentrado nas mãos do monarca, a separação de poderes teve seu espírito revolucionário, impedindo as arbitrariedades advindas da confusão entre rei e o Estado.

Com o fim do Estado absolutista e o surgimento do Estado liberal, a separação de poderes encontrou seu ápice, preconizando uma completa separação das funções estatais, incomunicáveis entre si, em que cada poder deveria atuar como uma ilha,

³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito, ob. cit. p. 41.



isolado dos demais. Numa nova roupagem estatal voltada mais para o intervencionismo em prol do social, uma rígida separação de poderes perde seu caráter revolucionário e passa a adquirir contornos de impedimento à plena realização do Estado de bem-estar.

É axiomático que não se pretende a volta da concentração de poderes, mas um maior intercâmbio, uma atuação conjunta, uma maior intercomunicabilidade, uma maior harmonia entre os “Poderes” passa a ser imperativa.

Como o Estado social é aquele ente público que sai do seu estado de inércia, antes preconizada pelo Estado liberal, para adotar um modelo bem mais intervencionista, não pode a separação de poderes servir de contenção ou até mesmo de reação a essa evolução. Deve-se, assim, buscar um novo paradigma de separação de poderes, sem anular este princípio, que tem importância insofismável para controle estatal e do governante, além de ser elemento essencial para existência de uma Democracia³⁶.

Numa primeira evolução do princípio em comento, dogmatizou-se a teoria dos freios e contrapesos (*check and balances*), em que cada poder atuaria controlando e intervindo no outro. Atualmente, a tese que se tem propagado é a de colaboração, de reconciliação entre os poderes, que devem atuar de forma harmônica, numa relação de complementaridade, e não de exclusão.

Como bem se expressa Paulo Bonavides:

“É possível ir mais longe e, em abono a teoria de Montesquieu, afirmar que o princípio evoluiu, no campo do constitucionalismo, de aplicação empírica e de interpretação assinaladamente restrita, para conceituação aprimorada, em que os poderes, como aspectos diversos da soberania, se manifestam em ângulos distintos, abandonando-se, daí, expressões impróprias e antiquadas, quais

³⁶ Paulo Bonavides expõe, com a clareza que lhe é peculiar, essa necessidade de alteração no conteúdo do princípio da separação de poderes: “Chegamos, de nossa parte, a essa conclusão: a teoria da divisão de poderes foi, em outros tempos, arma necessária da liberdade e afirmação da personalidade humana (séculos XVIII e XIX). Em nossos dias é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo. Decadente em virtude das contradições e da incompatibilidade em que se acha perante a dilatação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade.

A liberdade contra o Estado é uma ideia morta. Ingressamos, como se vê, no seguinte dilema: ou alcançamos a liberdade no Estado – e para tanto se mostrará obsoleto o princípio constitucional clássico –, ou, com a hipertrofia dos fins do Estado, seremos esmagados pela ascensão do totalitarismo estatal, que já deu, e continua dando, sombrias mostras da maneira impetuosa e da irrefreável desenvoltura com que é capaz de suprimir, a golpes de opressão, a democracia e a liberdade” (Do Estado Liberal ao Estado Social. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 86.



sejam *separação* e *divisão*, substituídas por outras mais corretas, a saber, *distinção*, *coordenação* e *colaboração*.

Há tratadistas e expositores que preferem, ao termo *poder*, o termo *função*. Essas emendas à doutrina são fundamentais e esclarecem que os poderes caminham para uma integração, compatível com a larguíssima esfera de ação estatal, a qual progressivamente se estende, com o acréscimo de novas responsabilidades sociais e econômicas, que perdem sua configuração jurídica meramente tutelar e formalista para se converterem em elementos materiais e consubstanciais do conceito de Estado.”³⁷

Classicamente, então, a separação de poderes apregoa a existência de 3 Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes entre si. Numa visão mais moderna, a distinção de poderes prevê, basicamente, 3 funções: função executiva (administrativa), função legislativa e função jurisdicional.

Curiosamente, nossa Constituição Federal de 1988, no Título IV, que versa sobre a Organização dos Poderes, dividiu-o em 4 capítulos, a saber: do Poder Legislativo, do Poder Executivo, do Poder Judiciário e das Funções Essenciais à Justiça. Dentro desse último capítulo ela trata, de forma inovadora, do Ministério Público, da Advocacia Pública, da Advocacia e da Defensoria Pública. Em que pese o artigo 2º da Constituição Federal especificar que os Poderes são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, o Título IV acrescentou a esse rol as funções essenciais à Justiça.

Seguindo a doutrina constitucionalista clássica da separação de “poderes”, de fato, é difícil localizar o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública na organização do Estado brasileiro. Todavia, se nos orientarmos pela doutrina mais contemporânea do Direito Constitucional, que se baliza numa separação de “funções”, e não de “poderes”, a tarefa de situar o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública no organograma estatal ganha mais lógica na interpretação da subdivisão procedida pelo Texto Fundamental, que adotou 4 capítulos.

Compatibilizando, assim, o artigo 2º com o Título IV, a interpretação que nos parece mais adequada é a que apregoa a existência de 3 Poderes (Executivo, Legislativo

³⁷ Do Estado Liberal ao Estado Social, ob. cit. p. 73.



e Judiciário), sendo completada por mais uma função de Estado, que não se encaixa especificamente em nenhum dos outros poderes: função essencial à Justiça!

E essa nova função estatal, função de realizar a Justiça, é signo do Estado social. Destarte, além das funções executivas, legislativas e judiciárias - exercidas de forma típica pelos Poderes constituídos a que se referem - a Constituição Federal de 1988 idealizou uma nova função de Estado, que é a Função de promoção da Justiça.

A Constituição Federal de 1988 busca, com isso, além do conteúdo legal, dar um conteúdo ético ao Estado. Por isso, não poderia incluir as carreiras que entende como essencial a realização da Justiça em qualquer dos Poderes constituídos, sob pena de subverter o próprio ideário a que se fincou o Texto Fundamental. O ideal de Justiça é um ideal do próprio Estado, e não de um dos Poderes. Incluir essas carreiras num dos Poderes seria como se somente um dos Poderes fosse o responsável por promover a Justiça. Não é esse o entendimento que salta aos olhos. A Justiça não é exclusividade de qualquer dos poderes, e sim é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I).

Então, as carreiras essenciais à Justiça não poderiam constituir um novo Poder, pois aí daria a entender que somente esse novo Poder estaria jungido à obrigação de realizar a Justiça. Sabiamente, a Constituição inseriu as carreiras essenciais à Justiça na parte da organização formal do Estado, inaugurando uma nova função, sem a constituição de um Poder formal. O objetivo é que essas carreiras possam promover o enquadramento de um ideal de Justiça em todos os demais Poderes, atuando à parte deles, até como forma de possibilitar a melhor coordenação e cooperação entre os mesmos, seguindo, desse modo, o novo paradigma da separação de poderes.

As carreiras abrangidas no capítulo das Funções Essenciais à Justiça são carreiras que, a rigor, não pertencem exclusivamente a um único poder. Elas atuam, por vezes, com autonomia a todos os Poderes, processando o próprio Estado ou os agentes de quaisquer dos Poderes e, não raro, podendo atuar como moderadores dos conflitos entre os Poderes.

Fincando-nos mais de perto no exemplo da Advocacia Pública, que é nosso objeto de estudo, é sabido que ela não defende apenas o Executivo. Ela defende o Estado, ou seja, todos os Poderes reunidos. É uma Advocacia de Estado, e não uma Advocacia do Executivo. Destarte, atos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e, como não poderia deixar de ser, do Poder Executivo são defendidos pela Advocacia Pública.



Seus membros, assim como os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, recebem por meio de subsídios, nos termos do artigo 37, XI, da CF³⁸, como membros ocupantes de cargo em carreira de Estado, e não do Executivo. Isso significa que o limite de seus vencimentos não é o do Prefeito ou do Governador, mas sim o dos Ministros do STF. Ou seja, o parâmetro de remuneração não é o do Poder Executivo, e sim do Poder Judiciário.

O fato dos Chefes dessas Instituições serem nomeados pelo Chefe do Poder Executivo não desnatura a autonomia que deve reger essas carreiras, até porque os Ministros do STF também são nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, sem que isso denote subserviência do Poder Judiciário ao Poder Executivo. Essa nomeação não é nada mais do que consequência direta da aplicação da teoria do *check and balances* da separação de poderes ou da distinção de funções.

Então, não é possível enquadrar a Advocacia Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública em qualquer dos Poderes constituídos. Essas carreiras exercem, portanto, uma função mais social do que estatal, de promoção da Justiça.

Nessa linha de raciocínio, fica claro que a atividade desempenhada tanto pela Advocacia Pública, como pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública é uma função-fim, que é a função de realizar a Justiça.

No caso da Procuradoria de Estado, essa atividade-fim deve ser analisada sob dois enfoques: 1) atividade-fim própria de promoção da Justiça; 2) atividade-fim relacionada aos demais poderes do Estado.

Em relação ao item 1 já discorremos acima. É a atividade-fim essencial a que a Constituição erigiu a Advocacia Pública de promover a Justiça como atividade ínsita a sua própria atuação.

³⁸ “XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”



No que tange ao item 2, a atividade-fim se apresenta no assessoramento jurídico que a Advocacia Pública deve realizar para efetiva concretização das políticas públicas, na defesa em juízo das políticas públicas realizadas e a se realizar, a defesa em juízo dos atos produzidos pelos demais poderes quando não eivados de algum vício que os macule.

Enquanto o item 1 versa sobre a própria atividade das Procuradorias como uma atividade-fim para o Estado, o item 2 trata da justaposição das Procuradorias às atividades-fim dos demais poderes. Ou seja, pelo item 1 a própria atividade da Advocacia Pública deve ser vista como uma atividade-fim em si mesma; pelo item 2, a atuação da Advocacia Pública deve ocorrer ao lado das atividades-fim dos demais Poderes.

Para que a plenitude dessas atividades se concretizem, visando tornar o Estado mais Justo, a Advocacia Pública deve ser tratada como uma Advocacia de Estado, e não de Governo ou até mesmo do governante, como vem ocorrendo.

4.2. Advocacia de Estado e não de Governo.

Segundo Eros Grau:

“(...) Estado e governo não se confundem. O Estado é uma instituição, abstrata. Embora aja como um ator no embate das forças políticas, no exercício do poder estatal, o Estado é, concomitantemente, o troféu da política, disputado por essas forças, interessados na conquista desse mesmo poder, o poder estatal (...). Falta aos nossos juristas o discernimento de que Estado e sociedade constituem dois momentos de uma só unidade e de que, como ensina Hegel, o indivíduo obtém a sua liberdade substancial ligando-se ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto da sua atividade (...). Nesta senda, haveria uma ‘confusão entre Estado e governo e a equivocada concepção de que seria ele, o Estado, o grande vilão, o inimigo mais temível da sociedade’.”³⁹

³⁹ GRAU, Eros Roberto, *Direito posto e direito pressuposto*, 6. ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 257-259.



Do que se depreende desse excerto colacionado é que Estado e governo não se confundem. São figuras distintas. O Estado é algo abstrato e permanente na Idade Moderna; já o governo é mais efêmero, sem embargo da existência de governos totalitários que podem se valer do poder do Estado para se perpetuar no tempo.

O “Poder” é do Estado e não do governo. O governo apenas se vale de parcela desse “poder” enquanto dirigir os caminhos do Estado.

O Estado é mais amplo do que o próprio governo, pois carrega consigo um corpo transitório (governo) e um corpo fixo, mais estável, consubstanciado nos espaços, serviços, servidores e obras públicas, que extrapolam os limites temporais de um governo. As fronteiras, o espaço aéreo e marítimo, os edifícios e praças públicas, as ruas e rodovias, serviços como de saúde e educação, os servidores concursados constituem exemplos do corpo estável do Estado, que não se limitam ao tempo de um governo. Lógico que o governo pode dar uma diretriz para esse corpo fixo, como afetar ou desafetar edifícios e praças públicas, investir mais ou menos na saúde e educação etc. Contudo, inegável que esse corpo fixo também exerce um poder estatal, que acarreta direitos e deveres para os administrados e acaba por influir no governo.

A própria instituição onde se instala o governo (Poder Executivo e Poder Legislativo) constitui um corpo fixo, pois permanecerá posteriormente à saída de um governo e o ingresso de outro. É cediço, portanto, que não se deve confundir Estado e governo. Este último ocupa um espaço do Estado, exercendo parcela de seu poder, mas que em nenhum momento esgota toda a complexidade do ente público.

Entrementes, considerando que o governo ocupa transitoriamente um espaço no Estado, que lhe outorga o poder de dirigir várias atividades, parece-nos claro que em caso dessa atividade ser muito aquém das potencialidades do Estado e esperada pela sociedade, ou em caso de abuso ou desvio do poder do Estado, quem deve responder, mais do que o próprio Estado, é o governo que o dirige.

Ora, se o governo usa inadequadamente o poder do Estado, abusando ou o omitindo, deve ser responsável por esse uso. Isso se evidencia mais quando verificamos que o Estado se mantém e o governo se esvai. Na forma como funciona a responsabilidade estatal atual, fica o Estado com todo o encargo do governo, que pode se conservar no cenário político ou simplesmente sair, sem que nenhuma consequência lhe seja carregada.



Nesses casos de completo descompasso entre o Estado e o Governo, não pode qualquer membro da Advocacia Pública defender o governo em detrimento do Estado. A defesa deve ser sempre a do Estado, mesmo que para isso deva direcionar a consequência de um ato danoso diretamente ao governante, excluindo o Estado do litígio.

A Procuradoria que se pretende para o Estado social é uma Procuradoria de Estado, e não do Governo. O Procurador, ao atuar, deve sempre se indagar se a atuação a ser empreendida atende os interesses do Estado, ou se atende unicamente aos interesses do governo, totalmente divorciada dos objetivos estatais e de nossa Constituição.

Somente com o delineamento de uma Advocacia de Estado, e não de governo, é que as Procuradorias poderão se constituir, de fato e de direito, em uma função essencial ao Direito.

4.3. Da necessidade de autonomia para a Advocacia Pública.

Inexplicavelmente, nossa Constituição Federal apenas não previu autonomia para a Advocacia de Estado entre as funções relacionadas como essenciais à Justiça.

Tanto ao Ministério Público⁴⁰ quanto à Defensoria Pública⁴¹ foram previstas expressamente a autonomia funcional e administrativa. Em total falta de sintonia de carreiras sob a mesma rubrica constitucional, não foi prevista autonomia para a Advocacia Pública.

É de se ressaltar que tramita na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda Constitucional nº 82/2007⁴², de autoria do Deputado Flávio Dino, que visa acrescer os

⁴⁰ Art. 127, par. 2º: “Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento”.

⁴¹ Art. 134, par. 2º: “Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º”.

⁴² Pela importância do tema, vale a íntegra da PEC: “Art. 1º Ficam acrescentados os seguintes Artigos 132-A e 135-A à Constituição Federal:

“Art. 132-A. O controle interno da licitude dos atos da administração pública, sem prejuízo da atuação dos demais órgãos competentes, será exercido, na administração direta, pela Advocacia-Geral da União, na administração indireta, pela Procuradoria-Geral Federal e procuradorias das autarquias, e pelas Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, as quais são asseguradas autonomias funcional, administrativa e financeira, bem como o poder de iniciativa de suas políticas remuneratórias e



artigos 132-A, 135-A e 168, visando atribuir autonomia funcional, administrativa e financeira à Advocacia Pública, estabelecendo, ainda, prerrogativas aos Procuradores do Estado, como inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e independência funcional, com vistas a criar efetivamente uma Advocacia de Estado, e não uma advocacia de governo.⁴³

Somente com a aprovação dessa PEC é que as Procuradorias poderão exercer profundamente a função a que a Constituição lhes incumbiu de tornar nosso país mais Justo.

Nos congressos sobre Advocacia Pública muito já se escreveu sobre a autonomia. Para não sermos repetitivos e não nos dispersarmos do sonho possível e mais próximo da autonomia trabalhada nos termos da PEC 82/07, nos limitamos a fazer coro pela

das propostas orçamentárias anuais, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.”(NR)

“Art. 135-A. Aos integrantes das carreiras da Defensoria Pública, bem como da Advocacia da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal, dos procuradores autárquicos e das procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão garantidas:

- a) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;
- b) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;
- c) independência funcional.” (NR)

Art. 2º O art. 168 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias Gerais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º da Constituição Federal.”(NR)

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.”

⁴³ A justificativa exposta pelo nobre Deputado Flávio Dino na PEC 82/2007 resume todo o anseio social pela aprovação dessa PEC. Segue, *ipsi literis*:

“A Advocacia-Geral da União é a instituição constitucional que, no âmbito da administração direta federal, exerce a advocacia de Estado, função essencial à Justiça. No âmbito da administração indireta, a função é desempenhada pela Procuradoria-Geral Federal e pelos procuradores autárquicos.

Assim, a aprovação da nova redação à Seção II do Capítulo das Funções Essenciais à Justiça mostra-se um avanço para o controle prévio de regularidade dos atos administrativos. Por outro lado, a atribuição de autonomias às entidades das esferas estaduais e municipais deriva do Princípio da Simetria. Sabe-se que a sistemática da Constituição da República preza pelo paralelismo entre as instituições públicas nele contidas. Com isso, o Ministério Público Federal possui as mesmas autonomias e prerrogativas que os Ministérios Públicos Estaduais (§ 2º do art. 127), o mesmo ocorrendo com a Defensoria Pública.

Dentro desse contexto, a autonomia funcional e as demais garantias previstas no texto da presente proposta de emenda à Constituição representam fator indispensável para que a função constitucional dos referidos órgãos seja alcançada pelos respectivos titulares.

Finalmente, ressaltamos que as autonomias propostas são razoáveis e submetidas ao controle parlamentar, visando garantir melhores condições institucionais para que os membros da Advocacia de Estado exerçam suas funções em favor da sociedade, motivo pelo qual solicito o apoio dos nobres Pares.”



rápida aprovação desse novel instituto, colocando a Advocacia Pública no mesmo nível das demais carreiras essenciais à Justiça e possibilitando às Procuradorias de Estado ser, verdadeiramente, uma Procuradoria do Estado de bem-estar social.



Conclusão

- 1) A Advocacia Pública, no Brasil, vem passando por um processo de assunção de uma identidade própria, diferenciando-se das demais carreiras jurídicas. Se no passado, a atividade da Advocacia Pública se confundia com as demais carreiras jurídicas, quer seja pelas suas competências, quer seja pelas pessoas que a integravam, após a CF/88 a assunção de uma identidade própria é imperativa para consecução de um Estado de Justiça.
- 2) A Advocacia Pública tem uma esfera de competência própria, diferenciada das demais carreiras jurídicas, mas de igual estatura e importância para concretização da Justiça.
- 3) A Advocacia Pública, como órgão de defesa do Estado Social, deve assumir a coparticipação pela concretização da Justiça Social.
- 4) Em que pese o artigo 2º da nossa CF/88 tratar como Poderes apenas o Legislativo, Executivo e Judiciário, fato é que no capítulo da Organização dos Poderes inseriu uma nova função – Função Essencial à Justiça – não inserindo-a em nenhum dos Poderes. Dessa forma, a guisa de conclusão, não é possível enquadrar a Advocacia Pública como um órgão do Poder Executivo, com o fito de defendê-lo, exclusivamente. A Advocacia Pública é órgão de defesa do Estado, portanto, de todos os Poderes.
- 5) A Advocacia Pública, ao ser enquadrada no rol das Funções Essenciais à Justiça pela CF/88, deve ser tratada mais como carreira-fim, que possibilita a concretização do fim último do Estado Social, que é a realização a Justiça Social.
- 6) Pelo fato da Advocacia Pública desempenhar uma função essencial ao Estado Social, não pode ser tratada como mera atividade-meio, de cunho meramente burocrático.
- 7) A concretização do Estado Social impõe à Advocacia Pública a adoção de uma conduta mais proativa e menos reativa, visando concretizar finalidade sociais e apontar caminhos, e não se limitando a dizer se é legal ou ilegal.
- 8) A Advocacia Pública é órgão de defesa do Estado, e não especificamente do Governo.



9) A questão estrutural das Procuradorias do Estado passa a ser nodular para que a Advocacia Pública possa assumir e bem desempenhar esse novo papel que lhe é atribuída pela adoção de um modelo social de Estado. A autonomia da Advocacia Pública é o pressuposto básico para que as Procuradorias possam assumir de fato e de direito suas funções constitucionais. Sem que sejam concedidos os meios, a estrutura e a autonomia necessária à Advocacia Pública, o próprio Estado social terá dificuldade em se tornar verdadeiramente de bem-estar social.

10) Para cabal desempenho das funções essenciais a serem realizadas pela Advocacia Pública é de suma importância que seja aprovada a Proposta de Emenda Constitucional nº 82/2007, de autoria do Deputado Flávio Dino, que atribui autonomia funcional, administrativa e financeira à Advocacia Pública, além de outras prerrogativas funcionais.



Referências bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7º ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 1.

_____. Verdade e método II: complementos e índices. Tradução de Enio de Paulo Giachini. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 2.

GRAU, Eros Roberto, Direito posto e direito pressuposto, 6. ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

KRELL, Andreas Joachim, Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.



RITTER A. Ritter. *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1991.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. 3º ed. Buenos Aires: Astrea, 2001, v. 1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.



A INDISPENSABILIDADE DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL

Rodrigo Henriques de Araújo⁴⁴

Introdução

Nos termos do art. 1º, incisos I e II da Lei Federal nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) são atividades privativas de advocacia: I – a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; e, II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

Assim como a pessoa física ou jurídica de direito privado, que precisam do profissional da advocacia para a defesa de direitos, da mesma forma é o Município, pessoa jurídica de direito público interno (art. 41, inciso III, Lei nº 10.406/2002, Código Civil).

Não é difícil concluirmos sobre a complexidade do ordenamento jurídico brasileiro, que apesar de possuir alicerce no texto supremo da Constituição Federal de 1988, é repleto de leis esparsas e consequentes regulamentos para as mais diversas áreas da sociedade, importando também, em uma gama enorme de interpretações e teses a serem debatidas desde os bancos das universidades até os tribunais.

Ora, e o profissional que possui a formação acadêmica para desempenhar este importante papel de operador do direito é o advogado.

O advogado é indispensável, seja para aquela contratação individualmente considerada que se opera através da outorga de procuração para se postular em juízo em nome do cliente, como também, para o Município que representa a coletividade circunscrita em seu território e que possui igualmente um complexo de normas a serem interpretadas e aplicadas da melhor forma possível, as diferenças são que, o interesse é coletivo, a contratação é por concurso público, e os poderes de representação são outorgados por lei.

Seja para o interesse individual ou coletivo, a presença do advogado é fundamental, exerce função social e seus atos constituem *múnus público* (art. 2º, § 1º e § 2º da Lei nº 8.906/94), *munus* este, duplicado quando se trata de advogado integrante da Administração Pública, pois além de obediência as normas que regem a advocacia de

⁴⁴ Procurador Jurídico do Município de Cananéia-SP, Especialização – *lato sensu* - Direito Tributário, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, autor de diversos artigos jurídicos, e-mail: rodrigo.h.a@bol.com.br.



forma ampla, igualmente deve respeito à legislação própria do ente público, conforme lecionado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Se o advogado que atua como profissional liberal, sem vínculo de emprego, presta serviço público, o advogado público presta serviço público duplamente: como advogado sujeito ao Estatuto da OAB, ele presta serviço público, entendido no sentido constitucional de função essencial à justiça; como advogado público, que presta serviço ao Estado, com vínculo empregatício, ele tem um *munus* a mais, pois, além de exercer a advocacia que já é, por si, função essencial à Justiça, desempenha a sua atribuição constitucional — a representação judicial da União, dos Estados ou dos Municípios, conforme o caso, bem como a consultoria jurídica e o assessoramento do Poder Executivo; essas atribuições também são incluídas entre as funções essenciais à justiça, mas aí no sentido próprio e técnico da expressão serviço público, entendido como atividade que o Estado assume como sua, para atender a necessidades públicas sob regime jurídico público⁴⁵.

E o Município, além de estar igualmente mergulhado no ordenamento jurídico, assim como as pessoas físicas e jurídicas de direito privado, por consequência do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF/88), possui regramentos específicos, legislação própria e todas as atribuições e competências outorgadas pela Constituição Federal para exercer a sua autonomia política, administrativa e financeira (art. 18, *caput*, da CF/88)⁴⁶ da melhor forma possível e tendo em mira o interesse público, inserindo-se

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A advocacia pública como função essencial à justiça**. Revista Consultor Jurídico, 18 de agosto de 2016, 11h25. Fonte: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>. Acesso em: 08.12.20.

⁴⁶ Anotação Vinculada - art. 18 da Constituição Federal - "A CF conferiu ênfase à autonomia municipal ao mencionar os Municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixá-la junto com os Estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988). A essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) autoadministração, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) autogoverno, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo. O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. O mencionado interesse comum não é comum apenas aos Municípios envolvidos, mas ao Estado e aos Municípios do agrupamento urbano. [ADI 1.842, rel. min. Gilmar Mendes, j. 6-3-2013, P, DJE de 16-9-2013.]". Fonte:



aqui, a salutar figura do Advogado Público, primordial para a interpretação das leis, orientação jurídica dos gestores e defesa do Município em juízo de forma comprometida, isenta e responsável para com a instituição que pertence ao povo (art. 1º, parágrafo único da CF/88).

1. Breve histórico da Advocacia Pública

Sobre o tema, ou seja, origem histórica da carreira de Procurador Municipal, utilizaremos como referência o singular artigo jurídico confeccionado por Leonardo Sales de Aguiar, Procurador Municipal de Olinda/PE com o título “Procurador Municipal: meio milênio de fortalecimento da Advocacia Pública nacional”.

Nesse trabalho científico de grande valia, destaca-se a instituição do Dia Nacional da Advocacia Pública através da Lei nº 12.636 de 14 de maio de 2012⁴⁷ que, fixa como data comemorativa o dia 07 de março nos termos do seu art. 1º.

E conforme mencionado, o autor do Projeto de Lei 7392/2010, Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá – PTB/SP, utilizou como referência:

[...] o marco histórico inicial da Advocacia Pública em nosso país, verificado na criação do extinto cargo de Procurador dos Feitos da Coroa, da Fazenda e do Fisco, ainda na época do Brasil-Colônia, através do Regimento de 7 de março de 1609, tem-se por salutar firmar tal data como permanente momento de reflexão acerca da história e dos desafios futuros da Advocacia de Estado em nosso país⁴⁸.

Contudo, na investigação histórica, o Procurador Municipal Leonardo Sales de Aguiar, encontra origem ainda mais antiga, descrevendo:

<https://constituicao.stf.jus.br/dispositivo/cf-88-parte-1-titulo-3-capitulo-1-artigo-18>. Acesso em: 08.12.20.

⁴⁷ Lei nº 12.636, de 14 de maio de 2012. Art. 1º Fica instituído o Dia Nacional da Advocacia Pública, função essencial à justiça, a ser comemorado, anualmente, no dia 7 de março, em todo o território nacional. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/L12636.htm. Acesso em: 08.12.20.

⁴⁸ Arnaldo Faria de Sá. Deputado Federal – São Paulo. PL 7392/2010. Fonte: <https://www.camara.leg.br/>. Acesso em 08.12.20.



O Foral de Olinda de 1537 é o documento mais antigo relativo à cidade de Olinda e é o único foral conhecido do país. Ocorre que, analisando o pergaminho escrito no longínquo ano de 1537, constatamos o registro da evidente existência do cargo de “Procurador do Conselho da Villa de Olinda”, então ocupado pelo Dr. Simão Paes. Portanto, décadas antes do Regimento de 7 de março de 1609, aludido acima, já existiam registros da atuação dos Procuradores “Municipais” de Olinda⁴⁹.

Interessante também, o registro feito por Hely Lopes Meirelles no tocante ao período da Constituição Imperial de 1824, descrevendo que:

Na vigência da Lei Regulamentar de 1828, que perdurou até a República, as Municipalidades não passaram de uma divisão territorial, sem influência política e sem autonomia na gestão de seus interesses, ante a expressa declaração daquele diploma legal de que as Câmara eram corporações meramente administrativas (art. 24). [...]

Não havia um agente executivo próprio do Município; exercia parcialmente essas atribuições o procurador, que era mero empregado da Câmara (art. 80). Afora o procurador, cuja atribuição principal era a de arrecadar e aplicar as rendas do Conselho e postular em nome da Câmara perante os juízes de paz (art. 81), integravam-na nove vereadores, um porteiro e um ou mais fiscais de suas posturas, e respectivos suplentes (arts. 82 e 83)⁵⁰.

Assim, não restam dúvidas que desde os primórdios do surgimento dos Municípios, ainda quando do nascedouro enquanto simples divisões administrativas do território brasileiro, a figura do procurador igualmente acompanhou a evolução da história da República, atuação importante desde aquela época, tanto que como citado pelo saudoso jurista, constou na Lei Regulamentar de 1824 nos seguintes termos:

⁴⁹AGUIAR, Leonardo Sales. **Procurador Municipal: meio milênio de fortalecimento da advocacia pública nacional**. Fonte: <http://aapbh.com.br/2013-12-05-20-12-04/historia>. Acesso em 08.12.20.

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal em debate**. 17 ed. 2ª tiragem. Coordenador Adilson Abreu Dalari. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 37-38.



Art. 80. A Câmara nomeará um Procurador, que será responsável, ou por fiador idôneo na proporção das rendas, que tem de arrecadar; e servirá por quatro annos.

Art. 81. Ao Procurador compete:

Arrecadar, e applicar as rendas, e multas destinadas ás afiançados, ou por ella mesma debaixo de suas despesas do Conselho.

Demandar perante os Juizes de Paz a execução das posturas, e a imposição das penas aos contraventores dellas.

Defender os direitos da Câmara perante as Justiças ordinarias.

Dar conta da receita, e despesa todos os trimestres no principio das sessões.

Receberá seis por cento de tudo quanto arrecadar; se este rendimento porém fôr superior ao trabalho, a Câmara convencionará com o Procurador sobre a gratificação merecida⁵¹.(sic)

Assim, com segurança podemos concluir que a Advocacia Pública, apresentou-se como função essencial na administração da coisa pública, permanecendo até os dias de hoje como indispensável ao governo, claro que, dos seus primeiros registros até os dias de hoje, ocorreram variações e desdobramentos conforme o desenvolvimento da sociedade, com o começo das funções que se concentravam num único cargo, até o surgimento do modelo atual de Advocacia, Magistratura e Ministério Público, ramificando tanto quanto forem as estruturas do Estado (*lato sensu*).

No tocante a Advocacia, a atual Constituição Federal de 1988 consolidou do forma precisa e indiscutível a essencialidade desta profissão à administração da justiça (art. 133 da CF/88), como também, expressamente congregando a Advocacia Pública que se desdobra nas carreiras federal, estadual e por simetria a municipal que, certamente em breve, igualmente terá a menção expressa no texto constitucional ante a Proposta de Emenda à Constituição nº 17/2019⁵² que visa justamente sintonizar a

⁵¹ Lei de 1º de outubro de 1828. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-1-10-1828.htm. Acesso em: 09.12.20.

⁵² PEC 17/2019. Proposta de Emenda à Constituição. Fonte: <https://www.camara.leg.br/>. Acesso em: 09.12.20.



Norma Suprema com a evolução e reconhecimento da carreira tão importante para a boa governança e probidade na Administração Pública.

2. O titular da função jurídica

Interpretando o ordenamento jurídico, interpretação esta, visando é claro a melhor das conclusões para o bem da coletividade, podemos exemplificar que a Advocacia Pública, destacando-se aqui, a municipal, é perfeitamente reconhecida há tempos pelo legislador como fundamental para a realização dos atos administrativos e defesa do ente público em juízo.

A Lei de Licitações nº 8.666/93, que está na iminência de ser revogada, conforme notícia⁵³ veiculada durante a confecção deste artigo, isto é, no dia 10.12.2020, no sentido de que o Senado aprovou a nova Lei de Licitações (Projeto de Lei nº 4.253/2020) seguindo para sanção do Presidente da República, disciplina no art. 38 a composição do procedimento de licitação que, terá parecer jurídico (inciso IV), e, no seu parágrafo único, que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da administração.

Sendo que o novel Projeto de Lei de Licitações, ainda mais específico e atualizado, refere-se expressamente à Advocacia Pública (art. 10) e utilizando a expressão de órgão de assessoramento jurídico da Administração (art. 52), sendo que na definição no próprio Projeto, órgão é a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração Pública (art. 6º, inciso I).

Desta forma, não há mais dúvidas sobre a fundamental importância dos procuradores municipais para a boa governança e probidade, reforçando a necessidade de estruturação e aparelhamento da carreira, pois no citado Projeto de Lei consta a previsão de defesa dos agentes públicos através da Advocacia Pública nas esferas administrativa, controladora ou judicial (art. 10), ora, evidentemente, incrementando a já volumosa carga de trabalho.

Na Lei de Ação Civil Pública nº 7.347/85, temos a legitimidade dos Municípios para propositura da ação, sendo facultado ao Poder Público habilitar-se como litisconsorte de qualquer das partes.

⁵³ Fonte: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-10/senado-aprova-lei-licitacoes-texto-seguinte-sancao>. Acesso em 10.12.20.



E na Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, verificamos a legitimidade da pessoa jurídica interessada, como também, a Fazenda Pública quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público (§2º), e no caso de a ação ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se no que couber o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (§3º), sendo que este dispositivo disciplina:

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

[...]

§ 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Abrindo parênteses, importante mencionar, que há em tramite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 10.887/18 que dentre outras disposições, retira a legitimidade do ente público para ajuizamento de ações de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, ao nosso sentir, implicando em verdadeiro retrocesso na defesa da legalidade e recuperação de danos ao erário, pois certamente impor exclusividade ao Ministério Público será prejudicial, ante a diminuição de legitimados para defesa da coletividade e aumento do volume de trabalho ao órgão ministerial que certamente já é sobrecarregado.

Por último, interessante também exemplificar os termos da Lei nº 12.016/2009 que rege o mandado de segurança individual e coletivo, havendo previsão no sentido de:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;



[...]

Art. 9º As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

[...]

Art. 11. Feitas as notificações, o serventuário em cujo cartório corra o feito juntará aos autos cópia autêntica dos ofícios endereçados ao coator e ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, bem como a prova da entrega a estes ou da sua recusa em aceitá-los ou dar recibo e, no caso do art. 4º desta Lei, a comprovação da remessa.

Vejam, o que se pretende demonstrar, é que legislação ratifica esta defendida indispensabilidade da Advocacia Pública, pois o procurador é o titular da função jurídica a quem caberá exarar parecer em procedimento licitatório, a análise de ingresso ou não de ação judicial, sobre a pertinência de defesa do ato impugnado e intervenção como litisconsórcio, por vezes, pode até ocorrer do gestor ter a formação jurídica, mas a atribuição legal de assessorar, e defender o ente público em juízo, é do advogado de carreira, este é quem possui a formação técnica e ocupa o cargo representativo de sua atuação profissional na estrutura administrativa.

Raciocínio este, ratificado pela jurisprudência pátria, tanto que o Supremo Tribunal Federal em julgamento histórico para a carreira no Recurso Extraordinário nº 663696 interposto pela Associação Municipal dos Procuradores Municipais de Belo Horizonte, brilhantemente reconheceu nos seguintes termos:

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL ACERCA DO TETO APLICÁVEL AOS PROCURADORES



DO MUNICÍPIO. SUBSÍDIO DO DESEMBARGADOR DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, E NÃO DO PREFEITO. FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. Os procuradores municipais integram a categoria da Advocacia Pública inserida pela Constituição da República dentre as cognominadas funções essenciais à Justiça, na medida em que também atuam para a preservação dos direitos fundamentais e do Estado de Direito. 2. O teto de remuneração fixado no texto constitucional teve como escopo, no que se refere ao thema decidendum, preservar as funções essenciais à Justiça de qualquer contingência política a que o Chefe do Poder Executivo está sujeito, razão que orientou a aproximação dessas carreiras do teto de remuneração previsto para o Poder Judiciário. 3. Os Procuradores do Município, conseqüentemente, devem se submeter, no que concerne ao teto remuneratório, ao subsídio dos desembargadores dos Tribunais de Justiça estaduais, como impõe a parte final do art. 37, XI, da Constituição da República. 4. A hermenêutica que exclua da categoria “Procuradores” - prevista no art. 37, XI, parte final, da CRFB/88 – os defensores dos Municípios é inconstitucional, haja vista que ubi lex non distinguit, nec interpres distinguere debet. 5. O termo “Procuradores”, na axiologia desta Corte, compreende os procuradores autárquicos, além dos procuradores da Administração Direta, o que conduz que a mesma ratio legitima, por seu turno, a compreensão de que os procuradores municipais, também, estão abrangidos pela referida locução. Precedentes de ambas as Turmas desta Corte: RE 562.238 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 17.04.2013; RE 558.258, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 18.03.2011. 6. O texto constitucional não compele os Prefeitos a assegurarem aos Procuradores municipais vencimentos que superem o seu subsídio, porquanto a lei de subsídio dos procuradores é de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo municipal, ex vi do art. 61, §1º, II, “c”, da Carta Magna. 7. O Prefeito é a autoridade com atribuição para avaliar politicamente, diante do cenário orçamentário e da sua gestão de recursos humanos, a



conveniência de permitir que um Procurador do Município receba efetivamente mais do que o Chefe do Executivo municipal. 8. As premissas da presente conclusão não impõem que os procuradores municipais recebam o mesmo que um Desembargador estadual, e, nem mesmo, que tenham, necessariamente, subsídios superiores aos do Prefeito. 9. O Chefe do Executivo municipal está, apenas, autorizado a implementar, no seu respectivo âmbito, a mesma política remuneratória já adotada na esfera estadual, em que os vencimentos dos Procuradores dos Estados têm, como regra, superado o subsídio dos governadores. 10. In casu, (a) o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reformou a sentença favorável à associação autora para julgar improcedentes os pedidos, considerando que o art. 37, XI, da Constituição da República, na redação conferida pela Emenda Constitucional 41/03, fixaria a impossibilidade de superação do subsídio do Prefeito no âmbito do Município; (b) adaptando-se o acórdão recorrido integralmente à tese fixada neste Recurso Extraordinário, resta inequívoco o direito da Recorrente de ver confirmada a garantia de seus associados de terem, como teto remuneratório, noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. 11. Recurso extraordinário PROVIDO. Tese da Repercussão Geral: A expressão ‘Procuradores’, contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

(RE 663696, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-183 DIVULG 21-08-2019 PUBLIC 22-08-2019)⁵⁴.

⁵⁴ Fonte: www.stf.jus.br. Acesso em 14.12.20.



Somando-se ao julgado colacionado, recentemente tivemos igualmente reconhecido por decisão do STF, a constitucionalidade do recebimento de honorários advocatícios de sucumbência pelos integrantes da Advocacia Pública, respeitado o teto estabelecido no art. 37, XI da CF/88, julgamento este, decorrente de 21 ações ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República (ADI 6053 e outras).

No âmbito estadual não é diferente, sendo que no Estado de São Paulo já se vem reconhecendo de forma harmônica por simetria à Constituição Estadual (art. 98 ao art. 102) e à Constituição Federal (art. 131 e 132), a carreira no âmbito municipal, inclusive no tocante ao cargo de direção:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve a criação do cargo em comissão de Diretor Jurídico da Câmara Municipal pela Lei nº 1.016/2012 do município de Eldorado – Exercício de funções ligadas à advocacia pública que faz parte de cargo de caráter permanente, com atribuições essenciais, que pertence àqueles que tenham sido admitidos no funcionalismo através de concurso público – Configuração de inconstitucionalidade, cuja declaração se faz com modulação de efeitos, devendo a sua eficácia ter início em 120 dias, contados desta decisão – Ação procedente.

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2256223-96.2016.8.26.0000; Relator (a): Alvaro Passos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 07/06/2017; Data de Registro: 08/06/2017)⁵⁵.

Por isso, acertada a providência adotada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo por intermédio da Comissão da Advocacia Pública referente à Resolução nº 2/2019 que dispõe sobre a participação da Instituição em todas as fases de concurso público para provimento de cargos jurídicos municipais, desde a designação da banca e elaboração do edital de seleção, com indicação de advogado para participação na comissão ou banca, conforme o modo estabelecido pelo ente público (art. 2º da Resolução nº 02/2019), visando assim, a devida fiscalização e acompanhamento do procedimento para contratação do profissional da advocacia que

⁵⁵ Fonte: www.tjsp.jus.br. Acesso em 15.12.20.



será o responsável pelo despenho do papel jurídico na Administração Pública com as prerrogativas que lhes são inerentes.

Tamanha é a importância, que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, editou dez súmulas destinadas ao exercício da Advocacia Pública, destacando-se entre elas para o presente trabalho:

Súmula 1 - O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados, nos Municípios e no Distrito Federal, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988.

Súmula 2 - A independência técnica é prerrogativa inata à advocacia, seja ela pública ou privada. A tentativa de subordinação ou ingerência do Estado na liberdade funcional e independência no livre exercício da função do advogado público constitui violação aos preceitos Constitucionais e garantias insertas no Estatuto da OAB.

Súmula 3 - A Advocacia Pública somente se vincula, direta e exclusivamente, ao órgão jurídico que ela integra, sendo inconstitucional qualquer outro tipo de subordinação.

[...]

Súmula 10 - Os Advogados Públicos têm os direitos e prerrogativas insertos no Estatuto da OAB⁵⁶.

Desta feita, é razoável concluir que desde o órgão de classe até ao Poder Judiciário, verifica-se uma significativa e importante evolução no reconhecimento da Advocacia Pública, e certamente não poderia ser diferente, pois o ente público também reclama uma assessoria jurídica qualificada, eficiente e contínua, tanto que no Enunciado nº 35 do Ministério Público do Estado de São Paulo resta expresso:

Enunciado nº 35: “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. CARGOS EM COMISSÃO. ADVOCACIA PÚBLICA As atividades da Advocacia Pública (assessoria e consultoria a entidades e órgãos da Administração

⁵⁶ Fonte: <https://www.oab.org.br/noticia/24762/conselho-federal-traca-diretriz-em-defesa-da-advocacia-publica>. Acesso em: 15.12.20.



Pública), inclusive sua Chefia, são reservadas a profissionais recrutados por concurso público”⁵⁷.

É na Advocacia Pública de carreira que está a defesa segura do Município, como também, da União, Estados e Distrito Federal, por isso a preocupação legítima do Ministério Público Estadual, pois a existência dos profissionais de carreira é garantia de alicerce firme das instituições democráticas.

No âmbito dos Tribunais de Contas não é diferente a evolução sobre o tema.

Sendo importante citar o decidido no processo nº 225.221-8/17 do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, processo desencadeado pela Associação Nacional dos Procuradores Municipais – ANPM, configurando importante vitória perante o órgão de controle, que determinou aos Municípios abrangidos por sua jurisdição, a organização das Procuradorias Jurídicas com atribuições de representação judicial e extrajudicial do Município através de procuradores ocupantes de cargos efetivos, constando na decisão:

O cargo de Procurador Municipal é eminentemente técnico, permanente e afeto à defesa dos interesses jurídicos do ente municipal. Por essas razões, sua natureza é incompatível com o provimento em comissão já que as atribuições do cargo podem (e devem) ser exercidas independentemente de um excepcional vínculo de confiança com o Chefe do Poder Executivo.

Permitir que Procuradores Municipais fossem exonerados a qualquer tempo, característica inerente aos cargos em comissão, representaria severo comprometimento da independência técnica do órgão, necessária à esmerada defesa do interesse público municipal. Ressalta-se que o Procurador Municipal se presta à defesa do ente e jamais de qualquer de seus dirigentes, o que mais uma vez reforça a inexigibilidade de liame de confiabilidade entre o Chefe do Poder Executivo Municipal e o Procurador.

As atividades a cargo da Procuradoria do Município não se imiscuem com questões políticas, ao contrário, os interesses

⁵⁷ Fonte: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/sumulas_de_entendimento. Acesso em: 15.12.20.



jurídicos da municipalidade devem transcender as transitórias prioridades partidárias e de cunho eleitoral levadas a efeito pelo Chefe do Poder Executivo no quadriênio de seu mandato, a fim de que seja prestado, com uniformidade, continuidade e impessoalidade, um serviço público imprescindível para o regular funcionamento do ente municipal. Nesse sentido:[...]⁵⁸.

Decisão ímpar da Corte de Contas Fluminense que seguiu a pioneira Instrução Normativa nº 003/2006 do Tribunal de Contas do Estado de Alagoas, que no seu art. 1º fixou naquela jurisdição:

Art. 1º Os Municípios deverão cumprir, até 31 de dezembro de 2017, a previsão constitucional de que os serviços de natureza permanente, a exemplo dos serviços contábeis e jurídicos de forma continuada, sejam realizados por servidores ocupantes de cargos efetivos, com provimento dos respectivos cargos mediante a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos e homologados até esta data⁵⁹.

Desta feita, acreditamos que não há dúvidas sobre a importância e reconhecimento da Advocacia Pública, especificamente para os Municípios, restando apenas, a sua internalização nas Administrações Públicas, ou seja, no sentido de fortalecimento da carreira, com a contratação de profissionais através de concurso público, remuneração digna, estrutura adequada com equipamentos de informática, disponibilidade ou criação de vagas para cargos de assessoramento e apoio à Procuradoria, e respeito às prerrogativas; procedendo desta forma, o gestor consciente terá o melhor dos caminhos para seguir na execução do mandato popular, ainda que percalços e dificuldades possam exigir, principalmente no cenário atual de crise na saúde pública e financeira, havendo um órgão de representação jurídica devidamente estruturado, as barreiras poderão ser melhor ultrapassadas.

⁵⁸ Fonte: <https://www.tcerj.tc.br/portalnovo/>. Acesso em: 15.12.20.

⁵⁹ Fonte: <https://www.tceal.tc.br/view/pesquisa-geral.php>. Acesso em: 15.12.20.



Conclusão

A Advocacia Pública é uma instituição que pertence ao povo, na intimidade da gestão da coisa pública busca dar a melhor orientação possível para cumprimento da legalidade, seja no nascimento e trâmite do Projeto de Lei, como no procedimento de licitação e demais atos de consultoria jurídica do ente público.

Em juízo, da mesma forma indispensável, pois atuará desde a petição inicial até o trânsito em julgado da ação judicial que figure como parte ou interveniente a Fazenda Pública, atuando inclusive na execução e pagamento do precatório ou requisição de pequeno valor nos termos do art. 100 da CF/88.

Sem a presença do procurador, certamente esta continuidade se romperia, pois sabidamente os processos judiciais ultrapassam o período de quatro anos que corresponde ao mandato do gestor, caso houvesse a alternância do procurador assim como dos cargos políticos, a teses se perderiam e o insucesso das defesas processuais seria constante.

Assim, temos indispensabilidade da Advocacia Pública, aqui com destaque para o âmbito municipal, pois somente desta forma, se assegurará a probidade e lisura dos atos administrativos, traduzindo-se a vontade política para a letra da lei.



Referências bibliográficas

AGUIAR, Leonardo Sales. **Procurador municipal: meio milênio de fortalecimento da advocacia pública nacional.** Fonte: <http://aapbh.com.br/2013-12-05-20-12-04/historia>. Acesso em 08.12.20.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A advocacia pública como função essencial à Justiça.** Revista Consultor Jurídico, 18 de agosto de 2016, 11h25. Fonte: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>. Acesso em: 08.12.20.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal em debate.** 17 ed. 2ª tiragem. Coordenador Adilson Abreu Dalari. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.



VALORIZAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL: a importância da participação da OAB nos concursos de ingresso na carreira

Taisa Cintra Dosso⁶⁰ - Sérgio Martins Guerreiro⁶¹

Introdução

O presente artigo discute a importância da participação da Ordem dos Advogados do Brasil nos concursos de ingresso na carreira de Procurador Municipal, como instrumento de valorização da advocacia pública municipal, função essencial à justiça, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 663.696 de Minas Gerais.

A necessidade de aumentar a qualificação técnica dos candidatos à vaga em concurso de provas e títulos de Procurador Municipal, com o novo patamar adquirido pela Advocacia Pública Municipal a partir da decisão do citado Recurso Extraordinário, que reconhece que “Os procuradores municipais integram a categoria da Advocacia Pública inserida pela Constituição da República dentre as cognominadas funções essenciais à Justiça, na medida em que também atuam para a preservação dos direitos fundamentais e do Estado de Direito”, evidencia a fundamental participação da OAB neste processo.

O Conselho Seccional Paulista aprovou a Resolução n. 2 de 2019, disciplinando a participação da instituição nos concursos de ingresso à citada carreira, pautando-se na observação de que exercem funções essenciais à justiça e o seu ingresso deve ter a garantia da isonomia e da integridade do concurso, da mesma forma que as demais carreiras jurídicas de Estado.

Nesse sentido, o estudo primeiramente abordará a advocacia pública municipal, como função essencial à justiça, fundamental para a defesa da democracia e da cidadania. Em um segundo momento, discutirá a representação do município e a respectiva carreira de Procurador, sendo que ao final, destacará a importância da participação da OAB nos respectivos certames, considerando sua missão institucional.

Por fim, consigna-se que o estudo busca contribuir para o debate acerca da necessidade de aprimoramento dos concursos públicos para provimento do cargo de

⁶⁰ Procuradora do Município de Ribeirão Preto, Conselheira Seccional da OAB/SP, integrante da Comissão Estadual da Advocacia Pública e da Comissão Nacional do CFOAB, e-mail: taisacintradosso@gmail.com

⁶¹ Procurador do Município de Peruíbe, Conselheiro Seccional da OAB/SP e integrante da Comissão Estadual da Advocacia Pública. e-mail: sergio_guerreiro@uol.com.br



Procurador Municipal, carreira cuja missão é estabelecer a comunicação entre os subsistemas da Política e do Direito no âmbito dos Municípios, compatibilizando as políticas públicas legítimas, definidas pelos representantes eleitos pelo povo, às molduras do ordenamento jurídico.

1. ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL: defesa da democracia e da cidadania e função essencial à justiça

O exercício da advocacia pública, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, está intimamente ligado à defesa da cidadania e da democracia. Nesse sentido, seu bom desempenho e constante aperfeiçoamento está em consonância com o escopo da Ordem dos Advogados do Brasil, cuja finalidade está prevista no artigo 44 do Estatuto da Advocacia e da OAB – Lei 8.906/94, abaixo transcrito:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Em um breve esboço histórico, seu fortalecimento relaciona-se com o [processo de redemocratização do Brasil, o qual](#) passou a demandar uma maior fiscalização do Estado. Assim, sob pressão de alguns setores da sociedade, a Constituição Federal de 1988 superou o modelo clássico de [tripartição do Estado](#), com as funções do Executivo, Legislativo e Judiciário, e instituiu as *funções essenciais à justiça*, as quais devem



ostentar independência em relação aos demais poderes. Dentre essas funções, tem-se a advocacia pública, prevista nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal, incumbida do controle jurídico do Estado e do zelo com o patrimônio público, o que lhe atrai as mais inúmeras funções.

Nesse contexto, à advocacia pública é reservada a elevada missão de estabelecer a comunicação entre os subsistemas da Política e do Direito, e a tarefa institucional de compatibilizar as políticas públicas legítimas, definidas pelos representantes eleitos pelo povo, às molduras do ordenamento jurídico.

A advocacia pública, pois, está intimamente ligada à *democracia* e ao seu fortalecimento. É um campo da advocacia que intensivamente atua na defesa do Estado Democrático de Direito, uma vez que ao realizar o controle jurídico do Estado e zelar pelo patrimônio público, o faz nas balizas do ordenamento jurídico, delimitando a atuação estatal às normas confeccionadas sob a égide do processo legislativo.

Na ambiência de um Estado Democrático de Direito, como ensina Derly Barreto e Silva Filho (2019, p. 132):

Cabe à advocacia pública a *função social* e o dever constitucional de viabilizar juridicamente as políticas públicas não só sob aspectos formais (redacionais), mas, também, materiais. Compete-lhe escrutinar tecnicamente as proposições normativas, a fim de possibilitar a produção de normas justas e, na medida do possível, harmonizar juridicamente as distintas pretensões e forças sociais e políticas que, a partir de suas próprias perspectivas, têm, cada qual, uma concreta ideia de justiça.

Ao lado da democracia, a advocacia pública atua também na defesa da *cidadania*. A advocacia, por conceito, assume a função de serviço essencial, básico, prioritário para a defesa dos direitos dos cidadãos e nesse sentido, distingue-se entre as profissões. É indispensável à administração da justiça, nos termos do artigo 133 da Constituição Federal. No âmbito da advocacia pública, a missão de contribuir para o exercício da *cidadania* é constatada em suas mais diversas áreas de atuação, seja no âmbito judicial ou de consultoria, quando atua, por exemplo, em demandas ligadas ao direito à saúde, à educação, à cidade sustentável, à defesa do erário e da *res pública*.

Desse modo, a inserção da advocacia pública no capítulo das funções essenciais à



justiça, na Constituição Federal, não tem um significado restrito ao exercício da função jurisdicional do Estado, mas se liga ao valor justiça e aos valores inerentes ao direito e à sociedade, como a cidadania e democracia.

No que tange à advocacia pública municipal, o Procurador, em seu âmbito de atuação, agrega na sua atividade ordinária o compromisso com a defesa dos direitos e garantias constitucionais para a execução das políticas públicas e dos direitos de cidadania, afirmando o seu indispensável papel na construção do Estado Democrático de Direito.

É cediço que a ausência de referência expressa ao ente federativo *Município* na redação do artigo 132 da Constituição Federal, que segue abaixo, sempre trouxe incerteza sobre a efetiva existência das Procuradorias Municipais no Brasil:

Art. 132º. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

André Cyrino Rodrigues (2017) enfrenta o tema na seguinte perspectiva:

Ao contrário do que acontece com a Advocacia Geral da União e as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, não há disposição no texto constitucional sobre a Advocacia Pública municipal. O constituinte originário deixou a critério da autonomia desse ente federativo estabelecer, considerando sua proporção territorial de e disponibilidade financeira, além de outras peculiaridades locais, a disciplina normativa para exercício das atividades típicas de Advocacia Pública de Estado em âmbito municipal.

A ausência de previsão constitucional de órgãos de Advocacia de Estado no âmbito dos Municípios fez com que fossem adotadas as



mais diversas estratégias para o exercício dessas atividades, tais como a criação de cargos comissionados de procuradores municipais ou a contratação de escritórios privados de advogados. Tal atribuição da atividade a profissionais sem vínculo efetivo com a Administração Pública tornam imprecisos os mecanismos de controle interno da juridicidade dos atos do administrador. Assim, como o exercício da consultoria jurídica e do controle judicial são meios necessários ao desenvolvimento dessa atividade de controle, é recomendável que tais funções sejam conferidas a servidores efetivos, que, dotados de independência técnico-funcional, podem opor-se à vontade pessoal de gestores públicos, de acordo com o compromisso jurídico decorrente da missão institucional da Advocacia de Estado.

Por fim, pondera:

Nesse sentido, tramita no Senado Federal Proposta de Emenda à Constituição (PEC 17/2012), a qual inclui as Procuradorias dos Municípios no âmbito da sistemática dos artigos 131 e 132 da Constituição. Mencione-se, ainda, que existe proposta de súmula vinculante em tramitação no Supremo Tribunal Federal, a qual, sem modificação a Constituição, almeja estender aos Procuradores do Município a lógica de Advocacia de Estado que exige exclusividade e servidores efetivos. Refere-se à PSV 18, cuja dicção é a seguinte:

O exercício das funções da Advocacia Pública na União, no Estados e nos Municípios, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos, a teor do que dispõe a Constituição Federal de 1988.

A partir da discussão de que os procuradores municipais estão sujeitos ao teto dos servidores municipais, isto é, ao subsídio do Prefeito, sob a ideia de não haver, na Constituição, qualquer dispositivo que regulamente ou preveja a carreira, não haveria como se entender que os “Procuradores” referidos na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, alcancem os da esfera municipal.

Sempre se sustentou que a aplicabilidade da referida norma, no tocante à advocacia pública, estaria relacionada, apenas, aos procuradores estaduais e distritais,



diante da remissão ali contida, ao limite fixado para os desembargadores, não havendo, na organização administrativa municipal, cargo similar.

Outra justificativa apresentada era de que o texto constitucional, em seu art. 132, ao tratar da Advocacia Pública como função essencial à justiça, referiu-se, apenas, à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal, retirando de seu âmbito, de forma intencional, as Procuradorias Municipais.

Tal argumentação restou vencida a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal publicado no dia 22/08/2019, onde se discute a aplicação do teto constitucional para a remuneração dos procuradores municipais do município de Belo Horizonte, como sendo a mesma dos procuradores do Estado e do Distrito Federal.

O Ministro Luiz Fux, em seu voto no *RECURSO EXTRAORDINÁRIO n° 663.696 de Minas Gerais* assenta:

Deveras, no que, por ora, interessa ao deslinde do feito, sobreleva enfrentar o tratamento conferido constitucionalmente à Advocacia Pública, à qual o constituinte dedicou os seguintes artigos: “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. § 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos. § 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei. Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação



dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). De sua leitura percebe-se, a toda evidência, que as Procuradorias Municipais não receberam menção textual expressa, o que nos leva, obrigatoriamente, ao seguinte questionamento: Os Procuradores Municipais integram a Advocacia Pública a que a Constituição faz referência nesse capítulo? Ou melhor, fazem eles parte do que o constituinte denominou de “Funções Essenciais à Justiça”? Evidente que sim. De fato, nos Municípios em que existem Procuradorias organizadas, os advogados públicos municipais desempenham idênticas atribuições às de seus congêneres no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal. Com efeito, os procuradores municipais possuem o *munus* público de prestar consultoria jurídica e de representar, judicial e extrajudicialmente, o Município a que estão vinculados. Nesse diapasão, analisam a legalidade e legitimidade dos atos municipais, são consultados a respeito de políticas públicas de inegável relevância social, como saúde, educação e transporte, protegendo o melhor interesse do órgão administrativo e de seus cidadãos, além de atuarem perante os mesmos órgãos que a AGU e as Procuradorias Estaduais, tanto na seara administrativa quanto judicial. Em vista disso, sendo tais atividades identificadas pela Constituição como funções essenciais à Justiça, é imperativo que todas as disposições pertinentes à Advocacia Pública sejam aplicadas às Procuradorias Municipais, sob pena de se incorrer em grave violação à organicidade da Carta Maior (grifo nosso).

O relator, Ministro Luiz Fux, destacou em seu voto que, “embora a expressão “procuradores municipais” não estivesse expressa na Constituição, não significaria a impossibilidade de serem alçados pela norma constitucional”. Nesse contexto, colaciona-se trecho da ementa:



Direito administrativo. Repercussão geral. Controvérsia de índole constitucional acerca do teto aplicável aos procuradores do município. Subsídio do desembargador de tribunal de justiça, e não do prefeito. Funções essenciais à justiça. Recurso extraordinário provido. 1. Os procuradores municipais integram a categoria da Advocacia Pública inserida pela Constituição da República dentre as cognominadas funções essenciais à Justiça, na medida em que também atuam para a preservação dos direitos fundamentais e do Estado de Direito (grifo nosso). (STF, RE 66.3696, j. 28/02/2019, Rel. Min. Luiz Fux).

Nesse sentido, a equiparação pelo Supremo Tribunal Federal entre todas as carreiras de Estado, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, denota a importância da advocacia pública para defesa do erário e para o controle da legalidade dos atos administrativos em todas as esferas federativas. Em última instância, como função essencial à justiça, a advocacia pública é fundamental para a defesa do Estado Democrático de Direito e do cidadão.

2. A REPRESENTAÇÃO DO MUNICÍPIO E A CARREIRA DE PROCURADOR MUNICIPAL

Como ente federativo, a representação do Município, nos termos do artigo 182 do Código de Processo Civil, é realizada pela Advocacia Pública Municipal, sendo que no artigo 183 do citado Diploma Processual, equipara-se a prerrogativa do prazo em dobro e da intimação pessoal a toda advocacia pública.

Ressalta-se que o novel Código destinou título específico à Advocacia Pública, que não havia no antigo ordenamento:

TÍTULO VI - DA ADVOCACIA PÚBLICA

Art. 182. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta.



Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

Apesar do artigo 73, inciso III do Estatuto Processual vigente ter mantido a dicção antiga do Código de 1973 no sentido de que o Município é representado por seu Prefeito ou Procurador, fica evidente em razão da capacidade postulatória do advogado, que a representação judicial necessariamente deverá ser feita por advogado e no âmbito da Administração Pública, para funções de natureza permanente, a contratação deverá ser feita por meio de concurso público, salvo em municípios de pequeno porte onde tal cargo não tenha sido criado.

Dentro desse contexto, observando-se a *frequência* e a *necessidade* do desempenho de tal função, há discussões no sentido de que a não criação do cargo de Procurador Municipal poderá caracterizar omissão e desobediência aos princípios da administração pública, e por decorrência, ato de improbidade administrativa.

Tal assunto não é novo, remontando o tempo do Império, como se vê no seguinte excerto:

Em 1850, o Decreto Imperial nº 736, de 20 de novembro, “reforma o Tesouro Público Nacional e as Tesourarias Provinciais“. Se fizermos uma interpretação literal da norma, sem nos atermos às condicionantes históricas de sua aplicação, iremos concluir, estupefatos, que começa a existir concurso público. Se não, vejamos o que diz o art. 45: “Ninguém será nomeado para empregos das diversas Estações do Tesouro e Tesourarias, sem mostrar por meio de concurso que sabe a gramática da língua nacional e escrevê-la corretamente” (grifo nosso). E seguem-se



diversas exigências, como saber aritmética, ter “boa letra, bom comportamento, e a idade de 18 anos completos” (art. 45). E mais: “O concurso só poderá ter lugar entre os praticantes, e em igualdade de circunstâncias serão preferidos os que souberem línguas estrangeiras” (idem). Pelo visto, havia concursos de títulos, também.. Mas não é difícil supor o quanto essas exigências eram ignoradas, predominando, sempre, a prebenda, a sinecura, a tribuneca, ou seja, o cargo por indicação, por compadrio. É o que nos confirma a historiografia brasileira, com exaustivos exemplos e análises. Pelo Decreto nº 736, de 1850, também se definem exigências, vagas, como se pode verificar, para a ocupação do cargo de procurador: “Os procuradores fiscais das Tesourarias deverão ser versados na Legislação da Fazenda, e para estes lugares serão preferidos os Bacharéis em Direito”. Preferência não é exigência, o que permitia, certamente, uma interpretação bastante, digamos, complacente da norma jurídica. (SCHUBSKY, 2008, p. 46-48)

O debate não é de hoje, sendo importante trazer a colação um estudo no Brasil, o resultado do *1º Diagnóstico da Advocacia Pública do Brasil*, realizado em parceria com a consultoria Herkenhoff & Prates e Associação Nacional dos Procuradores Municipais.

Esse estudo, realizado com precisão metodológica pela Herkenhoff & Prates, conclui, entre tantos indicadores, que não há qualquer razão fática ou econômica para que não se tenha nos municípios, pelo menos um procurador concursado. Apesar de a Constituição Federal de 1988 conferir indiscutível importância à Advocacia Pública, causou perplexidade o déficit institucional desse órgão na maior parte dos municípios brasileiros: apenas 34,4% dos municípios contam com, pelo menos, um procurador ocupante de cargo efetivo (MENDONÇA; VIEIRA; PORTO, 2018, p. 35-39).

O *1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal* no Brasil mostra a discrepância do grau institucional das Procuradorias Municipais pelo país. Enquanto no Sul, 62% dos municípios contam com pelo menos um procurador concursado, no Norte o índice é de apenas 16%. A Região Sudeste registra 33% dos municípios com pelo menos um procurador concursado, Centro-Oeste tem 27% e Nordeste marca 23%.



Entre os indicadores do citado estudo que confirmam a importância dos procuradores efetivos atuando nas Prefeituras, ganham destaques os que se referem *aos índices de qualidades da gestão pública*.

O estudo mostra que quando há procurador concursado, eles são melhores. Um exemplo disso é o *Índice CFA de Governança Municipal (IGM-CFA)*, que avalia a governança pública a partir de três dimensões: Gastos e Finanças Públicas; Qualidade da Gestão; e Desempenho, a realidade não foi diferente. *Dos municípios com os melhores índices, 54% possuem procurador efetivo*. No Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M) também é possível verificar a influência do procurador concursado: os membros efetivos registram IDH-M Alto.

No mesmo sentido, sobre a criação e organização da advocacia pública nos Municípios, Wallace Paiva Martins Junior (2019, p. 41) leciona que;

Destarte, os Municípios têm o dever jurídico de criação e organização de suas respectivas Advocacias Públicas (assim como de órgãos como tesouraria, contabilidade, almoxarifado, hospitais, creches, escolas etc) atendendo ao mínimo denominador comum constitucionalmente fixado (exclusividade das atividades de assessoramento e consultoria jurídicas e a representação judicial de órgãos e entidades da Administração Pública; organização em carreira; investidura de membros em cargos de provimento efetivo mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, estabilidade em avaliação após triênio de efetivo exercício), e inclusive restringindo a Liberdade de provimento de sua chefia a servidores de carreira.

Sobre a importância da realização do concurso público, tem decidido o Tribunal de Justiça de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação Civil Pública – Advocacia pública – Decisão que deferiu a liminar para determinar ao município a realização de concurso público e a exoneração dos atuais ocupantes de cargos da advocacia municipal em até 120 dias – Insurgência – Descabimento – Inconstitucionalidade de provimento comissionado para os



cargos da advocacia pública – Precedentes do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça – Controle difuso de constitucionalidade exercido, o que é admitido na ação civil pública. DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP - AI: 22386631020178260000 SP 2238663-10.2017.8.26.0000, Rel.: Marcos Pimentel Tamassia, Jul: 23/05/2018, 1ª Câmara de Direito Público).

Desse modo, conforme constatado no citado estudo e pelas razões acima aduzidas, a representação do Município deve preceder da existência de ao menos um Procurador Municipal, investido na carreira mediante concurso público de provas e títulos.

3. CONCURSO DE INGRESSO NA CARREIRA: a importância e a obrigatoriedade da participação da Ordem dos Advogados do Brasil

O provimento para o cargo de procurador do município deve ser realizado mediante concurso público, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas suas fases, de modo a assegurar transparência e credibilidade ao certame, selecionando os melhores candidatos para o manejo com a coisa pública municipal.

O apoio institucional da OAB nesse processo é fundamental, pois que esta, como instituição plural, que abarca tanto a advocacia privada quanto pública, deve primar pelo regular exercício da advocacia no território brasileiro. Nesse sentido, dispõe o artigo 3º do Estatuto da Advocacia e da OAB que

O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos



Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional (grifo nosso).

Os concursos da área jurídica, principalmente nos municípios de menor porte, são muitas vezes cercados de desconfiança por parte dos candidatos e da sociedade como um todo, comprometendo em muito o respeito aos colegas integrantes da carreira. Essa percepção coloca a carreira do procurador do município como se tivesse uma importância menor dentre os que possuem função essencial à administração da Justiça.

Desse modo, a valorização da carreira de procurador municipal passa, necessariamente, pela efetiva participação da OAB nos concursos de ingresso na carreira. Como está expresso no artigo 58, X, da Lei Federal 8.906/94, compete ao Conselho Seccional da OAB participar da elaboração dos concursos públicos, em todas as suas fases, nos casos previstos na Constituição e nas leis, no âmbito do seu território.

Comando semelhante está previsto na competência do Conselho Federal da Ordem no artigo 54, XVII, do EAOAB, quando os concursos tiverem abrangência nacional ou interestadual.

O Art. 52 do Regulamento Geral da Ordem dos Advogados do Brasil, por seu turno, dispõe o seguinte:

A OAB participa dos concursos públicos, previstos na Constituição e nas leis, em todas as suas fases, por meio de representante do Conselho competente, designado pelo Presidente, incumbindo-lhe apresentar relatório sucinto de suas atividades.

Parágrafo único. Incumbe ao representante da OAB velar pela garantia da isonomia e da integridade do certame, retirando-se quando constatar irregularidades ou favorecimentos e comunicando os motivos ao Conselho.

Como se vê claramente, a previsão legal não faz distinção de concursos públicos, ou seja, o comando é para que a participação da OAB se dê em todos os concursos públicos onde se disputem cargos privativos de advogado ou advogada.

O artigo 1º do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB preconiza que “a atividade de advocacia é exercida com observância da Lei 8.906/94 (Estatuto),



deste Regulamento Geral, do Código de Ética e Disciplina e dos Provimentos”. No mesmo Regulamento foi destacada a Seção II – “Da Advocacia Pública” com os seguintes dispositivos:

Art. 9º Exercem a advocacia pública os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, das autarquias e das fundações públicas, estando obrigados à inscrição na OAB, para o exercício de suas atividades.

Parágrafo único. Os integrantes da advocacia pública são elegíveis e podem integrar qualquer órgão da OAB (grifo nosso)

Art. 10. Os integrantes da advocacia pública, no exercício de atividade privativa prevista no Art. 1º do Estatuto, sujeitam-se ao regime do Estatuto, deste Regulamento Geral e do Código de Ética e Disciplina, inclusive quanto às infrações e sanções disciplinares (grifo nosso).

O Conselho Seccional Paulista dando cumprimento aos dispositivos legais mencionados aprovou a *Resolução nº 2/2019*, regulamentando a questão de forma pioneira, onde o artigo 4º prevê a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases do certame e não considera como participação a presença na aplicação da prova, conforme ressalva do inciso IX, abaixo transcrito:

Artigo 4º — Caberá ao representante da OAB no concurso público de seleção de procuradores de que trata a presente Resolução:

IX- não se considerará como participação da OAB no acompanhamento e fiscalização do certame a mera participação como fiscal de sala e de correção, devendo tais tentativas receberem providências por parte da Subseção na forma anteriormente indicada;



Ou seja, não se trata de participação de mero fiscal de prova. A OAB deve atuar durante *todo o processo seletivo*, desde a elaboração do edital, verificando se os ditames legais foram devidamente cumpridos, até a divulgação do resultado final do certame.

A participação da OAB em todas as fases do concurso público busca resguardar a defesa de toda a sociedade, sobretudo no que tange à observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que devem nortear a realização dos concursos públicos, notadamente o de ingresso à carreira de procurador jurídico, evitando assim que exista no edital e no certame qualquer mácula que comprometa o exercício profissional na defesa do erário e do interesse público.

Fiscalizando o conteúdo dos Programas de Provas constantes nos Editais, com a participação da Ordem dos Advogados desde o início, em todas as suas fases, propiciará, indubitavelmente a valorização da advocacia pública municipal. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - CONCURSO PÚBLICO - CARGO DE PROCURADOR DO MUNICÍPIO - EDITAL - BANCA EXAMINADORA - AUSÊNCIA - PARTICIPAÇÃO DE MEMBRO DA ORDEM DOS ADVOGADOS "EM TODAS AS FASES" DO CERTAME - VÍCIOS INSANÁVEIS - DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO - SENTENÇA CONFIRMADA. Existindo prova pré-constituída apta a demonstrar ilegalidades no edital, sobretudo pela inobservância dos princípios da legalidade e da impessoalidade, evidenciada pela ausência de uma "Banca Examinadora", seja na elaboração ou na correção das provas (objetiva, discursiva e oral), ou, ainda pela falta de membro da Ordem dos Advogados para integrar a comissão do concurso para o cargo de Procurador Municipal e acompanhá-lo em todas suas fases, tem-se por configurado direito líquido e certo a ser tutelado pela via do mandado de segurança. (TJ-MG - Remessa Necessária-Cv: 10000160903472002 MG, Relator: Edilson Fernandes, Data de Julgamento: 27/06/2017, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/07/2017).



Portanto, nos concursos de concursos de ingresso na carreira aqui em debate é preciso que haja a *efetiva participação da OAB* por meio de seu representante em todas as fases do certame, conforme disciplina o Estatuto da Advocacia e seu Regulamento Geral.

É certo que as disposições legais não contêm comandos inúteis ou desprovidos de finalidade, conforme ensina o ilustre professor santista, Dr. Sérgio Sérvulo da Cunha (2012, p. 82):

O Direito, portanto, não é um processo autônomo, que exista por si mesmo: é um processo vinculado, protetivo dos demais. São essas as principais características das normas jurídicas: elas são ditadas oficialmente por um legislador, preveem uma sanção específica, e em caso de descumprimento são aplicadas por autoridades especialmente constituídas.

É pelo prestígio aos comandos legais acima citados, que a Resolução Paulista n. 2 de 2019, dentre outras considerações, pauta-se na observação de que os procuradores municipais exercem funções essenciais à justiça e o ingresso na carreira deve ter a garantia da isonomia e da integridade do concurso, da mesma forma que as demais carreiras jurídicas de Estado.

Nesse sentido, a despeito da necessária participação nos concursos públicos de ingresso na carreira de procurador municipal, assegurando transparência e impessoalidade, e contribuindo para o exercício de uma carreira que está intimamente ligada à contenção dos gastos públicos e à realização do interesse público e defesa da sociedade, cumpre-se um requisito de validade dos certames ante a referência expressa na lei de Regência do exercício da Advocacia.



Conclusão

No que tange à advocacia pública municipal, o Procurador, no âmbito dos Municípios, agrega na sua atividade ordinária o compromisso com a defesa dos direitos e garantias constitucionais para a execução das políticas públicas e dos direitos de cidadania, afirmando o seu indispensável papel na construção do Estado Democrático de Direito.

O ingresso na carreira se dá mediante concurso público de provas e títulos. Os concursos da área jurídica, principalmente nos municípios de menor porte, são muitas vezes cercados de desconfiança por parte dos candidatos e da sociedade como um todo. Essa percepção coloca a carreira do procurador do município como se tivesse uma importância menor dentre os que possuem função essencial à administração da Justiça.

Desse modo, a valorização da carreira passa pela efetiva participação da OAB nos seus concursos de ingresso. Como está expresso no artigo 58, X, da Lei Federal 8.906/94, compete ao Conselho Seccional da OAB participar da elaboração dos concursos públicos, em todas as suas fases, nos casos previstos na Constituição e nas leis, no âmbito do seu território. Ou seja, não se trata de participação de mero fiscal de prova. A OAB deve atuar durante todo o processo seletivo, desde a elaboração do edital, verificando se os ditames legais foram devidamente cumpridos, até a divulgação do resultado final do certame.

Nesse sentido, na esteira da Resolução nº 2/2019 aprovada pelo Conselho Seccional paulista, aponta-se a necessidade de recomendação do tema ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, haja vista que ao assegurar a necessária participação da instituição nos concursos públicos de ingresso na carreira de procurador municipal, confere-se transparência e impessoalidade ao certame. Também se prestigia e faz cumprir o comando legal do Estatuto da Advocacia, e se contribui para o exercício de uma carreira que está intimamente ligada à contenção dos gastos públicos e à realização do interesse público e defesa da sociedade.



Referências bibliográficas

CYRINO, André Rodrigues. Advocacia pública. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/25/edicao-1/advocacia-publica>.

Acesso em 20/01/2021.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Ética**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A profissionalização e a exclusividade da advocacia pública. In: MOURÃO, Carlos Figueiredo; HIROSE, Regina Tamami (Coord). **Advocacia pública contemporânea: desafios da defesa do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 23-50.

MENDONÇA, Clarice Corrêa de; VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil. Belo Horizonte: Fórum Herkenhoff & Prates, **2018**.

SCHUBSKY, Cássio. **Advocacia Pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2008.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. A advocacia pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático. In: MOURÃO, Carlos Figueiredo; HIROSE, Regina Tamami (Coord). **Advocacia pública contemporânea: desafios da defesa do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 105-140.



SÃO PAULO

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Mara Christina Faiwichow Estefam⁶² - Felipe Faiwichow Estefam⁶³

Introdução

Ao longo da evolução do Direito Administrativo, as relações entre a Administração e o particular foram se aperfeiçoando. Em um primeiro momento, o particular era visto como súdito, passando, no Estado Social, a ser visto como utente e, a partir dos anos noventa, como participante na condução dos misteres públicos.

Assim, hoje em dia, os agentes públicos são vistos mais como facilitadores, negociadores ou diplomatas do que autoridades que empregam medidas unilaterais. Adentra, assim, no contexto da Administração Pública Brasileira a possibilidade de se acordar com o particular.

Justamente, o objeto do presente artigo é discutir a Administração Pública Consensual no contexto da resolução de conflitos. Assim, no primeiro item, o artigo sugere que a Administração Pública em rede e dialógica, refratária da Administração impositiva, é o modelo que melhor enfrenta os problemas complexos apresentados pelo século XXI. Subsequentemente, trata-se sobre o fortalecimento institucional do acordo administrativo que é ferramenta poderosa para se resolver os conflitos envolvendo a Administração. Por fim, apresenta-se um panorama geral sobre as novas formas de resolução de conflitos colocadas à disposição da Administração.

1 DA ADMINISTRAÇÃO UNILATERAL À ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL

A sociedade do século XXI está exposta cada vez mais a problemas complexos, exigindo do Estado as mais variadas e sofisticadas medidas para enfrentá-los. Para

⁶² Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE-SP). Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC). Procuradora do Estado de São Paulo aposentada. Membro efetivo da Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP, e-mail: mara.estefam@gmail.com

⁶³ Mestre e Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Advogado, e-mail: festefam@gmail.com



tanto, o Estado precisa potencializar a sua capacidade de ação eficiente, rápida e certa, a fim de encontrar soluções a questões de alto grau de complexidade.

Na doutrina internacional, tais problemas complexos são denominados de *wicked problem*, que são situações, cuja natureza complexa é causada não só pela falta de informação ou conhecimento, mas também pelo caráter tecnológico, muitas vezes exigido, e pelos divergentes ou conflitantes interesses e percepções dos atores envolvidos no processo de elaboração de políticas.⁶⁴

Para o enfrentamento desses problemas, a Administração não age sozinha, pois, muitas vezes, os “inputs” ou contribuições do setor privado ou setores estrangeiros são necessários para a agilidade e eficiência esperadas do ente público. Com efeito, passa-se a valorizar a soma de esforços entre os setores público e privado e a sinergia entre eles, a fim de atingir o interesse público. Nesse passo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto pontua:

A partir da premissa de que o interesse público é próprio do Estado, que deve persegui-lo e realizá-lo na forma da lei e do Direito, mas não é dele exclusivo, pois a sociedade organizada pode e em certos casos deve ter ação concorrente, abre-se um vasto campo, que a doutrina tem denominado de administração privada associada de interesses públicos, sempre com a notável característica sinérgico-sociopolítica de potencializar a capacidade de ação do Estado pela composição e pela soma de esforços entre os setores público e privado.⁶⁵

Nesse modelo de Administração, a integração entre Estado, setor privado e sociedade civil se dá sobretudo por meio de parcerias entre diversos atores que “prestam

⁶⁴ Tratando sobre os *wicked problems*, Erik Hans Klijn e Joop Koppenjan: lecionam que: “*the wicked nature of these problems is not only caused by the lack of information or knowledge or the technologically advanced nature of the issue; the presence of various actors, with diverging or even conflicting interests and perceptions, also plays a role.*” (KLIJN, Erik Hans e KOPPENJAN, Joop. **Governance Networks in the Public Sector**. Routledge, 2015).

⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, v. 1, n. 3, out./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=12537>>. Acesso em: 06 fev. 2021.



menos atenção à formal autoridade *top-down* e confiam mais em negociações e ajustes mútuos e em reunir organizações para partilhar recursos e conhecimentos.”⁶⁶

Assim, passa-se a falar em formação de redes entre o Estado e o mercado, ganhando importância a ideia de governança em redes (*governance networks*). Sobre o assunto, Laurence E. Lynn, fazendo referência ao conceito de governança, ensina que a sociedade civil passou a assumir um papel mais proeminente na condução da coisa pública:

‘governance’ is often depicted as taking place beyond the retreating reach of government control: expanding the role of civil society in directing and regulating the uses of public resources and increasing reliance on deliberative, as opposed to representative, forms of democracy.⁶⁷

No cenário do ordenamento jurídico brasileiro, a ideia de governança é tratada no Decreto federal n. 9.203/2017⁶⁸ que define a governação pública como o “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade” (art. 2º, I). Os mecanismos para o exercício da governança pública são os seguintes (art. 5º do Decreto):

I - liderança, que compreende conjunto de práticas de natureza humana ou comportamental exercida nos principais cargos das organizações, para assegurar a existência das condições mínimas para o exercício da boa governança, quais sejam:

- a) integridade;
- b) competência;

⁶⁶ No original, Tom Christensen e Per Laegreid aclaram: “*Such actors pay less heed to formal top-down authority and rely more on negotiations and mutual adjustments and on bringing together organizations to pool resources and knowledge. This network model scores high on adaptability and flexibility, but accountability may be reduced and ambiguous, and steering may be more difficult.*” (CHRISTENSEN, Tom; LAEGREID, Per. *Governance and Administrative Reforms*. In: LEVI-FAUR, David (Ed.). **The Oxford Handbook of Governance**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 255-267, p. 255 et seq.).

⁶⁷ LYNN, Laurence E. *The Many Faces of Governance: Adaptation? Transformation? Both? Neither?* In: In: LEVI-FAUR, David (Ed.). **The Oxford Handbook of Governance**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 49-64, p. 49.

⁶⁸ Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.



SÃO PAULO

c) responsabilidade; e

d) motivação;

II - estratégia, que compreende a definição de diretrizes, objetivos, planos e ações, além de critérios de priorização e alinhamento entre organizações e partes interessadas, para que os serviços e produtos de responsabilidade da organização alcancem o resultado pretendido; e

III - controle, que compreende processos estruturados para mitigar os possíveis riscos com vistas ao alcance dos objetivos institucionais e para garantir a execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das atividades da organização, com preservação da legalidade e da economicidade no dispêndio de recursos públicos.

Claramente, tal Decreto reforça a ideia de que, ao agir, é conveniente (e, muitas vezes, obrigatório) que a Administração se sirva de contributos advindo de fora do Estado. Ganham importância, pois, as audiências públicas que subsidiam a Administração de informações técnicas, bem como os plebiscitos e referendos, tratados na Lei federal n. 9.709/1998.

No mesmo ritmo, ganha peso instrumentos como o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI, cuja finalidade, nos termos do Decreto Federal n. 8.428/2015, é “subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso.” (art. 1º, *caput*).

Bem se percebe que o pano de fundo desse modelo administrativo é o de criar um ambiente em que diversos pontos de vistas, de uma forma colaborativa, buscam a solução de problemas ou soluções inovadoras, razão pela qual se diz que a Administração assume o papel de mediadora dos múltiplos interesses envolvidos, posição esta bem diferente daquela tradicionalmente assumida pelo Estado impositor do interesse público.

Com efeito, a Administração, em vez de se caracterizar por sua autoridade e medidas unilaterais (medidas *top-down*), passa a atuar como facilitadora, negociadora ou diplomata. Vale dizer, a Administração Pública passa a assumir um papel que enfatiza mais a sua competência de ouvir, debater e coletar insumos ou soluções



advindas de fora de seus órgãos. Diz-se, pois, que os agentes públicos agem mais como facilitadores, negociadores ou diplomatas do que emanadores de ordens unilaterais.⁶⁹

Fica claro, portanto, que o uso do consenso e da troca de pontos de vista passa a ser ferramenta necessária ao atingimento do interesse público. Na realidade complexa do século XXI que exige medidas acertadas para fazer frente a problemas sociais, sanitários e econômicos, o diálogo entre os mais variados setores da sociedade adquire grande importância, pois acelera o processo de aprendizagem e conhecimento e, também, as chances de se chegar uma política pública mais acertada e adequada.⁷⁰

2 ACORDO ADMINISTRATIVO E RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Como visto, o Direito Administrativo vive uma tal “era dos acordos”. Nesse movimento, diversas leis passaram a permitir, por exemplo, a celebração de acordos substitutivos, reconhecendo o consenso como um valor relevante em matéria de regulação setorial. Sobre o assunto, vale destacar o termo de compromisso de cessação, versado pela Lei Federal n. 12.529/11;⁷¹ o termo de compromisso, regulado pela Lei Federal n. 6.385/76⁷² e o termo de compromisso de ajuste de conduta no setor de saúde suplementar (Lei Federal n. 9.656/98).

Impulso significativo ao fortalecimento de acordos ocorreu em 2018 com as alterações realizadas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pela Lei Federal n. 13.655, de 2018, cujo art. 26, *caput* assim dispõe:

⁶⁹ ESTEFAM, Felipe Faiwchow. **Cláusula Arbitral e Administração Pública**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2019, p. 5 e seguintes. Como já grafamos: “[...] a ideia é criar um ambiente em que diversos pontos de vista buscam, de uma forma colaborativa, a solução de problemas ou soluções inovadoras. Assim, a Administração assume o papel de mediadora dos múltiplos interesses envolvidos, posição esta bem diferente daquele tradicionalmente assumida pelo Estado impositor do interesse público.” (ESTEFAM, Felipe Faiwchow. **Cláusula Arbitral e Administração Pública**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2019, p. 8).

⁷⁰ Por oportuno, note-se que iniciativas legislativas que valorizaram técnicas colaborativas, como mecanismos de superação de controvérsias contratuais, foram propostas no cenário da pandemia gerada pelo coronavírus. Por exemplo, o Projeto de Lei n. 2139, de 2020 – que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas contratuais da Administração Pública, no período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus – preceitua, em seu art. 10, *caput*: “Os contratos de que trata o §2º do art. 1º [contratos administrativos] poderão ser aditados para prever a adoção de meios alternativos de solução dos conflitos relacionados à aplicação desta Lei, especialmente a arbitragem e a mediação previstas, respectivamente, na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.”

⁷¹ Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

⁷² Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.



Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

Aliás, a jurisprudência do Supremo, há tempos, já se inclinava no sentido de que, se o acordo se mostrar condizente ao interesse público, as suas disposições devem prevalecer, mesmo que ausente a base legal formal. Melhor explicando, no Recurso Extraordinário n. 253.885-0/MG,⁷³ argumentou-se a invalidade de uma transação administrativa, tendo em vista a inexistência de lei autorizativa para tanto. Alegava violação ao art. 37 da CR, pela ofensa ao princípio da legalidade:

o princípio da legalidade, aplicado à Administração, explicita a subordinação da atividade administrativa à lei, e, portanto, não havendo lei a autorizar a transação, tal não poderia ter sido celebrada, ainda mais porque o Poder Público é mero executor do interesse público, que é fixado em lei, não podendo dele dispor.

Nesse caso, o Supremo entendeu *(i)* que “há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse” e *(ii)* pela desnecessidade de lei, pois que não houve renúncia a direitos, alienação patrimonial ou assunção de obrigações extraordinárias pela Administração, mas realização de pagamento indevidamente retido.

⁷³ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, Recurso Extraordinário n. 253.885-0, Minas Gerais, Relatora Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, j. em 04.06.2002 (DJU 21.06.2002). Cumpre transcrever a literalidade da ementa: “Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. E, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.”



Não diferente, na esfera da resolução de conflitos envolvendo a Administração, o ordenamento jurídico abriu novos caminhos para a solução de conflitos, colocando à disposição da Administração várias formas de solução de suas controvérsias, muitas vezes, de forma sucessiva.

Para adotar um ou outro método ou para combiná-los, é preciso que a Administração celebre acordos administrativos que regulem a maneira de solucionar o conflito. É o que dispõe, por exemplo, a Lei Federal n. 13.129/2015 que versou sobre as arbitragens envolvendo a Administração e a Lei Federal n. 13.140/2015 que tratou das mediações.

No caso da técnica de resolução de conflito pela arbitragem, ilustrativamente, é preciso que haja um acordo entre as partes, prevendo o emprego deste método. Este acordo denomina-se convenção de arbitragem, e tal convenção vincula as próprias partes e atribui a fonte dos poderes dos árbitros, impedindo que o Judiciário, em um primeiro momento, conheça o conflito.

Ocorre, todavia, que o legislador deixou diversas questões em aberto no tocante à estruturação dos acordos administrativos, o que pode levar a ajustes sem densidade normativa, sem planejamento e sem redação clara. Isso significa que a celebração de acordos administrativos depende do preenchimento de diversas lacunas.

Assim, vale realçar que tais compromissos devem, dentre outros requisitos: *(i)* demonstrar que o ajuste apresente uma “solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais” (art. 26, § 1º, I da LINDB), *(ii)* que o compromisso tem base técnico-jurídica (art. 10, § 4º do Decreto Federal n. 9.830/2019)⁷⁴ e *(iii)* prescrevendo regras claras sobre a relação jurídica formada (art. 26, § 1º, VI da LINDB).

⁷⁴ Art. 10. Na hipótese de a autoridade entender conveniente para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situações contenciosas na aplicação do direito público, poderá celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável e as seguintes condições:

(...)

§ 4º O processo que subsidiar a decisão de celebrar o compromisso será instruído com:

I - o parecer técnico conclusivo do órgão competente sobre a viabilidade técnica, operacional e, quando for o caso, sobre as obrigações orçamentário-financeiras a serem assumidas;

II - o parecer conclusivo do órgão jurídico sobre a viabilidade jurídica do compromisso, que conterà a análise da minuta proposta;

III - a minuta do compromisso, que conterà as alterações decorrentes das análises técnica e jurídica previstas nos incisos I e II; e

IV - a cópia de outros documentos que possam auxiliar na decisão de celebrar o compromisso.”



Por oportuno, acerca desse último requisito, Paulo Otero⁷⁵ aduz que tais acordos devem ser instrumentos reveladores da legalidade, prescrevendo regras gerais disciplinadoras de situações jurídicas presentes ou futuras envolvendo a Administração Pública:

Por via contratual podem surgir verdadeiras regras gerais reguladoras ou disciplinadoras de situações jurídicas presentes ou futuras envolvendo a Administração Pública [...], conferindo aos efeitos de tais contratos uma inerente natureza normativa, falando-se, por isso mesmo, em “contratos normativos” [...]. A autovinculação bilateral representa, neste sentido, um processo revelador de uma legalidade complementar ou derogatória das normas dispositivas integrantes do ordenamento vinculativo da Administração Pública, permitindo sempre a criação de efeitos jurídicos não predeterminados ou determinados em termos não imperativos em anteriores normas jurídicas.

Nesse ritmo, os acordos administrativos (inclusive aqueles celebrados como forma de renúncia à jurisdição estatal) devem ser utilizados, mas com racionalidade e com os cuidados necessários para que sejam ferramentas eficientes a enfrentar o caso concreto e não fruto de uma escolha leviana ou não-planejada.

Assim, o acordo que regula a resolução do conflito deve ser motivado com clareza, mediante a demonstração da necessidade e adequação do método escolhido. Faz-se necessário, igualmente, se preocupar com a estruturação e redação do acordo que deve ser oriundo de um planejamento estratégico e participativo.⁷⁶ Só assim o acordo tenderá a resolver os conflitos de forma mais rápida e eficiente.

Com isso e em geral, é mais vantajoso que as partes iniciem processos de renegociação, conciliação, mediação ou arbitragem, a partir dos quais é possível se alcançar um resultado mais benéfico, como chegar-se à saída de se adaptar obrigações contratuais, de realizar compensações ou indenizações etc.

⁷⁵ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almeida, 2007, p. 522-523.

⁷⁶ Sobre a estruturação de cláusulas arbitrais, ver ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Cláusula arbitral e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.



SÃO PAULO

3 AS POSSÍVEIS NOVAS FORMAS DE SUPERAÇÃO DE CONFLITOS CONTRATUAIS

Como há mais de um método para a solução do conflito envolvendo a Administração, a escolha da “porta” ou “portas” para resolver a controvérsia deve ser aquela que se mostre mais adequada ao caso concreto. Logo, a Administração pode valer-se de formas autônomas e não-adversariais para a solução de controvérsias, como a conciliação e mediação, e recorrer a soluções heterônomas e não-jurisdicionais, como a arbitragem. Elucida Egon Bockmann Moreira:

Está positivado no Ordenamento Jurídico brasileiro o sistema do tribunal multiportas – no qual não existe uma só alternativa cogente para a solução de qualquer controvérsia, mas várias (algumas sucessivas), todas à disposição da Administração Pública. Quem regerá a escolha administrativa será a combinação do caso concreto com a norma jurídica que o rege (legal, regulamentar e contratual), em vista dos direitos e interesses postos em jogo.⁷⁷

Sobre tal escolha a ser realizada pela Administração, as novas tendências “incentivam a mudança da cultura jurídica brasileira viciada em promover, impensadamente, a judicialização de quaisquer desentendimentos (*litigation-style motion practice*)”, priorizando alternativas mais inteligentes de resolução de conflito, como a negociação direta e a mediação.⁷⁸

A respeito das opções disponíveis para a resolução de conflitos, frise-se que o próprio Judiciário incentiva o uso dos métodos de resolução amigável. A Resolução n. 125 de 29/2010, por meio da qual o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) dispôs sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. O art. 4º dessa Resolução dispõe: “Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo

⁷⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública, arbitragem e controle externo. **Gazeta do Povo**. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/administracao-publica-arbitragem-e-controle-externo-4716pmigha5z0l6u2zw07v28d>. Acesso em 09 de fev. 2021.

⁷⁸ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Cláusula arbitral e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 15 e seguintes.



à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.”

A mediação foi regulada pela Lei Federal n. 13.140/2015 que faculta o seu uso como meio de solução de controvérsias entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, definindo a mediação como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (art. 1º, parágrafo único).

Já conciliação é o método pelo qual as partes solucionam os seus conflitos, convocando um terceiro neutro para desempenha o papel de orientá-las para atingirem um acordo. O conciliador, assim, “poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem” (art. 165, § 2º do CPC).

Foi com base na mudança da mentalidade combativa que a Escola da AGU lançou um Manual de Negociação, baseado na Teoria de Harvard, que visa consolidar práticas negociais, afirmando que a finalidade das negociações é justamente se chegar a um resultado satisfatório para ambas as partes, sem utilização de truques ou de armadilhas, “pois a ideia é tratar o outro não como oponente, mas como parceiro para realização de um acordo, que será bom para ambos.”⁷⁹

Outro elemento de valor para a resolução de conflitos complexos é a combinação de métodos de forma sucessiva por meio de cláusulas escalonadas. Esclarece-se que tais cláusulas combinam as técnicas da mediação ou conciliação prévias e, a seguir, a arbitragem, na eventualidade das primeiras não redundar em acordo das partes.⁸⁰

Suscintamente, a cláusula escalonada concerta sequencialmente diferentes meios de resolução de controvérsia. Aparece como a tentativa de solução da controvérsia por meio da mediação previamente da instauração da arbitragem (“cláusula med-arb”) ou mesmo durante o procedimento arbitral (“cláusula arb-med”).

⁷⁹ MARASCHIN, Márcia Uggeri (Coord.). **Manual de negociação baseado na teoria de Harvard**. Brasília: EAGU, 2017. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/588616>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁸⁰ Nesse sentido, LEMES, Selma Maria Ferreira. Cláusulas Escalonadas ou combinadas: mediação, conciliação e arbitragem, *In Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG, e Direito Brasileiro*. FINKELSTEIN, Cláudio, VITA, Jonathan B., CASADO FILHO, Napoleão (Org.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.163-178.



A respeito de tais cláusulas, nota-se que é crescente o movimento de adoção da técnica “med-arb” em contratos públicos, sobretudo nos contratos complexos e de longa duração. Nesses casos, o comitê de conciliação ou mediação com caráter técnico é comumente denominado de “Dispute Boards”.

Cuida-se, na verdade, de uma junta técnica costumam acompanhar a execução do contrato e emitem pareceres sobre eventuais conflitos técnicos. A depender da modelagem adotada, as recomendações dos “Disputes Boards” podem variar à medida que eles sejam configurados como: (i) “Dispute Adjudication Board” que emite decisões que devem ser cumpridas; (ii) “Dispute Review Board”, cujo parecer não é de adoção obrigatória e (iii) “Combined Dispute Board” que emitem soluções intermediárias entre o primeiro e o segundo tipo de “Disputes Boards”.

No Município de São Paulo, a Lei n. 16.873/2018 institucionalizou os “Disputes Boards”. Tal lei tem o propósito de regulamentar a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura. Os Comitês podem ter natureza revisora, adjudicativa ou híbrida, dependendo dos poderes que lhe forem outorgados pelo contrato administrativo. Define o art. 2º da Lei que: (i) ao Comitê por Revisão é conferido o poder de emitir recomendações não vinculantes às partes em litígio; (ii) ao Comitê por Adjudicação é conferido o poder de emitir decisões contratualmente vinculantes às partes em litígio; e que (iii) o Comitê Híbrido poderá tanto recomendar quanto decidir sobre os conflitos, cabendo à parte requerente estabelecer a sua competência revisora ou adjudicativa.

O recente Decreto n. 60.067 de 10 de fevereiro de 2021 regulamentou a sobredita lei. A respeito dele, em que pese a sua regulamentação clara, é de se estranhar o retrocesso em se prever que, apenas os contratos públicos com valores iguais ou superiores a R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), poderão prever a adoção dos Dispute Boards.

Por fim, sobre a arbitragem,⁸¹ basta ressaltar que se trata de poderosa ferramenta para a resolução de conflitos envolvendo a Administração e o seu uso só cresce. Em 2019, houve a participação da Administração Pública em 48 novos procedimentos

⁸¹ Acerca do tema, ver ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Cláusula Arbitral e Administração Pública**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2019 e OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso Prático de arbitragem e administração pública**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.



arbitrais nas sete das principais câmaras do país, o que corresponde a quase 17% das arbitragens entrantes nessas sete câmaras.⁸²

Em arremate, realce-se que a escolha da “porta” ou “portas” para resolver a controvérsia deve ser aquela que se mostre mais adequada ao caso concreto. A escolha deve decorrer de um planejamento estratégica e ser previamente motivada, em consideração de estudos que avaliem a eficiência do(s) método(s) escolhido(s).

⁸² LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em Números e Valores. **Migalhas**. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2021/1/8d798318f697fe_analise-pesquisa-arbitragensns.pdf?_gl=1*mioes9*_ga*OXpVM01MclplcUdPNVntWURab3BsaW5oWm5lIWHNuVIN6QnRNc3RNTEhWMnJ0OXo4TEJGTGlaaWI2dlpnRFNBQg. Acesso em 10 fev. 2021.



Conclusão

O Direito Administrativo Brasileiro passou a valorizar novas estratégias de gestão, como o uso de métodos e instrumentos negociais e consensuais, a fim de fazer frente a problemas complexos que exigem providências do Estado.

Nesse cenário, o uso de métodos colaborativos e de cooperação se espraiam também para a esfera da resolução de conflitos envolvendo a Administração, devendo as partes confiar mais em negociações e ajustes mútuos, como saídas mais inteligentes, céleres e eficazes de pacificação de controvérsias.

Tendo à sua disposição uma série de métodos para resolver conflitos, cumpre à Administração adotar uma gestão preocupada com riscos, transparência, e estar aberta a receber novas e boas ideias. Tudo isso contribui para que o eventual conflito seja resolvido da melhor forma possível e não de maneira impensada, o que não se adequa aos preceitos da eficiência e celeridade.



Referências bibliográficas

CHRISTENSEN, Tom; LAEGREID, Per. Governance and Administrative Reforms. In: LEVI-FAUR, David (Ed.). **The Oxford Handbook of Governance**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 255-267.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Cláusula arbitral e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Cláusulas Escalonadas ou combinadas: mediação, conciliação e arbitragem, *In Arbitragem Internacional, UNIDROIT, CISG, e Direito Brasileiro*. FINKELSTEIN, Cláudio, VITA, Jonathan B., CASADO FILHO, Napoleão (Org.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.163-178.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em Números e Valores. **Migalhas**. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2021/1/8d798318f697fe_analise-pesquisa-arbitragensns.pdf?_gl=1*mioes9*_ga*OXpVM01MclpIcUdPNVNtWURab3BsaW5oWm51WHNuVIN6QnRNc3RNTEhWMnJ0OXo4TEJGTGlaaWI2dlpnRFNBQg. Acesso em 10 fev. 2021.

KLIJN, Erik Hans e KOPPENJAN, Joop. **Governance Networks in the Public Sector**. Routledge, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Curso Prático de arbitragem e administração pública**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almeida, 2007, p. 522-523.

MARASCHIN, Márcia Uggeri (Coord.). **Manual de negociação baseado na teoria de Harvard**. Brasília: EAGU, 2017. Disponível em:

<http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/588616>. Acesso em: 30 set. 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública, arbitragem e controle externo.

Gazeta do Povo. Disponível em:

<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/administracao-publica-arbitragem-e-controle-externo-4716pmigha5z0l6u2zw07v28d>. Acesso em 09 de fev. 2021.



MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século - o caso brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, v. 1



A LEGALIDADE NA NEGOCIAÇÃO COM O PODER PÚBLICO

Nilma de Castro Abe ⁸³

SUMÁRIO. 1. Acordos e transações com o Poder Público. 2. A incidência da legalidade na negociação com o Poder Público. 3. A negociação com o Poder Público no processo judicial. 4. A viabilidade da negociação na matéria patrimonial. 5. Considerações Finais

1. Acordos e transações com o Poder Público

A partir da edição da Lei Federal n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, a União pode celebrar acordos ou transações em juízo⁸⁴. Com fundamento nesta Lei 9.469/1997, a Procuradoria Geral da União editou a Ordem de Serviço n.º 13, de 9.10.2009, regulamentando a celebração de acordos no âmbito do contencioso judicial, fixando alçadas para atuação dos Advogados da União, cláusulas obrigatórias do termo do acordo, hipóteses de vedação do acordo, requisitos que devem ser atendidos para celebração do acordo etc., de modo que o presente acordo se coadune com as normas internas da Advocacia Geral da União.

Antes de existirem no Brasil marcos legais específicos sobre meios consensuais de litígios, houve relevante protagonismo do Poder Judiciário, que culminou com a edição da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário”, ocorrendo a institucionalização de uma política de conciliação e mediação, que tem sido fortalecida ao longo do tempo, com incentivo de utilização de meios consensuais também pelas Fazendas Públicas, inclusive, no âmbito da Justiça Federal.

Diante da necessidade de criar mecanismos e rotinas que permitiam fomentar a negociação e a rápida solução dos litígios, a Procuradoria Geral da União editou a

⁸³ Advogada da União em São Paulo. Coordenadora da Central Regional de Negociação da Procuradoria Regional da União da 3ª Região. Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Católica de São Paulo. Membro da Comissão de Advocacia Pública da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo.

⁸⁴ Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.



Portaria Nº 02, de 14.12.2012, criando em caráter permanente, as Centrais Regionais de Negociação, para funcionarem nas Procuradorias Regionais da União, sob a coordenação da Central Nacional de Negociação, esta um órgão da própria Procuradoria-Geral da União.

Dessa forma, desde o ano de 2013 iniciou-se a implementação da Central Regional de Negociação no âmbito da Procuradoria Regional da União da 3ª. Região, a fim de buscar, em princípio, a negociação direta com a outra parte, ou ainda, atuar nas conciliações ou mediações judiciais, em negociações da União devedora em matéria não tributária.

O Código de Processo Civil – Lei n.º 13.105, de 16.3.2015, veio consolidar estas diretrizes, prevendo expressamente, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. (art. 3.º, § 2º), e 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 (art. 3.º, § 3º).

A Lei Federal n.º 13.140, de 23.6.2015 disciplinou a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, prevendo que as controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão (art.35, *caput*).

Estes diplomas legais refletem uma tendência que já vinha se desenhando nos últimos tempos, e que foi sublinhada recentemente, da busca pela consensualidade, pelo diálogo, como uma forma de se obter agilidade e eficiência nas soluções de conflitos, de modo que, inegavelmente, ampliou-se o número de pedidos de negociação ou conciliação envolvendo o Poder Público.

2. A incidência da legalidade na negociação com o Poder Público

Convém mencionar que o dia a dia da Administração Pública, suas rotinas, suas práticas, suas dificuldades, são pouco conhecidas e pouco compreendidas pela sociedade em geral. No mesmo passo, o regime jurídico da Fazenda Pública tampouco é acessível para os operadores jurídicos em geral, uma vez que sequer há um código de direito público ou qualquer codificação relacionada ao regime jurídico público. Por outro lado, no âmbito federal, há legislação administrativa numerosa e imbricada que



pouco facilita a compreensão das principais questões jurídicas que envolvem a Fazenda Pública.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁵, os vínculos entre os particulares e a Administração Pública demanda uma disciplina específica, animada por outros princípios, que se qualificam como *exorbitantes* – porque exorbita do quadro do Direito até então conhecido, o direito comum. Em outras palavras, o Direito Público disciplina os vínculos jurídicos entre o particular e o Poder Público, de modo que quando um ente público está presente numa relação jurídica, automaticamente ele atrai a incidência do regime jurídico de Direito Público, que *é um regime estatutário*, não contratual, no qual o Código Civil – que disciplina as relações jurídicas entre particulares - será aplicado, se o for, subsidiariamente, prevalecendo a aplicação das inúmeras leis administrativas nas relações jurídicas que envolvem o Poder Público, estando a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios submetida ao princípio da legalidade, como não deixa dúvida o disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

A Administração Pública deve obedecer tanto a lei em sentido formal, quanto da lei em sentido material, pois deve cumprir também as normas jurídicas infralegais regulamentadoras de suas atividades e atribuições.

Destaque-se como noção fundamental do regime jurídico da Fazenda Pública, que consiste num dos seus contornos a noção de competência pública.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, órgãos públicos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado⁸⁶. Estes círculos de atribuições, a serem manifestados pelos agentes, constituem-se de um plexo de competências públicas⁸⁷.

Por sua vez, a competência pode ser conceituada como o círculo compreensivo de um plexo de *deveres públicos* a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados *poderes instrumentais*, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos⁸⁸.

⁸⁵ *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2016. 33 ed. p. 39.

⁸⁶ Op Cit. p. 144.

⁸⁷ Op. Cit. p. 146.

⁸⁸ Op. Cit. p. 148.



As competências públicas são *de exercício obrigatório* para os órgãos e agentes públicos⁸⁹. *Irrenunciáveis*, pois seu titular não pode abrir mão delas enquanto as titularizar⁹⁰. *Intransferíveis* porque *não podem ser objeto de transação*, de tal sorte que descaberia repassá-las a outrem, cabendo, tão somente, nos casos previstos em lei, delegação de seu exercício⁹¹, como ocorre expressamente na Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999⁹². *Imodificáveis* pela vontade do próprio titular, que não pode dilatá-la ou restringi-la, pois sua compostura é a que decorre da lei⁹³.

Pode-se concluir que não cabe ao agente público ampliar ou reduzir a sua competência, mas tão somente exercê-la, nos termos previstos em lei, o que se torna uma questão relevante na negociação com a União, em razão do gigantismo da Administração Pública Federal, pois uma negociação que envolva, por exemplo, a prestação de serviço público poderá envolver diversos órgão públicos, e cada um contribuirá para a negociação na medida de sua competência, o que poderá estender o tempo da negociação.

A análise da autoridade competente é essencial na negociação com o Poder Público, uma vez que o ato praticado por autoridade incompetente é nulo, e se originar danos ao patrimônio público, poderá ser contrastado em ações populares ou ações civis públicas.

⁸⁹ Op. Cit.p.149.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Idem.

⁹² Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I - a edição de atos de caráter normativo;

II - a decisão de recursos administrativos;

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.

§ 1º O ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada.

§ 2º O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.

§ 3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

⁹³ Idem.



A atuação dos Advogados da União e dos agentes públicos que participam e autorizam a negociação deve estar fundamentada, na Constituição, nas leis e atos normativos, sob pena de originar responsabilidades de natureza disciplinar, civil, penal e por improbidade administrativa.

Outro ponto fundamental na negociação de débitos da União diz respeito ao pagamento de tais dívidas, invariavelmente pelo sistema de precatórios, nos termos do art. 100 da Constituição Federal, inexistindo lei que estabeleça a possibilidade de a União pagar seus credores por depósito bancário ou outra forma de pagamento administrativo direto pela União, ressalvada previsão em lei.

Cabe dizer ainda que não poderão ser objeto de negociação os direitos fundamentais *em si*, tais como o direito à vida, direito à saúde, o direito de ir e vir, lembrando que mesmo no direito privado, os particulares encontram limites legais, embora é sabido que a esfera privada é o espaço da autonomia da vontade, onde a contratualização ou negociação é mais ampla.

Existem limites de ordem pública que não autorizam a negociação em determinadas temáticas, como ocorreu em relação ao auxílio emergencial criado pela Lei n.º 13.982, de 2 de abril de 2020, na situação excepcional, de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), na qual a Advocacia-Geral da União firmou entendimento de que esta temática não seria objeto de negociação, tão somente de reconhecimento do pedido nas hipóteses que o requerente tenha preenchido os requisitos legais, mas teve o pedido recusado por eventual falha tecnológica no uso do aplicativo. Isso porque a temática claramente estava relacionada com a proteção da vida e da saúde, pois o auxílio emergencial se qualifica como medida de proteção social implementada para transferir valores àqueles que perderam renda por ocorrência da pandemia, incompatível com a lógica da negociação, que implica em concessões mútuas a fim de alcançar a autocomposição.

Todavia, embora o regime jurídico da Fazenda Pública seja de natureza estatutária, e apesar dos limites e densos contornos trazidos pela legalidade, é possível, do ponto de vista jurídico, a implementação da negociação ou conciliação com o Poder Público,



3. A negociação com o Poder Público no processo judicial

Considerando que há muito a Administração Pública celebra contratos administrativos e convênios, pode-se afirmar que a noção de consensualidade não é recente no âmbito público, porém, a novidade, introduzida pela Lei n.º 9.769/1997, seria a possibilidade de a Fazenda Pública realizar acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, *inclusive os judiciais*.

A possibilidade de Fazenda Pública celebrar acordos, após o ajuizamento de uma ação judicial, é recente, pois somente se viabilizou com a edição da Lei n.º 9.769/1997. Esta mesma lei autorizou os entes públicos a não interporem recursos, ou desistirem de recursos, iniciando-se uma nova fase do contencioso judicial da Fazenda Pública.

Na Advocacia Geral da União, iniciou-se com a edição de Súmulas da AGU que representam a consolidação da jurisprudência iterativa dos Tribunais, entendida como as decisões judiciais do Tribunal Pleno ou de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, dos Órgãos Especiais ou das Seções Especializadas dos Tribunais Superiores, ou de ambas as Turmas que as compõem, em suas respectivas áreas de competência, que consagram entendimento repetitivo, unânime ou majoritário, dos seus membros, acerca da interpretação da Constituição ou lei federal em matérias de interesse da União, suas autarquias e fundações (art. 2º, parágrafo único, do Ato Regimental n. 1/2008)⁹⁴.

A primeira Súmula Administrativa foi editada em 2 de julho de 1997, de modo que se pode afirmar que desde 1997 existem súmulas administrativas com caráter obrigatório para os membros de órgãos jurídicos da Advocacia-Geral da União⁹⁵.

Note-se que as Súmulas da AGU têm objeto mais amplo do que as súmulas vinculantes do STF, porque estas tratam apenas da matéria constitucional, consolidando a interpretação prevalecente do STF sobre questões jurídicas constitucionais. Já as Súmulas da AGU podem consolidar entendimento reiterado dos Tribunais Superiores, quais sejam, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, alcançando matérias disciplinadas na Constituição ou em leis federais referentes à matéria atinente à Fazenda Pública⁹⁶.

⁹⁴ Adriana Aghinoni Fantin, Nilma de Castro Abe (Coordenação). *Súmulas da AGU Comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2015. 2 ed atual e ampl.p.37.

⁹⁵ Adriana Aghinoni Fantin, Nilma de Castro Abe (Coordenação). Op. Cit.p. 36.

⁹⁶ Idem.



Os membros da Advocacia Geral da União, Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central do Brasil que estejam em exercício em órgãos da consultoria e assessoramento jurídico da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil ficam autorizados a reconhecer pedidos administrativos e devem orientar os órgãos e autoridades junto aos quais atuam para deferir administrativamente os pedidos cujos fundamentos estejam em integral consonância com Súmula da AGU (art. 6º, §1º, do Ato Regimental n. 1/2008).⁹⁷

Os membros da Advocacia Geral da União Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central do Brasil que estejam em exercício em órgãos de representação judicial da União e de suas autarquias e fundações e ficam autorizados a reconhecer a procedência do pedido, não contestar, não recorrer e desistir dos recursos já interpostos contra decisões judiciais nos casos que estejam em integral consonância com Súmula da AGU (art. 6º, §2º, do Ato Regimental n. 1/2008).⁹⁸⁹⁹

Posteriormente, na Procuradoria Geral da União, foram criados dois programas, o Programa de Redução de Litígios veiculado por atos normativos internos que autorizam o reconhecimento do pedido por parte da União, não havendo a apresentação da contestação ou a interposição de recursos, e o Programa da Negociação, também veiculado por atos normativos internos que disciplinaram os parâmetros de negociação, as alçadas, os requisitos de viabilidade jurídica do acordo e economicidade na celebração o acordo, as cláusulas obrigatórias do termo de acordo. Neste caso, a União não reconhece o pedido, mas se mostra disposta a fazer concessões, abrindo mão de vantagens ou pedidos a fim de alcançar a autocomposição. Ambos os programas visavam contribuir para agilidade na solução de controvérsias jurídicas.

A negociação com o Poder Público pode envolver matéria estritamente patrimonial (como o pagamento de vantagens remuneratórias ou indenizações) ou não patrimonial (prestação de serviços públicos ou concretização de políticas públicas).

A Procuradoria Geral da União, possui, em regra, autonomia para negociar matérias estritamente patrimonial, sem necessidade de obter a prévia autorização do órgão público representado judicialmente pela AGU, ressalvado as hipóteses previstas no Decreto nº 10.199, de 15 de janeiro de 2020, que podem exigir autorizações do Advogado-Geral da União e de Ministro de Estado.

⁹⁷ Adriana Aghinoni Fantin, Nilma de Castro Abe (Coordenação). Op. Cit.p. 38.

⁹⁸ Adriana Aghinoni Fantin, Nilma de Castro Abe (Coordenação). Op. Cit.p. 38.

⁹⁹ Idem.



Já as negociações em processos judiciais que envolvem a prestação de serviço público ou implementação de política pública, poderá haver a necessidade de manifestação do órgão representado pela Advocacia-Geral da União. Em regra, há a necessidade de participação dos agentes públicos que integram o órgão representado judicialmente, cabendo a eles também emitir autorização para a celebração do acordo.

4. A negociação em matéria patrimonial

A implementação da negociação nas advocacias públicas exige a edição de atos normativos internos que disciplinem, principalmente, os parâmetros da negociação, o que ocorreu, na Procuradoria Geral da União, de início, pela edição da Ordem de Serviço n.º 13/2009, que traçou os parâmetros gerais da negociação, e recentemente, pela Portaria n.º 11/2020.

Todavia, apesar da edição da Ordem de Serviço n.º 13/2009, a negociação não era concretizada em larga escala, e a fim de superar este entrave, foram editados Planos Nacionais de Negociação, que são orientações normativas internas, que autorizam a negociação e a celebração de acordos com a fixação de parâmetros específicos para determinada matéria, a fim de trazer segurança jurídica para atuação dos Advogados da União.

Trata-se de um plano de ação para o Advogado da União, que traça uma hipótese de negociação bem delimitada, em matéria patrimonial, aplicados preferencialmente, aos processos individuais, e cuja negociação poderá ser realizada por petição padronizada. Eles foram pensados para agilizar as negociações, e a jurisprudência orienta os parâmetros específicos da negociação. A maioria dos Planos Nacionais de Negociação englobam matérias de remuneração de servidor público, civil ou militar, vez que, esta temática tem grande acervo de processos judiciais na Justiça Federal.

A negociação em matéria patrimonial, com incidência de um deságio, para pagamento de débitos da União pelo sistema de precatórios, com autonomia da AGU (sem necessidade de autorização do órgão público representado) é o acordo padrão no âmbito da União devedora não tributária.

A negociação culmina num acordo, com natureza de transação, nos termos do Código Civil, “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas” (art.840), e poderá ser homologado pelo juízo (art. 842).



Porém, os acordos de valor vultuosos – o que não é incomum – ou dotado de grande complexidade jurídica, implicarão em negociações “customizadas” ou personalizadas, com várias realizações de reuniões, em diversas etapas, o que origina um processo administrativo eletrônico, que nasce no órgão de execução da AGU de atuação junto à primeira instância, mas tramita pelas instâncias superiores da AGU e da Administração Pública Federal. A construção de tais acordos exige que o Advogado da União trace o regime jurídico pertinente àquela matéria objeto do processo, a fim de identificar se há viabilidade jurídica, e ainda, e economicidade, que não envolve apenas avaliação do aspecto pecuniário, pois se trata de uma economicidade qualitativa, da qualidade do gasto público. Os parâmetros também podem ser buscados na jurisprudência.

Neste ponto, cabe esclarecer que é comum a parte autora buscar a negociação com a expectativa de uma solução rápida. Porém, tal expectativa é cabível apenas nos processos individuais que envolvam matéria patrimonial. Caso se trate de processo que envolve matéria jurídica complexa, de valor vultuoso, ou que necessita de autorizações de instâncias superiores da própria AGU ou de órgão da Administração Pública, esta expectativa poderá se ver frustrada, embora se possa afirmar que, apesar de mais demorada, certamente a solução negociada será mais satisfatória para ambas as partes, e o tempo total de tramitação do processo judicial será bastante reduzido.



Conclusão

É inegável que a autocomposição com o Poder Público, em matéria patrimonial ou não, ainda está se iniciando, e o que poderá torná-la mais célere será o treinamento dos operadores jurídicos (advogados, magistrados, procuradores, agentes públicos em geral) para o diálogo direto, prática bastante diversa dos enfrentamentos por meio de petições, comum nos litígios judiciais.

A criação de um setor de negociação no âmbito da Advocacia-Geral da União se tornou um dos raros canais de diálogo da Administração Pública federal com a sociedade, o que tem permitido o contato direto com particulares, empresas, sindicatos, associações, Ministério Público, Defensoria Pública, advogados, entre outros atores.

A Lei n.º 13.460, de 26 de junho de 2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa de direitos do usuário dos serviços público da Administração Pública, regulamentada pelo Decreto n.º .9094, de 17.7.2017, estimula a criação de ouvidorias, que não se configuraria apenas como um setor de reclamações, apto a receber e responder reclamações individuais, mas como meio de implementar a *escuta ativa da sociedade*, com análise e tratamento dos dados, com o poder de influenciar rotinas, fluxos e práticas da Administração Pública, a partir da absorção dos questionamentos e demandas da sociedade, com vocação para “*promover a adoção de mediação e conciliação entre o usuário e o órgão ou a entidade pública, sem prejuízo de outros órgãos competentes*” (art. 13, VII).

Trata-se de prática que merece ser aperfeiçoada pela Administração Pública a fim de torná-la mais permeável à participação direta dos cidadãos, e acessível aos anseios da sociedade.

Espera-se que esta breve exposição tenha contribuído para lançar luz num dos grandes desafios da Fazenda Pública na atualidade, a utilização dos novos mecanismos jurídicos de autocomposição, sem deixar de atender aos ditames constitucionais e legais.



Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. ref., amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

FANTIN, Adriana Aghinoni, ABE, Nilma de Castro (Coordenação). *Súmulas da AGU Comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2015. 2 ed. atual. ampl.



A importância da Advocacia Pública nos processos arbitrais e nos *dispute boards* envolvendo a Administração Pública

Alberto Shinji Higa¹⁰⁰

Introdução

Atualmente, é comum encontramos na doutrina administrativista expressões como “Administração Consensual” ou “Administração Concertada” para destacar as transformações no modo de agir estatal e, por conseguinte, no direito administrativo, ocorridas entre o Século XIX ao Século XXI, considerando a passagem de uma atuação administrativa baseada, predominantemente, na supremacia e na unilateralidade, para uma atuação administrativa consensual e bilateral.

Deveras, sobre esse movimento de transição de um direito administrativo anteriormente assentado na bipolaridade (autoridade x liberdade, ou, ainda, no binômio prerrogativas x sujeições) para um direito administrativo multipolar, por meio do qual a Administração Pública deve conciliar os inúmeros interesses públicos Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁰¹ leciona:

“(...) o direito administrativo contemporâneo não pode mais se apoiar apenas na contraposição, no binômio autoridade-liberdade ou autoridade-indivíduo. Ao revés, esse ramo do direito já se configura e deve se estruturar em torno de outras noções: de equilíbrio de interesses, de consenso, de ponderação do exercício da autoridade. Em uma ideia: estruturação do direito administrativo em torno de relações de convergência dos múltiplos polos de interesses e direitos enredados na atividade do Estado-administração.”

¹⁰⁰ Doutorando em Direito do Estado – USP, Mestre em Direito do Estado e Especialista em Direito Tributário – PUC/SP, Especialista em Direito Empresarial e Bacharel em Direito – MACKENZIE/SP, Ex-Assessor de Subprocuradora-Geral da República (PGR/DF – MPF), Procurador do Município de Jundiaí/SP, Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP, Membro Fundador Associado do IBEDAFT, Membro do Conselho Editorial da Editora Thoth, e-mail: alberto-higa@hotmail.com.

¹⁰¹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo de. CONCESSÕES. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 326.



Por seu turno, Fernando Dias Menezes de Almeida¹⁰², com precisão, discorre sobre o fenômeno da Administração Pública consensual, cujo modo de agir implica na utilização mais recorrente dos módulos convencionais, como assim denominou:

“114. Tendência da Administração consensual. Fala-se correntemente em “Administração consensual” ou “Administração concertada”, ou ainda utilizam-se expressões com sentido similar, como arrola Odete Medauar (2003:212): “governo por contratos, direito administrativo pactualista, direito administrativo cooperativo, administração por acordo, contratualização das políticas públicas.

Sabino CASSESE (2002:35), ao analisar as transformações do Direito administrativo do século XIX ao Século XXI, aponta, entre elas, a substituição da supremacia e da unilateralidade, pelo consenso e a bilateralidade; bem como a adoção, pelo Direito administrativo, de formas tradicionalmente identificadas com o Direito privado. Também é de CASSESE (2006:305) a afirmação de que a "mais intensa" - note-se utilização da expressão que claramente implica gradação - utilização de módulos convencionais pela Administração em sua atividade institucional representa uma de suas características salientes na época contemporânea. Com esta referência, quer-se chamar atenção para uma necessária distinção entre o fenômeno da Administração consensual e a utilização de módulos convencionais pela Administração. São elementos distintos, ainda que contenham ideias parcialmente coincidentes. É verdade que o consenso integra a essência da figura do contrato, conforme se vem afirmando nesta tese. Neste sentido, o fenômeno da Administração

¹⁰² MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Contrato Administrativo. São Paulo: Editora Quartier Latin. 2012, p. 339-341.



consensual envolve, entre outros fatores, uma utilização mais intensa dos módulos convencionais. Contudo, o espírito de consenso na ação administrativa vai muito além do uso do instrumento convencional propriamente dito.”

Sob a perspectiva constitucional, não há dúvidas de que o fenômeno da constitucionalização do direito e, por conseguinte, do direito administrativo, provocou profundas mudanças no modo de agir da Administração Pública, cabendo destacar os grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI, na visão do eminente Professor e Jurista Português José Manuel Sérvulo Correia, a saber: **(i)** *constitucionalização do direito administrativo por meio dos princípios fundamentais e estruturantes da atividade administrativa;* **(ii)** *princípio do Estado de Direito Democrático;* **(iii)** *recomposição dos perfis da função administrativa (antes prestacional ou restritiva, agora, reguladora, garante, incentivadora e orientadora);* **(iv)** *assunção de uma perspectiva relacional;* **(v)** *centralidade da perspectiva procedimental (forma do exercício da função administrativa);* **(vi)** *renovação dogmática das formas jurídicas típicas de conduta administrativa (o regulamento, o ato administrativo e o contrato administrativo)*¹⁰³.

Justamente, no bojo de tais transformações, destaca-se a ***consensualidade na Administração Pública***, nela inserida a temática das ***formas alternativas de prevenção e de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública*** (mediação, conciliação, transação, *dispute board* e arbitragem¹⁰⁴), em substituição à invocação da clássica jurisdição estatal, esta última já tão sobrecarregada¹⁰⁵.

O presente artigo, sob tal perspectiva, tem por objetivo examinar, especificamente, a importância da atuação da Advocacia Pública nos processos administrativos que contemplem a adoção do instituto do ***dispute board*** ou ainda nos

¹⁰³ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. Texto utilizado como base para a conferência proferida no IX Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em Belo Horizonte – MG, no dia 11.5.2015. A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional | Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.

¹⁰⁴ Embora o instituto da arbitragem seja um método heterocompositivo de resolução de conflitos, se afastando, nesse ponto, dos demais métodos autocompositivos (mediação, conciliação, *dispute boards* etc), é importante destacar que o ato inicial para o estabelecimento do processo arbitral depende de uma escolha consensual das partes contratantes.

¹⁰⁵ De acordo com o “Justiça em números” editado pelo Conselho Nacional de Justiça, no final de 2019 havia um estoque de **77,1 milhões de processos** aguardando uma solução definitiva.



processos arbitrais. O primeiro trata-se de **método autocompositivo** e o segundo de **método heterocompositivo**, no entanto, ambos configuram novos métodos alternativos de prevenção e resolução de conflitos (dispute board) ou apenas de resolução de conflitos (arbitragem) à clássica jurisdição estatal, cuja demora oriunda da sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário, bem como, em algumas hipóteses, a não uniformidade das decisões judiciais, dentre outros fatores, acaba por elevar sobremaneira os custos das operações contratuais envolvendo a Administração Pública.

2. O instituto do Dispute Board

O instituto do *Dispute Board* teve origem na indústria dos contratos de construção e infraestrutura, na década de 70, na construção da segunda parte do Túnel Eisenhower, no estado norte-americano do Colorado, como forma de prevenir e dirimir conflitos durante a execução contratual, por meio de um **Comitê de Especialistas** nomeados pelos contratantes, para, com isso minimizar os prejuízos das partes contratantes, caso o conflito fosse submetido à jurisdição estatal, ocasionando a paralisação da obra até uma decisão judicial.

Sob tal perspectiva, no Dispute Board os **Membros atuam durante a execução dos contratos, por meio de uma espécie de gerenciamento, prevenindo conflitos e situações decorrentes do desenvolvimento duradouro das relações contratuais.**

Em face do êxito alcançado por tal método, em 1996 foi criada a Dispute Resolution Board Foundation, com o objetivo de promover o uso dos *dispute boards* e atuar como organismo técnico junto aos donos das obras, empreiteiros e membros do painel, a fim de melhorar, cada vez mais, esse mecanismo alternativo de prevenção e resolução de litígios.

De acordo com informações divulgadas pela Dispute Resolution Board Foundation¹⁰⁶, o uso dos dispute boards tem crescido em torno de 15% ao ano, sendo que, levantamento realizado no final de 2006, esclarece que mais de 2000 projetos com montante superior a US\$ 100 bilhões já haviam utilizado esse mecanismo, com taxa de sucesso de aproximadamente 98%.

São três as modalidades de Dispute Board:

¹⁰⁶ Disponível em: <https://www.drb.org/>. Acesso em 01/02/2021.



- (i) **Dispute Review Boards (DRBs);**
- (ii) **Dispute Adjudication Boards (DABs), e**
- (iii) **Combined Dispute Boards (CDBs).**

No Dispute Review Boards a deliberação prolatada pelo Comitê ou Painel consiste em uma recomendação ou opinião de caráter não vinculante. No Dispute Adjudication Boards, trata-se de uma decisão de natureza vinculante, embora não se equipare uma decisão judicial ou arbitral, na medida em que a obrigação imposta pelo Comitê é de natureza contratual. Por fim, Combined Dispute Boards, há combinação de ambos, podendo a deliberação do Comitê ser vinculante para determinadas matérias e não vinculantes para outras.

No Brasil, a adoção do instituto do Dispute Board ocorreu nos contratos para a expansão do metrô de São Paulo, em 2003, cujo financiamento foi feito pelo Banco Mundial, como exigência deste para a conclusão da operação, e, mais tarde, na Parceria Público-Privada para construção do Complexo Criminal Ribeirão das Neves, em Belo Horizonte, Minas Gerais. De 2010 em diante os *Disputes Boards* foram utilizados na Parceria Público-Privada da Rodovia MG-050, na Parceria Público-Privada da Arena Fonte Nova, em Salvador, Bahia, na Parceria Público-Privada da Areia das Dunas, em Natal, Rio Grande do Norte, no Aeroporto de São Gonçalo do Amarante, em Pernambuco, e nos contratos para construção do trecho Norte do Rodoanel de São Paulo, dentre outros.

A experiência brasileira vem admitindo o uso de tal instituto, considerando a autonomia da vontade das partes contratantes, bem como a autorização legal contida no art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666/93, assim como no art. 23-A da Lei nº 8.987/95 e no art. 11, inciso III, da Lei nº 11.079/2004.

Trata-se de método autocompositivo, como visto, de prevenção e resolução de conflitos, de natureza contratual, razão pela qual a deliberação do Comitê formado por especialistas indicados pelos contratantes sempre poderá ser reapreciada no âmbito do Poder Judiciário ou do Juízo Arbitral.

Com efeito, no tocante às decisões proferidas em sede de arbitragem há expressão previsão legal determinando a obrigatoriedade de seu cumprimento (art. 31 da Lei nº



9.307/96 - A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo), o que não ocorre com o *Dispute Board*, na medida em que não há dispositivo legal nesse sentido.

Os Membros do Comitê ou do Painel são compostos por profissionais com formações diversas, como engenheiros, economistas, advogados, dentre outros, a depender da matéria objeto do contrato, sendo designados em número ímpar: 01, 03, 05 ou mais.

O Município de São Paulo foi o pioneiro na edição de Lei específica para disciplinar o instituto, por meio da Lei Municipal nº 16.873/2018, que reconhece e regulamenta a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Prefeitura de São Paulo. Merece destaque ainda a recente Lei Municipal de Belo Horizonte nº 11.241/2020.

Há esforço também de incentivar o uso do Dispute Board, consoante os Projetos de Lei 9883-2018 e 206-2018, respectivamente, dos Exmos. Deputado Federal Pedro Paulo e Senador Antonio Anastasia, além de o Projeto de Lei da Nova Lei de Licitações – PL 4253/2020 ter, de igual modo, contemplado o instituto.

3. O instituto da arbitragem

O presente artigo não examinará a questão atinente à evolução histórica do instituto da arbitragem no Brasil¹⁰⁷, limitando-se ao exame da Lei nº 9.307/96, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.129/15, no que interessa ao processo arbitral envolvendo a Administração Pública.

O art. 1º da LA estabelece que as “*pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*”

Por seu turno, o § 1º do citado dispositivo legal prevê que a “*administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*”

¹⁰⁷ Para uma análise histórica do instituto de arbitragem confira artigo de nossa lavra: HIGA, Alberto Shinji. Notas sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública. *Direito privado administrativo*. Maria Sylvania Zanella Di Pietro (org.). São Paulo: Atlas, 2013, pp. 21-49.



À luz da legislação de regência da matéria, Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam¹⁰⁸, em *obra essencial e singular sobre a temática* intitulada Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública, assim lecionam:

“(...) um meio privado de solução de conflitos de interesses, pelo qual as partes acordam que um terceiro ou um colegiado terá poderes para julgar e solucionar uma lide, com força de coisa julgada, vinculando-as ao seu cumprimento.

Assim, a arbitragem tem origem contratual, pois decorre de um acordo de vontade de duas ou mais partes e o seu efeito é atribuir uma competência jurisdicional aos árbitros, para que eles julguem o conflito entre as partes de acordo com os termos acordados contratualmente.”

O citado art. 1º da LA contempla tanto o **requisito subjetivo da arbitragem** (capacidade de contratar), como o **requisito objetivo** (litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis), denominados, respectivamente, como **arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva**.

A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. Estas podem livremente escolher as regras de direito que serão aplicadas à solução de seus conflitos pela via arbitral, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública, podendo, inclusive, se pautar nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (art. 2º da LA).

No entanto, **quando a arbitragem envolver a Administração Pública, esta somente poderá ser de direito e respeitará o princípio da publicidade** (§ 3º, do art. 2º, da LA).

A instituição do Juízo Arbitral está condicionada à existência de **convenção de arbitragem (gênero)**, por meio de **cláusula arbitral ou cláusula compromissória (espécie)** ou de **compromisso arbitral (espécie)**, e, ainda, pela aceitação pelo(s) árbitro(s) de sua nomeação – arts. 3º c/c 19.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. ESTEFAN, Felipe Faichow. Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública. 1ª Edição. E-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.



A “*cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato*”. Esta deve ser estipulada por escrito, inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira (art. 4º da LA).

Por seu turno, o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. O judicial será celebrado por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal onde tem curso a demanda e o extrajudicial por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público (art. 9º e §§).

Logo, verifica-se que a **distinção** entre a **cláusula arbitral ou compromissória** e o **compromisso arbitral**, à luz da legislação de regência da matéria, está no momento de seu surgimento. Na primeira, o seu nascimento se dá antes da existência do conflito e no segundo, posteriormente à controvérsia instaurada.

Quanto ao processo arbitral, as partes podem eleger uma **arbitragem institucionalizada**, por exemplo, a Câmara Arbitral da Amcham ou árbitros independentes (arbitragem ad hoc), podendo na primeira hipótese convencionar o processamento de acordo com as regras da instituição especializada (arts. 5º c/c 10, inciso II).

Por sua vez, a nomeação para atuar como árbitro exige que o indicado se trate de pessoa capaz e que tenha a confiança das partes (art. 13). Aos árbitros, no desempenho de suas funções, é imposto o dever de proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição, sendo os mesmos equiparados aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal (art. 13 e 17). A fim de assegurar o requisito da imparcialidade, a Lei da Arbitragem estabelece as hipóteses de impedimento ou suspeição do árbitro e o procedimento para sua arguição (arts. 14 e 15).

A Lei da Arbitragem confere ao árbitro ou tribunal arbitral a competência para tomar depoimentos das partes, ouvir testemunhas, determinar a realização de perícias ou outras provas que entender necessárias, a requerimento da parte ou de ofício (art. 22). Encerrada a instrução, o árbitro ou o tribunal arbitral proferirá a sentença arbitral, no prazo estipulado pelas partes ou no silêncio dos mesmos, no prazo de 6 meses contado da instauração do processo arbitral ou da substituição do árbitro, podendo tal prazo ser prorrogado, de comum acordo entre as partes e o(s) árbitro(s) – art. 23.



A sentença poderá ser corrigida em virtude de erro material ou integrada nos casos de obscuridade, dúvida, contradição ou omissão. Encerra-se a arbitragem com a prolação da sentença arbitral, produzindo entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo (arts. 29 a 31).

Ressalte-se, por fim, que as hipóteses de nulidade da sentença arbitral estão arroladas no art. 32, podendo a parte interessada pleitear perante o Poder Judiciário a decretação de sua nulidade, nos casos previstos em lei, por meio de ação subordinada ao procedimento comum ou ainda por meio de impugnação, se houver execução judicial (art. 33). Em síntese, essas são as linhas normativas traçadas pela Lei nº 9.307/96, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.129/15, para disciplinar o procedimento arbitral no Brasil, inclusive, envolvendo a Administração Pública.

3.1. O procedimento arbitral envolvendo a Administração Pública no Brasil – arbitrabilidade subjetiva e objetiva

A questão referente à viabilidade jurídica da submissão da Administração Pública ao processo arbitral sempre foi objeto de intenso debate e divergência doutrinária e jurisprudencial no Brasil, à luz da legislação de regência da matéria.

Relativamente à *arbitrabilidade subjetiva*, vale dizer, à capacidade de a Administração Pública figurar em um dos pólos do processo arbitral, o debate sempre girou em torno da necessidade de *previsão legislativa específica* autorizando o Poder Público a se submeter ao processo arbitral.

Sob tal perspectiva, inúmeros diplomas legislativos relacionados aos setores regulados há tempos autorizavam o uso de métodos alternativos de resolução de conflitos pelo Poder Público, a exemplo da **Lei nº 9.472/97** (Lei Geral de Telecomunicações), da Lei de Petróleo e Gás (**Lei nº 9.478/97**), da **Lei nº 10.233/2001**, relativo ao setor de transportes aquaviários e terrestres, do **art. 4º, § 5º, da Lei nº 10.848/2004** (setor de energia elétrica), da **Lei nº 11.079/2004** (Parcerias Público-Privadas) e da **Lei nº 8.987/95** (Lei das Concessões e Permissões de Serviço Público).

Por fim, a **Lei nº 13.129/15**¹⁰⁹, acrescentou, como visto acima, os parágrafos 1º e 2º ao art. 1º, da Lei nº 9.307/96, para, de forma expressa, estabelecer, respectivamente,

¹⁰⁹ Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam destacam, após a Lei n. 13.129/15, "(...) diversos *outros instrumentos legais e regulamentadores setoriais* foram editados para tratar sobre a



SÃO PAULO

que a “*administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*” e que a “autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.”

Assim, no tocante às **questões controvertidas que envolviam a arbitrabilidade subjetiva**, a nosso juízo, atualmente, não se colocam, em face da atual disciplina legislativa sobre a matéria. Nesse sentido, a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹⁰:

“A Lei nº 13.129, de 26-5-15, trouxe algumas alterações na Lei nº 9.307/96, resolvendo parcialmente a controvérsia. Por que resolveu apenas parcialmente? Resolveu a controvérsia quanto ao cabimento ou não de cláusula compromissória nos contratos administrativos em geral. Com efeito, o § 1º, introduzido no artigo 1º da Lei 9.307 pela Lei nº 13.129, assim estabeleceu expressamente:

“§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizarse da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Com essa norma, ficou clara a possibilidade de solução de disputas, pela Administração Pública, por meio de

arbitragem envolvendo a Administração, valendo destacar os seguintes: i) Lei das Estatais (Lei federal n. 13.303/2016); ii) Lei da prorrogação e relicitação de contratos do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI (Lei federal n. 13.448/2017);iii) Decreto de arbitragem do Estado do Rio de Janeiro (Decreto n. 46.245/2018); iv) Lei da prorrogação e relicitação de contratos de parceria do Estado de São Paulo (Lei n. 16.933, de 24 de janeiro de 2019); v) Resolução ANTT n. 5.845 de 14 de maio de 2019 que versa sobre regras procedimentais para a arbitragem no âmbito da ANTT; vi) Decreto n. 10.025, de 20 de setembro de 2019 que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviários, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta a arbitragem nos setores de transportes aquaviários e terrestre, e portuário. vii) Decreto n. 64.356, de 31 de julho de 2019 que dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias do Estado de São Paulo sejam parte (íntegra no Anexo 3). A minuta que embasou tal Decreto foi objeto de consulta pública em 2018; viii) Lei n. 13.867, de 26 de agosto de 2019, que possibilita a opção da mediação e arbitragem para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública; ix) Orientação Normativa AGU n. 57, de 29 de agosto de 2019, conforme a qual o exercício de atividades privadas relacionadas às soluções alternativas de disputas e conflitos (arbitragem, mediação, conciliação e negociação) é incompatível com o exercício dos cargos das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central. (in OLIVEIRA, Gustavo Justino de. ESTEFAN, Felipe Faichow. Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública. 1ª Edição. E-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais).

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Gen Forense. 30ª edição. 2017. p. 1051/1052.



arbitragem. Mas deixou em aberto a dúvida quanto à expressão **direitos patrimoniais disponíveis**, que é, evidentemente, um conceito jurídico indeterminado, que já levantava dúvidas anteriormente e continua a levantá-las. Resta, portanto, saber o que são direitos patrimoniais disponíveis.

Com efeito, mesmo após a edição da Lei nº 13.129/15, o debate doutrinário acerca da *arbitrabilidade objetiva*, ou seja, quais os critérios adequados para definir a extensão da cláusula “**direito patrimonial disponível**” para a Administração Pública subsiste. Sob tal perspectiva, inúmeros critérios são indicados para separar a matéria arbitrável da matéria inarbitrável.

Por todos, sobre a temática acompanhamos a pertinente análise realizada por Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam¹¹¹:

(...) a análise da arbitrabilidade objetiva depende de duas notas essenciais: i) a patrimonialidade e ii) a disponibilidade, como determina o art. 1º, § 1º, da LA. Quanto à patrimonialidade, na esteira da lição de Orlando Gomes, os direitos subjetivos subdividem-se em patrimoniais e extrapatrimoniais, caso sejam ou não suscetíveis de apreciação pecuniária.

Os primeiros podem ser arbitrados, visto que a economicidade ou a suscetibilidade de apreciação econômica do objeto é requisito contratual de validade. Já os direitos não patrimoniais ficam, por mandamento legal, excluídos da arbitragem, porquanto encontram-se fora do comércio e indisponíveis a negociações. Porém, os eventuais impactos patrimoniais dos direitos não patrimoniais podem ser arbitráveis. É o caso das potestades tributárias, que, embora indisponíveis, não inviabilizam que a lei autorize a exclusão do crédito tributário por anistia ou a sua extinção pela remissão.

(...)

Entre nós, são direitos disponíveis aqueles direitos decorrentes dos “atos de gestão”. Isso porque os atos de império decorrem do

¹¹¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. ESTEFAN, Felipe Faichow. Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública. 1ª Edição. E-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.



gozo das prerrogativas de autoridade da Administração Pública e, pois, são indisponíveis, enquanto que os atos de gestão são disponíveis, já que a Administração não goza de poderes comandantes. (...)

O problema é que ambas as expressões são inexatas e imprecisas, de modo que é necessário que a Administração promova a densificação e o detalhamento do que é, no contrato, ato de gestão e ato de império. Com isso, dois blocos de assuntos surgiram: um bloco de assuntos contratualizáveis e um bloco de assuntos incontractualizáveis, oriundo dos poderes e prerrogativas de autoridade. Dentro do primeiro bloco, encontram-se as matérias que podem atrair o juízo arbitral.”

Diante dos inúmeros critérios visando delimitar o alcance da expressão “*direito patrimonial disponível*” para os processos arbitrais que envolvam a Administração Pública, entende-se como medida útil e que prestigia a segurança jurídica a *prévia definição pela cláusula arbitral das matérias pertinentes ao contrato passíveis de sujeição à arbitragem, ainda que, por meio de um rol exemplificativo*, devendo tal cláusula constar tanto do Edital de Licitação como da minuta contratual.

4. O papel da Advocacia Pública nas arbitragens e nos *disputes boards* envolvendo a Administração Pública

A breve análise sobre os institutos da arbitragem e do dispute board acima empreendida já é o suficiente para destacar a importância da atuação da Advocacia Pública nesses processos que envolvam a Administração Pública.

De início, observa-se que, consoante matéria veiculada no Jornal Valor Econômico do dia 07 de janeiro de 2021, Seção Legislação e Tributos, pesquisa realizada pela Professora Selma Lemes mostra que triplicou o número de arbitragens com o Poder Público, saltando de 25 casos em 2018 para 75 casos em 2019. A matéria destaca ainda que apenas Câmara de Comércio Internacional CCI detinha em 2019 37 processos arbitrais envolvendo a Administração Pública direta e indireta, que somavam, aproximadamente R\$ 9,7 bilhões de reais.

Relativamente à adoção do instituto do *dispute board*, via de regra, esta decorre da



exigência feita por organismos internacionais financiadores de grandes obras de infraestrutura, e, portanto, tal como ocorre na arbitragem, envolve contratos administrativos de valores expressivos.

Diante desse cenário, cumpre destacar a importância da atuação da Advocacia Pública desde o início dos processos administrativos de contratação, por meio de licitação. Assumirá, assim, papel decisivo no planejamento e no auxílio da elaboração da minuta do Edital e do contrato que contemplarem as cláusulas disciplinando o uso do *dispute board* e da arbitragem. No ponto, a lição de Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam¹¹²:

“Repise-se que a Administração não pode adotar providências inconsistentes, incoerentes e não planejadas. A escolha pela via arbitral e a redação da convenção de arbitragem dependem de um planejamento estratégico específico e de uma decisão amadurecida.

A propósito, é preciso que se avalie as vantagens em se prever a arbitragem no caso concreto, de acordo com estudos e avaliações a serem levadas a cabo pela Administração e outros atores.

(...)

No cenário da arbitragem, o grande perigo de um não planejamento ou de descuidos do administrador é uma redação inválida. No cenário internacional, denomina-se de “*midnight arbitration clause*” aquelas cláusulas arbitrais que são discutidas no fechamento das negociações contratuais, não se dando a devida atenção à sua redação.

Como não se pode dizer que há um padrão de cláusula arbitral – pois a Administração Pública é polifacética – é **preciso um cuidado especial e redobrado dos envolvidos quando da elaboração da dita cláusula, a fim de se evitar vícios que podem aniquilar toda arbitragem.**

Diz que a cláusula arbitral é *patológica* (“*clauses pathologiques*”) quando ela não oferece com clareza a forma de

¹¹² OLIVEIRA, Gustavo Justino de. ESTEFAN, Felipe Faichow. Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública. 1ª Edição. E-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.



SÃO PAULO

instituição da arbitragem e não permite identificar a real intenção das partes em eleger o método arbitral. São aquelas cláusulas imperfeitas, confusas e defeituosas que, pela deficiência de seus elementos mínimos, provocam dificuldades ao desenvolvimento harmonioso da arbitragem,¹⁰ podendo gerar a sua nulidade.

As cláusulas patológicas podem ser: *i)* inválidas ou *ii)* suscetíveis de validade. São inválidas quando redigidas de modo incongruente e de sua leitura não se pode aferir tratar-se de cláusula arbitral, como ocorre quando a cláusula traz apenas um processo de mediação ou conciliação. Cláusulas assim redigidas não permitem que se infira que a arbitragem foi eleita como método de resolução de conflito e, portanto, serão consideradas nulas.

A seu turno, podem ser suscetíveis de validade as cláusulas que não esclarecem os elementos essenciais a respeito da arbitragem em si, mas cujos métodos de interpretação são capazes de elucidá-los. Cláusulas desse tipo podem não esclarecer se se trata de arbitragem institucional ou *ad hoc*, prever a arbitragem e a jurisdição estatal simultaneamente etc.

Para evitar qualquer risco de invalidação da arbitragem, é preciso deixar na retentiva quais temas não podem escapar à redação e quais temas podem vir a integrar a arbitragem.”

Deveras, a redação clara e precisa de tais métodos de prevenção e resolução de conflitos é, sem dúvidas, o primeiro passo para uma atuação administrativa segura, eficiente e em conformidade com a Lei Maior, consoante missão de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo que lhe foi atribuída, para a proteção do interesse público (art. 131 e seguintes da CF/88).

Sob tal perspectiva, com a intenção de chamar a atenção acerca da relevância da atuação da Advocacia Pública no adequado e eficiente uso desses métodos alternativos de prevenção e resolução de conflitos, bem como sobre a necessidade de se pensar na capacitação dos Advogados Públicos nessas áreas, destacam-se duas importantes iniciativas, respectivamente, da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

No âmbito da **Advocacia-Geral da União – AGU**, foi criado o **Núcleo**



Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União (NEA) pela Portaria AGU n. 320 de 13 de junho de 2019 (que substituiu a Portaria AGU n. 226, de 26 de julho de 2018). De acordo com as informações veiculadas no portal da AGU na internet¹¹³:

O NEA foi instituído no âmbito da Consultoria-Geral da União, como unidade responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos e de contencioso arbitral em que a União seja parte ou interessada. Possui subordinação administrativa a Consultoria-Geral da União e subordinação técnica e jurídica a Procuradoria-Geral da União e a Consultoria-Geral da União, de acordo com as competências destas.

Compete ao NEA, no exercício das atividades de contencioso arbitral, receber as notificações e intimações da União; adotar as medidas necessárias para a representação da União nas arbitragens; decidir a respeito da estratégia processual, inclusive indicação de árbitros e celebração de termo de arbitragem; atestar a força executória da sentença arbitral para fins de seu cumprimento no âmbito dos órgãos da União; e submeter ao Procurador-Geral da União a adoção de atos e orientações normativas relativas à arbitragem relacionados à atuação contenciosa.

Já no exercício das atividades de consultoria e assessoramentos jurídicos, compete ao NEA identificar, uniformizar e difundir entendimentos relativos à arbitragem, inclusive quanto a adoção da arbitragem como meio de solução de controvérsias envolvendo a União; responder a consultas e elaborar manifestações consultivas relativas a arbitragem; sistematizar e dar publicidade às informações relativas a arbitragens envolvendo a União; e submeter ao Consultor-Geral da União questões específicas para avaliação da necessidade da edição de atos e orientações normativas relativas à arbitragem.

¹¹³ Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/nucleo-especializado-em-arbitragem/apresentacao> - Acesso em 20/02/2021.



O NEA é integrado por Advogados da União indicados pela Procuradoria-Geral da União e pela Consultoria-Geral da União, após aprovação em processo seletivo. A Procuradoria-Geral da União, a Consultoria-Geral da União, a Secretaria-Geral de Contencioso, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria-Geral do Banco Central poderão indicar, espontaneamente ou em atendimento a solicitação do NEA, membros para acompanhar os trabalhos do Núcleo, com o objetivo de colaboração e intercâmbio de expertise.

Também é função do NEA promover esforços para a construção de entendimentos sobre a adoção e funcionamento da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias envolvendo administração pública junto às advocacias públicas dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Relativamente à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, a Lei Complementar Estadual nº 1.270, de 25/08/2015 criou o órgão denominado **Assistência de Arbitragens da Procuradoria Geral do Estado**, integrante da estrutura orgânica da PGE, para: **a)** atuar em todos os procedimentos arbitrais de interesse da Fazenda Pública; **b)** promover a interlocução da Procuradoria Geral do Estado com os demais órgãos e entidades da Administração Estadual para subsidiar a defesa da Fazenda Pública nas arbitragens instauradas; **c)** coordenar a atuação das empresas e fundações nas arbitragens de interesse desses entes, quando não for o caso de representação direta pela Procuradoria Geral do Estado; **d)** opinar a respeito do juízo de conveniência de a Fazenda Pública submeter-se à arbitragem, prévia ou posteriormente ao conflito; **e)** emitir orientações genéricas ou específicas a respeito das questões relacionadas à arbitragem.

A preocupação e a iniciativa da D. AGU e da D. PGESP em promover uma atuação jurídica estratégica, respectivamente, pela D. Advocacia Pública Federal e Estadual, por meio do **Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União - NEA** e da **Assistência de Arbitragens da Procuradoria Geral do Estado**, **devem ser destacadas e louvadas**, uma vez que os processos de arbitragens envolvendo as Administrações Públicas contemplam quantias vultosas, a exemplo da



União Federal, que em outubro/2020 já ultrapassava o montante de R\$ 60 bilhões de reais em discussões travadas nos processos arbitrais, consoante notícia veiculada no citado *site* da AGU, a justificar, portanto, todo o zelo e a cautela na defesa do interesse público.



Conclusão

O presente trabalho procurou retratar, inicialmente, as transformações ocorridas entre o Século XIX ao Século XXI no âmbito da Administração Pública, destacando a passagem de uma atuação administrativa baseada, predominantemente, na supremacia e na unilateralidade, para uma atuação administrativa consensual e bilateral.

No bojo dessas transformações, destacou-se a tendência de uma Administração Pública Consensual, bem como da adoção de métodos alternativos de prevenção ou resolução de conflitos em relação à clássica jurisdição estatal.

Sob tal perspectiva, passou, então, a examinar, de forma breve, os institutos da arbitragem e do *dispute board*, além da sua adoção pela Administração Pública.

Nesse contexto, destacou-se a importância da atuação da Advocacia Pública nos processos administrativos que contemplem a adoção do instituto do ***dispute board*** ou ainda nos ***processos arbitrais***, oportunidade na qual se identificou duas relevantes iniciativas no âmbito da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, cujos esforços visam à consolidação do instituto da arbitragem como método alternativo de resolução de conflito envolvendo a Administração Pública eficaz e adequado.



Referências bibliográficas

ARAÚJO, Edmir Netto de; PEDREIRA, Ana Maria. **A relevância do Direito Administrativo Comparado na época atual.** Revista Interesse Público. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2007.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo.* 5ª ed. rev. e atual, São Paulo, Saraiva, 2010.

CÂMARA. Alexandre de Freitas. Arbitragem nos conflitos envolvendo Agências Reguladoras. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. n. 11, 2002.

CÂMARA. Alexandre Freitas. Arbitragem: Lei nº. 9.307/96. 4ª ed. rev. ampl. Atual. 2005. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris.

CARMONA. Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo.* 2ª Edição. 2006. São Paulo: Editora Atlas.

CASTRO. Andréa Rabelo de. Fundamentos constitucionais da arbitragem no setor público. Monografia apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como exigência parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Público. 2008. Brasília/DF. No prelo.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Grandes traços do Direito Administrativo no Século XXI. Texto utilizado como base para a conferência proferida no IX Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em Belo Horizonte – MG, no dia 11.5.2015. A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional | Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.

DALLARI. Adílson Abreu. *Arbitragem na concessão de serviço público.* Revista Trimestral de Direito Público. n. 13. jan./mar., 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Editora Gen Forense. 30ª edição. 2017.

FERREIRA. Sérgio de Andréa. A arbitragem e a disponibilidade de direitos no ius publicum interno. MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *Reflexões Sobre Arbitragem.* 2002. São Paulo: Editora LTr.

FIGUEIREDO. Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo.* 8ª edição. 2006. São Paulo: Editora Malheiros.



GASPARINI. Diogenes. *Direito administrativo*. 9. edição. 2004. São Paulo: Editora Saraiva.

GRAU. Eros Roberto. *Arbitragem e contrato administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público. n. 32. 2000.

JUNIOR. Luiz Antonio Scavone. *Manual de Arbitragem*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2008.

JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9ªed. São Paulo: Dialética, 2002.

KLEIN. Aline Lúcia. *Arbitragem nas Concessões de Serviço Público*. In *Arbitragem e Poder Público*. Coord. Cesar Augusto Guimarães Pereira e Eduardo Talamini. São Paulo: Editora Saraiva. 2010. p. 71/74.

LEMES. Selma Maria Ferreira. *A arbitragem na concessão de serviço público – perspectivas*. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo, SP, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, p. 342, julho/setembro de 2002.

_____. *A arbitragem e os novos rumos empreendidos na Administração Pública: A empresa estatal, o Estado e a Concessão de Serviço Público*. In: *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, MARTINS, Pedro Batista, LEMES, Selma M. Ferreira e CARMONA, Carlos Alberto 1999. Rio de Janeiro: Editora Forense.

_____. *Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. 2007. São Paulo: Editora Quartier Latin.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo de. *CONCESSÕES*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

MARTINS. Pedro Batista. *O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro anos da Lei nº 9.307/96 (3ª Parte)*. Revista Forense 359/165.

_____. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. 2008. Rio de Janeiro: Editora Forense.

MATTOS. Mauro Roberto Gomes. *Contrato Administrativo e a Lei da Arbitragem*. Disponível em: http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/o_contrato_administrativo_e_a_lei_de_arbitragem.pdf Acesso em 26/11/2012.

MEDEIROS. Suzana Domingues. *Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro*. Revista de Direito Administrativo – RDA. Rio de Janeiro: Renovar. n. 233. p. 71-101. jul/set. 2003.



MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Editora Quartier Latin. 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. ESTEFAN, Felipe Faichow. *Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública*. 1ª Edição. E-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A arbitragem e a parceria público-privada*. Disponível em:

http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/18_ArtigoArbitraPPP.pdf Acesso: 16/11/2012

SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho Arruda. “O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos”. in *Grandes temas de Direito Administrativo*, Org. Volnei Ivo Carlin. 2009. Campinas: Editora Millennium.

TÁCITO, Caio. *A arbitragem nos litígios administrativos*. Revista de Direito Administrativo. n. 210. out/dez. 1997. p. 111-115.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A arbitragem no sistema jurídico brasileiro”. In “A arbitragem na era da globalização”, 2ª edição. Editora Forense. 1999.

WOLANIUK, Sílvia de Lima Hilst. *Arbitragem, Administração Pública e Parcerias Público-Privada: Uma análise sob a perspectiva do direito administrativo econômico*. Dissertação de Mestrado apresentado como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. 2009. Curitiba/PR. No prelo.



A CONTRIBUIÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA PARA O DESEMPENHO DAS FUNÇÕES TÍPICAS DOS PARLAMENTOS

Luciana de Fátima da Silva¹¹⁴

Introdução

O presente estudo se situa no campo das funções típicas dos Parlamentos, traçando um panorama geral sobre as funções legislativa e fiscalizadora do Poder Legislativo com foco no espaço existente para a atuação das procuradorias legislativas, evidenciando as razões pelas quais tais órgãos podem contribuir para a qualificação da atuação/produção parlamentares.

O trabalho está estruturado em quatro partes, além de uma breve introdução. A primeira aborda os aspectos fundamentais da advocacia pública e as especificidades das procuradorias legislativas, enfatizando a importância de tal função – qualificada pela Constituição Federal como atividade essencial à Justiça – para a organização e manutenção da estrutura político-jurídica do estado brasileiro. A segunda parte versa sobre o processo legislativo e subdivide-se em dois tópicos: i) a Lei Complementar nº 95/98; e, ii) o papel das Comissões de Constituição e Justiça no processo legislativo; enfocando-se em cada um destes tópicos o campo para a atuação das procuradorias legislativas e em que consiste a sua potencial contribuição para a qualificação da atuação/produção parlamentares. A terceira parte

aborda a função fiscalizadora do Poder Legislativo, também sendo demonstrado o espaço e a importância da atuação das referidas procuradorias legislativas para o desempenho desta tão importante e, por vezes, esquecida função do Parlamento. Por fim, na última parte sintetizam-se as conclusões.

Importante que se diga, desde logo, que os integrantes dos órgãos de advocacia pública do Poder Legislativo – na verdade os de todos os Poderes – jamais devem se esquecer de que as escolhas (*rectius*, decisões) incumbem aos representantes políticos, que receberam o mandato da população em eleições regulares. Portanto, devem os membros das procuradorias manter-se vigilantes para sempre divisar o limite existente

¹¹⁴ Graduada em Direito (Universidade Mackenzie), especialista em Gestão Pública Legislativa e em Direito Municipal, advogada, procuradora da Câmara Municipal de São Paulo, SP, e-mail: lucianafsilva.adv@gmail.com.



entre seu *mister* de orientação e o direito de determinar as escolhas políticas, o qual, de modo algum, lhes pertence.

Ressalte-se, porém, que se é fato que o mandato pertence ao representante político, igualmente é fato que a responsabilidade pelo exercício deste mandato lhe pertence e é neste campo que se situa a atividade da advocacia pública, notadamente alertando sobre as possíveis consequências, em seus variados graus e instâncias, dos atos que destoem do ordenamento jurídico¹¹⁵.

Pois bem, espera-se que ao propor estas reflexões sobre o espaço existente para a atuação dos procuradores legislativos em relação às atividades-fim do Parlamento fique clara a possibilidade de uma contribuição positiva para referida instituição e, em última análise, para a sociedade, sem resvalar em uma ingerência política indevida, eis que esta atuação deve pautar-se em critérios técnico-jurídicos.

2. Aspectos fundamentais da advocacia pública e especificidades das procuradorias legislativas

A advocacia pública foi enquadrada pelo legislador constituinte como uma das funções essenciais à Justiça, estando as previsões existentes sobre o tema na Constituição Federal inseridas no Título IV – Da organização dos Poderes.

Seja pela localização do tema no texto constitucional, seja por sua essência¹¹⁶, a atividade afeta à advocacia pública está intimamente relacionada com a organização e manutenção da estrutura político-jurídica estatal.

¹¹⁵ Ressalte-se, por exemplo, a possibilidade de responsabilização civil do Estado por ato legislativo. Sobre o assunto Gina Copola assim se posiciona: “O Estado deve responder por danos específicos, graves, especiais e anormais causados por lei inconstitucional, sem que isto represente qualquer afronta à soberania das leis ou à imunidade parlamentar, conforme acima demonstrado”, referindo, inclusive, a existência de decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo tal responsabilidade, proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 158.962-PB, ementada nos seguintes termos: “Ato legislativo. Inconstitucionalidade – Responsabilidade civil do Estado. Cabe responsabilidade civil pelo desempenho inconstitucional da função de legislador.” (COPOLA, Gina. *A responsabilidade do Estado por atividade legislativa*. BDA – Boletim de Direito Administrativo – Setembro/2012, p. 1041/1045). Sobre o assunto merecem destaque também as ações que buscam imputar aos agentes políticos ato de improbidade administrativa em decorrência da aprovação de leis cujos vícios sejam patentes (vg. TJSP-Ap. nº 994.06.045996-0, acerca da criação de cargos em comissão; TJDF-ACP nº 0036198-54.2016.8.07.0018 e TJSP-ACP nº 0007528-27.2009.8.26.0081, acerca da aprovação de normas sem observância dos requisitos previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00).

¹¹⁶ A qual em termos bastante singelos, pode ser definida como a função de analisar preventivamente a adequação da atuação do Poder Público ao ordenamento jurídico, através de orientação fornecida no âmbito interno do ente federativo a que esteja vinculada, bem como a de defender seus interesses, que outros não podem ser senão os da sociedade.



O Estado brasileiro constitui-se em Estado Democrático de Direito, organizado sob a forma de república federativa composta pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, tendo como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

As assertivas acima constam dos primeiros artigos da Constituição Federal e revelam os traços primordiais do Estado. Assim, os agentes inseridos na estrutura do Poder Público, notadamente os representantes políticos e os membros do Poder Judiciário devem pautar sua atuação na observância destes traços essenciais que o legislador constituinte concebeu para o país. Por outras palavras, o exercício de qualquer atividade pública não pode prescindir do respeito à democracia, à autonomia dos entes federativos e ao princípio da harmonia e independência entre os Poderes.

A existência e atuação de órgãos de advocacia pública insere-se exatamente neste contexto, vez que seus membros no exercício das funções de consultoria e assessoramento jurídicos analisarão e informarão previamente aos agentes públicos se suas condutas ou propostas estão respeitando ou não os ditos traços primordiais do Estado.

Vê-se, portanto, que a advocacia pública é atividade fundamental para a preservação das características essenciais do Estado e deve compor a estrutura de todos os Poderes. Destaque-se que o exercício do controle da atuação do Poder Público pelos órgãos de advocacia pública ocorre previamente e, com isso, pode impedir a prática de ilegalidades em benefício do interesse público.

Registre-se, ainda, que cada um dos Poderes deve ter seus próprios órgãos de advocacia pública, notadamente porque, com frequência, as questões que se colocam à apreciação encerram conflito no exercício do poder, pondo em xeque o princípio da harmonia e independência entre os Poderes¹¹⁷.

Não obstante, os órgãos de advocacia pública mais conhecidos no meio jurídico são aqueles situados na estrutura do Poder Executivo, ou seja, as procuradorias dos Estados e a Advocacia Geral da União, que encontram assento nos artigos 132 e 131 da Constituição Federal, respectivamente, e as procuradorias existentes nos Municípios de

¹¹⁷ Em diversas oportunidades o STF já chancelou a existência de quadro próprio na estrutura tanto do Poder Judiciário quanto do Poder Legislativo, voltado à defesa das prerrogativas institucionais, à consultoria e ao assessoramento jurídicos (v.g., ADI 5.024/SP, 20/09/18).



maior porte¹¹⁸. Esses órgãos têm por atribuição a defesa judicial e extrajudicial dos entes federados, bem como a consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo. Exemplificando as atividades decorrentes de tais atribuições temos o ajuizamento de execuções fiscais (tão importante para que os recursos devidos ingressem nos cofres públicos permitindo o atendimento das mais variadas e crescentes demandas sociais, por saúde, educação, moradia, etc.); a elaboração de pareceres em licitações (tão importante para o correto emprego do dinheiro público); a atuação em processos disciplinares (fundamental para ser mantida a adequação do serviço público e para assegurar a regularidade deste processo, em especial o contraditório e a ampla defesa ao servidor envolvido); e, a orientação sobre a adequação das políticas públicas à legislação vigente, tanto no aspecto de sua formulação quanto de sua execução. Percebe-se, em suma, que *tais órgãos desempenham atividades que guardam relação com o típico exercício da função administrativa* pelos governantes dos respectivos entes da Federação.

Em regra, os órgãos de advocacia pública acima mencionados possuem estrutura consolidada no que tange à existência de legislação própria de regência das carreiras, abordando aspectos como atribuições, evolução funcional e remuneração. Assim, em que pese o fato de existir a necessidade de uma regulamentação mínima nacional da atividade de advocacia pública, enfatizando, por exemplo, as prerrogativas indispensáveis ao exercício de tal função¹¹⁹, as procuradorias estaduais, as municipais e a advocacia pública federal conseguiram fixar sua identidade, possuem tradição e um tratamento normativo dotado de certa uniformidade, fatores que contribuem para a maior facilidade na divulgação do trabalho por elas realizado e também na divulgação da importância deste trabalho para a sociedade.

Embora sem gozar, em regra, do mesmo estágio de desenvolvimento enquanto carreira pública de Estado a que remete, tal qual no âmbito do Poder Executivo, também na esfera do Poder Legislativo encontram-se as procuradorias legislativas ou órgãos afins voltados à defesa dos interesses e prerrogativas de tal Poder, bem como à sua consultoria e assessoramento jurídicos.

¹¹⁸ A PEC nº 153/03, que altera o art. 132 da CF para incluir em seu texto os procuradores do Município, foi aprovada na Câmara dos Deputados em 10/04/12, e está em tramitação no Senado.

¹¹⁹ Versando sobre o tema já tramitaram perante a Câmara dos Deputados as PECs 452/09 e 82/07, sendo que embora a matéria tenha recebido parecer favorável de comissão especialmente designada para sua análise, não chegou à deliberação do plenário, mesmo diante de inúmeros requerimentos apresentados pelos parlamentares para sua inclusão na ordem do dia.



Note-se que em relação à institucionalização de tais órgãos, as procuradorias do Poder Legislativo, ou órgãos afins, estão previstas na quase totalidade das Constituições dos estados brasileiros¹²⁰. Também algumas Leis Orgânicas de Municípios¹²¹ versam sobre a matéria.

No que tange ao suporte à atividade administrativa do Poder Legislativo, as procuradorias legislativas exercem o mesmo tipo de atribuições exercidas pelas procuradorias existentes na esfera do Poder Executivo, ou seja, seus membros são responsáveis pela emissão de pareceres em matérias como licitações e servidores públicos; pela análise de contratos; atuam em processos disciplinares; etc., ressalvando-se que esta atuação se dá em espectro menor já que, evidentemente, restrita ao âmbito interno do Poder Legislativo, no exercício daquilo que se pode denominar atividade-meio do Parlamento.

No setor judicial a atuação das procuradorias legislativas volta-se à defesa dos interesses institucionais, das prerrogativas do Poder Legislativo, tarefa esta dotada da maior relevância. É cediço que as Casas Legislativas não possuem personalidade jurídica, não podendo integrar, indistintamente, os polos ativo ou passivo de ações judiciais, havendo tal possibilidade apenas na hipótese em que estiver subjacente a discussão sobre interesses institucionais do Poder Legislativo. Em tal ocasião, é reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina a capacidade processual do órgão legislativo, diante da importância da controvérsia e porque, muitas vezes, é o próprio Chefe do Poder Executivo, representante do Município, que fere tais prerrogativas, violando o princípio constitucional da harmonia e independência entre os Poderes.

Já no campo das funções típicas do Parlamento, ao qual está voltado o presente estudo, as procuradorias podem atuar no processo legislativo, dando suporte à elaboração de projetos de lei e outras normas, bem como analisando os aspectos de constitucionalidade, juridicidade e regimentais dos projetos apresentados e, no campo da função fiscalizadora, podem atuar assessorando os trabalhos das comissões permanentes das Casas Legislativas, e, mais especificamente, das comissões parlamentares de inquérito, orientando acerca das medidas a serem adotadas, por

¹²⁰ De acordo com pesquisa realizada pela Internet, apenas as Constituições de cinco Estados não trazem previsão de órgãos de advocacia pública do Poder Legislativo: Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pernambuco e Sergipe (dados de agosto/2013).

¹²¹ Citem-se, a título de exemplo, as Leis Orgânicas dos Municípios de Diadema, Campinas, Rio de Janeiro e Belo Horizonte.



exemplo, nas hipóteses de não encaminhamento das informações solicitadas ou não atendimento de convocações de agentes públicos para prestar esclarecimentos, por parte do Poder Executivo.

3. Processo legislativo

3.1. Receita de lei: a Lei Complementar nº 95 /98

O parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal previu a edição de uma lei complementar disciplinando a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis. Trata-se de dispositivo constante do texto original da Carta e foram necessários dez anos para que fosse editada a LC nº 95/98.

A lei em questão é verdadeira “receita de bolo” para fazer leis e, como boa receita, se for observada tende a garantir, ao menos do ponto de vista formal, uma legislação de boa qualidade.

A Lei Complementar nº 95/98, em seu artigo 11, elenca os requisitos que devem ser obrigatoriamente observados na redação do texto de uma lei, tais como a precisão, a clareza e a ordem lógica, exemplificando as formas pelas quais se pode atender a tais requisitos: utilizar a ordem direta na construção das frases; usar frases curtas e concisas; utilizar com cautela os recursos de pontuação, evitando abusos apenas para ostentar estilo; buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente¹²²; evitar o uso de sinônimos com caráter meramente estilístico.

Acrescente-se, também, como previsões de impacto altamente positivo constantes de referida lei complementar: i) a vedação, como regra, à disciplina do mesmo assunto por mais de uma lei (art. 7º, IV), pois visa evitar que a proliferação de leis, talvez até conflitantes, obstaculizem a efetividade dos comandos legais que se pretendeu instituir; e, ii) a necessidade de revogação expressa dos dispositivos afetados pela nova lei editada, não sendo cabível o recurso apenas ao mecanismo de revogação genérica “revogadas as disposições em contrário” (art. 9º), pois viabiliza a clareza quanto às leis em vigor, prestigiando a segurança jurídica.

¹²² Acerca deste requisito convém lembrar a polêmica gerada pela alteração efetuada no Senado no texto do projeto de lei aprovado na Câmara que deu origem à Lei Complementar nº 135/10, conhecida como Lei da Ficha Limpa, sob o argumento da necessidade de uniformização do tempo verbal. Para detalhes sobre a polêmica: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/manchetes-antiores/ficha-limpa-senado-enviara-explicacoes-ao-supremo/>. Acesso em 26/07/13.



Do ponto de vista da técnica, é intuitivo que o advogado seja o profissional mais preparado para a construção do texto legal, já que a base deste é a linguagem jurídica. Note-se que, por ora, é objeto de análise apenas o aspecto formal, sem se atentar para questões outras como competência ou iniciativa legislativas para a matéria sobre a qual o legislador pretende dispor.

Por outras palavras, neste momento o que se analisa não é especificamente a compatibilidade da propositura com todas as regras pertinentes do ordenamento jurídico. Vale dizer, o direcionamento, ou melhor, a vontade legislativa externada, por óbvio, será sempre do parlamentar, ele descreverá a situação concreta e os objetivos que pretende atingir com a edição da norma. Com base nestas informações será redigido o texto e, ainda que ele padeça de outros vícios que, repita-se, não serão levados em consideração neste momento, o ganho obtido com a simples observância da Lei Complementar nº 95/98 já será muito relevante.

Cabe consignar que o papel do procurador neste caso não é o de mero redator – o que poderia ser compreendido como trabalho de somenos importância – pois, certamente antecede à elaboração do texto legal uma fase de orientação ao parlamentar acerca da adequação de suas pretensões sob o ponto de vista jurídico. Por outras palavras, o procurador poderá esclarecer a existência de possíveis vícios no projeto e se estes são sanáveis ou não.

E ainda que, mesmo diante das orientações jurídicas recebidas, o legislador opte pela elaboração e apresentação do projeto nos moldes por ele concebidos, haverá o ganho sob o aspecto formal, consoante já destacado, uma vez que a lei a que o projeto poderá dar origem será pautada pela técnica legislativa adequada. Em suma, o objetivo do legislador restará claro, a norma será inteligível e, com isso, será demarcada com clareza sua posição política, cujo acerto ou desacerto, considerado em uma perspectiva mais ampla do que a jurídica, poderá ser aferido posteriormente.

3.2. O papel das Comissões de Constituição e Justiça no processo legislativo

Uma vez concebido o texto de um projeto de lei ou de outras normas e regularmente apresentado, será ele encaminhado à análise das comissões permanentes que se relacionem com a matéria nele versada.

As comissões permanentes podem ser definidas como órgãos fracionários do Poder Legislativo, divididas por áreas de especialização, com competências pré-



definidas e que se destinam à análise das matérias em debate no Parlamento de acordo com suas especialidades, bem como ao exercício das demais funções parlamentares pertinentes à sua competência, na forma disciplinada no regimento interno de cada Casa Legislativa.

Especificamente no campo do processo legislativo, desempenham papel de destaque as Comissões de Constituição e Justiça, isto porque, em princípio¹²³, é delas o veredicto acerca dos aspectos constitucionais, legais e regimentais. Muito significativo, portanto, é o papel de tais comissões, as quais poderão impedir a tramitação de projetos já no seu nascedouro, como ocorre, por exemplo, na Câmara Municipal de São Paulo, em que esta é a primeira comissão a se pronunciar (art. 70 do Regimento Interno) ou depois de todo o debate sobre a matéria como ocorre na Câmara dos Deputados, onde é a última comissão a emitir parecer¹²⁴.

O controle de constitucionalidade das leis é assunto que vem sendo discutido cada vez com maior frequência e sob múltiplos enfoques no meio jurídico. Ele se fundamenta na necessidade de manter a compatibilidade do ordenamento infraconstitucional e também das emendas à Constituição com as normas constitucionais, em razão do princípio da supremacia da Constituição. Diversas são as classificações doutrinárias do controle de constitucionalidade, sendo que no que pertine ao aspecto temporal ele pode ser classificado como preventivo – ocorre antes do ingresso da norma no ordenamento jurídico e é exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo – ou como repressivo – ocorre após o ingresso da norma no ordenamento e é exercido pelo Poder Judiciário.

Deve ser observado que em matéria de controle de constitucionalidade, muito se tem ouvido falar atualmente no fenômeno da judicialização da política ou da politização da justiça, ganhando força neste contexto o debate sobre quem são os intérpretes mais autorizados da Constituição, quem pode dar a palavra final sobre a existência ou não de violação às normas constitucionais. Este cenário é muito bem ilustrado por COELHO, 2005¹²⁵:

¹²³ A palavra final é do Plenário, eis que os regimentos internos das Casas Legislativas devem prever a possibilidade de apresentação de recurso em face de parecer da CCJ no sentido da inconstitucionalidade da propositura.

¹²⁴ AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de, *O controle legislativo de constitucionalidade*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001, p. 49.

¹²⁵ COELHO, Inocência Mártires. *Interpretação Constitucional e Política*. Revista Direito Público nº 10 – Out-Nov-Dez/2005, p.5-15.



Sob essa perspectiva, em que a constituição emerge ao mesmo tempo como texto político e fórmula jurídica, crescem de importância as questões relativas à sua interpretação...

...

Sobre a jurisdição constitucional, aliás, já se disse praticamente tudo, seja para defendê-la, seja para criticá-la, e, para o bem ou para o mal, parece que não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não se descobrir nenhuma fórmula mágica que permita juridificar a política sem, ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça.

...

Se vivemos em um Estado de Direito, torna-se imperioso que a leitura da sua constituição se faça em voz alta e à luz do dia, no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, do qual participem os diversos atores sociais – agentes políticos ou não – porque, afinal, todos os membros da sociedade, e não apenas os dirigentes, fundamentam na constituição os seus direitos e obrigações.

...

De outra parte, não havendo clima para contestações à própria lei fundamental – cuja legitimidade ninguém põe em dúvida – em razão disso nota-se que os fatores reais de poder, procurando racionalizar as suas disputas, resolveram deslocar, se não todas, pelo menos grande parte das questões políticas para a arena da jurisdição constitucional, uma privilegiada constituinte de plantão na qual quem vence o conflito das interpretações acaba vencendo, também, aquelas disputas e constitucionalizando as suas opiniões.

...

Em suma, nem o protagonismo irresponsável, nem o alheamento apassivador, porque tanto um quanto o outro não se coadunam com o princípio da lealdade constitucional e, afinal, podem comprometer a credibilidade e a própria sobrevivência da jurisdição constitucional como guarda da constituição.

...



Diante de tudo isso, pode-se dizer que, a rigor, não existe conflito, antes uma fecunda interdependência, entre Direito e Política, entre constituição e realidade constitucional, entre Estado Constitucional de Direito e Estado Judicial de Direito, porque ao fim e ao cabo foi a própria constituição que instituiu a jurisdição constitucional e lhe atribuiu poderes praticamente ilimitados para dar a última palavra sobre o sentido e o alcance da lei fundamental.

Pois bem, cumpre observar que o controle prévio de constitucionalidade exercido no âmbito das Comissões de Constituição e Justiça é um controle de natureza política e, portanto, não vinculado a uma análise técnica no sentido da inconstitucionalidade, ou mesmo da constitucionalidade, do projeto.

Acerca da natureza desta função das Comissões de Constituição e Justiça, BENETON, 2003¹²⁶ assim se posiciona:

Como bem apontou o professor ALEXANDRE DE MORAES, compete à Comissão de Constituição e Justiça – e aqui pode-se dar caráter de generalidade às demais Casas Legislativas brasileiras – manifestar-se, via parecer, sobre a constitucionalidade e juridicidade das matérias que lhe são apresentadas como decorrência da tramitação interna do processo legislativo. Esse parecer, apoiado em interpretações subjetivas decorrentes do confronto entre os textos constitucionais e os textos dos projetos legislativos, tem caráter essencialmente político e procura atender à demanda social encartada no espírito do projeto. Além do mais, imunes que estão pelo art. 53 da CF, poderão os parlamentares declinar qualquer razão para admitir ou vedar a viabilidade de qualquer proposição.

Consigne-se que essa modalidade de controle de constitucionalidade não é alvo de atenção detalhada por parte da doutrina jurídica, como aponta AZEVEDO, 2001¹²⁷:

¹²⁶ BENETON, Marco Antonio Hatem. *Algumas notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo*. Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Revista Jurídica 9 de Julho. Julho/2003.



Enquanto para uns o trabalho da CCJR constituiria um controle prévio de constitucionalidade, como vimos anteriormente, alguns outros dispensam poucos comentários sobre a possibilidade de caracterizar-se um controle prévio de constitucionalidade ...

(...)

Outros afirmam que a atividade exercida pela CCJR traduz um controle preventivo, político e interno de constitucionalidade, mas não realizam uma descrição pormenorizada de como as Casas legislativas trabalham no sentido de escoimar as proposições de vícios, de forma a evitar que essas se transformem em leis flagrantemente inconstitucionais.

É fato que a doutrina jurídica volta sua atenção ao controle repressivo de constitucionalidade, exercido na via judicial. Provavelmente, esse desinteresse se deve exatamente ao caráter político do controle exercido pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Todavia, o trabalho realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça não deve ser desacreditado e, sim, aperfeiçoado, buscando-se meios para desenvolver uma cultura que atente para os parâmetros formais e materiais traçados na Constituição a limitar a atividade legislativa, pois que este consiste em um importante canal para impedir o ingresso de normas viciadas no ordenamento jurídico. Novamente são oportunas as ponderações de AZEVEDO, 2001¹²⁸:

Diante de tudo o que foi exposto, concluímos que, em nosso sistema jurídico, não se pode menosprezar o trabalho realizado pela CCJR com o controle legislativo de constitucionalidade de proposições e a importância deste para o sistema geral de controle de constitucionalidade.

É certo que não podemos ignorar, ao lado do trabalho técnico, a perspectiva política que perpassa as suas decisões. Entretanto, a interpretação política da Constituição (na sua melhor acepção) não se caracteriza como tarefa exclusiva das Casas Legislativas,

¹²⁷ AZEVEDO, Luiz H. Cascelli, op. cit., p.107/108.

¹²⁸ AZEVEDO, Luiz H. Cascelli. Op. cit., p. 133 e 136.



porquanto também o Poder Judiciário, num primeiro momento, e, enfim, toda a sociedade não podem perder de vista esta perspectiva ...

(...)

... Em outras palavras, o aperfeiçoamento e a vinculação à Constituição poderão levar, um dia, ao reconhecimento de que o controle legislativo de constitucionalidade de proposições se constitui num verdadeiro controle prévio de constitucionalidade.

Sob o ponto de vista jurídico, não há dúvida de que a análise da compatibilidade do projeto de lei com as normas constitucionais pode ser efetuada pelos procuradores. Poderão eles orientar sobre a interpretação válida, razoável, aceitável, de acordo com o posicionamento da doutrina e do Poder Judiciário em relação às questões suscitadas e às matérias em debate.

Neste ponto vale lembrar que existem também as zonas cinzentas, consistentes nas situações em que há mais de uma possibilidade de interpretação respaldada em critérios razoáveis. Nestes casos, grande pode ser a contribuição dos procuradores no sentido de, com seus estudos e desenvolvimento de novas teses¹²⁹, ajudar a flexibilizar, a elastecer o campo disponível para atuação parlamentar e, conseqüentemente, contribuir para o fortalecimento da instituição Poder Legislativo, sempre visando o atendimento do interesse público. Sob este ângulo, são pertinentes as colocações de TORRES, 2009¹³⁰:

A atividade de consultoria jurídica não pode ser comparada ao labor de um técnico, limitado à utilização das peças e ferramentas indicadas. A Ciência do Direito permite a criação de novos parâmetros e a construção de paradigmas capazes de demonstrar

¹²⁹ Neste sentido pode ser citado o trabalho desenvolvido por Sérgio Antônio Ferrari Filho no artigo intitulado "A iniciativa privativa no processo legislativo diante do princípio interpretativo da efetividade da constituição". Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2001/revdireito2001A/estudo_iniciatpr_iv.pdf>. Acesso em 02/08/13.

¹³⁰ TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 153.



uma nova concepção do ordenamento sobre a relação jurídica em questão.

Ademais, deve-se frisar que o Advogado de Estado tem sua competência constitucional restrita aos limites de manifestação relacionados ao campo do direito, motivo pelo qual ela jamais vinculará, completamente, atos administrativos que encerram em si elementos de gestão ou que detenham qualquer esboço de discricionariedade administrativa.

Outra peculiaridade a ser levada em conta nesta análise é que normalmente o tempo de maturação dos processos políticos é lento, de modo que a edição de lei sobre determinados assuntos, *pressupondo o regular desenvolvimento do processo legislativo*, pode demandar grande lapso temporal. Assim, ao longo da tramitação de uma dada matéria o seu enquadramento jurídico pode se alterar. Por exemplo, a interpretação acerca da titularidade da competência legislativa para a disciplina de determinada matéria pode sofrer mudanças, ampliando-se a competência legislativa de determinado ente – como ocorreu em relação à matéria ambiental, culminando com a edição do Tema 145 de repercussão geral pelo STF ou, ainda, pode se renovar a interpretação acerca da iniciativa reservada, como ocorreu recentemente, também com a edição de tese de repercussão geral pelo STF – Tema 917¹³¹, o qual acabou por estimular a adoção de interpretações mais favoráveis ao Poder Legislativo, no que tange ao início do processo legislativo.

Contudo, jamais se deve perder de vista que o controle de constitucionalidade que está em pauta é um controle político – e não jurídico, de modo que não se mostra factível a expectativa de que seja exercido em padrões rigorosos e restritivos. Vale dizer, se existem discussões e teorizações até mesmo acerca do controle repressivo exercido no âmbito da jurisdição constitucional, revelando uma busca ideal sobre quem seria o intérprete mais autorizado da Constituição, não é razoável pretender que em sede do controle preventivo – o qual, repita-se, sequer é alvo de atenção e estudos mais aprofundados – as Comissões de Constituição e Justiça adotem como praxe uma postura

¹³¹ Tese aprovada: “Não usurpa a competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, “a”, “c” e “e”, da Constituição Federal)”. *Leading Case*: ARE 878911 (Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 24, XV; 30, I e II; 74, XV; e 227 da Constituição Federal, a competência para a iniciativa de lei municipal que preveja a obrigatoriedade de instalação de câmeras de segurança em escolas públicas municipais e cercanias).



que represente limitação à atividade legislativa, efetuando uma análise centrada exclusivamente em aspectos jurídicos.

Não se quer com isso dizer que as Comissões de Constituição e Justiça possam proferir seus pareceres à margem dos aspectos jurídicos envolvidos. Pelo contrário, a atuação de referidas comissões embora esteja, por óbvio, inserida em um contexto político – o qual é indissociável de toda a atividade parlamentar – é a que mais se depara com a questão das limitações e balizamentos que o ordenamento jurídico impõe à atividade política. Relembre-se que a função primordial de seu parecer é exatamente atestar a conformidade ou não das proposições com a Constituição. Registre-se que assim o é em todas as Casas Legislativas e há muito tempo. Na Câmara dos Deputados, por exemplo, o regimento interno prevê desde o ano de 1823 a existência de um órgão voltado à análise da constitucionalidade das proposições¹³².

Por outras palavras, em todas as suas deliberações as Comissões de Constituição e Justiça deverão analisar os fundamentos jurídicos, indicando a sua compreensão quanto a eles, análise esta que ficará sujeita à revisão judicial, já que dar a palavra final sobre a conformidade ou não das leis e atos normativos com a Constituição é função típica do Poder Judiciário, que se manifestará mediante provocação dos legitimados a iniciar o controle repressivo.

Frise-se bem que não se pretende defender a ideia de que as Comissões de Constituição e Justiça devam ter uma atuação *pro forma*, emitindo pareceres favoráveis à tramitação de todo e qualquer projeto de lei. É claro que se almeja a responsabilidade política, o comprometimento dos parlamentares com a sua função pública para que, em casos sedimentados¹³³ e ante as orientações jurídicas fornecidas pelas procuradorias, exerçam o controle de constitucionalidade, de modo a impedir o ingresso de normas viciadas no ordenamento jurídico, ante o prejuízo social que decorre da declaração de sua inconstitucionalidade que poderá ocorrer em momento posterior. Note-se, entretanto, que essa postura decorre de um processo de amadurecimento político da sociedade como um todo.

Com efeito, muitos parlamentares, por exemplo, apresentam projetos de lei a despeito da existência de entendimentos jurídicos no sentido de que sobre eles paira vício de iniciativa, respaldados na necessidade de dar uma resposta à sociedade acerca

¹³² AZEVEDO, Luiz H. Cascelli, op. cit., p. 38

¹³³ Como na hipótese dos projetos de lei autorizativos impróprios, por exemplo.



de determinado assunto e quando recebem a orientação jurídica de que uma das formas corretas de dar essa resposta, tendo em vista a divisão funcional do Poder, seria o envio de indicação ao Poder Executivo¹³⁴, aduzem que esta seria uma medida inócua, desprovida de ressonância social, ao passo que a lei, sim, seria compreendida pela população como uma ação concreta.¹³⁵

O fato é que muito se fala em política e quase sempre em um sentido pejorativo, mas poucos se dispõem a dedicar algum tempo de suas vidas para compreender o mecanismo de funcionamento das instituições; poucos se dispõem a refletir sobre os problemas, a interação entre eles e suas possíveis soluções e, o que é mais grave, poucos se dispõem a participar dos espaços formais em que se deliberam as políticas públicas (conselhos e audiências públicas, por exemplo)¹³⁶. Guardadas as devidas proporções, pode-se comparar essa situação com a dinâmica da vida em condomínio: as reuniões têm sempre reduzido número de condôminos e criticar o síndico por não resolver os problemas da vida comunitária é um lugar-comum.

Enfim, o que se pretendeu demonstrar é que o controle prévio de constitucionalidade exercido pelas Comissões de Constituição e Justiça é uma etapa importante do processo legislativo, que pode contribuir para a manutenção da higidez do ordenamento jurídico, sendo que o fato de possuir viés político não deve sepultar as esperanças de que ele possa se mostrar útil e efetivo, eis que o razoável é esperar que os parlamentares desempenhem suas funções com responsabilidade.

¹³⁴ Ou a via da função fiscalizadora do Parlamento, lembrando que, muitas vezes, o problema não é de falta de leis e, sim, de não cumprimento da legislação existente.

¹³⁵ Acresça-se a este cenário o fato de que mesmo que a hipotética lei venha a ser declarada inconstitucional, tal fato dificilmente vai chegar ao conhecimento da maior parte da sociedade e, ainda que chegue, provavelmente, a compreensão da questão ficará prejudicada ante a notória ausência de conhecimento sobre o funcionamento das instituições. Por outras palavras, se a lei for julgada inconstitucional e, portanto, retirada do ordenamento jurídico, a “culpa” pela continuidade do problema que supostamente tal lei pretendia resolver passará a ser atribuída ao juiz.

¹³⁶ Na verdade a maior parte da população sequer tem conhecimento da possibilidade de participação e muitos dos que têm conhecimento não acreditam no processo. Trata-se de uma questão cultural, da ausência de uma cultura de participação política e para alterar este quadro *é fundamental que as instituições públicas se tornem verdadeiramente permeáveis à participação*. A respeito desta temática é enriquecedora a leitura do artigo “*Como por em prática a participação? Algumas questões estratégicas*”, de autoria de Bernardo Kliksberg. Disponível em: <<http://www.flem.org.br/paginas/cadernosflem/pdfs/CadernosFlem8-VersaoCompleta.pdf>>. Acesso em 04/08/13.



4. Função fiscalizadora do Parlamento

A função fiscalizadora é, ao lado da função de elaboração das leis, a razão de ser do Poder Legislativo.

A Constituição Federal prevê no art. 49, X, que compete exclusivamente ao Congresso Nacional “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta” e quando aborda a autonomia dos Estados e Municípios para se auto organizarem expressamente prevê a necessidade de obediência aos princípios por ela instituídos, conforme se depreende dos artigos 25 e 29, *caput*.

No que tange aos Municípios, a Constituição foi ainda mais explícita ao estabelecer de modo expreso no inciso XI do art. 29 a necessidade de organização das funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal.

Portanto, emerge claramente do texto constitucional que legislar e fiscalizar são as funções típicas do Poder Legislativo, não tendo sido estabelecida qualquer distinção entre estas duas funções em termos de relevância institucional.

Assim, fiscalizar é tão importante quanto legislar e para o exercício desta função fiscalizadora do Parlamento a Constituição prevê no art. 58 diversos instrumentos, dentre os quais os mais difundidos são os pedidos de informação e as convocações para prestação de esclarecimentos.

As Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas, da mesma forma, aparelham os Legislativos estaduais e municipais para que possam se desincumbir da função constitucional de fiscalizar os atos do Poder Executivo.

Cumprir observar que a função de fiscalizar pertence ao Parlamento, enquanto órgão colegiado, sendo exercida através de deliberação do Plenário ou das Comissões. É importante lembrar, também, que essa função é comumente desempenhada no âmbito das comissões permanentes, embora as que mais se destaquem sejam as Comissões Parlamentares de Inquérito, que são comissões temporárias.

Com efeito, a exposição que as CPIs têm na mídia, aliada aos instrumentos de que dispõem para a persecução de seus fins – mais abrangentes do que aqueles à disposição das demais comissões, já que às CPIs expressamente foi conferido pelo legislador constituinte poderes de investigação próprios das autoridades judiciais – são fatores que fazem com que seu trabalho se destaque. Porém, a hipótese de um determinado assunto não ser objeto de uma CPI ou a eventual hipótese de não haver CPI em andamento não



significa que não esteja ocorrendo fiscalização sobre os atos do Poder Executivo, na medida em que, consoante já salientado, a fiscalização está entre as atribuições cotidianas das comissões permanentes.

Pois bem, no campo da função fiscalizadora assume especial relevância para o bom desempenho desta missão institucional que o Parlamento conte com uma procuradoria devidamente estruturada¹³⁷, para que nas hipóteses de conflitos ou de resistência infundada por parte do Poder Executivo, possam ser utilizados os meios adequados a fim de assegurar o respeito a esta típica função do Poder Legislativo. Neste ponto cumpre observar que o papel das procuradorias ou órgãos afins de assessoramento jurídico do Poder Legislativo já foi reconhecido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica, ilustrativamente, do segmento abaixo reproduzido do acórdão proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 94/RO:

Por outro lado, a jurisprudência desta Corte reconhece a possibilidade da existência de carreiras especiais para a representação judicial de assembleias e tribunais nos casos em que os poderes em questão necessitem de praticar em Juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência em face dos demais poderes, as quais também podem ser responsáveis pela consultoria e pelo assessoramento jurídico de seus demais órgãos. (DJE 16/12/11)

De outra forma não poderia ser, já que somente através de profissionais vinculados a sua própria estrutura o Poder Legislativo terá condições reais de proteger suas prerrogativas. Com efeito, imagine-se quão anômala seria a situação de estar o referido Poder na dependência da atuação de procuradores vinculados à estrutura administrativa do Poder Executivo, os quais ainda que evidentemente qualificados e comprometidos com suas funções enquanto advogados do ente público e não dos

¹³⁷ O que envolve, dentre outros fatores, a existência de uma lei de regência própria da carreira de procurador, a exemplo do que ocorre com as carreiras de advocacia pública situadas na esfera do Poder Executivo; remuneração adequada e que os cargos sejam providos por meio de concurso público, eis que suas atribuições possuem natureza técnica, o que torna incompatível o livre provimento, nos termos decididos pelo STF no Tema 1010 de repercussão geral.



governantes, ficariam, no mínimo, em uma posição bastante delicada e encontrariam obstáculos de toda sorte para poderem adotar as providências cabíveis.

Registre-se, por fim, que na hipótese de óbices à função fiscalizadora do Parlamento, vários são os instrumentos jurídicos que podem ser utilizados de acordo com a situação concreta que estiver em análise, tais como, mandado de segurança, instauração de processo para apuração de infração político administrativa, condução coercitiva de testemunhas, etc.



Conclusão

Por meio do presente artigo almejou-se trazer algumas reflexões sobre a contribuição potencial dos órgãos de advocacia pública do Poder Legislativo para o desempenho das atividades-fim dos Parlamentos, visando colaborar para a boa qualidade da atuação/produção parlamentares.

Espera-se que tenha sido demonstrada a necessidade e a importância de que o Poder Legislativo conte com uma procuradoria própria em sua estrutura, para além do controle de legalidade dos atos administrativos, já que os procuradores podem contribuir no aspecto formal da elaboração das leis, na análise técnica da constitucionalidade dos projetos e para a efetividade da função fiscalizadora.

Tal como ocorre no âmbito do Poder Executivo, em que a atuação dos procuradores guarda relação com a função administrativa, que é a atividade-fim daquele Poder, também no âmbito do Poder Legislativo se faz imperiosa a presença dos procuradores para que as funções legislativa e fiscalizadora possam se desenvolver em conformidade com o ordenamento jurídico.



Referências bibliográficas

ALMEIDA, André de Camargo. *Da Capacidade Judiciária da Câmara Municipal – Uma nova abordagem.* BDM – Boletim de Direito Municipal – junho/2008.

AZEVEDO, Luiz H. Cascelli de. *O controle legislativo de constitucionalidade.* Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001.

BENETON, Marco Antonio Hatem. *Algumas notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.* Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Revista Jurídica 9 de Julho. Julho/2003.

CARDOSO, Oscar Valente. *O controle preventivo de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 32.033.* **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3661, 10 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24916>>. Acesso em: 05/08/13.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional e Política.* Revista Direito Público nº 10 – Out-Nov-Dez/2005, p.5-15.

COPOLA, Gina. *A responsabilidade do Estado por atividade legislativa.* BDA – Boletim de Direito Administrativo – Setembro/2012.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A Justificação do Direito e sua Adequação Social.* Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2002.

FERRARI FILHO, Sérgio Antônio. *A iniciativa privativa no processo legislativo diante do princípio interpretativo da efetividade da constituição.* Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2001/revdireito2001A/estudo_iniciatpriv.pdf>. Acesso em 02/08/13.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo.* 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. *Qual autonomia para as Procuradorias-Gerais dos Estados? – Contributo para o fortalecimento do seu papel institucional e constitucional.* Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 13, n. 146, p. 17-29, abr. 2013.

KLIKSBERG, Bernardo. *Como por em prática a participação? Algumas questões estratégicas.* Disponível em:<



<http://www.flem.org.br/paginas/cadernosflem/pdfs/CadernosFlem8->

[VersaoCompleta.pdf](#)>. Acesso em: 04/08/13.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. Editora Atlas, 8ª edição, São Paulo, 2011.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 139-164.



SÃO PAULO

A ESTRATÉGIA Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) e A SUA ATUAÇÃO Nos municípios BRASILEIROS

Valmar gama Alves¹³⁸

Introdução

O índice de percepção da corrupção (IPC), importante ferramenta de medição da corrupção no mundo, produzido pela Transparência Internacional (2019), constatou que, em 2018, o Brasil apresenta sua pior nota desde 2012 e cai da 96^a para a 105^a posição no *ranking*, que reúne resultados de 180 países e territórios¹³⁹.

Nesse contexto, o pesquisador Cláudio Ferraz (2016), da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), atesta que “a corrupção em governos municipais representa a fração mais significativa dos recursos públicos desviados no Brasil”¹⁴⁰.

Para reforçar as informações adrede aduzidas, o resultado da pesquisa realizada pela Transparência Internacional para a América Latina e Caribe, de 9 de outubro de 2017, denominada barômetro da corrupção global, conclui que o governo local está entre as três instituições em que a população acredita ter mais envolvimento em corrupção¹⁴¹.

Nesse contexto, este artigo investiga a efetividade da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) nos municípios brasileiros, sob o enfoque da integração de órgãos e entidades municipais, notadamente a advocacia pública, na estratégia e sua efetiva atuação no âmbito precipuamente local.

A fundamentação teórica perpassa pelo pacto federativo instituído pela Constituição Federal de 1988, que erigiu os municípios à condição de estados-membros, qualificação que os equipara aos demais integrantes na implementação institucional de uma estratégia nacional de combate à corrupção. Adiante, investigam-se a evolução e a

¹³⁸ Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e quatro pós-graduações (Complexo Jurídico Damasio de Jesus, CJDJ, Brasil; Faculdade Autônoma de Direito, FADISP, Brasil; Escola Paulista de Direito, EPD, Brasil; e Universidade Federal de São Paulo, UNIFESP, Brasil). Foi Procurador do Município de Jundiaí-SP, Procurador Geral da Câmara Municipal de Barueri e Presidente do Conselho de Administração do Instituto de Previdência dos Servidores do Município de Barueri. Atualmente, é Procurador do Município de Barueri, São Paulo, Brasil e Presidente da Comissão da Advocacia Pública da OAB Jundiaí, São Paulo, Brasil. E-mail: valmaralves@yahoo.com

¹³⁹ Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso aos 19/08/2019.

¹⁴⁰ Disponível em: <https://www.cgu.gov.br/noticias/2016/09/estudo-relaciona-fiscalizacoes-do-mtfc-com-a-reducao-da-corrupcao-nos-municipios>. Acesso aos 19/08/2019.

¹⁴¹ Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_on_the_rise_in_latin_america_and_the_caribean. Acesso aos 19/08/2019.



consolidação, ao longo dos dezesseis anos de existência, da estratégia que reúne e integra órgãos e entidades públicos e privados para, assim, desenvolver análise a respeito de sua relação com os municípios.

Apresentam-se dados da ENCCLA sob dois prismas: a) análise dos seus membros e partícipes e a relação com os municípios, notadamente a participação da advocacia pública municipal, que possui o propósito de controle interno de legitimidade dos atos no âmbito municipal; e b) análise sobre as ações e metas desenvolvidas voltadas aos interesses municipais.

A metodologia de trabalho consiste em pesquisa documental qualitativa e quantitativa, notadamente a composição dos órgãos que a integram e as ações da estratégia.

A escolha do tema decorre, ante a ausência de estudos de atuação da ENCLLA na esfera pública municipal, da necessidade de outorgar efetivos instrumentos aos procuradores municipais, no sentido de combater, sobretudo de maneira preventiva, a corrupção local.

Diante do desenvolvimento do trabalho, apresenta-se diagnóstico sobre a contemplação dos municípios na ENCCLA.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 A dimensão federativa brasileira conferida aos municípios pela Constituição de 1988

A Constituição brasileira de 1988 introduziu peculiar forma de estado federal, na qual os municípios emergem como estados-membros dotados de autonomia política.

Nesse sentido, o vigente estatuto jurídico fundamental estabelece nos princípios fundamentais que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (artigo 1º) e que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição (artigo 18).

Paulo Bonavides (1996, p. 345) assinala, por pertinente, o ineditismo e a inovação do artigo 18 da Constituição Federal, ao inserir o município na organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, perfazendo a terceira esfera de autonomia no federalismo brasileiro. O professor Manoel Ribeiro sintetiza (*apud*



MEIRELLES, 2013, p. 48) que “o Município tem posição eminente na Federação Brasileira. É uma peça essencial”.

2.2 As competências públicas municipais – interesses locais

Na distribuição de poder, exsurtem os municípios, titulares de competências outorgadas pela Carta Magna, regidos por lei orgânica (art. 29 da Constituição de 1988), dotada de rigidez análoga ao que possuem as cartas constitucionais, elementos reveladores de sua autonomia.

A repartição de competências constitucionais aos entes políticos no Brasil decorre da predominância da satisfação dos interesses públicos, pelo que à União imputam-se as competências de predominância geral; aos Estados e Distrito Federal, interesses regionais; e, aos municípios e Distrito Federal, importam os interesses locais.

O *pouvoir municipal* representa, consoante nos brinda Paulo Bonavides (2011, p. 349), a outorga constitucional de funções, direitos ou competências nas quais os municípios atuam em caráter próprio, e representam interesses comunitários, ao lado das incumbências gerais exercidas na qualidade de mandatário do Estado.

Hely Lopes Meirelles (2013, p. 111) informa que, para Black, o interesse local se referem aos negócios internos das cidades e vilas; para Bonnard, o peculiar interesse é o que se pode isolar, individualizar e diferenciar dos de outras localidades; para Borsi, o interesse local não transcende os limites territoriais do município; para Mouskheli, é o que não afeta os interesses regionais e geral; e, por fim, para Jellinek, afigura-se o interesse próprio da localidade, decorrente da relação com os vizinhos.

O interesse local, na síntese de Meirelles (2013, p. 111), é a “predominância do interesse do Município sobre o Estado ou da União”.

Do exposto, verifica-se que não se mostra um interesse privativo, mas um interesse peculiar dos municípios, que importa também aos demais entes da federação, de maneira que se adota a ideia de predominância de interesse local, para se imputar aos municípios.

2.3 O círculo de eficácia autônoma municipal

No seu esquadro de competências, os entes políticos locais possuem autonomia reveladora de uma garantia institucional, que impede a ingerência dos estados-membros em sua esfera de atuação. Nesse sentido, Paulo Bonavides (2011, p. 347) registra o alto



grau de caracterização política e jurídica da autonomia municipal com a Carta de 1988, não presente em outra união federativa contemporânea “a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia”.

Desta feita a Constituição de 1988, ao estabelecer uma garantia institucional na autonomia municipal, outorga aos municípios a autonomia político-administrativa, pelo que lhes são assegurados os deveres-poderes de auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração.

A auto-organização autoriza os municípios elaborar a própria lei orgânica (art. 29 da Constituição). O autogoverno representa a eletividade do prefeito, vice-prefeito e vereadores.

Sob o aspecto da autoadministração, os entes políticos locais possuem autonomia no exercício de suas competências administrativas, legislativas e tributárias, limitada aos princípios e regras constitucionais.

2.4 Os atos e os comportamentos da administração pública e seu controle

A ação estatal se dá pelas competências públicas, que se afiguram deveres-poderes para a consagração de interesses coletivos, que nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello são (2004, p. 134) “o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos”. O exercício das competências é revelado pelas atribuições ao Estado, por meio de seus órgãos, para atender “[...] a certas finalidades públicas consagradas em lei”. (DE MELLO, 2004, p. 132).

Nesse contexto, o legítimo uso de prerrogativas do Estado pressupõe uma atuação que atenda os interesses da coletividade e se sujeite aos princípios fundamentais inculcados sobretudo no artigo 37 da Constituição Federal, observando-se que a moralidade e a legalidade sustentam a boa administração, que equivale à probidade administrativa.

Por conseguinte, a atuação estatal não se aproveita para a satisfação dos agentes governamentais e, ainda, o desrespeito malicioso ao Direito implica ilegitimidade da conduta estatal e resulta em conduta ímproba. Nas lições de Maria Helena Diniz (*Apud* DE OLIVEIRA, 2013, p. 128) para a corrupção se subsumir ao ato de improbidade, é



necessário a) a relação entre agente público e outrem; b) vantagem patrimonial indevida desta àquele; c) anuência do agente público; d) inexistência de justificativa jurídica da vantagem ofertada; e e) nexos causal entre o benefício ofertado e atuação pública.

Nessa toada, para se evitar os desvios, as improbidades, as corrupções e os abusos nas ações e condutas estatais, a administração pública estabelece os controles que limitam sua atividade e de seus servidores. Alerta Agustin Gordilho (*apud* MOTA, 2012, p. 57, tradução nossa) que importante questão do Direito Administrativo contemporâneo “é como controlar uma administração pública que, devido ao seu crescimento natural, de fato ampliou consideravelmente as possibilidades materiais de abuso e excesso”¹⁴².

O combate aos desvios e abusos na administração é assegurado por diversos meios de controle, dentre os quais o interno. Nas palavras de Jessé Torres Pereira Junior (2012, p. 97), o controle interno é exercido pelo próprio poder público sobre seus órgãos, observados os princípios da autotutela (Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal) e da tutela administrativa, no qual a regularidade (2012, p. 82) é verificada pela “conformidade da ação administrativa às normas jurídicas que a ela forem aplicáveis, observado o devido processo legal [...]”.

Hely Lopes Meirelles (2012, p. 69), ao tratar do controle administrativo do Poder Público, ensina que é o controle sobre suas próprias atividades, sujeitas a legalidade. O controle de regularidade dos atos do poder público, no âmbito interno municipal, é institucionalmente desempenhado pelos advogados públicos.

Dada a sua importância institucional, os procuradores municipais pertencem a carreira típica de Estado, dentro das funções essenciais à Justiça¹⁴³, razão pela qual sua investidura impescinde de aprovação prévia em concurso público (artigo 37, II, Constituição Federal), condição que lhes outorga segurança jurídica, autonomia e independência em sua atuação como primeiro filtro técnico-jurídico no combate à corrupção na gestão pública municipal.

Desta feita, o procurador municipal está incumbido de realizar o filtro primário contra a corrupção, no exercício de seu *munus* público do controle de juridicidade dos atos e condutas administrativos, ao lado das funções de representação, assessoria e consultoria jurídica.

¹⁴² “es como controlar una administración pública que por su natural crecimiento ha encramentado de hecho considerablemente las posibilidades materiales de abuso y exceso”.

¹⁴³ Brasil, STF, Recurso Extraordinário 663.696 Minas Gerais, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, 28/02/2019.



2.5 O controle de legitimidade do poder público por meio de rede pública de cooperação

Sucedo que o modelo atual de Estado brasileiro, segundo Rose Marie Inojosa (1998, p. 38), revela uma estrutura organizacional em formato piramidal, hierarquicamente integrado por departamentos especializados, fundado em práticas como a centralização decisória, o planejamento normativo, a dicotomia entre planejamento e execução, falta de transparência de informações, exagero formal e distanciamento do cidadão.

Com maior nitidez, o controle de legitimidade dos atos públicos é, em regra, exercido por esforços dispersos e isolados dos órgãos e entidades que enfrentam a corrupção. Mostra-se importante um novo paradigma da ação governamental, com uma abordagem intersetorial, entendida como (JUNQUEIRA *et al*, *apud* INOJOSA, 1998, p. 43) “a articulação de saberes e experiências no planejamento, a realização e a avaliação de ações, com o objetivo de alcançar resultados integrados em situações complexas, visando a um efeito sinérgico no desenvolvimento social”.

Depreende-se, pois, no combate à corrupção, a necessidade de composição de uma rede pública de cooperação de órgãos e entidades de defesa do Estado brasileiro.

Acerca do significado de rede, afirma Inojosa (1998, p. 1-2) que: “é parceria voluntária para a realização de um propósito comum. Implica, nesse sentido, a existência de entes autônomos que, movidos por uma ideia abraçada coletivamente, livremente e mantendo sua própria identidade, articulam-se para realizar objetivos comuns”.

No âmbito intergovernamental, mostra-se importante para o desenvolvimento social, e especificadamente para o controle de legitimidade dos atos públicos, uma política pública de Estado que estabeleça um programa de ação governamental fundado na conjugação de esforços e integração necessária de órgãos e entidades de controle, que devem buscar o compartilhamento de informações, atuação interligada e o foco em resultados positivos.



2.6 A ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro

A ENCCLA foi criada em 2003, por meio de uma atuação conjugada e articulada entre órgãos e entidades públicas e privadas, na fiscalização e controle sobre os recursos públicos¹⁴⁴. Inicialmente concebida como uma rede de articulação no combate à lavagem de dinheiro, em 2006, em vista de convenções internacionais contra a corrupção, como a da ONU¹⁴⁵, OEA¹⁴⁶ e OCDE¹⁴⁷, agregou o combate à corrupção à estratégia, consoante informa Jorge Hage Sobrinho (ENCCLA, 2012, p. 11).

A estratégia é uma rede de articulação interinstitucional e multidisciplinar formada por órgãos dos três Poderes, o Ministério Público, as esferas federal e estadual e, em alguns casos, municipal, além da sociedade civil organizada, para o fomento, a criação e a implementação de políticas públicas voltadas ao combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.

O modo operacional é a articulação de diversos órgãos, com diferentes competências, sem um regimento interno e sem hierarquia, materializada por meio de ações e metas, para a realização de estudos, debates e proposituras atreladas ao desenvolvimento e evolução do tema relacionado ao combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.

¹⁴⁴ Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁴⁵ Organizações das Nações Unidas - Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada em 2003 pela Assembleia-Geral da ONU, em vigor aos 14/12/2005. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso aos 24 de maio de 2019.

¹⁴⁶ Organização dos Estados Americanos - Convenção Interamericana contra a Corrupção, firmada em 29 de março de 1996, em Caracas, Venezuela. No Brasil, ela foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Disponível em: < <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea>>. Acesso aos 24 de maio de 2019.

¹⁴⁷ Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), firmada em 17 de dezembro de 1997, com vigência em 1999, pelos Estados membros da OCDE, aos quais se somaram Brasil, Argentina, Bulgária, Chile e República Eslovaca. No Brasil, a Convenção foi ratificada em 15 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto nº. 3.678, de 30 de novembro de 2000. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso aos 24 de maio de 2019.



A ENCCCLA, capitaneada pelo Ministério da Justiça, é formada por uma Plenária, Gabinete de Gestão Integrada (GGI) e Grupos de Trabalho Anual e Secretaria Executiva¹⁴⁸.

A Plenária realiza anualmente evento, no qual os membros participantes aprovam as ações do ano em curso e as do ano seguinte, além das recomendações e das declarações.

O Gabinete de Gestão Integrada (GGI) reúne-se trimestralmente e realiza o acompanhamento das execuções das ações, subdividido em grupo corrupção e grupo lavagem de dinheiro, com o propósito de apresentar ações à Plenária. O Grupo de Trabalho Anual realiza os trabalhos ligados ao assunto. A Secretaria Executiva detém as funções administrativas.

3 METODOLOGIA

Utiliza-se a pesquisa documental e bibliográfica para assentar as análises teóricas deste trabalho, adotando-se o tipo de pesquisa quali-quantitativa, dentro da qual se interpreta, por uma perspectiva integrada, a realidade da estratégia, lastreada pelos dados mensurados.

Correlaciona-se, então, a ENCCCLA com os interesses municipais, apresentando dados informativos sobre a atuação da estratégia e seu alcance nos interesses eminentemente locais.

Por meio da obra literária Enccla: Estratégia nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro: 10 anos de organização do estado brasileiro contra o crime organizado (2012), nomeadamente em relação ao período de 2003 a 2013, e, referente a todo o período, por meio dos sítios eletrônicos da estratégia (<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla> e <http://enccla.camara.leg.br/>) são produzidas informações para mostrar o combate à corrupção voltado aos municípios brasileiros. A coleta de dados se extrai dos órgãos que compõem a ENCCCLA e de suas atividades. Para tanto, descreve-se a análise sobre o retrato atual da estrutura organizacional e sobre todas as medidas desenvolvidas pela estratégia desde a concepção até a presente data.

¹⁴⁸ Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/participantes-da-enccla>>. Acesso aos 15/06/2019.



O objetivo da é revelar e apresentar análise crítica sobre a relação entre atuação da ENCCLA e os municípios brasileiros, sob a ótica do pacto federativo pátrio.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

4.1 A estrutura organizacional da ENCCLA e os interesses predominantemente municipais

A análise da identidade e finalidades institucionais dos órgãos e entidades públicas e privadas que compõem a estratégia mostra a especialidade, campo e o interesse público objeto de sua atuação, motivo pelo qual sinaliza as respectivas áreas especializadas de contribuição e os interesses públicos gerais, regionais e locais que buscam assegurar.

No caso, o estudo sobre a estrutura organizacional da estratégia se restringe ao Gabinete de Gestão Integrada (GGI) e à Plenária, porque são responsáveis, respectivamente, por acompanhar e apresentar as ações à Plenária, bem como aprová-las. As aludidas incumbências definem as diretrizes e as políticas públicas da estratégia, de modo que deliberam sobre quais assuntos ou interesses devem ser amparados.

Nesse diapasão, a Plenária da ENCCLA, em 2019, era composta por 87 (oitenta e sete) órgãos e entidades públicos e privados.

Constata-se que apenas a Controladoria-Geral do Distrito Federal (CG-DF), a Controladoria-Geral do Município de Guarulhos (CGM-GRU), a Controladoria-Geral do Município de São Paulo (CGM-SP) e a Procuradoria-Geral do Município de São Paulo (PGM-SP) integram à Plenária e representam os interesses predominante locais.

Por oportuno, apresenta-se gráfico sobre a proporção dos membros da Plenária quanto ao interesse que subjaz sua missão institucional.

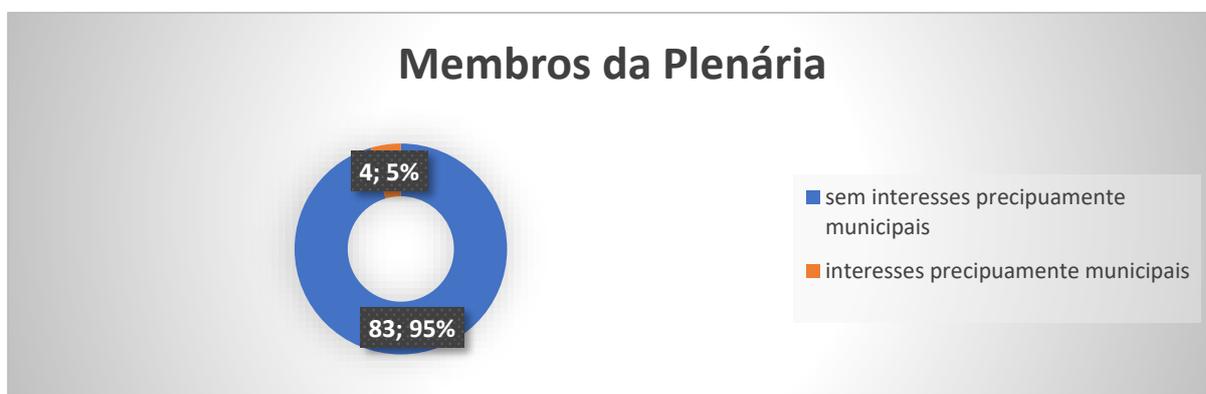




Gráfico 1 – Proporção entre os membros da Plenária da ENCCCLA, em 2019, com interesses predominantemente municipais e sem interesses predominantemente municipais.

Nesse contexto, verifica-se que dos 4 órgãos municipais, apenas 1 representa a advocacia pública municipal, relevante ausência já que os procuradores municipais combatem, interna e precipuamente, à corrupção no âmbito local.

Outrossim, 3 dos órgãos municipais citados estão localizados no Estado de São Paulo, aspecto evidenciador da falta de representatividade dos 5.570 municípios¹⁴⁹, máxime pela ausência de procuradorias municipais de outros estados e regiões do país e a falta de diversidade de advogados públicos de acordo com as classes de tamanho da população, características reveladoras das peculiaridades e especificidades que os temas do combate à corrupção devem ser abordados na esfera pública municipal¹⁵⁰.

Ainda, os membros do Gabinete de Gestão Integrada (GGI)¹⁵¹ são todos com interesses predominantemente gerais em seus respectivos plexos de competências.

Inobstante seja facultada aos aludidos partícipes a apresentação e deliberação de medidas de enfrentamento aos ilícitos administrativos municipais, eles não possuem a competência institucional relativa ao combate à corrupção relativo aos interesses precipuamente municipais.

Deste modo, o maior engajamento de procuradores municipais, inclusive suas associações representativas, porque convivem, institucionalmente, com os interesses públicos eminentemente locais, aperfeiçoaria e qualificaria as medidas da estratégia, dando ênfase ao combate às relações espúrias municipais, em que, não raramente, a impunidade dos agentes corruptos se afigura um estímulo a prática ilícita.

A propósito, constata-se a ausência da participação de associação representativa nacional da advocacia pública municipal, ao passo que se evidencia a participação de

¹⁴⁹ Disponível em: < <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁵⁰ A propósito, Francisco de Assis Oliveira Campos, no estudo denominado Avaliação da Tendência à Corrupção nos Municípios Brasileiros (2013), a partir de relatórios de fiscalização de municípios pela CGU, aponta que, em termos de região, a Região Norte/Nordeste apresentou 569 municípios com alta tendência à corrupção, para um total de 759 municípios analisados (algo em torno de 74,96%), enquanto que a Região Sul/Sudeste apresentou 273 municípios nessa categoria, para um total de 711 municípios fiscalizados, ou seja, 38,3%. Disponível em: <<https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2521:3:0:>>. Acesso aos 19 de agosto de 2019.

¹⁵¹ DRCI (Secretaria Executiva da ENCCCLA), ABIN, AGU, BCB, CADE, CJF, CNJ, CNMP, COAF, CVM, GSI/PR, Ministério da Justiça e Segurança Pública (SNJ), SENAD, CGU, Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, MPF, PF, PGFN, PREVIC, RFB, SPREV/ME, SUSEP e TCU. Disponível em <<http://enccla.camara.leg.br/quem-somos/gestao>>. Acesso aos 15/06/2019.



diversas entidades¹⁵² que representam os agentes públicos que integram os órgãos de controle do Estado.

Nessa toada, exalta Roberto Biasoli (2012, p. 58) que a ENCCLA “constitui em um espaço democrático, de amadurecimento constante dos órgãos envolvidos e de consequente integração e formação de uma rede de confiança entre eles”, ao que Antônio Gustavo Rodrigues (2012, p. 69) arremata sobre a importância das relações pessoais nos encontros da estratégia, para os envolvidos se conhecerem melhor e verificar as capacidades e limitações uns dos outros, de maneira a tornar, com a fluidez do contato, as medidas mais eficientes.

Nesse sentido, a maior integração de entidades e órgãos da advocacia pública municipal fortalece o próprio partícipe, no qual seu engajamento implica amadurecimento institucional e aliança estratégica com os demais membros, presente em uma gestão pública colaborativa, como se verifica na rede pública de cooperação dentro da qual se insere a estratégia.

A propósito, sintetiza Regis Fernandes de Oliveira (2013, p. 132) que, dentre as condutas que podem efetivamente reduzir a corrupção, tem-se a instituição de mecanismos efetivos de controle do gasto público, com organismos fortes e eficazes para a apuração dos desvios e sua respectiva punição.

4.2 Ações, metas e objetivos da ENCCLA e os interesses predominantemente municipais

Os interesses eminentemente locais serão sopesados por meio da apresentação quantitativa e qualitativa, ano a ano, dos trabalhos desenvolvidos pela ENCCLA, com a indicação das ações que a própria estratégia reconhece como destaque, dada a importância da medida, e com os registros das atividades que diretamente mencionam os municípios junto com os demais entes políticos ou se destinam exclusivamente aos interesses precipuamente municipais.

A primeira reunião da ENCCLA de 2003 cuidava apenas de lavagem de dinheiro, em que contemplou 6 objetivos estratégicos e 32 metas, para o exercício de 2004¹⁵³,

¹⁵² ADPF, AJUFE, AMB, ATRICON, AMPCON, ANAPE e ANPR. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/participantes-da-enccla>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁵³ Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-2004>>. Acesso aos 15/06/2019.



com a criação de programa de capacitação, treinamento e especialização, para agentes públicos que atuam no combate à lavagem de dinheiro (ENCCLA, 2012, p. 21). A par do exposto, pela análise da tabela do Programa Nacional de Capacitação publicada no livro da ENCCLA (ENCCLA, 2012, p. 24-31), dos 132 eventos realizados de 2004 a 2012, nenhuma objetivou capacitar e treinar servidores públicos municipais.

As 43 metas da estratégia em 2005 ainda cuidavam somente de lavagem de dinheiro¹⁵⁴, tendo como destaque (ENCCLA, 2012, p. 41) o desenvolvimento de sistema de cadastramento e alienação de bens, direitos e valores apreendidos, sequestrados e arrestados em procedimentos criminais e processos judiciais, atualmente o Sistema Nacional de Bens Apreendidos (SNBA).

Em 2006, as ações foram capitaneadas majoritariamente pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), que definiu os objetivos, em 29 metas¹⁵⁵, com destaque para (ENCCLA, 2012, p. 51) o Laboratório de Tecnologia contra Lavagem de Dinheiro (LAB-LD), que auxilia na a produção de provas relacionada ao combate à lavagem de dinheiro, e atuação interligada e interestadual pela Rede Nacional de Laboratórios contra Lavagem de Dinheiro (REDE-LAB)¹⁵⁶, certo que o respectivo Comitê Gestor da REDE-LAB não tem em sua composição¹⁵⁷ órgão municipal.

O destaque da estratégia em 2007, composta por 33 metas e 20 recomendações¹⁵⁸, decorreu da implantação do Cadastro Nacional de Pessoas Inidôneas e Suspeitas condenadas pela prática de ilícitos em licitações (ENCCLA, 2012, p. 65), e o interesse municipal se deu para realizar capacitação e treinamento de servidores das receitas municipais, estaduais e federal, para identificar lavagem de dinheiro¹⁵⁹.

A estratégia 2008 contém 22 metas¹⁶⁰, com destaque para o Cadastro de Clientes do Sistema Financeiro (CCS) (ENCCLA, 2012, p. 76), e o interesse municipal se deu na

¹⁵⁴ Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-2005>>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁵⁵ Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-2006>>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁵⁶ Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1539808435.69>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁵⁷ Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1539808435.69>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁵⁸ Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-2007>>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁵⁹ Disponível em: < <http://enccla.camara.leg.br/acoes/metas-2007>>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁶⁰ Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-2008>>. Acesso aos 15/06/2019.



promoção da articulação e integração entre os órgãos estaduais e municipais envolvidos no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro¹⁶¹.

Em 2009, desenvolveu-se 9 ações estratégico-operacionais, 4 ações jurídicas e 3 ações de tecnologia da informação¹⁶², sendo o destaque a criação (ENCCLA, 2012, p. 86) da Enciclopédia de Conhecimento da ENCCLA (WICCLA).

A estratégia de 2010, composta de 21 ações e 4 recomendações¹⁶³, deu ênfase à criação do Sistema de Investigação de Movimentações Bancárias (ENCCLA, 2012, p. 95).

A estratégia 2011, em suas 17 ações e 5 recomendações¹⁶⁴, enfocou o trâmite legislativo da Lei de Acesso à Informação (ENCCLA, 2012, p. 108). A preocupação com os municípios tratou da Lei de Responsabilidade Fiscal e na recomendação para que informem, nas publicações dos Diários Oficiais, o número do CPF das pessoas nomeadas ou exoneradas de cargos públicos e funções de confiança, respeitadas as exceções previstas em lei¹⁶⁵.

O destaque das 14 ações e 4 recomendações da ENCCLA 2012¹⁶⁶ foi o fortalecimento do enfrentamento à lavagem de dinheiro, pela Lei n.º 12.683/2012 (ENCCLA, 2012, p. 118) e, em relação à 2013, com 13 ações, 4 recomendações e 1 declaração, os principais objetivos foram o aperfeiçoamento normativo, a prevenção a fraudes licitatórias, a melhoria do sistema de proteção de testemunhas e a interação da ENCCLA com o cidadão¹⁶⁷.

A estratégia de 2014, formada por 14 ações e 9 recomendações e declarações, mencionou os municípios ao objetivar o aperfeiçoamento das normas que garantam o uso obrigatório do Sistema de Convênios do Governo Federal (SICONV)¹⁶⁸ e

¹⁶¹ *Idem*.

¹⁶² Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-2009>>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁶³ Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-2010>>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁶⁴ Disponível em: < <http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2011>>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁶⁵ Disponível em: < <http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2011>>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁶⁶ Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-de-2012>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁶⁷ Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-2013>>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁶⁸ Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes2014>>. Acesso aos 15/06/2019.



propugnou criar e fortalecer as advocacias públicas federais, estaduais e municipais¹⁶⁹. Também, enalteceu a Controladoria Geral paulistana como boa prática e referência ao combate à corrupção¹⁷⁰.

Aos 2015, a estratégia definiu 15 ações, uma recomendação e a expedição da Carta de Teresina que, dentre outras, abordou a necessidade de fortalecer os órgãos de inteligência, investigação, fiscalização e controle da administração pública, garantindo-lhes recursos humanos e financeiros compatíveis com sua missão institucional de combater a corrupção¹⁷¹.

A ENCCLA 2016 consistiu em 13 ações e 6 recomendações, reportando-se aos municípios ao avaliar a transparência nos poderes Legislativo (3 esferas) e Tribunais de Contas (esfera Federal, Estadual e Municipal), na criação de diretrizes para implantação e efetivo funcionamento dos sistemas estadual e municipal de controle interno e no diagnóstico dos modelos de atuação na Advocacia Pública¹⁷². Ainda, recomendou aos municípios a adoção de medidas necessárias para a implementação da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13)¹⁷³.

Em 2017, das 11 ações¹⁷⁴, 3 medidas tencionaram o envolvimento dos interesses municipais a) ao propor normatização para melhoria dos processos de governança e gestão a serem adotados em todos os Poderes e esferas da Federação, com foco no combate à fraude e à corrupção¹⁷⁵; b) desenvolver ações que permitam apoiar a

¹⁶⁹ Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes2014>>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁷⁰ Disponível em: < <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes2014>>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁷¹ Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-da-enccla>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁷² Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-de-2016>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁷³ Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-de-2016>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁷⁴ Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-de-2017>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁷⁵ Os seus resultados estão resumidos no anteprojeto de lei nacional que institui política nacional de integridade, encaminhado ao Senador Ricardo Ferraço, ficando o TCU à disposição para assessoramento ao Senador e esclarecimento de dúvidas; as recomendações da ENCCLA para entidades interessadas conhecerem e divulgarem o Manual de Orientações para Contratação de Serviços de Saúde, publicado em 2016 pelo Ministério da Saúde; e o desenvolvimento de curso à distância sobre integridade na Administração Pública, que será disponibilizado gratuitamente para gestores de órgãos e entidades públicas de estados e municípios de todo o Brasil, com previsão de término em 2018. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2017>. Acesso aos 15/06/2019.



implementação do sistema de controle interno nos estados e municípios¹⁷⁶; e c) estabelecer diretrizes para atuação coordenada da Advocacia Pública e das estatais com o Ministério Público, os órgãos de controle interno e externo e a Polícia, com vistas à prevenção e ao combate à corrupção¹⁷⁷.

A ENCCLA 2018 definiu 11 ações e 2 declarações, ganhando relevo o Plano de Diretrizes de Combate à corrupção, tendo como pilares o fortalecimento das instituições e a articulação interinstitucional nos diversos poderes e entes federados¹⁷⁸.

As 14 ações de 2019¹⁷⁹ se preocuparam com a gestão pública de informações, melhoria no enfrentamento do suborno transnacional, prevenção à corrupção nas compras públicas, maior controle de atos do mercado financeiro, acompanhamento da evolução patrimonial de agentes públicos, responsabilidade por atos de corrupção, aperfeiçoamento e integração de órgãos e análise sobre a lavagem de dinheiro decorrente de crimes tributários.

Por fim, em 2020, das 3 recomendações e das 11 ações apenas duas transcrevem um direcionamento também para os municípios, nomeadamente a elaboração de diagnóstico analítico da estrutura de prevenção à corrupção, bem como a implementação de transparência ativa na realização de despesas públicas.

Por pertinente, apresenta-se gráfico sobre a proporção de todas as metas e ações da estratégia entre as medidas que mencionam os municípios ou visam os interesses municipais e as que não mencionam os municípios ou não visam os interesses municipais.

¹⁷⁶ É o Modelo de Questionário sobre o Sistema de Controle Interno Municipal, encaminhado ao IBGE; a capacitação, Cartilha Práticas Simples para a Estruturação do Sistema de Controle Interno Municipal; e o Modelo de Termo de Ajuste de Conduta, o qual o CNMP encaminhará aos Ministérios Públicos dos Estados. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2017>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁷⁷ Eis o resultado desta ação: Tabela/Quadro com sugestões de cláusulas de colaboração separadas pelos eixos da Prevenção, Detecção e Responsabilização, que será encaminhada às instituições locais e nacionais; recomendação de que as instituições devem organizar-se de forma a ter setores que trabalhem especificadamente com corrupção, mas que nesta área se incluam as formas diversas de atuação para combate do complexo fenômeno social. O documento será encaminhado às instituições locais e nacionais; texto com indicativo normativo de formas de atuação conjunta, que será divulgado juntamente com a Tabela/Quadro; e realização de 3 (três) Seminários Regionais. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2017>. Acesso aos 15/06/2019.

¹⁷⁸ Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-de-2018>. Acesso aos 15/06/2009.

¹⁷⁹ Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla/acoes-enccla/acoes-de-2019>. Acesso aos 15/06/2019.

Metas e ações



Gráfico 2 – Proporção entre todas metas e ações da ENCCLA, direcionadas aos municípios ou interesses predominantemente municipais e não direcionadas aos municípios ou interesses predominantemente municipais.

Ainda, demonstra-se a proporção das recomendações e declarações entre as direcionadas e as não direcionadas aos interesses eminentemente locais.

Recomendações e declarações



Gráfico 3 – Proporção entre todas recomendações e declarações da ENCCLA, direcionadas aos interesses eminentemente locais ou não direcionadas aos interesses eminentemente locais.

A síntese das metas, ações, recomendações e declarações da estratégia, com o enfoque nos principais objetivos e preocupações, mostra que suas atividades objetivaram, sobretudo, os interesses gerais e regionais.

Ocorre que, dentro do pacto federativo, a estratégia, de maneira nacional, poderia imprimir maior importância ao enfrentamento da corrupção nos municípios, combatendo as atividades ilícitas que se imiscuem nos interesses predominantemente locais.



Nesse contexto, cumpre ressaltar que Ricardo Liao (2012, p. 79) pelos idos de 2003 já afirmava “muito há que se fazer para que esta realidade permaneça e se amplie, influenciando de forma colaborativa e construtiva a participação de todos os órgãos ali representados, quer seja federal, estadual ou municipal [...]”.

A propósito, há temas caros ao desenvolvimento social local, em que a estratégia poderia instituir ações de enfrentamento à corrupção. Por exemplo, a implementação e consolidação, no âmbito nacional, da carreira de estado de procuradores municipais, dotados de autonomia, com a constitucionalização da advocacia pública municipal, para o fim de cumprir seu mister de controle de legitimidade dos atos e condutas da administração pública municipal, instrumentos que tornam mais eficiente o enfrentamento à corrupção na seara local.

Ainda, poderia optar por medidas relacionadas aos interesses majoritariamente municipais, tais como saneamento básico, iluminação pública, transporte público coletivo, concurso público, ordenação urbana ou a implementação de um índice de corrupção municipal (MELO *et al*, 2015, p. 392, e AZEVEDO, 2017), temas que demandam uma atuação articulada, intersetorial e interdisciplinar no enfrentamento à corrupção.



5 Conclusão

O pressuposto da federação pátria é que os municípios integram, sob o manto constitucional, a união indissolúvel dos estados-membros com alto e expressivo grau político, elementos caracterizadores da autonomia municipal.

Esta garantia institucional possui proteção e defesa inclusive dos demais estados-membros, de sorte que a atuação da ENCCLA, com todos os benefícios já desenvolvidos para os cidadãos, poderia reequilibrar os interesses públicos gerais, regionais e locais protegidos.

Atento aos altos índices de corrupção nos municípios brasileiros, as informações colhidas neste artigo demonstram a necessidade de maior participação da advocacia pública municipal, como órgão representativo de combate a corrupção no município, e a ampliação do combate da corrupção em relação aos interesses públicos preponderantemente locais.

Nesse contexto, cumpre asseverar que, para o fortalecimento das capacidades de ação no combate à corrupção local, não é suficiente a tutela de órgãos e entidades externas de defesa do Estado.

Nesse contexto, a institucionalização, o aparelhamento e a outorga de garantias aos procuradores municipais são imprescindíveis para a completude da proteção dos entes políticos municipais.

Ressalta-se que o engajamento dos integrantes da advocacia pública municipal, na condição de órgão de controle interno administrativo-fiscalizador, representa o combate precipuamente preventivo da corrupção. É preciso, pois, consolidar e ampliar a participação dos advogados públicos municipais como agentes colaborativos da ENCCLA, a fim de aproximar a estratégia às demandas municipais de combate à corrupção e, de conseguinte, fortalecer os municípios para responder às suas responsabilidades perante a sociedade.

Nesse diapasão, o resultado da maior integração e participação dos membros das procuradorias municipais implica o fortalecimento e amadurecimento tecnológico e humano dos próprios agentes envolvidos, circunstâncias que ampliam a capacidade das ações de defesa do Estado em relação aos atos de corrupção nos municípios.

Portanto, a constitucionalização da advocacia pública municipal e a profissionalização dos procuradores municipais, com a investidura por meio de



concurso público, proporcionam maior proteção ao erário e resguardam com maior amplitude a moralidade administrativa (MENDONÇA *et al*, 2018).

No caso, a mobilização e o engajamento para a adoção e o cumprimento das ações e metas da ENCCLA nos Municípios se mostram mais eficientes quando se envolvem advocacia pública municipal e os procuradores municipais, que possuem a incumbência do controle de legitimidade dos atos administrativos, a revelar uma gestão democrática e participativa.

Enfim, a maior e a concreta participação dos municípios e o equilíbrio na escolha de ações voltadas aos interesses precipuamente municipais aperfeiçoarão a política pública da ENCCLA, pelo que outorgarão maior efetividade ao enfrentamento à corrupção e, não se pode olvidar, fortalecerão o federalismo no Estado brasileiro.



Referências bibliográficas

AZEVEDO, Elis Bianca. Corrupção e governança: relações e impactos no desempenho socioeconômico de municípios paranaenses. 2017. 109 f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

BIASOLI, Roberto. Enccla: Estratégia nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro: 10 anos de organização do estado brasileiro contra o crime organizado.

ENCCLA: um exemplo de união. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCE). Ed. comemorativa – Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 26ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/>>. Acesso aos 15/06/2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Enccla: Estratégia nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro: 10 anos de organização do estado brasileiro contra o crime organizado.** Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCE). Ed. comemorativa – Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCE). Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla>>. Acesso aos 15/06/2019.

CAMPOS, Francisco de Assis Oliveira. Avaliação da Tendência à Corrupção nos Municípios Brasileiros. 2013. Concurso de monografia em finanças públicas. XVIII Prêmio Nacional 2013. Escola Superior de Administração Fazendária. Secretaria do Tesouro Nacional. Ministério da Fazenda. Disponível em: <<https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2521:3:0>>. Acesso aos 19 de agosto de 2019.

FERRAZ, Claudio. Como combater a corrupção?. *In:* palestra realizada em 2016 no Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (MTCF), Brasília, 2016. Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/noticias/2016/09/estudo-relaciona-fiscalizacoes-do-mtfc-com-a-reducao-da-corrupcao-nos-municipios>>. Acesso aos 19 de agosto de 2019.



FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A corrupção como fenômeno social e político**. Revista de Direito Administrativo 185/1-18, jul.-set. 1991.

INOJOSA, Rose Marie. **Intersoriedade e a configuração de um novo paradigma organizacional**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro: FGV, v. 32, n. 2, p. 35-48, mar./abr. 1998.

LIAO, Ricardo. Enccla: Estratégia nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro: 10 anos de organização do estado brasileiro contra o crime organizado. **Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – Enccla**. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCE). Ed. comemorativa – Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo; v. 3. Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Carlos Ari Sundfeld, organizadores. **A administração pública e seus controles**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2004.

MELO, Felipe Luiz Neves Bezerra de; SAMPAIO, Luciano Menezes Bezerra; OLIVEIRA, Renato Lima de. **Corrupção Burocrática e Empreendedorismo: Uma Análise Empírica dos Estados Brasileiros**. Rev. adm. contemp., Curitiba, v. 19, n. 3, p. 374-397 junho 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552015000300374&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 29 de agosto de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1982-7849rac20151611>.

MENDONÇA, Clarice Corrêa de; PORTO, Nathália França Figueiredo; VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.



MOTA, Carlos Pinto Coelho. Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo; v. 3. Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Carlos Ari Sundfeld, organizadores. **Controle da administração pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo; v. 3. Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Carlos Ari Sundfeld, organizadores. **A corrupção como desvio de recursos públicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Coleção doutrinas essenciais: direito administrativo; v. 3. Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Carlos Ari Sundfeld, organizadores. **O controle da administração pública na Constituição brasileira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RODRIGUES, Antônio Gustavo. Enccla: Estratégia nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro: 10 anos de organização do estado brasileiro contra o crime organizado. **ENCCLA 10 ANOS**. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCE). Ed. comemorativa – Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

SOBRINHO, Jorge Hage. Enccla: Estratégia nacional de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro: 10 anos de organização do estado brasileiro contra o crime organizado. **A articulação interinstitucional como instrumento fundamental de combate à corrupção**. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCE). Ed. comemorativa – Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Pesquisa Barômetro de corrupção global. América latina e Caribe. 2017. Disponível em: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_on_the_rise_in_latin_america_and_the_caribbean. Acesso aos 19 de agosto de 2019.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL BRASIL. Índice de percepção da corrupção 2018. 2019. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso aos: 19 de agosto de 2019.



A INTIMAÇÃO PESSOAL COMO PRERROGATIVA DA FAZENDA PÚBLICA

Fernanda Alves Pereira¹⁸⁰ - Maria Cleide Magalhães Bicca¹⁸¹

Suelane Ferreira Suzuki¹⁸² - Sumaia Popiolek Sfredo¹⁸³

Introdução

A Fazenda Pública revela-se como fautziz do interesse público, razão pela qual é detentora de prerrogativas processuais próprias, destinadas a assegurar a efetividade de tal proteção. O caráter obrigatório de defesa por parte do ente público, o maior volume de trabalho e a maior burocracia nas atividades são algumas das razões apontadas como autorizadoras das prerrogativas processuais, criadas como forma de atender aos interesses da coletividade com eficácia.

Em nosso ordenamento processual, as prerrogativas concedidas à Fazenda Pública para atuar em juízo têm se consolidado ao longo dos anos, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência dos tribunais, e estão esparsas em diversas leis e medidas provisórias, tais como o Código de Processo Civil e a Lei de Execução Fiscal.

Dentre tais prerrogativas, destaca-se a intimação pessoal perante o órgão de Advocacia Pública responsável pela representação judicial do ente público, prevista no artigo 183 do Código de Processo Civil. Conforme alude o referido dispositivo legal, a intimação deve ser pessoal, a realizar-se via carga, remessa ou meio eletrônico.

Nesse ponto, o presente artigo visa analisar, a partir de experiências vivenciadas no cotidiano da Advocacia Pública, e através da observância de decisões proferidas pelos tribunais, a efetividade e a concretização de tal direito no âmbito prático. Pretende-se, assim, realizar um estudo acerca de como os órgãos julgadores têm

¹⁸⁰ Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Pós-graduanda em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Procuradora do Município de Ribeirão Preto/SP, email: fernandaap_92@hotmail.com

¹⁸¹ Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Piauí e em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas Professor Camilo Filho; Pós-graduanda em Direito Trabalho e Previdenciário pelo Verbo Jurídico de Porto Alegre. Pós-graduanda em Direito Constitucional e Tributário pela Faculdade Metropolitana. Procuradora do Município de Ribeirão Preto/SP, e-mail: cleidebicca@gmail.com

¹⁸² Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Garanhuns. Pós-graduanda em Direito Imobiliário e Urbanístico e em Direito Empresarial e Processo Falimentar pela Universidade Cândido Mendes. Procuradora do Município de Ribeirão Preto/SP, e-mail: suelane.ferreira@gmail.com

¹⁸³ Graduada com láurea acadêmica em Administração pela Universidade Assis Grugacz e em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria. Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Unyleya. Procuradora do Município de Ribeirão Preto/SP, e-mail: sumaipopiolek@hotmail.com



interpretado os dispositivos legais aplicáveis à intimação do ente público, visando, com isso, o aprimoramento da atuação.

A importância deste artigo se justifica para preservar a integridade de diversos princípios processuais, tais como a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público, coibindo a proliferação de práticas processuais que enfraqueçam a segurança jurídica e as disposições normativas relativas as prerrogativas concedidas pelo legislador à Fazenda Pública.

A pesquisa jurisprudencial e doutrinária será o método precipuamente utilizado para se alcançar a conclusão, com o objetivo de se interpretar a lei de acordo com a finalidade proposta.

Conforme se intenciona demonstrar, a efetiva observância das prerrogativas inerentes aos entes públicos em juízo é de fundamental importância para a asseguuração e defesa do interesse público. A Advocacia Pública exerce relevante função para a agilidade dos sistemas de justiça, implementação de políticas públicas e consolidação institucional de valores democráticos, humanistas e sociais, de modo que a correta interpretação e aplicação das leis concernentes ao Estado em juízo é de crucial significância para o alcance de tais objetivos.

2. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Antes de adentrar nas prerrogativas propriamente ditas, faz-se necessária uma análise da definição de Fazenda Pública para que se possa identificar as entidades que estão abarcadas pelas prerrogativas processuais previstas no Código de Processo Civil.

No âmbito da Administração Direta estão inseridos todos os entes federativos, quais sejam: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. No que se refere à Administração Indireta, incluem-se as autarquias, pessoas jurídicas de direito público que exercem atividade típica de Estado, as quais se submetem ao regime dual administrativo que engloba tanto as limitações, como as prerrogativas.

Inclui-se também as fundações públicas, uma vez que possuem regime jurídico muito aproximado das autarquias e é por essa razão que a doutrina majoritária de Direito Administrativo as classifica como autarquias fundacionais. O mesmo acontece com as agências reguladoras e executivas.



Por último, necessário incluir os consórcios públicos, instituídos pela Lei 11.107/05, quando constituídos sob personalidade jurídica de direito público, possuindo forma de associação pública e tem seu regime assemelhado às autarquias públicas, de sorte que integram o conceito supracitado. Já os consórcios constituídos sob a personalidade de direito privado se assemelham às associações do Direito Civil, não estando, portanto, incluídos no sistema de prerrogativas.

Não estão incluídos no conceito de Fazenda Pública as entidades da administração indireta sociedade de economia mista e empresa pública, com exceção da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).

2.1 Principais Prerrogativas Previstas no Código de Processo Civil

2.1.1 Prazos

O Código de Processo Civil de 2015 inovou acerca da disposição dos prazos processuais para a Fazenda Pública, na medida em que uniformizou o tratamento dado à matéria, estabelecendo prazo único (dobro) para todas as manifestações em juízo, com exceção dos prazos especiais constantes em leis especiais e dos prazos próprios.

Há quem diga que essa prerrogativa seria inconstitucional por violar o princípio da isonomia. Entretanto, isso não merece prosperar, tendo em vista que o princípio da isonomia não é o tratamento igual de todos, mas sim o tratamento diverso, na medida das diferenças, ou seja, isonomia é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Não resta dúvida de que o tratamento desigual para a advocacia pública no que se refere ao cumprimento de seus prazos é coerente com o regime jurídico de direito público, uma vez que não se trata de uma advocacia igual à particular, pois o advogado público depende da resposta de outros setores da Administração Pública para subsidiar a defesa do ente público, sendo necessário um prazo mais dilatado para isso.

Na lição de Guilherme Freire de Melo Barros, citando Hélio do Vale, tem-se como argumentos favoráveis à constitucionalidade do dispositivo do Código de Processo Civil os seguintes argumentos:

Em primeiro lugar é preciso observar a complexidade da estrutura administrativa dos entes públicos. O trânsito de informações entre as repartições públicas, a comunicação dos atos, as



manifestações administrativas são naturalmente lentas. Para a elaboração da defesa do Estado, o advogado público encaminha pedidos de informações a outros órgãos e repartições públicas e, naturalmente, há certa demora para a resposta. Não se trata aqui de apego ao mero formalismo, tampouco de leniência com a burocracia pública. A Administração Pública, para atender ao preceito do art. 37 da Constituição, deve ser eficiente, deve possuir uma estrutura dinâmica, interligada e enxuta, sem sobreposição de órgãos e repartições com funções idênticas. Ainda assim, não se pode perder de vista que a Administração Pública atua pautada pelo ato administrativo, que possui forma própria, que precisa atender a determinados requisitos. Há, na esfera pública, uma inescapável e necessária formalização dos atos administrativos, para fins de documentação e controle do serviço público – inclusive em benefício da sociedade, que deve poder fiscalizar a conduta administrativa. Portanto, a obtenção de informação administrativa para elaboração da defesa do Estado leva certo tempo para ocorrer. Em contrapartida, o particular, seja pessoa natural ou jurídica, ao se ver envolvido em um litígio, já comparece ao escritório de seu advogado munido de diversos documentos – ou prontamente os obtém para atender às necessidades de sua demanda. Dessa forma, é preciso reconhecer que a advocacia pública precisa de mais tempo para coletar informações a fim de elaborar adequadamente sua defesa. (BARROS, 2018, p. 44).

2.1.2 Remessa necessária

Apesar do presente instituto possuir diversas outras terminologias, como reexame necessário e duplo grau de jurisdição obrigatório, o Código de Processo Civil de 2015 adotou uma terminologia única, que é remessa necessária, mantendo-a no capítulo referente à coisa julgada, afastando-a definitivamente do capítulo referente a recursos, conforme disposto abaixo:



Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. §1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á. §2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária. §3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: I – 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; III – 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. §4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I – súmula de tribunal superior; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

A remessa necessária é um instituto típico e exclusivo do regime jurídico de direito processual público, tendo sua aplicação relacionada diretamente com a participação do ente público na demanda.

Tem origem no direito português, onde originalmente recebeu o nome de recurso de ofício. Antes do Código de Processo Civil de 1939, possuía previsão em leis esparsas



que impunham ao juiz o dever de apelar de suas sentenças proferidas em questões cíveis e causas julgadas em desfavor da Fazenda Nacional.

O CPC de 1939 previu a apelação necessária em três hipóteses: declaração de nulidade de casamento, homologação de desquite amigável e sentenças proferidas contra a União, Estado ou Município. Naquela época, figurava na sistemática recursal, sendo alvo de críticas doutrinárias, por não conter voluntariedade, característica essencial do conceito de recurso.

Já no Código de Processo Civil de 1973 o legislador não inseriu o instituto no título pertinente aos recursos, dispondo-o no capítulo referente à sentença e à coisa julgada. Tinha previsão para três situações: (i) anulação de casamento; (ii) sentença contrária a União, Estado e Município e (iii) improcedência da execução da dívida ativa da Fazenda Pública.

A Lei 10.352/2001 deu nova sistemática ao reexame necessário para reduzir seu âmbito de aplicação. O novo código de 2015 reduziu ainda mais o número de hipóteses de aplicação da revisão obrigatória pelo tribunal (art. 496).

O instituo em estudo representa um verdadeiro instrumento de proteção do ente público, de forma que, vencido o Estado nas situações previstas no dispositivo, a sentença precisa necessariamente ser submetida à revisão pelo Tribunal respectivo, funcionando como um requisito de eficácia da sentença, sendo essa a sua natureza jurídica, conforme grande parte da doutrina.

O que justifica a existência da remessa necessária é primordialmente o interesse público, o qual deve sempre ser preservado. Quando o Estado é derrotado em juízo pode haver graves prejuízos para toda a sociedade, na medida em que os valores despendidos para o pagamento dessas decisões implicam diretamente na prestação dos serviços essenciais, além de impedir a realização de projetos de melhorias para toda a coletividade.

Considerando a responsabilidade do Estado frente à coletividade, sendo responsável por singulares deveres constitucionais, cabendo a ele a prestação de serviços públicos essenciais, a remessa necessária se mostra compatível com a Constituição, tendo em vista que o instituto busca evitar que o Poder Público seja condenado equivocadamente e com isso sofra prejuízos que impeçam ou dificultem o cumprimento de seus deveres constitucionais.



O art. 496 do Código de Processo Civil prevê duas hipóteses de aplicação do instituto, sendo a primeira referente a sentenças proferidas contra os entes públicos e a segunda trata da procedência de embargos à execução fiscal.

Conforme consta no art. 496, a previsão da remessa necessária será quando houver sentença proferida contra a Fazenda Pública, o que afasta a hipótese nos casos de decisões interlocutórias, dentre elas as tutelas de urgência e as liminares em mandado de segurança. Também não é cabível contra sentenças terminativas, uma vez que nestas o interesse público não estaria ameaçado, entendimento este seguido pelo Superior Tribunal de Justiça.

A remessa necessária só é cabível nos casos de sentenças proferidas em primeiro grau, não alcançando as decisões proferidas em sede de tribunal. Também não é utilizada contra sentenças homologatórias em que o Estado reconhece juridicamente o pedido do autor ou quando há transação entre as partes (art. 487, III, “a” e “b”).

Os §§ 3º e 4º do artigo 496 do Código de Processo Civil dispõem sobre os casos em que se dispensa a remessa necessária. O primeiro adota critérios puramente objetivos. No primeiro caso, para que não se tenha a remessa necessária, a sentença deve ser líquida e certa. Além disso, se o valor da condenação for exatamente igual a um dos valores previstos nos incisos do §3º, haverá a remessa, tendo em vista a regra hermenêutica de que normas restritivas devem ser interpretadas literalmente.

Também não será o caso de remessa necessária a sentença fundada em súmula de tribunal superior, a fundada em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recursos repetitivos, em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

2.1.3 Da intimação pessoal da Fazenda Pública

O art. 180 se aplica às pessoas jurídicas de direito público, assim como também se aplica à Defensoria Pública e ao Ministério Público. Além da intimação pessoal, o parágrafo primeiro do citado artigo expõe as modalidades pela qual ela pode ser feita:



Art. 180. (...) § 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

A intimação por carga e a intimação por remessa se dão em processos físicos. Na primeira, os autos são retirados diretamente do cartório e, ocasião em que se considera o membro da Advocacia Pública, da Defensoria ou do Ministério Público intimado de qualquer decisão, ainda que pendente de publicação.

A intimação por remessa ocorre quando os autos são enviados ao órgão. Por conta disso, muito se debateu se o início da contagem se daria no dia da remessa dos autos com vistas ou no dia da ciência, por escrito, do representante do órgão. Para dirimir essa questão, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a contagem do prazo se inicia com a remessa dos autos com vistas, por não ter sentido esperar a ciência do representante, quando os autos já estão a sua disposição para consulta.

A intimação por meio eletrônico, atualmente, é a mais utilizada, pois, além de ser adotada como preferencial, com a progressiva extinção dos processos físicos, será a predominante.

No início da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 houve o entendimento por parte de alguns magistrados de que a publicação em Diário da Justiça Eletrônico seria suficiente para preencher o requisito da intimação eletrônica. Entretanto, esse não é o entendimento que predomina atualmente, conforme será detalhado adiante.

Ocorre que as publicações nos Diários da Justiça Eletrônica possuem a finalidade de satisfazer o requisito da publicidade. Já a intimação pessoal tem que ser realizada em portal próprio, em consonância com o disposto no §2º do artigo 4º da Lei 11.419/2016.

Além disso, cumpre ressaltar que o art. 231, inciso V, do Código de Processo Civil, determina ser o começo do prazo o dia útil seguinte à consulta ao teor da intimação ou o seguinte ao término do prazo dado para que ela seja realizada.

2.1.4 Execução em face da Fazenda Pública

No que tange à execução por quantia certa contra o Poder Público, o regime jurídico de direito processual público é especial, pois os seus bens são inalienáveis e impenhoráveis, além do aspecto relevante do princípio da continuidade dos serviços



públicos, dada a sua essencialidade e o benefício à coletividade, não sendo passíveis de interrupção.

O regramento encontra previsão basicamente na Constituição federal, em seu art. 100, com complementação dos art. 534 e 535 do CPC. Quando a Fazenda Pública é a executada, não se segue a previsão contida no artigo 524, VII, do Código de Processo Civil, uma vez que não é possível indicar bens passíveis de penhora, pelo fato de os bens públicos serem inalienáveis e, por consequência, impenhoráveis.

Nos cumprimentos de sentença para pagar quantia certa, a Fazenda Pública não é intimada para pagar no prazo de 15 dias sob pena de multa de 10% e honorários advocatícios de 10%. A intimação ocorre nos termos do artigo 535 do CPC:

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução (...).

Assim, a Fazenda Pública não será intimada para pagar, até porque seu pagamento se dá por RPV ou precatório, não sendo possível que seja feito no exíguo prazo de 15 dias previsto pelo artigo 523 do Código de Processo Civil. Por essa razão, o artigo 534, § 2º, expressamente exclui a aplicabilidade da multa de 10%:

Art. 543. (...) § 2º. A multa prevista no § 1º do art. 523 não se aplica à Fazenda Pública.

O pagamento dos débitos pelo ente público poderá ocorrer de duas formas, a depender da quantia a ser paga, podendo ser por precatório ou requisição de pequeno valor (RPV), cada uma com regramento próprio previstos no art. 100 da Constituição Federal.

As prerrogativas colocadas a favor da Fazenda Pública jamais poderão ser confundidas, nem entendidas como privilégios, pois este dá uma ideia de desigualdade injustificada, sem fundamento que o legitime. É a vantagem pela vantagem. Já as prerrogativas têm fundamento, o de nivelar uma relação acidentada e desigual. Encontra-se exatamente pautada na isonomia material, sendo esta a igualdade propriamente dita. Sua origem está na clássica lição de Aristóteles, encontrada em



qualquer manual que se propõe a explicar esse conceito, sendo preciso tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Isto posto, as prerrogativas não são arbitrárias, nem se configuram privilégios, uma vez que se coadunam com a sistemática constitucional da isonomia material.

3. DA EVOLUÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DA INTIMAÇÃO PESSOAL COMO PRERROGATIVA DA FAZENDA PÚBLICA

A intimação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público deve ser realizada perante o órgão de Advocacia Pública responsável por sua representação judicial, nos termos do parágrafo 3º do artigo 269 do Código de Processo Civil de 2015.

A intimação, perante o órgão de Advocacia Pública, deve ser pessoal, fazendo-se por carga, remessa ou meio eletrônico, conforme assegura o artigo 183 do CPC, *in verbis*:

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da **intimação pessoal**.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por **carga, remessa ou meio eletrônico**.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

Antes, o Código de Processo Civil de 1973 não previa a intimação pessoal da Fazenda Pública. Tal prerrogativa era assegurada, por meio de legislação esparsa, somente aos membros da Advocacia-Geral da União, ou seja, aos Advogados da União, aos Procuradores da Fazenda Nacional, aos Procuradores Federais e aos Procuradores do Banco Central.

A Lei nº 9.028 de 1995, que dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, em seu artigo 6º, *caput*, prevê:



Art. 6º A intimação de membro da Advocacia-Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente.

Com relação, especificamente, aos Procuradores do Banco Central e aos Procuradores Federais, responsáveis pela representação das Autarquias e Fundações de Direito Público Federais, a intimação pessoal também é assegurada pelo artigo 17 da Lei nº 10.910 de 2004, vejamos:

Art. 17. Nos processos em que atuem em razão das atribuições de seus cargos, os ocupantes dos cargos das carreiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil serão intimados e notificados pessoalmente.

Verifica-se que os procuradores dos Estados e dos Municípios não gozavam da prerrogativa da intimação pessoal em todos os processos, mas, tão somente, nos processos referentes a execuções fiscais, na forma do artigo 25 da Lei nº 6.830/1980, que dispõe o seguinte:

Art. 25. Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita **pessoalmente**.

Parágrafo Único – A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria.

Somente com advento do atual Código de Processo Civil, em vigor a partir de 18 de março de 2016, a prerrogativa de intimação pessoal, em qualquer processo, passou a ser assegurada a toda a Advocacia Pública, que inclui a da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público.

A prerrogativa de intimação pessoal, de toda a Advocacia Pública, deve ser observada em qualquer processo, até mesmo naqueles em trâmite nos Juizados Especiais, conforme Enunciado 29 do Fórum Nacional do Poder Público:



29. Aplica-se a intimação pessoal nos processos que tramitam sob o procedimento dos **juizados especiais**, conforme o art. 183, § 1º, do CPC.

Importante ressaltar que a intimação pessoal é prerrogativa da Fazenda Pública, seja figurando como parte no processo, seja participando como interessada ou *amicus curiae*. Nesse sentido, o Enunciado 7 do Fórum Nacional do Poder Público:

7. A prerrogativa de intimação pessoal da Fazenda Pública aplica-se a todos os casos em que ela participe do processo, como **parte, interessada ou *amicus curiae***.

Conforme exposto acima, a intimação pessoal dos advogados públicos deve ser feita por carga, remessa ou meio eletrônico (art. 183, §1º, do CPC).

Quanto aos processos físicos, o Enunciado 28 do Fórum Nacional do Poder Público prevê a necessidade de intimação por carga ou remessa. Confira-se:

28. Nos processos físicos, a intimação pessoal somente se realiza por carga ou remessa dos autos, sendo nula a intimação realizada por outros meios, inclusive por meio eletrônico.

O atual Código de Processo Civil, em seu artigo 270, determina a realização da intimação, sempre que possível, por meio eletrônico, na forma da Lei nº 11.419 de 2006, *in verbis*:

Art. 270. As intimações realizam-se, sempre que possível, **por meio eletrônico**, na forma da lei.

Parágrafo único. Aplica-se ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Advocacia Pública o disposto no § 1º do art. 246.

Art. 246. A citação será feita:

[...]

§ 1º Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter



cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.

Na forma do artigo 5º da Lei nº 11.419/2006, a intimação por meio eletrônico se refere àquela feita em portal próprio, e não à publicação no Diário Oficial de Justiça ou ao envio de correspondência eletrônica:

Art. 5º. As intimações serão feitas **por meio eletrônico em portal próprio** aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

[...]

§ 4º **Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica**, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual nos termos do § 3º deste artigo, aos que manifestarem interesse por esse serviço.

[...]

§ 6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, **serão consideradas pessoais** para todos os efeitos legais.

Note-se que a intimação por meio eletrônico, feita em portal próprio, é considerada intimação pessoal, de acordo também com o artigo 9º, §1º, da Lei nº 11.419/2006:

Art. 9º. No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas **por meio eletrônico**, na forma desta Lei.

§ 1º As citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o **acesso à íntegra do processo** correspondente serão consideradas **vista pessoal** do interessado para todos os efeitos legais.



Corroborando o previsto na Lei nº 11.419/2006, a Resolução nº 185/2013 do Conselho Nacional de Justiça estabeleceu, no parágrafo 1º do seu artigo 19, que só se considera intimação pessoal, por meio eletrônico, aquela que viabilize o acesso à íntegra do processo correspondente. Veja-se:

Art. 19. No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, far-se-ão por **meio eletrônico**, nos termos da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

§ 1º As citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o **acesso à íntegra do processo** correspondente serão consideradas **vista pessoal** do interessado para todos os efeitos legais, nos termos do § 1º do art. 9º da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

A intimação por meio de publicação no Diário Oficial de Justiça só deve ser realizada na hipótese de não existir o portal próprio para intimação por meio eletrônico, consoante artigo 272 do Código de Processo Civil:

Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

Contudo, referida publicação no Diário Oficial de Justiça não será considerada intimação pessoal da Fazenda Pública, conforme artigo 4º, §2º, Lei nº 11.419/2006:

Art. 4º Os tribunais poderão criar **Diário da Justiça eletrônico**, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

[...]

§ 2º A publicação eletrônica na forma deste artigo **substitui** qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos



legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

Nesse sentido é o Enunciado 8 do Fórum Nacional do Poder Público:

8. A intimação por meio eletrônico a que se refere o § 1º do art. 183 do CPC **não se realiza por Diário da Justiça eletrônico, nem por e-mail.**

Seguindo o mesmo raciocínio, o Enunciado 401 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

401. Para fins de contagem de prazo da Fazenda Pública nos processos que tramitam em autos eletrônicos, **não se considera como intimação pessoal a publicação pelo Diário da Justiça Eletrônico.**

Assim, na eventual impossibilidade de intimação pessoal da Fazenda Pública, por meio eletrônico, em portal próprio, a intimação pessoal será realizada por oficial de justiça, na forma do Enunciado 12 do Fórum Nacional do Poder Público:

12. Quando a intimação, no processo eletrônico, frustrar-se ou não for possível, deve **realizar-se por oficial de justiça** mediante mandado que preencha os requisitos do art. 250, entre os quais se insere a cópia do despacho, da decisão ou da sentença (arts. 250, V e 269, § 2º, CPC), aplicando-se o disposto no inciso II do art. 231, CPC, quanto à contagem do prazo.

Verifica-se, portanto, que a intimação por meio eletrônico deve ser feita em portal próprio, que viabilize o acesso à íntegra do processo, a fim de que se observe a prerrogativa de intimação pessoal da Fazenda Pública.



4. A EFETIVIDADE DA PRERROGATIVA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA FAZENDA PÚBLICA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS

Não obstante o Código de Processo Civil de 2015, como visto, tenha consolidado a necessidade de intimação pessoal da Fazenda Pública Estadual e Municipal, nos mesmos moldes em que já prevista às diversas carreiras da Advocacia Pública Federal e também aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, a implementação dessa prerrogativa tem encontrado diversos obstáculos de ordem prática e jurídica.

Sob justificativas diversas, que vão desde restrições orçamentárias e de pessoal até uma interpretação ampliativa do conceito de “meio eletrônico”, tem-se que em alguns tribunais pátrios a regra contida no art. 183 do Código de Processo Civil carece de efetividade, notadamente em relação aos processos que ainda tramitam em meio físico.

Exemplo emblemático dessa situação é o Comunicado Conjunto nº 379/2016 oriundo da Presidência e da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, exortando a “paciência, bom senso e razoabilidade” dos sujeitos processuais e sob a justificativa de concretização dos princípios da boa-fé, da cooperação e da razoável duração dos processos, recomenda aos Juízes de Direito seja a Fazenda Pública intimada por intermédio do Diário de Justiça Eletrônico (Dje), à despeito do referido dispositivo legal determinar que a intimação da Fazenda Pública deve ser feita por meio de carga, remessa ou meio eletrônico.

Outra não é a jurisprudência que se firmou no Tribunal de Justiça Bandeirante desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que, indo além das justificativas de ordem prática, entende que a prerrogativa de intimação pessoal da Fazenda Pública resta atendida com a disponibilização dos atos processuais no Dje, por entender ser este veículo equivalente ao “meio eletrônico” mencionado no § 1º do art. 183 do novel diploma processual.¹⁸⁴

Na mesma linha é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul manifestado no Ofício nº 51/2016, expedido pela 1ª Vice-Presidência, o qual consigna não haver qualquer necessidade de acesso integral aos autos do processo para efetivação da intimação por meio eletrônico, sendo suficiente “o acesso integral ao

¹⁸⁴ Agravo De Instrumento. Cumprimento De Sentença. Intimação Pessoal. O Código de Processo Civil não exige que a intimação pessoal dos entes públicos se dê, exclusivamente, por carta, mandado ou carga. A intimação pessoal pelo Diário da Justiça Eletrônico é suficiente para cumprimento da prerrogativa prevista no art. 183 do CPC. Multa diária. (...). (TJSP; Agravo de Instrumento 2172373-08.2020.8.26.0000; Relator (a): Alves Braga Junior; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Ribeirão Pires - 2ª Vara; Data do Julgamento: 24/08/2020; Data de Registro: 24/08/2020).



conteúdo dos documentos que compõem a comunicação processual”, sob o argumento de que “o art. 183, § 1º do CPC/15, permite a intimação pessoal por qualquer um dos meios ali previstos, sem especificação do que seja meio eletrônico”.

Por outro lado, é possível encontrar julgados em sentido diametralmente oposto, assegurando o respeito à prerrogativa dos Advogados Públicos de intimação pessoal e rechaçando a interpretação que admite que esta pode ser suprida pela publicação do ato decisório no Dje¹⁸⁵. Veja-se, por todos, a seguinte emenda oriunda do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Apelação cível – Ação Monitória – Preliminar de não conhecimento do recurso – Afastamento – Mérito – Servidor público – Pagamento de diferenças salariais – Consectários da condenação – Observância do Resp. 1.492.221 do STJ – Recurso ao qual se dá parcial provimento. 1. Dado que a Fazenda Pública goza da prerrogativa de intimação pessoal nos processos físicos (art. 183, § 1º do Código de Processo Civil), irrelevante para a fluência do prazo recursal a publicação no DJE. Apelação tempestiva. (...) (TJMG – Apelação Cível 1.0209.16.003010-9/001, Relator(a): Des.(a) Marcelo Rodrigues, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/01/2020, publicação da súmula em

¹⁸⁵ Juizados Especiais Cíveis. Processual Civil. Embargos de Declaração. Ausência de vícios no Acórdão. Impossibilidade de reexame de mérito. Ausência de intimação pessoal da Fazenda Pública. Prejuízos não verificados. Embargos conhecidos e rejeitados. 1. Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Distrito Federal contra acórdão, o qual alega que houve erro material/omissão/contradição no acórdão vergastado, uma vez que não houve intimação pessoal do Distrito Federal, nos moldes do art. 183 do CPC/2015. (...) . 4. De fato, o art. 183, § 1º, do CPC/15 dispõe que a intimação pessoal do Distrito Federal dever ser realizada por carga, remessa ou meio eletrônico, de modo que a intimação disponibilizada no DJE do em 22 de junho de 2016 não tem a validade necessária para embasar a certidão de fl. 312, que atestou a fluência "in albis" do prazo para apresentação de contrarrazões. (...) (Acórdão 996470, 20160110155694ACJ, Relator: Flávio Fernando Almeida da Fonseca, 1ª Turma Recursal, data de julgamento: 16/2/2017, publicado no DJE: 22/2/2017. Pág.: 1158/1162).

Processual Civil. Apelação. Embargos à Execução. Ausência de intimação pessoal da Fazenda Pública Municipal acerca dos cálculos judiciais. Violação ao art. 183 do CPC. A intimação do representante da Fazenda Pública Municipal deve ser feita de forma pessoal. Prerrogativa conferida pelo atual CPC. Intimação do Município através do Diário da Justiça. Nulidade. Aplicação do art. 280 do CPC. Recurso Provido. - Não tendo o representante judicial da Fazenda Pública Municipal sido intimado pessoalmente para impugnar os cálculos de fls. 20, como determina o art. 183 do CPC, o que lhe trouxe prejuízo, verifica-se a ocorrência de nulidade, devendo ser desconstituída a sentença e anulado o processo a partir das fls. 22 dos autos, oportunizando à Fazenda Pública Municipal a apresentação de impugnação. - Apelo provido. (TJPB - Acórdão/Decisão do Processo nº 00006247920148151161, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator Des. Luiz Silvio Ramalho Júnior, j. em 28/06/2019.



07/02/2020)

Esse último entendimento tem prevalecido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com exceção dos casos em que o órgão de representação da Fazenda Pública desatende o dever de cadastramento para recebimento de intimações eletrônicas, previsto no art. 1.050 do Código de Processo Civil, como se pode observar a partir da leitura do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MUNICÍPIO. INTIMAÇÃO PESSOAL. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. 1. Os embargos de declaração têm ensejo quando há obscuridade, contradição, omissão ou erro material no julgado, a teor do disposto no art. 1.022 do CPC/2015. 2. No caso, o acórdão embargado não conheceu do agravo interno por intempestividade, sem apreciar preliminar em que a parte agravante, ora embargante, suscitava a ausência de sua intimação pessoal. 3. Conforme informou a Coordenadoria da Primeira Turma, a intimação pessoal não se efetivou porque o Município/embargante não procedeu ao seu cadastramento no Sistema de Intimação Eletrônica do Superior Tribunal de Justiça, como determina o art. 1.050 do Código de Processo Civil de 2015. 4. Embora o embargante tenha a prerrogativa de cômputo do prazo recursal a partir da intimação pessoal (CPC/2015, art. 183), inexistente nulidade na contagem do prazo da publicação no Diário de Justiça eletrônico, no caso presente. 5. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes, para sanar a omissão apontada. (Edcl no AgInt no Resp 1668146/SE, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/12/2018, Dje 20/02/2019)

Na seara administrativa, não obstante, conforme demonstrado no tópico anterior, ter a Resolução nº 185/2013 do CNJ estabelecido no § 1º do seu art. 19 que só se considera intimação pessoal por meio eletrônico, nos termos da Lei nº 11.419/06, aquela que viabilize o acesso à íntegra do processo correspondente, o tema ainda é objeto de divergência no referido conselho. Enquanto no PCA nº 0004199-36.2016.2.00.0000,



instaurado em face do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a decisão monocrática final, consignou que:

(...) Contudo, QUANTO A INTIMAÇÃO PESSOAL, o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, através de seu artigo 183 e parágrafos, concedeu à Advocacia Pública a prerrogativa da **intimação pessoal, nas mesmas condições previstas para o Ministério Público** e Defensoria Pública. (...) Ademais, o citado preceito, em seu parágrafo 1º, relaciona as formas pelas quais poderá ser efetivada a intimação pessoal dos advogados públicos, sendo que as duas primeiras modalidades, **carga e remessa, se referem aos processos que tramitam em meio físico** e a última, por meio eletrônico, em geral, aos que possuem seu trâmite por meio eletrônico. (...) Se isso já não bastasse, a Resolução 185/2013 do CNJ, ao definir, em seu artigo 3º, inciso VI, o sentido da expressão “meio eletrônico”, e mais à frente, no parágrafo 1º do artigo 19, determinou que **apenas serão consideradas vista pessoal os atos de comunicação que viabilizem o acesso à íntegra do processo** correspondente: (...) Ou seja, é necessário, por imposição legal, que a comunicação eletrônica dos atos processuais seja acompanhada da disponibilização de consulta integral aos autos, para valer efetivamente como vista pessoal. (...) Concluo, portanto, que a forma de intimação do Ente Público, realizada pelo Eg. TJRS, não respeita a prerrogativa de intimação pessoal definida pelo artigo 183 do Código de Processo Civil. E quanto ao acesso aos autos em processo judicial eletrônico, não atende aos ditames da Lei 11.419/2006 e da Resolução CNJ 185/2013. Assim, diante dos fundamentos acima transcritos, **julgo procedente o pedido**, confirmando a liminar anteriormente deferida, determinando ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que realize a intimação pessoal dos Entes Públicos requerentes, mediante carga ou remessa dos autos, nos processos físicos; e nos processos eletrônicos disponibilize o acesso integral aos autos. (...) (CNJ – PCA – Pedido de Controle Administrativo – 0004199-36.2016.2.00.0000 – Rel. EMMANOEL CAMPELO –



Julgamento: 26/09/2016).

No PCA nº 0006560-26.2016.2.00.0000, por sua vez, instaurado para o fim de impugnar os termos do Comunicado Conjunto nº 379/2016, acima mencionado, restou decidido que:

(...) Ora, a sistemática pretendida pelo requerente com a anulação do Comunicado (de remessa dos autos físicos aos órgãos da Procuradoria Geral do Estado) constitui umas das formas de intimação pessoal, no entanto, não é a única. O Código de Processo Civil introduziu modificações no ordenamento jurídico e, no que toca à Fazenda Pública, previu que a respectiva intimação, conforme o contido nos artigos 183 e 269, § 3º, será sempre pessoal e realizada mediante carga, remessa **ou meio eletrônico**. Complementando, o outro diploma legal evocado pelo requerente, a Lei 11.419/2006, não restringiu o uso de intimações eletrônicas aos processos eletrônicos, a exemplo do seu sexto artigo: (...) Assim, por considerar que o ato que ora se questiona encontra-se ajustado aos comandos legais pertinentes, atendendo, ainda, à realidade do maior tribunal brasileiro, notadamente ao priorizar a economia de tempo, dinheiro e trabalho, tenho que o pedido é manifestamente improcedente.(...) (CNJ – PCA – Pedido de Controle Administrativo – 0006560-26.2016.2.00.0000 – Rel. VALDETÁRIO ANDRADE MONTEIRO – Julgamento: 20/09/2017).

Nota-se, assim, que a intenção do legislador do Novo Código de Processo Civil de uniformizar e conferir tratamento igualitário, ao menos no que diz respeito às prerrogativas de ordem processual, aos membros da Advocacia Pública, do Ministério Público e da Defensoria Pública, reconhecendo no exercício dessas funções essenciais à justiça, em todas as esferas políticas, a especial missão de resguardar o interesse público e social, carece ainda de concretização e efetividade.



Conclusão

As prerrogativas processuais concedidas pelo legislador à Fazenda Pública para atuar em juízo são de grande importância na prática da Advocacia Pública, haja vista que permitem maior efetividade e eficiência na defesa do interesse público.

A despeito de existirem entendimentos em sentido contrário, a existência de prerrogativas não é inconstitucional e nem se configura privilégio, uma vez que se coaduna com a sistemática constitucional da isonomia material.

O efetivo acatamento, pois, das prerrogativas inerentes a atuação dos entes públicos em juízo é essencial para a concretização e a efetivação de diversos direitos e valores relacionados à defesa da democracia, cidadania e prestação de serviços à sociedade.

Dentre tais direitos previstos em lei, o artigo 183 do Código de Processo Civil dispõe sobre a intimação pessoal perante o órgão de Advocacia Pública responsável pela representação judicial do ente público.

Somente com o advento do atual Código de Processo Civil, em vigor a partir de 18 de março de 2016, tal prerrogativa, em qualquer processo, passou a ser assegurada a toda a Advocacia Pública, que inclui a da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações de direito público.

A intenção do legislador com o novo Código foi uniformizar e conferir tratamento igualitário, ao menos no que diz respeito às prerrogativas de ordem processual, aos membros da Advocacia Pública, do Ministério Público e da Defensoria Pública, reconhecendo no exercício dessas funções essenciais à justiça, em todas as esferas políticas, a especial missão de resguardar o interesse público e social.

Assim, conforme dispõe o aludido art. 183 do CPC, a intimação deve ser pessoal, a realizar-se via carga, remessa ou meio eletrônico. Na forma do artigo 5º da Lei nº 11.419/2006, a intimação por meio eletrônico se refere àquela feita em portal próprio, e não à publicação no Diário Oficial de Justiça ou ao envio de correspondência eletrônica.

Ademais, a Resolução nº 185/2013 do Conselho Nacional de Justiça estabeleceu, no parágrafo 1º do seu artigo 19, que só se considera intimação pessoal por meio eletrônico aquela que viabilize o acesso à íntegra do processo correspondente.

No tocante aos processos físicos, por sua vez, o Enunciado 28 do Fórum Nacional do Poder Público assenta a necessidade de intimação por carga ou remessa.



Em que pese, contudo, a existência de tais normas, verifica-se que a implementação dessa prerrogativa tem encontrado diversos obstáculos de ordem prática e jurídica. Sob justificativas diversas, que vão desde restrições orçamentárias e de pessoal até uma interpretação ampliativa do conceito de “meio eletrônico”, vislumbra-se que em alguns tribunais pátrios a regra contida no art. 183 do Código de Processo Civil carece de efetividade, notadamente em relação aos processos que ainda tramitam em meio físico.

A inobservância dos dispositivos legais aplicáveis à intimação pessoal da Fazenda Pública mostra-se, muitas vezes, prejudicial à defesa do interesse público, dificultando o acesso aos autos dos processos físicos e às intimações, afetando o exercício da ampla defesa, do contraditório, e impondo obstáculos à segurança jurídica e à eficiência.

De fato, a interpretação dada aos dispositivos que asseguram a intimação pessoal dos entes públicos por alguns tribunais pátrios afeta a integridade de diversos princípios processuais, tais como a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público, revelando-se como práticas processuais que enfraquecem a segurança jurídica e as disposições normativas relativas as prerrogativas.

Conforme ressaltado, tais prerrogativas mostram-se imprescindíveis, notadamente em razão da função primordial conferida à Fazenda Pública: a defesa do interesse público. Assim, a busca para que tais direitos sejam efetivamente asseguradas pelos aplicadores da lei deve ser constante, como meio de se preservar o interesse de toda a coletividade.



Referências bibliográficas

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Poder Público em Juízo para concursos**. 8. ed. ver., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FREIRE, Pedro Borges Coelho de Miranda. **Prerrogativas processuais da fazenda pública: princípio da isonomia em ação**. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/14273>> Acesso em 18 jan. 2021.

FREITAS, Danielli Xavier. **A Prerrogativa Processual da Intimação Pessoal do Procurador Federal**. Disponível em: <<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/138424374/a-prerrogativa-processual-da-intimacao-pessoal-do-procurador-federal>> Acesso em 10 jan. 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2019.

SILVA, Fernando Salzer e. **Novo Código de Processo Civil prevê Intimação Pessoal da Advocacia Pública**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-19/fernando-salzer-cpc-preve-intimacao-pessoal-advocacia-publica>> Acesso em 10 jan. 2021.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2172373-08.2020.8.26.0000**; Relator: Alves Braga Junior. Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público. Foro de Ribeirão Pires - 2ª Vara; Data do Julgamento: 24/08/2020; Data de Registro: 24/08/2020.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Acórdão 996470, 20160110155694 ACJ**, Relator: Flávio Fernando Almeida da Fonseca, 1ª Turma Recursal, Data de Julgamento: 16/2/2017. Publicado no DJE 22/2/2017. Pág.: 1158/1162).

Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Processo nº 00006247920148151161**, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator Des. Luiz Silvio Ramalho Júnior, j. em 28/06/2019.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0209.16.003010-9/001**, Relator: Des. Marcelo Rodrigues, 2ª Câmara Cível, julgamento em 28/01/2020, publicação da súmula em 07/02/2020.



Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no AgInt no REsp 1668146/SE**. Rel. Ministro Gurgel de Faria. Primeira Turma. Julgado em 13/12/2018. DJe 20/02/2019.



SÃO PAULO

A LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO ENTE LESADO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DO PROJETO DE LEI 10.887-2018.

Paula Martins da Silva Costa¹⁸⁶ - Juliana Castro Torres¹⁸⁷ - Eduardo Silveira Martins¹⁸⁸

Introdução

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) certamente é uma das principais normas com a finalidade proteção do patrimônio público, sendo de se aplaudir a proposta de modernização após décadas de debates e avanços, nos quais os escândalos de corrupção se sucederam demonstrando a necessidade de maior proteção à moralidade administrativa (BRASIL, 1992).

O Projeto de Lei nº 10.887/2018 em trâmite na Câmara dos Deputados, de autoria do deputado Roberto de Lucena (PODE-SP), proposto por uma Comissão de Juristas para a Reforma da LIA, sob a presidência do Ministro Mauro Campbell do Superior Tribunal de Justiça, sinaliza o intuito de aprimorar a Lei nº 8.429/1992, atualizando a lei ao sedimentar entendimentos jurisprudenciais e doutrinários consolidados sobre o tema, bem como receber propostas e contribuições das instituições jurídicas e da sociedade civil (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Inobstante os avanços em relação ao combate à corrupção, o *caput* do art. 17 do Projeto de Lei nº 10.887/2018 contempla apenas o Ministério Público como titular da ação de improbidade, retirando a atual legitimidade ativa do ente público lesado para o

¹⁸⁶ Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo – USP, Especialização em Direito Civil e Processual pela Universidade de Franca – UNIFRAN, Especialização em Direito Público pela Universidade de Brasília – UNB, Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, Advogada da União, 2000. Vice-Presidente da Comissão da Advocacia Pública da OAB/Subseção de Ribeirão Preto e Membro da CAP Estadual da OAB/Secional São Paulo, e-mail: : paula.costa.pmdsc@gmail.com;

¹⁸⁷ Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, 2019. Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade Passos, Especialista em Direito Público *Lato Sensu* pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Advogada, docente no Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade Passos. Membro do Conselho Municipal da Cidade de Passos-MG, e-mail jucastrotorres@hotmail.com.

¹⁸⁸ Graduação em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito de Franca – FDF. Conselheiro Estadual da Seccional da OAB/SP, e-mail: edusima04@gmail.com



respectivo ajuizamento (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018). Essa alteração no projeto de lei que necessita ser revisitada.

Neste sentido a LIA prevê a legitimidade ativa para o ajuizamento da ação de improbidade ao Ministério Público ou à pessoa jurídica de direito público lesada, objetivando tanto sancionar o agente infrator como recuperar valores públicos desviados irregularmente.

Essa solução legislativa condiz com os princípios republicanos insculpidos na Constituição Federal de 1988, ampliando as chances de punição pelos ilícitos perpetrados bem como as oportunidades de reparação dos danos em prol do bem comum.

De fato, a população brasileira dá mostras de desagrado frente as notícias recorrentes de corrupção nos órgãos públicos, "(...) inclusive promovendo através de iniciativa popular a criação de leis que tutelam a probidade, como é o caso da Lei Complementar nº 135/2010, chamada de 'Lei da Ficha Limpa', além do surgimento de diversos movimentos sociais como a 'Transparência Brasil' e o 'Movimento contra a corrupção'" (LORENZI, 2015, p. 12).

A corrupção é um fenômeno de conceituação abrangente, multicausal, exigindo atuação múltipla do Estado na prevenção e repressão desses ilícitos, já que seus contornos multifacetários dificultam seu trato por uma única via, sendo necessário seu enfrentamento por seus diversos órgãos de controle – órgãos de accountability horizontal -, como pressuposto da eficiência no controle do fenômeno (SOARES, 2020, p. 112).

Não se nega a existência de críticas quanto à utilização da ação de improbidade com fins abusivos, especialmente em pequenos e médios municípios, quando há rumores da malversação do instituto processual com o objetivo escuso de perseguir oponentes políticos. Ocorre que este uso abusivo da ação de improbidade não é decorrência da acertada legitimidade ativa dos entes públicos lesados. Esta prática está associada não à ação de improbidade propriamente dita, mas sim há falta de autonomia e institucionalidade da advocacia local, muitas vezes cujas procuradorias municipais não atuam como órgão de Estado e sim é constituída por alguns causídicos alçados às funções precípua pelo governante da hora, que deveria atuar como advocacia de Estado, mas muitas vezes funciona como advocacia de governo, sendo cooptada pelo governante do momento. Salientando-se que há o controle do Poder Judiciário e a



fiscalização do Ministério Público em toda e qualquer ação de improbidade, de maneira que eventual uso indevido da ação não pode ser atribuído somente a um órgão (FRIDRICZEWSKI, 2020).

Por outro lado, acredita-se que a solução efetiva para o problema em mira é a institucionalização de uma Advocacia de Estado, e não de governo, nos entes estatais que ainda não a possuem, atingindo o foco do problema, de maneira que a proposta de alteração legislativa condicione a legitimidade dos entes públicos lesados para o ajuizamento de ações de improbidade à organização interna de uma advocacia pública institucionalizada, solução esta que fortalece o Estado no combate aos ilícitos contra o patrimônio público e permite um controle mútuo entre o ente público lesado e o Ministério Público.

Dessa forma, com suporte no método de pesquisa dedutivo e na técnica bibliográfica e documental, a fim de buscar nos teóricos a fundamentação pertinente ao tema, apresentada em livros, artigos, periódicos e jurisprudência, entende-se que a solução para um eventual desvirtuamento das finalidades da ação de improbidade não se atinge com a retirada da legitimidade de agir dos entes públicos lesados, solução essa que apenas enfraquece o escopo do instituto no combate à corrupção.

1. Da ação da lei de improbidade administrativa (LIA)

A Constituição de 1988 no § 4º do art. 37 preceitua que "os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível" (BRASIL, 1988).

O legislador deu cumprimento ao preceito constitucional com a promulgação da LIA, mediante a positivação da ação de improbidade administrativa enquanto processo jurisdicional destinado ao controle do exercício do poder punitivo estatal extrapenal, ao dispor sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos pela prática de atos de improbidade administrativa. Por ato de improbidade administrativa entendem-se todos aqueles praticados por agente público, servidor ou não, contra a Administração Pública¹⁸⁹, que proporcionem enriquecimento ilícito ao agente, causem prejuízo ao

¹⁸⁹ O conceito de Administração Pública da Lei de Improbidade é bastante amplo, de modo que o sujeito ativo da ação de improbidade pode ser a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa



erário ou atentem contra os princípios da administração pública (art. 1º, BRASIL, 1992).

Do conceito talhado no artigo 1º da LIA, extraem-se os sujeitos, ativo e passivo, do ato de improbidade administrativa, isto é, aqueles que podem praticar os atos e contra quem estes podem ser perpetrados. O sujeito ativo do ato de improbidade é conceituado no artigo 2º como o agente público de maneira ampla, como todo aquele que exerce ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo 1º. Até os particulares podem ser sujeitos ativos de atos de improbidade, desde que atuem conjuntamente com agentes públicos induzindo, concorrendo ou se beneficiando do ato ilegal direta ou indiretamente (art. 3º, BRASIL, 1992).

A ação da lei de improbidade, por ter natureza cível, não se curva ao foro especial, devendo ser proposta perante o juízo de primeira instância, mesmo nos casos em que o agente público for detentor de prerrogativa de foro. Esta conclusão se fundamenta no entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) de que a prerrogativa de foro alcança apenas ações de natureza penal. A Lei n. 10.628/2002 previa que as ações de improbidade obedeciam a regra do foro especial, inobstante restou declarada inconstitucional pelo STF nas ADIs 2.797 e 2.860 (STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 2012).

As sanções da LIA apresentam grande avanço legislativo, há sanções variáveis e fixas. As fixas são a perda de bens ou valores ilicitamente acrescidos, a perda da função pública, o ressarcimento do dano. As sanções variáveis são as de suspensão temporária dos direitos políticos, pagamento de multa civil, e proibição de contratação com o Poder Público ou de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, em função do período de restrição de direitos ou do valor da pena pecuniária. A doutrina aponta que a variação sopesa a “potencialidade lesiva” de cada espécie de ato de improbidade. Como observado, é impossível a fixação dos limites das sanções aquém ou além das balizas previstas em lei nem para criação de outros parâmetros, pois, em matéria de

incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, ou ainda os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos (art. 1º e parágrafo único, BRASIL, 1992).



sanções prevalece a reserva de lei e a adstrição aos seus limites (MARTINS JUNIOR, 2017, p. 26).

Caso provado o enriquecimento ilícito, o agente ou o terceiro beneficiário perdem os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio (art. 6º, BRASIL, 1992).

Há a previsão de indisponibilidade dos bens dos indiciados ainda na fase de inquérito, que assegurem o integral ressarcimento do dano e sobre o acréscimo patrimonial daí resultante, mediante decisão judicial, conforme previsão do art. 7º (BRASIL, 1992). O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendido que se pode acrescer a indisponibilidade também para cobrar o valor da multa civil (RESP 1.319.515-ES, rel. Min. Mauro Campbell, 2012).

A lei de improbidade prevê ainda que as sanções relativas ao ressarcimento ao erário e à perda dos bens acrescidos ilicitamente são transmissíveis aos herdeiros e sucessores do agente público acusado, até o limite do valor da herança recebida (art. 8º, BRASIL, 1992).

Os atos de improbidade mais graves previstos no art. 9ª são os que importam enriquecimento ilícito em razão de conduta comissiva em prejuízo da probidade no exercício das funções, qual seja auferir, perceber, receber, incorporar qualquer tipo de vantagem econômica indevida, sem necessariamente comprovar-se o efetivo prejuízo aos cofres públicos, em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da LIA (BRASIL, 1992).

As penas previstas para tais atos ímprobos estão previstas no inciso I do art. 12, recebendo do legislador sanções mais duras, quais sejam a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano se houver, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, o pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos. Há a presunção relativa de obtenção de vantagem indevida tendo em vista a aquisição de bens com valor desproporcional à renda do agente público. São atos que dependem de dolo genérico para sua caracterização e independem da prova do prejuízo ao erário.

No art. 10 estão catalogados os atos omissivos ou comissivos, dolosos ou culposos, que causam prejuízo ao erário, acarretando perda patrimonial, desvio,



apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades do art. 1º desta lei. Há uma diferenciação legal entre frustrar licitação e seleção para celebração de parcerias prevista no inciso VIII e a frustração da licitude de concurso público, que se encontra prevista no inciso V do art. 11. Note-se que o Inciso IX prevê como ato ímprobo permitir ou ordenar a realização de despesas não autorizada na lei orçamentária, já que toda despesa pública deve ser previamente autorizada. As sanções previstas são perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente caso ocorra, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil até duas vezes o valor do dano ao erário, proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de 05 (cinco) anos (inciso II do art. 12, BRASIL, 1992).

Os atos de improbidade decorrentes de concessão indevida de benefício financeiro ou tributário estão previstos no art. 10-A, inserido pela Lei Complementar nº 157/2016, seja qualquer ação ou omissão que conceda, aplique ou mantenha benefício financeiro ou tributário que contrarie as regras relativas ao imposto municipal denominado “Imposto sobre Serviços de qualquer natureza” (ISSQN), da Lei Complementar nº 116/2003, que determina que a alíquota mínima é de 2% (dois por cento), com as exceções do parágrafo 1º do art. 8ª-A da lei. As sanções foram introduzidas pela LC 157/2016 no inciso IV do art. 12, ensejando a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos e a multa civil de até três vezes o valor do benefício tributário concedido. São atos que dependem de dolo genérico para sua caracterização e independem da prova do prejuízo ao erário.

Finalmente, o art. 11 tipifica os atos atentatórios aos princípios da Administração Pública, portanto os de menor gravidade, qualquer ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, também particularizados em seus incisos. As penas estão previstas no inciso III do art. 12. Não há a necessidade de efetivo prejuízo aos cofres públicos nesta tipificação, dependem de dolo genérico para sua caracterização. Destaque-se a previsão do inciso VI no tocante a deixar de prestar contas quando obrigado a tanto, deixar de cumprir as exigências do requisito de acessibilidade legal (IX), revelar informação sigilosa indevidamente e ainda a inclusão do inciso X pela Lei n. 13.650/2018, relativos à transferência de recursos a entidade privada na área de saúde sem a prévia celebração de contrato ou instrumento congênere. As sanções estão previstas no inciso III do art. 12, sendo o ressarcimento



integral do dano se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de três anos, chamando a atenção o pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente.

As sanções cominadas pela Lei de Improbidade podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente conforme a gravidade do fato, cujos parâmetros são a gravidade do fato, a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente (art. 12, *caput* e parágrafo único) constituindo-se basicamente sanções de três naturezas: política (referente à suspensão dos direitos políticos); administrativa (relativa à perda da função pública, proibição de contratar com o poder público e proibição de receber benefícios fiscais ou creditícios); e civil (no tocante ao ressarcimento ao erário, multa civil e perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio). São elas idênticas a todas as modalidades de improbidade, havendo somente gradação no seu aspecto quantitativo. As mais elevadas são reservadas aos casos de enriquecimento ilícito; as intermediárias, às modalidades de dano ao erário; e, por fim, as mais brandas, à improbidade por violação dos princípios da Administração Pública.

As sanções da lei de improbidade se aplicam independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

Destaque-se que se o ato ímprobo for também tipificado como crime a mesma conduta poderá resultar em sanções penais, aplicáveis cumulativamente com as penalidades da lei de improbidade, sem que isto caracterize *bis in idem* por expressa previsão constitucional do parágrafo 4º do art. 37 (BRASIL, 1988).

Ainda, a aplicação das sanções desta lei independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público (exceção feita à pena de ressarcimento) e da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou Tribunal ou Conselho de Contas (art. 21, incisos I e II, BRASIL, 1992). Prevê o art. 18 da LIA que a sentença que julgar procedente a ação civil de reparação de danos ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.



2. O direito administrativo sancionador

A respeito do direito sancionador extrapenal, portanto da aplicação por um órgão jurisdicional das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, Emerson Garcia explicita que:

(...) podemos falar na existência de um direito sancionar extrapenal de natureza judicial, no qual são aplicadas sanções que restringem a esfera jurídica individual, assumindo contornos cíveis *lato sensu*. Essas sanções coexistem com as cominações cíveis *stricto sensu*, classicamente reconduzíveis ao dever de recomposição do status quo (v.g.: deveres de reparar e de devolver), que não configuram, em sua essência, verdadeira sanção. (GARCIA, 2017, p. 32)

Passando ao léu da discussão da existência de sanções cíveis *lato sensu*, que é combatida por muitos que entendem pela impossibilidade de um Estado de Direito decidir instituir uma tipologia de ilícitos e as correlatas sanções em um sistema não penal (GARCIA, 2017, p. 04), o direito administrativo sancionador está adstrito aos princípios da legalidade e da tipicidade, como consectários das garantias constitucionais. Neste sentido é o posicionamento de Fábio Medina Osório, para quem “(...) A tipicidade é considerada um desdobramento e uma garantia da legalidade, uma demarcação do campo em que deve movimentar-se o intérprete. “(2000, p. 203 e 208-209)

Nessa toada, conclui-se que ressalvadas as hipóteses de aplicação subsidiária textual de leis é inaplicável a sanção, prevista em determinado ordenamento à hipótese de incidência de outro, ao entendimento de que a tipicidade é um desdobramento e uma garantia da legalidade, uma demarcação do campo em que se deve movimentar o intérprete.

No entanto, a Constituição Federal prevê a aplicação de penas restritivas de direitos fundamentais para sancionar esse tipo de ilícito. Tais sanções às vezes são idênticas às penais, sob o ponto de vista da afetação da esfera de direitos do indivíduo como, *verbi gratia*, a suspensão dos direitos políticos.



Isto porque a conclusão unânime na jurisprudência de que a ação de improbidade deve ser processada pelo rito do processo civil parte da premissa de que a Constituição definiu que a responsabilidade por ato de improbidade não é penal conforme expressamente previsto no artigo 37, § 4º (“sem prejuízo da ação penal cabível”). Logo, valendo-se de uma racionalidade dedutiva, a maior parte da doutrina e a jurisprudência sustentam que somente pode ser cível na medida em que, no Brasil, a jurisdição civil concentra toda jurisdição não penal, devendo ser afastados os princípios próprios deste ramo do direito (BRASIL, 1988).

Saliente-se que a LIA sofreu modificação, e se era vedado qualquer tipo de transação, acordo ou conciliação nas ações por improbidade, esta vedação foi suprimida e a partir da modificação inserida pela Lei nº 13.964/2019, a ação admite a celebração de acordo de não persecução penal, de modo que o poder público poderá deixar de condenar o agente ímprobo se o infrator se comprometer a recompor aos cofres públicos, ou oferecer provas contra outros agentes, ou mesmo a solução consensual mediante acordo (art. 17, § 1º, BRASIL, 1992).

3. Da proposta de alteração legislativa atinente à legitimidade ativa na ação de improbidade

O Projeto de Lei nº 10.887/2018, em que pese seus avanços no combate à corrupção, dispõe no *caput* do art. 17: “A ação para a aplicação das sanções de que trata esta lei será proposta pelo Ministério Público” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

A exclusividade da titularidade do Ministério Público se repete em outros itens do projeto de lei, como no inciso IV do § 3º do art. 17: “o Ministério Público poderá requerer as tutelas provisórias adequadas e necessárias, nos termos dos arts. 294 a 311, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.” Da mesma forma no art. 17-A *caput*: “O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Portanto a intenção do projeto de lei é inequívoca, no sentido de atribuir com exclusividade ao Ministério Público a titularidade da ação de improbidade administrativa.



Sabe-se que a atual redação do art. 17, *caput*, da LIA, prevê a titularidade da ação também pela pessoa jurídica interessada.¹⁹⁰

Na justificativa do projeto de lei, consta expressamente a intenção de se intitular exclusivamente o Ministério Público para a propositura da ação de improbidade, cuja deliberação se baseou por considerar a natureza do provimento objeto da ação sob exame, ao entendimento de que “(...) não é razoável manter-se questões de Estado ao alvedrio das alterações políticas e nem tratar questões de ato de improbidade como se administrativas fossem” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018, p. 24).

O projeto se arrimou no entendimento da existência de um “(...) viés político-institucional que deve ser observado, o que torna salutar e necessária a legitimação exclusiva” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018, p. 24).

Ressaltou-se a legitimidade do ente público lesado para as ações de ressarcimento, mesmo com a titularidade exclusiva para a ação de improbidade do Ministério Público (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018, p. 24).

4. Da legitimidade ativa do ente lesado na atual redação legal

Nos dizeres de José Afonso da Silva, a “(...) Advocacia Pública 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, (...)” (2002, p. 284).

De fato, no Estado Democrático de Direito, cuja importância da lei sublevar na medida em que a expansão das tarefas estatais exige o aumento da intervenção do legislador na pavimentação do caminho normativo para que o governo alcance os objetivos programáticos e de políticas públicas, a Advocacia Pública incumbe a defesa e a concretização do princípio da legalidade.

Cabe também à Advocacia Pública a defesa da moralidade pública, elevada a um valor autônomo constitucionalmente protegido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, conjuntamente com a decorrente Lei da ação de improbidade dos agentes públicos (BRASIL, 1988).

¹⁹⁰ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.



Entende-se que a improbidade administrativa nada mais é que uma imoralidade acentuada, pois decorre “(...) da quebra do dever de probidade administrativa, que descende, diretamente, do princípio da moralidade administrativa, traduzindo dois deveres fundamentais aos agentes públicos: honestidade e eficiência funcional mínima” (GOMES JUNIOR, 2004, p. 104).

José Afonso da Silva reafirma que “Esse conjunto de normas constitucionais retira a moralidade da área subjetiva da intenção do agente público e assim a desvincula da questão da mera legalidade, para erigi-la em princípio constitucional objetivo, como requisito de legitimidade da atuação dos agentes públicos, (...)”. Consequentemente, o mestre explicita que, “(...) mais do que simples requisito de validade do ato administrativo, o que amplia os horizontes de atuação da Advocacia Pública, especialmente de seu ramo consultivo” (2002, p. 288).

Ante tal constatação, o ilustre constitucionalista conclui que os advogados públicos são responsáveis por tarefas de extrema relevância no Estado Democrático de Direito, de maneira que não podem ser vistos como servidores públicos burocráticos, preocupados simplesmente com o exercício de atividades administrativas, e sim como peças relevantes do arcabouço constitucional desse paradigma estatal, confira-se:

“(...) quão extensa e importante é a tarefa da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. Acresça-se a isso sua responsabilidade pela plena defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, e então se tem que **seus membros saíram da mera condição de servidores públicos burocráticos, preocupados apenas com o exercício formal da atividade administrativa de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública para se tornarem peças relevantes da plena configuração desse tipo de Estado.**” (SILVA, 2002, p. 289, grifo nosso)

No mesmo sentido se posiciona Danilo Cruz Madeira, para quem no paradigma do Estado Democrático de Direito o Advogado Público deve atender ao interesse do Estado, efetivando direitos e garantias fundamentais, de modo que “(...) o público não se confunde com o Estado, nem tampouco com o governante,” concluindo que “(...) o advogado público, considerando-se como tal aquele devidamente investido em cargo



público efetivo, defende os interesses do cidadão, genericamente considerado, enquanto servidor [do] público que é” (2010, p.124).

De fato, dentro do Título IV da Constituição Federal, referente à organização dos Poderes, encontra-se o capítulo IV, destinado às Funções Essenciais à Justiça, destacam-se o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia e a Defensoria Pública (BRASIL, 1988).

Marcus Gouveia dos Santos explicita que a Advocacia Pública não constou do Capítulo II regulamentador do Poder Executivo na Constituição Federal, mas sim em Seção própria, na Seção II do Capítulo IV, como princípio garantia do Estado de Direito Democrático e Social. Entende o autor que, em que pese a Constituição Federal não ter consagrado a Advocacia Pública Municipal em seu texto, por simetria, os preceitos constitucionais atinentes à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal se aplicam no âmbito municipal (2019, p. 430-431).

A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, cujo ingresso far-se-á mediante concurso público de provas e títulos (art. 131, BRASIL, 1988).

Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício (art. 132, BRASIL, 1988).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto explicita que esta tripartição de funções eleita pela Constituição Federal, todas no mesmo capítulo, dividiu a advocacia dos interesses difusos e indisponíveis da sociedade, cujo titular é o Ministério Público; a advocacia dos interesses dos hipossuficientes, de responsabilidade da Defensoria Pública, e a Advocacia dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do Estado (2009, p. 25).

Quanto à Advocacia Pública municipal, o Código de Processo Civil dispõe no inciso III do art. 75 que o Município será representado em juízo, ativa e passivamente, por seu prefeito ou procurador, e dedica o título VI à Advocacia pública, estabelecendo expressamente que lhe compete a defesa dos interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (BRASIL, 2015).



No mesmo sentido, o Estatuto da Advocacia garante a autonomia técnica do advogado público no art. 7º, inciso I e art. 31, §1º, já que estes exercem a atividade de advocacia conforme expressamente disposto no art. 3º, § 1º da citada Lei, portanto gozam das mesmas prerrogativas atinentes aos advogados em geral, principalmente a independência e a liberdade no exercício de sua função (BRASIL, 1994).

Seguindo os parâmetros constitucionais, a Ordem do Advogados do Brasil, através da Comissão de Advogados Públicos, tem estabelecido com suporte no Estatuto do Advogado um rol de súmulas, atinentes à atuação dos órgãos da advocacia pública municipal, estadual e federal, “(...) tratando entre outros temas, da independência funcional, prerrogativas profissionais, inviolabilidade no exercício da profissão entre outros, (...)” (LORENZI, 2015, p. 60).

Moreira Neto é bastante veemente a fim de que não se confunda Estados com governos - transitórios e elegíveis, assim como não se pode confundir Advogados públicos com advogados de governantes -, a fim de que destaque a missão de zeladoria de valores que incumbe às funções essenciais à Justiça, dentre as quais a Advocacia de Estado, *verbis*:

Assim, enquanto **governos** e **governantes** são **transitórios** e refletem segmentos de maiorias, **Estado** e **Advocacia de Estado** são projeções institucionais **permanentes** de toda a sociedade, o que se reflete nas condições de suficiência e na própria natureza das respectivas investiduras constitucionais (2005, p. 22)

Assim, a justificativa contida no Projeto de Lei nº 10.887/2018, de que “(...) não é razoável manter-se questões de Estado ao alvedrio das alterações políticas e nem tratar questões de ato de improbidade como se administrativas fossem” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018, p. 24), na verdade funda-se no estado de coisas errático em que algumas Advocacias Públicas ainda não conseguiram lograr êxito total em sua função constitucional de independência perante o propósito inconfessável exatamente de Chefes do Poder Executivo arredios ao respeito institucional, atentando-se ao fato de que:

A generalizada má vontade, bem como a problemática inaceitação crônica, por parte desses agentes políticos mal



SÃO PAULO

informados ou mal-intencionados, da importância (quando não da ingente necessidade) dessa superlativa função de controle de juridicidade da Administração Pública, a cargo das instituições da Advocacia de Estado, não raras vezes afloram em atitudes autoritárias, desafiadoras, arrogantes e ameaçadoras, que ressurgem no Poder Executivo como um teimoso resquício de sombria herança absolutista que logrou sobreviver ao Estado Liberal, manteve-se no Estado do Bem-estar Social, floresceu no Estado Socialista, e tenta ainda sobreviver, como odioso anacronismo, no Estado Democrático de Direito. (MOREIRA NETO, 2005, p. 32 – grifo nosso)

Portanto, a solução para tal problemática não passa pela solução fácil de retirada da legitimidade ativa do ente lesado para a propositura da ação de improbidade administrativa, antes tal modificação legislativa a longo prazo só trará o efeito contrário e não perseguido - qual seja a falta de controle interno, pela Advocacia Pública, dos atos ímprobos que podem ser fustigados na sua esfera de atuação.

No Estado de Direito Democrático instituído pela Constituição Federal, não cabe à Advocacia Pública somente legitimar decisões administrativas tomadas pelos gestores da coisa pública, antes deve exercer o controle interno da Administração e atuar judicialmente para concretizar os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito e Social, sendo-lhe ínsito o papel primordial de defesa dos interesses do Estado, zelando pela interpretação e aplicação do Direito objetivando o ideal de justiça, por meio “(...) do respeito aos princípios densificadores do Estado de Direito, da democracia e da socialidade, conferindo efetividade aos valores materiais constitucionais.” (SANTOS, 2019, p. 436-437)

Ao se questionar a pouca efetividade da atuação judicial da advocacia pública na tutela da moralidade administrativa e do patrimônio público, a conclusão é que é exatamente a falta de cumprimento do comando constitucional em relação à efetividade e ao aperfeiçoamento da Advocacia Pública que tem ocasionado esse estado de coisas a que se refere a justificativa do projeto de lei cogitado.

Neste sentido, Moreira Neto refere que caso a Advocacia de Estado venha a falhar em ocupar os espaços de controle de juridicidade das atividades de interesse público, ocorrerá a ineficiência referida no projeto de lei, observando-se uma ingerência das



alterações políticas e o manejo de questões de ato de improbidade como se administrativas fossem, correndo o risco de controle “(...) **por instrumentos inespecíficos**, quando não improvisados, já que serão, diferentemente da **Advocacia de Estado**, instrumentos carentes de pertinência institucional, de capilaridade funcional e de especialidade profissional, e, conseqüentemente, mais propensos à ineficiência.” (2005, p. 59, grifo nosso).

Ou seja, conclui-se que a propalada ineficácia na utilização dos instrumentos processuais disponíveis à advocacia pública - como na hipótese de ajuizamento de ação de improbidade administrativa -, “(...) decorre de diversos fatores, como a ausência de autonomia administrativa e financeira, a interferência política e a desídia no trato da coisa pública” (LORENZI, 2015, p. 67). O autor é bastante enfático em suas apreciações:

A pouca atuação da advocacia pública na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa encontra fundamento em diversos fatores, como a falta de autonomia funcional, administrativa e financeira, a interferência política no exercício técnico-formal da carreira e a permanência em alguns advogados públicos da antiga postura funcional baseada na submissão e incúria frente aos problemas postos à sua apreciação. (LORENZI, 2015, p. 68)

Vê-se que a legitimidade ativa que a LIA atribuiu à Advocacia Pública vem de encontro com o papel de exercer com dignidade e eficiência a plenitude de seus deveres funcionais, notadamente o controle judicial e extrajudicial dos interesses da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, postos à sua curadoria.

Entretanto, o perfil anacrônico atribuído muitas vezes à advocacia pública vem mudando e sendo substituído - onde há espaço institucional e mudança de postura funcional dos advogados públicos -, por um perfil proativo e combativo.

5. Do microssistema do processo coletivo na defesa do patrimônio público

Outrossim, em relação à previsão no projeto de Lei nº 10.887/2018 de retirar a legitimidade ativa do ente público lesado para o ajuizamento da ação de improbidade, a



doutrina abalizada e a legislação pátria apontam na direção de dilatar cada vez mais a legitimidade ativa na defesa dos interesses coletivos.

De acordo com Fredie Didier Jr, o processo coletivo no Brasil é gênero que se subdivide em duas espécies: ações coletivas e casos repetitivos (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019, p. 42). Conceitua a ação coletiva como “(...) a demanda que dá origem a um processo coletivo, pela qual se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva exigida para a tutela de grupo de pessoas” (DIDIER JR, ZANETI JR, 2019, p. 38).

Conforme Teori Zavascki, a regra geral é a de que a legitimidade *ad causam* em relação a direitos individuais indisponíveis exige o nexo de conformidade entre as partes da relação de direito material e as partes na relação processual porque a legitimação por substituição processual é admitida como exceção, sendo por tal motivo denominada extraordinária, conforme o caput do art. 18º do CPC. Inobstante há uma tendência no sistema processual brasileiro de expansão das hipóteses de substituição processual, objetivando principalmente a tutela coletiva. A Constituição de 1988 adotou essa técnica para a proteção coletiva dos direitos transindividuais (art. 129, III) e também para os direitos individuais, de maneira que no campo da legitimação para tutela coletiva a substituição processual não é mais fenômeno excepcional, ao contrário, tornou-se a forma normal de atuação (ZAVASCKI, 2005, p. 215).

A legitimidade ativa na ação de improbidade é caracterizada como legitimação autônoma, extraordinária e disjuntiva, portanto decorre da substituição processual atribuída, concomitantemente, a todos os entes legitimados ativos por expressa previsão legal do art. 17 da LIA. Extraordinária porque a legitimação é por substituição processual; autônoma porque o legitimado extraordinário tem autorização legal para conduzir a ação coletiva independentemente da participação do titular do direito litigioso; exclusiva porque o legitimado extraordinário é o único a ser a parte principal no processo, sendo que o autor da situação litigiosa deve intervir no processo na condição de assistente litisconsorcial na hipótese de direitos individuais homogêneos do art. 94 do CDC; concorrente porque são vários são os legitimados extraordinários previstos na lei para o ajuizamento da ação coletiva; disjuntiva porque cada legitimado pode exercer sua legitimação independente da vontade dos demais colegitimados (DIDIER JR; ZANETI JR, 2019, p. 216-217).



Por óbvio, a proteção à moralidade administrativa recebe um “plus” que se exterioriza em avanço civilizatório e jurídico quando se compara a sanção prevista na lei de ação popular, em relação às sanções civis discriminadas na LIA.

Com foco no fortalecimento da atuação estatal no combate à corrupção, houve a modernização da legislação anticorrupção, com a instituição de novas ferramentas para o combate à corrupção, dentre as quais se destaca a Lei nº 12.846/2013 (Lei nº 12.846/2013), que introduz no ordenamento jurídico pátrio o acordo de leniência como mecanismo consensual para sancionamento de pessoas jurídicas por atos de natureza corrupta praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Veja-se que a legislação atual está toda emaranhada no sentido da atuação coordenada dos órgãos de defesa da probidade administrativa, tanto que o art. 6º da LIA e o art. 19 da Lei Anticorrupção preveem a aplicação de perdimento de bens e se interligam para facultar às Advocacias Públicas ou órgãos de representação do ente lesado as respectivas ações para aplicar as sanções citadas.

O sistema de combate à corrupção aponta no sentido de “fortalecer, obedecendo-se, o arranjo jurídico positivo das atribuições, pois transmite previsibilidade e segurança jurídica, robustecendo por maior legitimidade o uso das ferramentas anticorrupção e potencializando os resultados” (SOARES, 2020, p. 114). Neste prisma, o que o ordenamento jurídico busca é um sistema de atuação em rede, a partir dos pilares constitucionais, atribuindo a diversos órgãos a defesa da probidade administrativamente, atribuindo ao ente público lesado o dever e a legitimidade para ajuizamento da ação de improbidade, e ao Ministério Público restou a partir da legitimidade extraordinária para tanto (SOARES, 2020, p. 113).

Exatamente por dispor o ente lesado da faculdade de ajuizar a ação de improbidade, tendo em vista a eficiência e a segurança jurídicas, desde dezembro de 2016, com a edição da Portaria Interministerial AGU/CGU nº 2278/2016, atualmente com suporte na Portaria Conjunta AGU/CGU nº 04/2019, a Advocacia-Geral da União tem participado dos acordos de leniência da LAC, assinados desde então pelo Ministro da CGU e pelo Advogado-Geral da União, de modo que os acordos de leniência passaram a ter a natureza híbrida que abrange a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas prevista na LAC, simultaneamente com a responsabilidade civil da Lei de Improbidade Administrativa e da própria LAC, em relação à União (MENEZES, VEIGA, ANTUNES, 2020, p. 46).



Tanto assim que “(...) a Controladoria-Geral da União, conjuntamente com a Advocacia-Geral da União, celebrou onze acordos de leniência com a previsão de retorno aos cofres públicos de aproximadamente R\$ 13,6 bilhões, dos quais R\$ 3,6 bilhões já foram efetivamente devolvidos pelas empresas colaboradoras” (MENEZES, VEIGA; ANTUNES. 2020, p. 46). Estes valores “(...) foram revertidos aos entes lesados pelos esquemas de corrupção em cada caso, como a União e a Petrobras, por exemplo” (LOPES, 2020. p. 14-15).

Lopes conclui que “conforme temos acompanhado no Brasil, a crescente sofisticação dos esquemas de corrupção demanda das autoridades constante aperfeiçoamento e modernização para que se possa impedir, combater e sanar as infrações de forma eficiente” (2020, p. 23).

Ante todo o exposto, não há como fugir da constatação de que o projeto de lei nº 10887/2018, ora analisado, no tocante à exclusão do ente lesado do polo ativo da ação de improbidade, vai no sentido contrário das tendências de soluções e ações coordenadas entre autoridades mediante cooperação mútua entre os órgãos responsáveis pela defesa da probidade pública. Tanto que Lopes relata que:

Grandes avanços têm sido notados no Brasil com relação à coordenação entre órgãos internos e internacionais, nos casos que envolvem diferentes jurisdições. Em junho de 2019, a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério Público Federal (MPF) e o Departamento de Justiça Norte-Americano (DoJ) anunciaram a conclusão da primeira negociação global no âmbito da Operação Lava Jato com as empresas Technip Brasil e Flexibras, totalizando o valor de R\$ 1,13 bilhão, dos quais R\$ 819 milhões serão pagos no Brasil. (2020, p. 19)

No tocante à atuação pró ativa das Procuradorias Públicas, no dia 06 de agosto de 2020 houve o anúncio da assinatura de acordo de cooperação técnica entre a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Ministério da Justiça e Segurança Pública e o Tribunal de Contas da União (TCU) objetivando o combate à corrupção, no tocante principalmente aos acordos de leniência previstos na Lei nº 12.846/2013, denominada Lei Anticorrupção (LAC) , cujo preâmbulo externa



exatamente a iniciativa de coordenar a atuação de órgãos titulares do poder sancionatório do Estado.¹⁹¹

Portanto, torna-se clara a tendência de atuação coordenada das diversas esferas estatais de combate e prevenção à corrupção, responsáveis pelo poder sancionatório do Estado, mediante um sistema jurídico de múltiplas camadas independentes sem a existência de hierarquia ou mesmo subordinação entre si, envolvendo inclusive o âmbito das ações de improbidade, em termos de recuperação de divisas relacionadas à corrupção. De modo que na esfera federal, o Estado se organizou de maneira que previu instituições de investigação e persecução penal, quais sejam a Polícia Federal e o Ministério Público Federal; as instituições responsáveis pelo ajuizamento das ações de ato de improbidade administrativa: o Ministério Público Federal e os entes públicos lesados, particularmente a União representada pela Advocacia-Geral da União; os entes comissionados de controle interno e combate à corrupção a cargo da Controladoria-Geral da União e o ente incumbido do controle externo dos demais Poderes, o Tribunal de Contas da União (ROMANOFF, 2020, p. 71-72).

¹⁹¹ “Percebe-se assim que, no que tange à função estatal de prevenção e combate à corrupção, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro é dotado de um sistema de múltiplas camadas de competências e responsabilidades, com independência relativa ou mitigada entre elas. E nesse sistema com múltiplas esferas de responsabilidade vários são os órgãos ou instituições públicas com atribuição e competência para exercer parcela do poder sancionatório do Estado, sem a existência de hierarquia ou subordinação entre eles. Nesse contexto, dada a natureza multifacetária e plural dos atos de corrupção, esses atraem a incidência de um verdadeiro sistema de responsabilização que demanda a atuação articulada de várias instituições para combatê-la. Dentro deste sistema, destacam-se (i) as instituições com poder de investigação e persecução penal (no nível federal através da Polícia Federal e Ministério Público Federal); (ii) as instituições encarregadas de promover ações judiciais pela prática de ato de improbidade administrativa (no plano federal através do Ministério Público Federal e os entes públicos lesados, notadamente a União representada pela Advocacia-Geral da União); (iii) as instituições comissionadas legalmente para exercer as funções próprias ao controle interno, à persecução administrativa nos termos da Lei nº 12.846/2013 e à prevenção e combate à corrupção (no âmbito do Poder Executivo federal, a cargo da Controladoria-Geral da União); bem como (iv) as instituições incumbidas do controle externo dos demais Poderes (que no âmbito federal é exercido pelo Tribunal de Contas da União).” (ROMANOFF, 2020, p. 71-72)



Conclusão

Conforme o estudo, a crescente sofisticação da corrupção exige das autoridades um constante aperfeiçoamento para que se atinja o objetivo de impedir, combater e sanar eficientemente as infrações que atinjam a moralidade administrativa, enquanto valor de natureza absoluta que se insere nos pressupostos exigidos para a efetivação do regime democrático, patrimônio moral da sociedade.

Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem proteger esse patrimônio de modo incondicional, punindo a sua violação, objetivando a consecução do interesse público, já que a probidade administrativa é um direito transindividual protegido por normas específicas, que instituem instrumentos processuais específicos e fixam diferenciadamente a legitimação ativa *ad causam*, o respectivo procedimento e as sanções aplicáveis.

Assim, a justificativa contida no Projeto de Lei nº 10.887/2018, da irrazoabilidade de se manter questões de Estado ao sabor das alterações políticas e tratar de questões de ato de improbidade como administrativas, funda-se no estado de coisas em que algumas Advocacias Públicas ainda não conseguiram lograr êxito total em sua função constitucional de independência frente a pressões externas políticas.

Portanto, a proposta legislativa de retirada da legitimidade ativa do ente lesado para a propositura da ação de improbidade administrativa só trará o efeito contrário e não desejado, qual seja a falta de controle interno pela Advocacia Pública dos atos ímprobos. A atual conjuntura dos grandes esquemas de corrupção envolvendo diferentes países, exige a coordenação entre diferentes órgãos internos no Brasil e internacionais em casos envolvendo diversas jurisdições.

A Advocacia de Estado, enquanto Função Essencial à justiça, serve à sociedade no desempenho de suas funções precípuas, qual seja a representação judicial e a consultoria do ente público. Tendo-se em conta que as perspectivas de realização plena das missões constitucionais dessas carreiras de Estado, dependerão fundamentalmente da compreensão que tenham seus próprios membros e as estruturas governamentais sobre o pleno sentido da sua missão essencial à justiça, no qual necessariamente se inclui a realização da democracia, que lhes impinge sustentar suas prerrogativas funcionais, notadamente a de independência técnico-funcional, de índole constitucional, em sua plenitude, a fim de contribuir na construção do Estado Democrático de Direito.



Referências bibliográficas

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 ago. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 08 jan. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em 09 jan. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 05 jan. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 12 jan. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 10887/2018**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>. Acesso em 12 dez. 2020.

DIDIER Jr, Fredie & ZANETI Jr, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 13 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

FRIDRICZEWSKI, Vanir. Importancia-estrategica-da-legitimidade-dos-entes-publicos-lesados-para-ajuizamento-de-aco-es-de-improbidade. **Estadão**. 11/11/2020. Blogs Fausto Macedo. Disponível em: [258](https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-</p></div><div data-bbox=)



[macedo/importancia-estrategica-da-legitimidade-dos-entes-publicos-lesados-para-ajuizamento-de-aco-es-de-improbidade/](#). Acesso em 12 dez. 2020.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro: potencial incidência no âmbito da Lei nº 8.429/1992. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro** nº 66, p. 29/82, out/dez 2017.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Ação Popular**: aspectos polêmicos: lei de responsabilidade fiscal, improbidade administrativa, danos causados por liminares e outros pontos relevantes. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

LOPES, Sara Martins Gomes. Comentários ao Estudo de Direito Comparado *Resolving Foreign Bribery Cases With Non-Trial Resolutions* da OCDE. **Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: A experiência da CGU e da AGU (Aspectos Práticos, Teóricos e Perspectivas)**, vol.12 - n. 03 - Brasília-DF, set./dez. 2020, p. 09-24.

LORENZI, Marcelo Tarlá, **O controle da probidade administrativa pela advocacia pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, p. 112, 2015.

MADEIRA, Danilo Cruz. O papel da advocacia pública no estado democrático de direito. **Revista da AGU** nº, v. 26, p. 106, 2010

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Sanções por ato de improbidade administrativa**. Enciclopédia jurídica da PUCSP ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. São Paulo. 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/sancoes-por-ato-de-improbidade-administrativa_58edcb9e6b74d.pdf?. Acesso em 02 ago.2019.

MENEZES, Matheus Bredt de; VEIGA, Victor Godoy; ANTUNES, Viviane André. Acordo de Leniência: as obrigações pecuniárias e seus efeitos na perspectiva das Leis nº 12.846/2013 e 8.429/1992. **Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: A experiência da CGU e da AGU (Aspectos Práticos, Teóricos e Perspectivas)**, vol.12 - n. 03 - Brasília-DF, set./dez. 2020, p. 43-58.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado Revisitada* Essencialidade ao Estado Democrático de Direito. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo**, v. 4, n. 4, 2º semestre 2005, p. 21.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. Livraria RT. 2000.

ROMANOFF, Rafael. Da Restituição de Lucros Indevidos em Caso de Corrupção: fundamentos Legais para adoção de *Disgorgement* como ferramenta para recuperação



de ativos. **Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: A experiência da CGU e da AGU (Aspectos Práticos, Teóricos e Perspectivas)**, vol.12 - n. 03 - Brasília-DF, set./dez. 2020, p. 59-78.

SOARES, Pedro Vasques. Múltiplas Instâncias de Responsabilização e Consensualidade na Lei nº 12.846/2013. **Acordos de Leniência da Lei nº 12.846, de 2013: A experiência da CGU e da AGU (Aspectos Práticos, Teóricos e Perspectivas)**, vol.12 - n. 03 - Brasília-DF, set./dez. 2020, p. 109-134.

SANTOS, Marcus Gouveia dos. A Advocacia Pública como instituição essencial ao Estado de Direito Democrático e Social. *Journal of Institutional Studies*. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 2, p. 422-440, maio/ago. 2019. doi: 10.21783/rei.v5i2.396.

SILVA, José Afonso da. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, v. 230, p. 281-290, 2002.

Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, **RESP 1.319.515** – ES. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia filho, R.p/acórdão Min. Mauro Campbel Marques. J. 22/08/2012. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1171905&num_registro=201200710280&data=20120921&formato=PDF.

Acesso em 26 ago. 2020.

Supremo Tribunal Federal, Pleno. **ADI 2797- DF**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Redator do acórdão: Min. Ayres Britto (ADI-ED), j. 16/05/2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2082833>. Acesso em 26 ago. 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. 2005. 290 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.



INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NOS MUNICÍPIOS: DESAFIOS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO A PARTIR DA PERSPECTIVA DO PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA MUNICIPAL.

Ronaldo José de Andrade¹⁹² - Raul Miguel Freitas de Oliveira¹⁹³

Introdução

O presente trabalho¹⁹⁴ trata das políticas públicas de inovação tecnológica no âmbito municipal, tanto pela abordagem genérica dos instrumentos à disposição do gestor municipal para o fomento a tais políticas, quanto, em especial, do papel a ser desempenhado pela advocacia pública municipal na sua implementação.

Assim, há um objetivo duplice de trazer à atenção do gestor municipal a relevância do tema da inovação no âmbito de sua atuação e, ao mesmo tempo, apontar o papel relevante dos membros das carreiras da advocacia pública para a modelagem de projetos bem sucedidos, a partir das ferramentas presentes no arcabouço normativo.

A partir da análise dos aspectos gerais relativos ao conceito de inovação e das razões que fundamentam as políticas públicas dirigidas à ela, são enfrentadas as principais questões sobre as ferramentas jurídicas que podem ser manejadas pelos governos locais e regionais, como também, num olhar mais pragmático, apresentados alguns *cases* de relevo, desenvolvidos nesse mesmo âmbito municipal.

A metodologia adotada no trabalho foi a pesquisa exploratória bibliográfica, pela análise de disposições normativas positivadas e em tramitação no Congresso Nacional, doutrina e jurisprudência, em especial de órgãos de controle externos da Administração Pública.

No caminho metodológico adotado, questões tangenciais, porém não menos importantes, como a relação do bloco normativo de inovação com as novas disposições sobre licitações e contratações públicas, também são abordadas, visando ilustrar a

¹⁹² Procurador do Município de São José dos Campos. Mestre em Direito Público (FGV/SP). Doutorando em Direito Administrativo (PUC/SP). Professor. Advogado.

¹⁹³ Procurador da Câmara Municipal de Santa Bárbara do Oeste. Mestre em Direito Administrativo e Doutor em Direito Administrativo (USP). Professor Doutor de Direito Administrativo e Ambiental na FDRP USP e no Programa de Tecnologia Ambiental da UNAERP. Advogado.

¹⁹⁴ Além do artigo refletir a vivência dos autores na advocacia pública municipal, aborda elementos do conteúdo de aula ministrada pelo primeiro coautor no curso de especialização em Direito Municipal da FDRP USP, primeira turma de 2020/2021, coordenado pelo segundo coautor juntamente com o Prof. Dr. Nuno Coelho.



complexidade do tema que exige, a um só tempo, o preparo dos gestores municipais e dos órgãos técnicos e jurídicos de apoio.

A conclusão que se propõe é de que a advocacia pública municipal é detentora de um grande desafio de auxiliar os gestores municipais na promoção da inovação que, por sua vez, consiste num dever da boa gestão pública, calcada no diálogo com a sociedade, beneficiária maior dos resultados que a inovação puder proporcionar.

1. Inovação: conceito legal e razões para sua implementação.

O aprimoramento do arcabouço normativo para o fomento à inovação em nosso país encontrou na edição da Emenda Constitucional nº 85 e da Lei Federal nº 13.243/16 (Marco Legal da Inovação) relevante marco.

Mais recentemente, somou-se a Emenda Constitucional nº 109/21, que incorporou ao texto constitucional a proposta da PEC Emergencial, bem como a Lei Federal nº 14.133/21 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) e, por fim, o texto que ora integra o Projeto de Emenda à Constituição Federal nº 32, em tramitação no Congresso Nacional.

O primeiro conceito legal de *inovação* constava na Lei 10.973/93 como “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços”.

Posteriormente, a Lei 13.243/16 (Marco Legal da Inovação) acrescentou a segunda parte ao dispositivo, com a locução “(...) ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho”.

O próprio Marco Legal de Inovação¹⁹⁵ apresenta um conceito para o termo *inovação*, que vem a ser a “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos portanto, subjacente ao conceito legal, algum grau relevante de disrupção entre a forma em que esteja organizado aquele respectivo mercado de bens, produtos ou processos em que o objeto da pretendida inovação esteja inserida a expectativa da nova conformação deste mercado, tão logo a inovação almejada venha a se concretizar.

¹⁹⁵ Lei Federal nº 10.973/04, com a redação que lhe foi conferida pela Lei Federal nº 13.243/16. Há ainda um conceito específico adotado na Lei Federal nº 11.196/05 (Lei do Bem) a fim de conceituar a inovação no estabelecimento de incentivo fiscal para a promoção de inovações tecnológicas.



Acerca deste tema há conceito específico adotado no âmbito da União Europeia, constante do Manual de Oslo, que engloba os dois sentidos que a expressão pode conter, ou se referindo à atividade ou ao resultado da própria atividade inovadora. Dispõe o seu texto que inovação é um produto ou processo novo ou melhorado que se diferencia significativamente das unidades anteriores de produtos ou processos e que tenha se tornado avaliável para potenciais usuários (produto) ou tenha tido incorporado o seu uso pela unidade (processo).¹⁹⁶

Quanto às razões que justificam o Estado a investir na inovação, se encontram nos estudos de economia e se fundamentam na teoria da destruição criativa de Joseph Schumpeter que, por sua vez, aponta a inovação como a grande força motriz do sistema capitalista, na medida em que permite a revolução constante de sua estrutura econômica e, neste processo contínuo, possibilita a criação de novas empresas, novos mercados, novos produtos e de novas tecnologias, permitindo que os agentes econômicos alcancem vantagem competitiva nos seus respectivos mercados.

Sob esta perspectiva, os dados compilados na mais recente pesquisa publicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referente ao triênio de 2015 a 2017, apontam que o nível de inovação no mercado brasileiro recuou 2,4 pontos percentuais (p.p.) em relação ao triênio anterior.

O horizonte para o relatório correspondente ao triênio posterior não alimenta a expectativa de uma significativa reversão desta tendência, o que vem a acentuar o desafio de que as empresas brasileiras venham a ser mais competitivas em curto espaço de tempo no horizonte.

A inovação produz dinamismo no setor privado, propiciando desenvolvimento econômico, o que se reflete em níveis de emprego e de renda, que o constituinte fixou entre os objetivos da República, incluindo entre os deveres do Estado a promoção e o incentivo à pesquisa, desenvolvimento e inovação, com foco na solução dos problemas brasileiros e estabelecendo no texto constitucional as bases para a ação indutora estatal em matéria de inovação no mercado brasileiro¹⁹⁷.

¹⁹⁶ A edição anterior do Manual de Oslo, publicada em 2005, distinguia quatro tipos de inovação, ao se referir a *produto*, *processo*, *organizacional*, e de *marketing*, passando a um conceito reduzido em sua mais recente edição, de 2018 (*produto* e *processo*).

¹⁹⁷ Constituição Federal, artigos 3º, inciso II; artigo 5º, XXIV, 21, inciso IX; 23, inciso V; 24, inciso IX; 218; 219; 219-A e 219-B.



A função do Estado de propiciar meios de acesso a recursos às empresas emergentes de base tecnológica contribui para mitigação da falha de mercado consistente no fato de que, como aponta SCHAPIRO, os mecanismos comuns de financiamento ou não estão preparados para lidar com os riscos de insucesso e com a ausência de garantias nas fases iniciais deste tipo de empreendimento ou somente supriria a necessidade de recursos a um preço muito elevado.¹⁹⁸

Por tal razão o direcionamento de recursos públicos a juros subsidiados ou a fundos específicos para o fomento de pesquisa, desenvolvimento e inovação é essencial para a promoção da inovação no setor produtivo, ao lado de políticas públicas bem desenhadas que possibilitem a transferência de conhecimento de instituições de ensino para o mercado – acesso dessas empresas aos mecanismos financeiros de mercado.

Quando analisada sob a perspectiva dos governos, a inovação também encontra justificativa específica, principalmente porque pode gerar mais eficiência na prestação de serviços públicos, como também contribuir para maior legitimidade à ação administrativa, acarretando aos gestores públicos o desafio de incorporar as melhorias decorrentes de produtos e serviços mais inovadores também na prestação de serviços públicos.

Também, sob este enfoque constitucional, a Constituição estabeleceu as diretrizes de ação governamental, a fim de que recursos orçamentários das unidades federativas sejam investidos no desenvolvimento de programas que propiciem maior qualidade, produtividade, modernização e racionalização do serviço público, na busca de eficiência da ação administrativa¹⁹⁹.

A digitalização de processos e procedimentos e as ferramentas de governo digital para gestão de serviços e comunicação com os cidadãos são medidas que já têm sido amplamente adotadas²⁰⁰, mas ainda é possível avançar e os instrumentos trazidos pela lei de inovação podem contribuir com isso.

¹⁹⁸ SCHAPIRO, Mário G., Inovação como Falha de Mercado e as Respostas do Direito, in COUTINHO, Diogo; ROCHA, Jean-Paul Veiga; SCHAPIRO, Mário G., (Coords.). Direito Econômico Atual, páginas 65 a 84. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015. Também mitigam essa falha de mercado mecanismos alternativos de financiamento de empresas inovadoras, como *venture capital* ou capital anjo.

¹⁹⁹ Constituição Federal, artigos 37, *caput*; 39, § 7º, 23, inciso V; 24, inciso IX e 200.

²⁰⁰ A recente Lei Federal nº 14.129/21, reconhecendo que a burocracia como um dos principais obstáculos ao empreendedorismo e à inovação no país, estabeleceu regras e instrumentos para a eficiência pública a fim de estimular a implementação de plataformas digitais de governo (*e-GOV*) e de laboratórios de inovação nos entes federativos, com o foco na participação da sociedade e nos meios de



Diversos são os instrumentos à disposição dos gestores públicos para alcançar tais objetivos, que podem ser empregados no planejamento e na execução de políticas públicas de inovação, quer atuem pelo lado da oferta, fomentando o investimento privado em PD&I, como também podem ser adotados instrumentos que, atuando pelo lado da demanda, fomentem as inovações a partir do emprego do poder de compra estatal.

Esse papel da inovação, de promover o desenvolvimento econômico, é ainda mais necessário no cenário de crise fiscal enfrentado pelo Brasil, antes mesmo da atual crise sanitária, em razão da pandemia causada pela covid-19.

O enfrentamento deste gargalo no desenvolvimento do país deve ser encarado como um desafio premente e este momento de aprofundamento da crise fiscal como efeito da pandemia, tanto mais demonstra a sua magnitude, diante da redução da capacidade financeira dos governos federal, estaduais e municipais para investimento em PD&I.

Para isto, caberá aos gestores públicos estarem predispostos a utilizar toda a sua criatividade para fomentar as inovações, tecnológicas ou não, nas suas respectivas esferas de poder.

2. A inovação como princípio constitucional, natureza jurídica das ações estatais inovadoras e aprendizado a partir da experiência estrangeira dos países centrais.

Ainda em caráter preliminar, é relevante o debate a respeito da previsão da inovação como um princípio constitucional, a partir do projeto de emenda à Constituição que propõe a reforma administrativa, ao lado dos demais princípios da Administração Pública.

Segundo a exposição de motivos da proposta, há o anseio de que assim seja promovida uma modernização da concepção do Estado e de suas relações com a sociedade, em contraposição a uma estrutura governamental burocrática, portanto, algo muito assemelhado àquilo que foi motivado em 1998, quando da Reforma Administrativa da Emenda Constitucional 19, com a alusão expressa à eficiência, no “caput”, do artigo 37, do texto constitucional.

controle social. Consiste em norma cogente para a União e facultativa para os demais entes federativos, sujeitos à edição de norma própria.



Neste ponto, a proposta se sustenta na afirmação de que o aparelho estatal burocrático se contrapõe à inovação, cujo estímulo deve ser buscado, em linha com as diretrizes traçadas por organismos internacionais, como a OCDE e que a positivação deste princípio se poria como um símbolo de uma nova era do “Estado inovador”. Assim, o “Estado eficiente” se eleva para o patamar superior de “Estado inovador”.

Conquanto compreensível a alegação, não se pode olvidar que a burocracia estatal de inspiração weberiana, em muitos pontos do vasto país-continente, com múltiplas realidades locais com pendores historicamente patrimonialistas, de captura do aparelho estatal por grupos específicos, ainda pode se justificar, de tal modo que a previsão do termo “inovação”, por si só, poderá não ser suficiente para a mudança de cultura.

Outro ponto que merece reflexão é a perigosa amplitude que os órgãos de controle têm dado à incidência dos princípios da Administração Pública, por exemplo, na tipificação da conduta prescrita no artigo 11, da Lei 8.429/93 (Lei de Improbidade Administrativa), alusiva à conduta comissiva ou omissiva do agente público no descumprimento de princípios e que tem gerado acalorado debate entre punitivistas, motivados pelo benfazejo propósito do combate aos atos de corrupção, e garantistas, preocupados com a amplitude do exercício dos poderes dos órgãos de controle a partir de princípios caracterizados por seu conteúdo indeterminado.

Sob essa perspectiva, a reduzida densidade normativa também desse princípio da inovação e seu eventual caráter normativo aos olhos da jurisprudência pode vir a ser mais uma fonte de insegurança jurídica para a Administração Pública.

O exame das normas e dos instrumentos presentes no ordenamento jurídico pátrio demonstra que o arcabouço normativo já se encontra dotado de meios promotores da inovação, tornando despicienda a introdução de um princípio explícitos e específico.

Antes, a maior amplitude de adoção de políticas de inovação pode vir a se realizar a partir da ampla qualificação, quer de gestores públicos, como também de seus órgãos técnicos, para o conhecimento e o manejo dos instrumentos já presentes no arcabouço jurídico-normativo.

Sob o aspecto da sua natureza jurídica, os instrumentos de fomento e incentivo à inovação, a partir das lições de Kelsen e de Bobbio²⁰¹, podem ser conceituados como mecanismos de sanção promocional ou premial, que têm por objetivo induzir

²⁰¹ LAFER, Celso, na apresentação à obra Teoria do Ordenamento Jurídico, de BOBBIO, Norberto, São Paulo: Edipro, 2ª ed., 2014.



comportamentos dos agentes econômicos, incentivando as suas condutas em uma determinada direção desejável.

São instrumentos que revelam o que KELSEN²⁰² aponta como exteriorização do princípio retributivo (*Vergeltung*) que fundamenta a sanção, usualmente associado à pena, mas que também abrange o prêmio.

Finalmente, os fatores que resultam nas elevadas taxas de investimento em pesquisa, desenvolvimento e inovação nos países centrais incluem um foco central nas empresas e no estímulo ao investimento em tais áreas, de tal forma que se promova o aumento do valor agregado dos bens e serviços por elas produzidos, bem como o estímulo à elevação do nível educacional e aos índices de empreendedorismo, e o suporte a instituições e laboratórios de alta qualificação.

Para isso, as instituições de ensino superior e as instituições de pesquisa exercem um papel central, como produtoras de conhecimento, que são estimuladas a participar nas políticas públicas de pesquisa, desenvolvimento e inovação.

O diálogo e a cooperação entre o setor público e o setor privado é incentivado e cabe ao Estado exercer as funções de planejador, articulador e estruturador da cooperação de todo o sistema produtor de ciência.

Denota-se, assim, que sempre será um grande desafio do poder público, principalmente no nível municipal, estabelecer políticas públicas de longo prazo que sejam imunes dos solavancos decorrentes dos sucessivos ciclos políticos em razão das mudanças de gestão periódicas, como resultado dos pleitos eleitorais.

Em suma, as políticas públicas de pesquisa, desenvolvimento e inovação nos países centrais buscam um planejamento dotado de estabilidade, que permite o acúmulo de aprendizado e o aperfeiçoamento de seus instrumentos .

Em um estado federativo como o nosso país, tanto mais desafiador é o exercício desta função coordenada entre as diferentes unidades federativas, na execução de um planejamento coordenado que permita extrair do alinhamento de interesses dos agentes econômicos e do setor público uma política pública eficaz.

Sob a perspectiva do município, que exerce um papel subordinado em relação à União e aos Estados, tanto mais se mostra necessário este alinhamento, já que há políticas públicas diretamente relacionadas à inovação que estão sob a esfera da

²⁰² KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, páginas 25, Capítulo 5, A Ordem Social, item a, Ordens sociais que estatuem sanções, páginas 25 a 28, 6a ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.



competência dos outros entes federados, como a (a) política industrial; (b) política de comércio exterior; (c) política de propriedade intelectual; (d) políticas de apoio a microempresas e empresas de pequeno porte; e (e) a política educacional, refletida no ensino superior ou no ensino técnico.

Mas há ainda políticas públicas que refletirão indiretamente na política pública de pesquisa, desenvolvimento e inovação, como a política macroeconômica, a política fiscal e a política monetária do país, o que torna ainda mais desafiador o fomento à inovação de forma coordenada e simultânea por todas as unidades federativas.

Lançadas assim as bases mais genéricas, relativas ao conceito de inovação, sua importância ao desenvolvimento do país, a natureza jurídica das atividades estatais para sua promoção, adentra-se nos instrumentos

3. Instrumentos do marco regulatório da inovação, experiências municipais e o papel da advocacia pública municipal em inovação.

O *uso do poder de compra* estatal é instrumento que atua pelo lado da demanda que está à disposição dos municípios, e que pode ser utilizado diretamente, de forma individualizada por cada ente federativo, ou de forma cooperativa, por meio de gestão associada²⁰³, com a utilização de mecanismos de cooperação regional ou pela instituição de consórcios públicos, a fim de induzir o investimento privado em pesquisa, desenvolvimento e inovação a ser empregado no aprimoramento e melhoria de bens ou serviços a serem adquiridos pelas unidades federativas.

A *subvenção econômica* é instrumento criado por lei para utilização em diferentes políticas públicas, tais como a Lei 10.604/02, para garantia de modicidade tarifária para consumidores de energia elétrica de baixa renda; a Lei 8.427/92, em operações de crédito rural, para fomento à produção agrícola; a Lei 11.977/09, criadora do Programa Minha Casa Minha Vida, para a redução do déficit habitacional; os diversos serviços sociais autônomos²⁰⁴ que promovem diferentes atividades de interesse público.

²⁰³ Constituição Federal, artigo 241.

²⁰⁴ Além dos serviços sociais do Sistema "S" (SENAI, Decreto-Lei nº 4.048/42, SENAC, Decreto-Lei nº 8.621/46, SESI, Decreto-Lei nº 9.403/46, SESC, Decreto Lei nº 9.853/46, SEBRAE, Lei nº 8.029/90 e Decreto nº 99.570/90, SENAR, Lei nº 8.315/93, SEST e SENAT, Lei nº 8.706/93, SESCOOP, Medida Provisória nº 2.168-40/2001), devem ainda ser destacados a Associação das Pioneiras Sociais, Lei nº 8.246/91, APEX, Lei nº 10.668/03, e ABDI, Lei nº 11.080/04.



Especificamente em matéria de pesquisa, desenvolvimento e inovação, houve apreciação pelo STF quanto à subvenção econômica prevista no artigo 19, da Lei nº 10.973/04, concedida por entidade de fomento para o pagamento de despesas com investimento em tecnologia, ciência e inovação, para reconhecer sua natureza de receita para os fins da legislação tributária, devendo integrar a base de cálculo do PIS e da COFINS, por estar inserida no conceito de receita, se recebida até a edição da Medida Provisória nº 497/10, que veio a ser convertida na Lei nº 12.350/10, passando a não integrar aludida base de cálculo a partir da edição desta Medida Provisória, desde que atendidos os requisitos estabelecidos na legislação específica e realizadas as contrapartidas assumidas pela empresa beneficiária²⁰⁵.

A fim de exemplificar a utilização deste instrumento por órgão de fomento, confira-se a chamada de propostas destinadas a solução de desafios para a inovação no setor público publicada pela FINEP²⁰⁶.

O *mercado de capitais* e o *mercado de crédito* são também previstos enquanto instrumentos a serem empregados para a promoção de pesquisa, desenvolvimento e inovação.

No que diz respeito ao mercado de capitais, se deve reconhecer que este é ainda um campo de pouco desenvolvimento em nosso país, não obstante o arcabouço normativo já contenha razoável disciplina a respeito.

O que deve ser levado em consideração é que o arcabouço normativo possibilita a criação de títulos financeiros, incentivados ou não, tais como debêntures.

Já há previsão legal de emissão de debêntures incentivadas, a partir da Lei nº 12.431/11, com a possibilidade de constituição de fundos de investimento por entidades autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), responsáveis pela administração destes títulos.

²⁰⁵ STF, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 1.224.768/SP, 1ª T., Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 04/10/2019.

²⁰⁶ Edital que disponibilizou recursos de até R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) não-reembolsáveis, provenientes do PAPPE do MCTI/FINEP/FNDCT e de recursos orçamentários da FAPESP, para o apoio a projetos de pesquisa para o desenvolvimento por pequenas empresas paulistas de produtos, processos e serviços inovadores, visando à **pesquisa inovativa aplicada ao desenvolvimento de Inovação na Administração Pública**. Disponível em: <https://fapesp.br/12600/edital-de-pesquisa-para-o-desenvolvimento-de-inovacao-em-administracao-publica-governo-inteligente>, acessado em 31 de março de 2021.



As debêntures incentivadas se destinam à aquisição por pessoas físicas, e tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 2.646/20, de autoria do Deputado Federal João Maia (RN), à qual foi apresentada emenda aditiva e substitutiva pelo Deputado Federal Afonso Motta (RS), e que tem por objetivo a criação de um novo instrumento financeiro, as debêntures de infraestrutura, que se destinam aos investidores institucionais, como os fundos de pensão.

Na forma estabelecida na proposta atualmente em tramitação, a destinação dos recursos captados pelas empresas autorizadas a emitir debêntures de infraestrutura abarca a produção econômica intensiva em pesquisa, desenvolvimento e inovação, segundo conste de regulamentação federal ou ainda aos setores referidos no artigo 1º, § 1º, da Lei 11.478/07, cujo rol o texto em tramitação propõe expandir.

Este rol originalmente incluía os setores de *energia; transporte; água e saneamento básico* e, por fim, *irrigação*.

A proposta de autoria do Deputado João Maia inclui os setores *químico; petroquímico; telecomunicações; unidades de conservação ambiental; habitação; mobilidade urbana e logística; infraestrutura hídrica e revitalização de bacias hidrográficas*.

A esses setores a emenda proposta pelo Deputado Afonso Motta acrescenta ainda *iluminação pública; eficiência energética; resíduos sólidos; presídios; unidades socioeducativas; unidades educacionais; unidades de saúde; petróleo e gás natural*.

Assim, ao menos nos termos que atualmente constam da proposta legislativa, sua aprovação e sanção final possibilitarão que mesmo concessionárias e permissionárias de serviços públicos na esfera municipal dentre os setores acima mencionados, venham a emitir debêntures de infraestrutura.

É ainda relevante na proposta legislativa que mesmo empresas que não possuam vínculo com a Administração Pública, não sendo concessionárias nem permissionárias de serviços públicos, tampouco atuando em atividades que dependam de prévia autorização ou arrendamento, poderão emitir as debêntures de infraestrutura, desde que estejam constituídas sob a forma de sociedades por ações e seus projetos de investimento sejam considerados sustentáveis e sejam considerados prioritários pelo



Governo Federal e sejam autorizadas para esta emissão pelo Ministério pertinente ao respectivo setor de atuação²⁰⁷.

Assim, o projeto contempla as duas dimensões do fomento à inovação, tanto no âmbito dos serviços públicos, visando a sua inovação ou sustentabilidade, como também no setor privado, com foco na sustentabilidade.

Quanto ao *mercado de crédito*, deve ser destacado que a rigidez contratual e a estrutura dos mecanismos de financiamento, alicerçada em meios de garantia junto às instituições financeiras de mercado tende a ter pouca aderência às características próprias de pesquisa, desenvolvimento e inovação, em especial para empreendimentos em fase inicial de desenvolvimento, como aponta SCHAPIRO²⁰⁸.

Por isso, políticas públicas de fomento que contemplem financiamento com taxas reduzidas em relação às instituições financeiras tradicionais, por meio de instrumentos que contemplem as incertezas próprias da pesquisa, desenvolvimento e inovação se mostram mais aderentes e podem também ser desenvolvidas no nível municipal.

Outra ferramenta à disposição dos municípios é a *participação societária* em empresa constituída sob o regime de direito privado, sob o regramento da lei das sociedades anônimas e autorização específica em lei municipal.

No mercado privado há capital de risco disponível para investimento também desta forma em empresas nascentes, com participação em seu capital, por meio de *venture capital*, capital anjo ou capital *seed*, segundo o volume do investimento e o grau de maturidade do empreendimento beneficiário.

Mas o poder público também pode investir desta forma, empregando recursos orçamentários na aquisição de cotas de participação em empreendimento constituído sob regime privado com vistas à execução de finalidades que virão a atender ao interesse público.

Já temos registro de um case bastante interessante de aplicação deste instrumento no município alagoano de Penedo, que participa da empresa PGS Medical, no percentual de 3,0% de seu capital, ao passo que a iniciativa privada detém os 97% restantes.

²⁰⁷ Conforme consta do artigo 2º, § 3º do PL nº 2.646/20, nos termos do texto da emenda proposta pelo Deputado Afonso Motta.

²⁰⁸ *Op. cit.*



O problema concreto a ser solucionado naquele município era a gestão do uso recursos destinados aos serviços de saúde, diante da constatação de que embora os doentes crônicos correspondam a 4% da população, seu reflexo nas despesas empregadas neste serviço público correspondiam a algo em torno de 50% das despesas totais.

O município criou uma instituição de ciência e tecnologia, a ICT-Penedo, por meio da Lei Municipal nº 1.586/17 que, além de criar essa entidade, disciplinou no âmbito municipal a aplicação dos instrumentos de fomento à inovação, com fundamento nos artigos 218 e 219 da Constituição Federal, e na lei de inovação²⁰⁹.

Entre essas medidas constaram a criação do Fundo Municipal de Inovação ao qual é destinado o valor correspondente a 1,0% da receita corrente líquida do orçamento anual, além da possibilidade de recebimento de recursos de outras diversas fontes, inclusive da esfera federal ou estadual e que pode ser utilizado no financiamento de atividades privadas inovadoras, após deliberação do respectivo Comitê Gestor.

Apresentado pela administração municipal o problema de gestão de recursos de saúde no tratamento de doentes crônicos à ICT-Penedo, esta entidade abriu um chamamento público ao mercado a fim de buscar uma solução no mercado, que após a apresentação de propostas, resultou na contratação de PGS Medical por encomenda tecnológica com o objetivo de desenvolvimento de um sistema de gestão dos serviços de saúde.

O objeto do contrato administrativo firmado é a licença de uso e manutenção de utilização da plataforma tecnológica PGS MEDICAL e o suporte ao sistema de inteligência artificial e de inovação de apoio ao cuidado dos usuários dos serviços de saúde.

As empresas que participam desta iniciativa são a Nagis Health e a Ello Gestão e Participação, cada uma com o correspondente a 48,5% do capital da PGS Medical, e que aliam competências distintas, uma vez que a Nagis Health atua no setor de tecnologia de saúde, com a implantação de softwares e serviços de gerenciamento de saúde, tendo obtido o reconhecimento pelo IFC (International Finance Corporation),

²⁰⁹ Há diversos exemplos de disciplina em âmbito municipal destes instrumentos, como exemplificam também a Lei nº 4.705/18, do município de Nova Iguaçu/RJ, a Lei nº 7.799/19, do município de Petrópolis/RJ, a Lei nº 15.324/18, complementada pela Lei nº 15.536/19, do município de Curitiba/PR, o Decreto nº 13.397/19, do município de Niterói/RJ, a Lei nº 7.728/19, do município de Guarulhos/SP, e a Lei nº 6.930/19, do Município de Rio Verde/GO.



braço financeiro do Banco Mundial, como sendo uma das 42 empresas mais inovadoras na área da saúde, ao passo que a Ello Gestão é voltada à gestão de projetos.

O *bônus tecnológico* se constitui em forma de subvenção a microempresas e a empresas de pequeno e médio porte, com o emprego de recursos oriundos de dotações orçamentárias mediante contrapartida a ser prestada pela beneficiária da forma em que o poder público venha a disciplinar, que pode se dar de forma financeira ou não financeira.

Adotando por analogia a forma de regulamentação desta contrapartida por órgão de fomento como o CNPQ, a contrapartida pode ser exigida de um outro agente econômico (uma empresa-âncora), que complemente os recursos do *bônus tecnológico* repassados à ME ou EPP/EMP. Mas nada impede que o município almeje por meio do estabelecimento de uma contrapartida não financeira uma participação direta do poder público no resultado obtido pela beneficiária, por exemplo, com a licença de uso, ainda que temporária, caso se trate de um software, para a execução de suas políticas públicas.

A norma prevê ainda que o *bônus tecnológico* pode estar atrelado ao compartilhamento de infraestrutura²¹⁰, o que abarca hipóteses em que a beneficiária utilizará os recursos recebidos para o desenvolvimento de solução que poderá ser submetida a teste de validação em ambiente real do ente público, o que possibilita que empresas nascentes e *start ups* possam se valer deste apoio.

Além disto, os recursos repassados por meio do termo de outorga podem ser empregados pela beneficiária na contratação de serviços técnicos especializados para o desenvolvimento da solução almejada na estratégia da micro ou pequena empresa.

Quanto aos critérios e aos procedimentos para a concessão de *bônus tecnológico*, o ente público deve estar adstrito aos princípios constitucionais que vinculam a atividade administrativa, devendo o seu regulamento prever meios de publicidade para o recebimento de propostas, como a publicação de um chamamento público, que contenha

²¹⁰ Há um *case* de relevo que, não obstante não se trate de emprego de *bônus tecnológico*, merece registro porque se diz respeito ao compartilhamento de infraestrutura e cabe aqui a sua menção. Trata-se da Lei Municipal nº 9.563/17, regulamentada pelo Decreto nº 17.608/17, do Município de São José dos Campos, que instituiu o Programa de Incentivo à Inovação Científica, Tecnológica e Sustentável naquele município. Seu objetivo foi possibilitar o recebimento gratuito de propostas inovadoras da iniciativa privada, para testagem (validação de protótipo) no ambiente da Administração Pública, devendo eventual contratação efetiva da proposta em desenvolvimento vir a se dar segundo a regra geral. Há relatório de propostas apresentadas e de resultados alcançados a partir da aplicação da lei disponível no endereço: <https://www.sjc.sp.gov.br/media/79410/balanco-lei-da-inovacaodocx-revisado-pdf>, acessado em 23 de março de 2021.



os critérios de escolha e que devem contemplar o porte da empresa beneficiária, o emprego que será admitido para os recursos públicos repassados, e a regularidade fiscal e previdenciária da proponente.

A proposta ao final escolhida deverá utilizar os recursos recebidos no prazo máximo de doze meses a partir da sua concessão, sob pena de perda do benefício e obrigação de sua restituição.

Como a destinação dos recursos em atividades efetivamente contempladas na lei de inovação é um dever da beneficiária, a regulamentação do ente e o edital de chamamento devem prever a apresentação de prestação de contas segundo a periodicidade que seja mais conveniente e oportuna, mas sempre focados nos resultados finalísticos alcançados.²¹¹

A *encomenda tecnológica* (ETEC)²¹² pode ser considerado o principal instrumento à disposição do poder público para o estímulo à inovação pelo lado da demanda, ao possibilitar que recursos públicos sejam empregados na aquisição de bens e serviços que visem um resultado não alcançado pelos meios disponíveis no mercado, em cujo desenvolvimento tenha por característica o risco tecnológico, isto é, o risco de insucesso da empreitada.

Já há diversos exemplos de aplicação deste instrumento em nosso país, tendo havido sua utilização no desenvolvimento de vacina para o enfrentamento da covid-19²¹³.

Na esfera municipal cite-se a sua utilização pelo município de Maricá/RJ que, almejando a diminuição da necessidade de entubar os pacientes da covid-19, contratou o fornecimento de equipamentos de respiração não invasiva a serem desenvolvidos pela

²¹¹ Não obstante diversas municipalidades já tenham regulamentado em âmbito local os instrumentos da lei de inovação, a pesquisa efetuada não logrou identificar a efetiva concessão de bônus tecnológico por algum ente municipal. Assim, em caráter exemplificativo da adoção de instrumento, remetemos à Chamada Pública CNPq/MCTIC/SETEC nº 32/2018 que teve por objetivo a execução de programa para concessão de bônus tecnológico e bolsas para inovação em manufatura avançada, disponível no endereço: https://propesp.furg.br/images/noticias/Chamada32-2018_BonusTecnologicox.pdf, acessado em 27 de abril de 2021.

²¹² Excelente referência para o tema é o guia publicado pelo IPEA. Confira-se Encomendas tecnológicas no Brasil: guia geral de boas práticas, RAUEN, André Tortato, e BARBOSA, Caio Márcio Melo. Brasília: Ipea, 2019.

²¹³ Por exemplo, o contrato de encomenda tecnológica que resultou de parceria firmada entre a Universidade de Oxford e a empresa AztraZeneca, celebrado com a FIOCRUZ em 08 de setembro de 2020. Confira-se também a Nota Técnica nº 71, publicada pelo IPEA, disponível no endereço: https://www.ipea.gov.br/cts/images/central-de-conteudo/publicacoes/2020/NT_Diset_N_71.pdf, acessado em 05 de abril de 2021.



contratada, como forma de possibilitar a produção em território nacional destes equipamentos obtidos no mercado internacional e sua disponibilização a custo mais baixo.

O contrato de encomenda tecnológica foi celebrado entre a ICT municipal, o Instituto de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICMTIM), autarquia municipal criada pela Lei Municipal nº 2.871/19, e a empresa Tracel Industrial, Com. e Serviços Ltda., após a publicação do respectivo termo de referência em seu órgão de imprensa oficial²¹⁴.

Segundo constou deste documento, o objetivo do poder público local foi o de obter no mercado uma solução para o tratamento de doenças respiratórias graves, no momento com foco no coronavírus, mas posteriormente para o enfrentamento de outras doenças, e almejou também a aquisição dos produtos a serem desenvolvidos, para uso em seus serviços de saúde, após a validação de resultados com o apoio de pesquisadores bolsistas da ICMTIM.

Há aí, portanto, o emprego de outro dos instrumentos previstos na lei de inovação, que vem a ser a destinação de recursos públicos para a concessão de bolsas para pesquisadores.

O município revela em seu termo de referência ter a meta de, a partir da atração de empresa inovadora e a celebração do ajuste, atrair ainda outras unidades industriais de produção de insumos médicos que venham a formar um arranjo produtivo local na área da saúde, com múltiplas tecnologias e empresas.

A pretensão momentânea do município, no cenário da pandemia originada da covid-19, é enfrentar o aspecto mercadológico da falta de equipamentos essenciais tais como os respiradores mecânicos, visando mitigar a necessidade de intubação do paciente, e também, sob o aspecto tecnológico, dinamizar e diversificar o mercado produtivo local²¹⁵.

A lei de inovação prevê ainda os *incentivos fiscais*, que são costumeiramente empregados para o fomento de diversas políticas públicas e podem também ser utilizados para o estímulo à PESQUISA, DESENVOLVIMENTO E INOVAÇÃO,

²¹⁴ Jornal Oficial do Município nº 1.102, de 18 de novembro de 2020, disponível no endereço: <https://www.marica.rj.gov.br/2020/11/18/jom-1102/>, acessado em 02 de abril de 2021.

²¹⁵ O contrato de encomenda tecnológica veio ao final a ser assinado, nos termos autorizados pela lei de inovação e pela legislação local, conforme extrato publicado no Jornal Oficial do Município nº 1.104, de 25 de novembro de 2020, disponível no endereço: <https://www.marica.rj.gov.br/2020/11/25/jom-1104/>, acessado em 02 de abril de 2021.



como exemplificativamente adotados pela legislação federal ao instituir incentivos à inovação tecnológica, por meio da Lei Federal nº 11.196/05 (lei do bem) e da Lei Federal nº 9.609/98 (lei do *software*), e por inúmeras unidades federativas²¹⁶.

Deve ser observado, contudo, que a adoção deste instrumento não exige o ente público de acompanhamento finalístico da política pública adotada e do exame de sua coerência com outras políticas públicas vigentes.

É o que o Tribunal de Contas da União (TCU) recentemente apontou em recente decisão²¹⁷, em que foi constatada a ineficácia dos estímulos instituídos por essas duas últimas leis mencionadas, e a sua incoerência com a concomitância dos incentivos fiscais previstos para a Zona Franca de Manaus.

Além disto, em linha com a mencionada decisão proferida pelo TCU, o acompanhamento finalístico de incentivos fiscais instituídos pelos entes públicos passa a se constituir em um *dever*, a partir da nova disposição do artigo 37, § 16, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 109/21 (*PEC emergencial*), ainda que se trate de norma de eficácia limitada, dependente de edição de lei que discipline a avaliação das políticas públicas e a divulgação dos resultados constatados.

Outro instrumento previsto pela legislação vem a ser a *concessão de bolsas* para o pesquisador (servidor, militar, empregado da ICT pública, aluno de curso técnico, de graduação ou de pós-graduação) envolvidos na execução de ajuste celebrado entre uma ICT e outra entidade pública ou privada, como exemplificado no *case* de Maricá anteriormente referido.

Os recursos para a execução de projetos de PD&I podem ser repassados pelo município às ICTs por termo de outorga, convênio, contrato ou instrumento jurídico assemelhado ou ainda podem ser repassados diretamente aos pesquisadores a elas vinculados, por meio de bolsa de pesquisa.

²¹⁶ Por todos, confira-se a regulamentação adotada pelo município paulista de Campinas, por meio da Lei nº 14.947/14, que trata do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) incidente em diversas hipóteses, entre as quais, empresas instaladas em (i) Polos Tecnológicos e (ii) Parques Tecnológicos que integrem o Sistema Paulista de Parques Tecnológicos (SPTec), conforme instituído e regulamentado nos termos do Decreto Estadual nº 60.286, de 25 de março de 2014, ou outro que venha a substituí-lo.

²¹⁷ TCU, Acórdão nº 3.141/20, Processo nº 1907/2020-4, Relator Ministro Augusto Nardes, j. 25/11/2020.



Constam ainda da lei de inovação os *fundos de investimento*, que podem ser instituídos em empresas inovadoras e que são constituídos a partir da captação de recursos por instrumentos do mercado de capitais, na forma da Lei nº 6.385/76, e cujo regulamento consolidado deve observar as normas do órgão regulador deste mercado, a saber, a CVM²¹⁸.

Há ainda dentre os instrumentos legais, a *previsão de investimento em pesquisa, desenvolvimento e inovação em contratos de concessão de serviços públicos ou em regulações setoriais*. Um caso prático de adoção deste instrumento que pode servir de inspiração para ampliação a outros setores em que sua modelagem se mostre aderente, é o Programa de Pesquisa e Desenvolvimento previsto para o setor elétrico pela Lei nº 9.991, de 24 de julho de 2000, que institui uma fonte de financiamento de PESQUISA, DESENVOLVIMENTO E INOVAÇÃO que corresponde ao montante de 1,0% da receita operacional líquida anual de empresas concessionárias, permissionárias ou autorizadas do setor. Os recursos são repassados ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT) e a sua destinação se dá sob o arcabouço do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

Nos termos do estabelecido pela Lei nº 9.991/00, a escolha dos projetos depende de uma análise dos custos para a sua execução e a decisão pela contemplação do projeto é proferida por um comitê gestor, responsável também pelo acompanhamento dos projetos apresentados, com foco nos seus resultados potenciais²¹⁹.

²¹⁸ Dentre as normas regulamentares da CVM nesta matéria citem-se: (a) a Instrução CVM nº 415, de 22 de fevereiro de 2005, que tratou do Fundo de Investimento em Empresas Inovadoras (FIE-EI), e que veio a ser revogada pela Resolução nº 2, de 6 de agosto de 2020; (b) a Instrução CVM nº 578, de 30 de agosto de 2016, que revogou diversas normas anteriores, dentre as quais se destacam para a presente temática a Instrução nº 209, de 25 de março de 1994, a Instrução CVM nº 391, de 16 de julho de 2003, e a Instrução nº 460, de 10 de outubro de 2007, e deu novo tratamento geral para a destinação de recursos dos fundos de investimento de participação (FIP), aí incluídos o FIP-Infraestrutura e o FIP-Produção Econômica Intensiva em PESQUISA, DESENVOLVIMENTO E INOVAÇÃO, cujos recursos se destinam ao fomento daqueles setores prioritários identificados na Lei nº 12.341/11, e que ora estão sendo objeto de proposta de ampliação por meio do PL nº 2.646/20 já citado. Os fundos de investimentos tratados por esta Instrução são usualmente adotados para investimentos de recursos originários de *private equity* e *venture capital*, como o FIP - Capital Semente e do FIP - Empresas Emergentes e o FIP-Infraestrutura, pertinentes à temática do presente artigo; (c) O Ofício-Circular nº 1/2021-CVM-SRE que, com fundamento na Lei nº 13.874/19 (lei de liberdade econômica), veio a dispensar a anterior exigência de prévio registro do regulamento do fundo de investimento perante o Registro de Títulos e Documentos.

²¹⁹ ANDRADE, Ronaldo J., Incorporação de Novas Tecnologias em Contratos de Concessão – *estudo de caso do setor rodoviário paulista*, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30045>, acessado em 07 de abril de 2021.



Outros instrumentos previstos na lei de inovações são as *parcerias estratégicas* e os *projetos de cooperação* celebrados entre ICT e empresas ou firmados somente entre empresas. Há ainda as *incubadoras de empresas*, por meio das quais é disponibilizado um ambiente para o fornecimento de apoio logístico, gerencial e tecnológico ao empreendedorismo inovador e intensivo em conhecimento, com o objetivo de facilitar a criação e o desenvolvimento de empresas que tenham como diferencial a realização de atividades voltadas à inovação.

A norma dispõe também a respeito de *parques tecnológicos* e *polos tecnológicos* e *demais* ambientes promotores de inovação. Parques tecnológicos são complexos planejados de desenvolvimento empresarial e tecnológico, que têm por finalidade promover a cultura de inovação, a competitividade industrial, a capacitação empresarial, bem como a promoção de sinergias em atividades de PD&I, entre empresas e uma ou mais ICTs, que possuam ou não algum vínculo entre si. Já os polos tecnológicos são ambientes de inovação caracterizados pela presença dominante de médias empresas, ME e EPP que atuem em áreas correlatas em determinado espaço geográfico.

Estes ambientes de inovação têm por objetivo a aproximação entre os centros de conhecimento do setor produtivo, induzido a criação de oportunidades para que o setor produtivo transforme pesquisas em produtos a partir desta sinergia entre instituições de ensino e pesquisa e a iniciativa privada.

No Estado de São Paulo o Sistema Paulista de Parques Tecnológicos é gerenciado pela Secretaria Estadual de Desenvolvimento Econômico (SDE), cujo sítio eletrônico informa que se encontram com credenciamento definitivo os seguintes parques tecnológicos: São José dos Campos (PqTec), Sorocaba (Empts), Ribeirão Preto (Supera), Santos (ainda em obras, ParqTec), Piracicaba, São José do Rio Preto, Botucatu (Parquebtu), Santo André, Campinas (CPqD), Campinas (Technopark), Campinas (Unicamp) e Campinas (Centro de Tecnologia da Informação Renato Archer – CTI). Além destes, constam ainda com credenciamento provisório os parques tecnológicos de São Carlos (Parque Eco-Tecnológico Damha, em operação), Barretos (ainda em projeto), São Paulo (Jaguaré, ainda em projeto), São Paulo (Zona Leste, ainda em projeto), Araçatuba (ainda em projeto), São José dos Campos (UNIVAP, em operação), Campinas (Ciatec, ainda em projeto), Marília (ainda em projeto) e Guarulhos.



Estes ambientes de inovação, quando caracteristicamente tenham por pressuposto a utilização de um imóvel público e o repasse de recursos orçamentários para a sua implantação e desenvolvimento, como se dá nos parques tecnológicos, se encontram sob a incidência dos princípios que regem a administração pública, expressos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, que são condicionantes para o fomento, a concepção e o desenvolvimento do projeto e para a seleção de empresas para o ingresso nesses ambientes. A cessão de uso do bem imóvel deve se dar mediante contrapartida obrigatória, de natureza financeira ou não, na forma que tenha sido estabelecida em regulamento da unidade federativa repassadora.

Um *case* de relativo sucesso pode ser indicado na implantação do Parque Tecnológico do município de São José dos Campos, que se deu mediante a celebração de ajuste fundamentado na Lei Federal nº 9.637/98, que possibilita a celebração de contrato de gestão, para o fomento das áreas de atuação que cada ente venha a livremente escolher, segundo critérios de conveniência e oportunidade, editando lei específica que institua esta modalidade de ajuste no sistema normativo local, que discipline a qualificação de entidades sem finalidade lucrativa como organizações sociais (OS), estabeleça os critérios de governança da entidade, refletidos na composição do Conselho de Administração da OS, e que permita o repasse de recursos orçamentários, a permissão de uso de espaço público e a cessão de servidores para a entidade gerenciadora responsável pela execução do ajuste. Trata-se de hipótese contemplada entre as hipóteses de dispensa de licitação, na lei geral de licitações e contratos²²⁰.

O primeiro contrato de gestão, celebrado com a organização social Associação Parque Tecnológico de São José dos Campos, ainda no ano de 2010, foi objeto de análise pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP), que o julgou regular em sede de recurso ordinário²²¹. O segundo contrato de gestão, celebrado com a mesma entidade após a abertura de processo seletivo público, foi também analisado pelo mencionado órgão de controle externo e também julgado regular²²².

Há também a previsão, entre os instrumentos de que dispõe a lei de inovação, de implantação de *redes cooperativas*, que consistem em mecanismos para atração,

²²⁰ Lei Federal nº 8.666/93, artigo 24, inciso XXIV.

²²¹ Objeto do TC nº 553.007.09.

²²² Objeto do TC nº 12.572.989.17.



criação e consolidação de centros de P&D de empresas brasileiras e estrangeiras, às quais devem ser conferidos acesso aos mecanismos de fomento.

Outros meios que a lei de inovação apresenta na caixa de ferramentas de que este diploma dispõe são a *cooperação internacional para inovação e transferência de tecnologia* e a *internacionalização de empresas* e a *previsão de cláusulas de investimento em Regimes Especiais de Incentivos Econômicos*.

Por fim, é diretriz da Lei de Inovação o tratamento preferencial, diferenciado e favorecido, na aquisição de bens e serviços pelo poder público e pelas fundações de apoio para a execução de projetos de desenvolvimento institucional da instituição apoiada, nos termos da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, às empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País e às ME e EPP de base tecnológica, criadas no ambiente das atividades de pesquisa das ICTs. Assim, merece destaque uma última iniciativa prevista na lei de inovação que diz respeito a *implantação de solução de inovação para o apoio e incentivo a atividades tecnológicas ou de inovação em ME e EPP* que, neste ponto, se mostra consecutânea com o tratamento jurídico diferenciado de observância obrigatória pelas unidades federativas segundo o que dispõe o texto constitucional em seu artigo 179.

Esgotada a apresentação dos instrumentos trazidos pela lei de inovação para a atividade de fomento à pesquisa, desenvolvimento e inovação cabe agora tecer alguns comentários acerca das ferramentas albergadas também para este fim na nova disciplina de contratação pública recentemente editada e que expressamente afirma que a inovação é um dos objetivos a ser alcançado por meio dos procedimentos licitatórios²²³.

Portanto, os pontos de conexão com este tema que constam desta lei também se colocam neste cenário desafiador da atividade da advocacia pública consultiva no ambiente municipal e devem ser objeto de exame.

Sobre o papel da advocacia pública municipal no fomento de pesquisa, desenvolvimento e inovação, é essencial o conhecimento dos diversos instrumentos e seu correto manejo diante das situações concretas com as quais se depare o gestor público, muito na linha do que explica COUTINHO²²⁴, ao “*descrever o Direito como caixa de ferramentas de políticas públicas como categoria de análise serve para*

²²³ Artigo 11, inciso IV, da Lei Federal nº 14.133/21.

²²⁴ COUTINHO, Diogo R., O Direito das Políticas Públicas, in SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim, Contratos Públicos e Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 447-480.



ênfatizar que a seleção e a formatação dos meios a serem empregados para perseguir os objetivos predefinidos é trabalho jurídico”.

Portanto, o assessoramento jurídico na modelagem, implementação e execução de políticas públicas de inovação impõe à advocacia pública o estudo e conhecimento dos instrumentos direcionados a esta finalidade, a compreensão da forma de atuação dos diferentes mecanismos de indução e de recompensa, como meios de propiciar o alinhamento de interesses e a implementação dos incentivos tendentes a garantir a eficácia da política pública.

Enfim, o advogado público contribui na sua análise com a efetiva adequação dos fins almejados pela ação estatal com os meios utilizados na execução desta política pública, exigindo um engajamento e uma postura proativa, além do permanente estudo e aprimoramento que o exercício qualificado desta função naturalmente exige.

Nesse contexto, são marcantes muitas experiências bem sucedidas ocorrendo em diversas regiões do país e a criação de canais de interação e foros de discussão que permitam a troca de experiências pode ser uma forma valiosa de superar os receios que o manejo dos novos instrumentos para o fomento à pesquisa, desenvolvimento e inovação possa gerar, em razão do seu ineditismo para o ente federado ou de potenciais excessos em responsabilização pelos órgãos de controle.

4. A especificidade da inovação na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/21).

Este novo diploma inova ao exigir²²⁵ também em contratos administrativos de curto prazo que haja a previsão de *matriz de riscos* já adotadas como melhores práticas nas concessões de serviços públicos delegadas por meio de concessões comuns, regidas pela Lei Federal nº 8.897/95 (lei de concessões) e de administrativas e patrocinadas, de que trata a Lei Federal nº 11.079/03 (lei de parcerias público-privadas), e a cujo respeito há referência nestas duas últimas modalidades, cujo arcabouço normativo exige que o respectivo contrato discipline o compartilhamento de riscos entre os parceiros²²⁶.

²²⁵ As hipóteses em que a matriz de risco é obrigatória são aquelas relativas a obras e serviços de grande vulto, ou ainda quando venham a ser adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada. Não se tratando destas hipótese, a matriz de risco será facultativa em demais hipóteses (artigo 6º, inciso XXVII, alíneas *a* e *b*, da nova lei.)

²²⁶ Lei Federal nº 11.079/03, artigos 4º, inciso VII e 5º, inciso III.



Como instrumento de estímulo às inovações, a nova lei nova lei dá tratamento oposto às contratações que tenham por objeto *obrigações de resultado* e àquelas que veiculem *obrigações de meio*.

Nas obrigações de resultado a matriz de riscos contemplada na minuta do contrato deve estabelecer as frações em que o contratado terá liberdade para introduzir inovações metodológicas ou tecnológicas.

As frações que não venham a ser indicadas para este amplo exercício do contratado são aquelas em que a solução técnica já deverá estar sendo indicada no instrumento convocatório.

Já nas obrigações de meio o que deve ser estabelecido na matriz de risco contratual são as frações em que não haverá tal liberdade do contratado, ou seja, as frações que devem manter aderência total às soluções técnicas indicadas no anteprojeto ou no projeto básico.

Ao distribuir desta forma os deveres do poder público licitante, o novo diploma amplia o seu ônus de apresentar definições técnicas, o que estimula o seu comportamento racional de se restringir à exigência de observância de soluções técnicas previamente concebidas exclusivamente nas frações em que esta aderência seja razoável, ampliando o espaço de atuação do contratado no exercício de sua expertise.

A nova lei mantém a faculdade de estabelecimento de *margem de preferência* como forma de estímulo ao desenvolvimento e inovação tecnológica, conforme já previsto na legislação anterior, submetendo a regulamentação da matéria ao governo federal, contudo modifica a sua amplitude²²⁷.

Provavelmente um dos pontos que provocará mais debates e acerca do qual muito se refletirá é a figura do diálogo competitivo, que possui inspiração no diálogo concorrencial previsto desde 2004 na legislação da União Europeia²²⁸ e foi inserido na nova disciplina legal como modalidade licitatória²²⁹, caracterizada pela realização de diálogos entre a Administração Pública e licitantes que tenham sido previamente selecionados mediante critérios objetivos.

²²⁷ Confira-se Lei Federal nº 14.133/21, artigo 26, §§ 2º, 5º, e 7º, e Lei Federal nº 8.666/93, artigo 3º, §§ 5º; 6º, inciso II; 7º a 9º.

²²⁸ O diálogo concorrencial foi inicialmente objeto da Diretiva 2008/18/CE, artigo 29 e posteriormente da Diretiva 2014/24/UE, artigo 30.

²²⁹ Lei Federal nº 14.133/21, artigos 28, inciso V e 32.



A finalidade almejada pela do diálogo estabelecido é o, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

As hipóteses em que sua utilização é cabível são exclusivamente aquelas em que se encontrem presentes cumulativamente as seguintes condições:

- (a) o objeto licitatório contemple a necessidade de introdução de inovação tecnológica ou técnica para a execução das obras, serviços ou compras almejados pelo poder público.
- (b) esta necessidade não possa ser satisfeita a partir de adaptações de soluções já existentes no mercado.
- (c) seja impossível para a Administração definir as especificações técnicas com precisão suficiente para o fim a que o objeto da contratação se destina.

A segunda possibilidade de emprego desta modalidade será em situações em que a Administração Pública tenha a necessidade de definir *meios e alternativas*, isto é, as soluções mercadológicas que satisfaçam a sua necessidade, tal como, exemplificativamente, a solução técnica mais adequada, ou os *requisitos técnicos* que possibilitem o alcance da solução já escolhida, ainda a modelagem jurídica ou financeira do contrato.

A proposta legislativa apresentava ainda uma terceira possibilidade de utilização do diálogo competitivo, que veio a ser objeto de veto do presidencial²³⁰, e que se referia à situação em que o ente licitante entendesse que a disputa aberta (*leilão*) e fechada (*envelope fechado e proteção de sigilo*) não permitissem a ele aquilatar as variações entre as propostas apresentadas para a sua tomada de decisão, o que se justificaria em razão da assimetria informacional entre o licitante e o respectivo mercado.

O que há de comum nas hipóteses em que o diálogo competitivo pode ser empregado, portanto, é uma situação de *paralisia* do gestor público para a melhor tomada de decisão em razão de se deparar com uma situação por ele *desconhecida*, que

²³⁰ Todavia, e embora a boa intenção do legislador, a medida contraria o interesse público, pois não é adequado vincular o Diálogo Competitivo ao modo de disputa para a apreciação adequada das variações entre propostas, tampouco à solução de eventuais deficiências com modos de disputa. O Diálogo Competitivo requer avanço com licitantes selecionados para que a Administração identifique a melhor solução existente para atender a necessidade pública.”



justifica seu recurso ao mercado para identificar a solução que os agentes econômicos venham a propor, alinhada com a necessidade da Administração. Portanto, é modalidade aderente às necessidades derivadas da modelagem de contratação que envolva a inovação tecnológica²³¹.

O procedimento do diálogo competitivo se dá em duas fases. A primeira fase é a *fase do diálogo propriamente dito*, que se inicia com a publicação de edital por meio do qual o ente torna pública a apresentação do *problema* a ser superado e em razão do qual se faz necessária a busca de solução junto ao mercado.

Deve ser fixado no mínimo o prazo de 25 dias para que os agentes econômicos apresentem manifestação de interesse em participar da licitação, ao final do qual o ente efetua a pré-seleção dos proponentes, segundo os critérios objetivos especificados no edital.

A partir deste momento passa-se à realização de reuniões com os licitantes pré-selecionados, que devem obrigatoriamente ser registradas em ata e gravadas por meio de áudio e vídeo.

O desenvolvimento deste diálogo pode se dar de forma faseada, em que as soluções apresentadas vão sendo sucessivamente *'afuniladas'* no ambiente de diálogo com os proponentes.

Ao final dos diálogos, uma vez encontrada pela Administração a solução satisfatória, aderente à necessidade que motivou a abertura do procedimento, é declarada a conclusão do diálogo competitivo, que até então corria com a proteção do sigilo das propostas apresentadas por cada proponente (exceto na hipótese em que o proponente consinta em sua divulgação) e todos os registros e gravações do diálogo devem ser anexados aos autos do processo administrativo.

Tem então início a segunda fase do procedimento, a *fase competitiva*, com a publicação do edital, que conterà a solução escolhida a partir da fase anterior, e que será então proposta pela Administração licitante ao mercado e também será instruído com os critérios objetivos de seleção.

²³¹ Registre-se a publicação oficial que aparentemente é a primeira que se deu com o emprego da nova modalidade, com publicação da Portaria nº 4.865, de 28 de abril de 2021, por meio da qual órgão vinculado à Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia efetuou a designação de Comissão Especial para a condução do Diálogo Competitivo nº 01/2021, com o objetivo de contratar *serviço integrado de copa* a ser executado em órgãos governamentais sediados no território do Distrito Federal. A evidente desconformidade do objeto pretendido com as condições legais para o emprego da modalidade conduziu à edição da Portaria nº 4.951, de 29 de abril de 2021, publicada no D.O.U. de 30 de abril de 2021, Seção 2, página 25.



Deve ser concedido o prazo de pelo menos 60 dias úteis para apresentação de propostas dos licitantes pré-selecionados e, nesta fase, a Administração pode pedir esclarecimentos aos participantes, acerca das propostas apresentadas, sendo-lhe vedado, contudo incidir em conduta discriminatória e ou distorcer a concorrência entre as propostas apresentadas, sendo, ao final, declarado o resultado do procedimento com a escolha da proposta vencedora, nos termos estabelecidos no edital do certame.

Diferentemente, o diálogo concorrencial previsto na União Europeia possibilita que a contratação se dê ao final da fase do diálogo, momento em que se dá a escolha e a declaração do vencedor, não havendo, naquela disciplina, a necessidade de uma nova fase, desta feita competitiva, ao final dos diálogos.

Neste sentido, a nova lei foi pouco inovadora, de forma que o procedimento não se diferencia muito do procedimento de manifestação de interesse e da manifestação de interesse privado já acolhidos no arcabouço normativo brasileiro²³².

²³² Decreto Federal 8.428/15, alterado pelo Decreto Federal nº 10.104/19. O novo diploma também dá tratamento ao PMI, em seus artigos 78, inciso III e 81, como um procedimento auxiliar das licitações e contratações públicas.



Conclusão

Pela apresentação de instrumentos legais para a inovação, entremeados de casos concretos referenciais, foi evidenciada a importância da advocacia pública municipal no auxílio que presta aos Municípios, também na promoção da inovação.

Por serem os municípios o primeiro *locus* de exercício da cidadania e a primeira referência aos serviços públicos, a implantação de políticas públicas inovadoras configura uma exigência da própria legitimidade do exercício do poder, não podendo as municipalidades se furtarem desta necessidade.

Aliás, a inovação consiste em um dever da gestão pública a partir do arcabouço normativo, independentemente da sua inserção entre os princípios da administração pública, como consta da proposta de reforma administrativa em tramitação no Congresso Nacional.

Não se espera que esta expressão seja referida meramente como elemento de campanhas eleitorais, antes, deve haver um efetivo compromisso da alta cúpula governamental, na sua tomada de decisão pelo caminho da inovação.

Deve ser meta dos gestores públicos que a inovação se mostre de forma efetiva e concreta na modelagem de políticas públicas indutoras de inovações no setor privado, com vistas ao desenvolvimento econômico e a geração de emprego e renda, e também como elemento importante na prestação de serviços públicos e na própria gestão administrativa, como instrumento de melhoria nas atividades prestacionais dirigidas aos cidadãos e como conferência do selo de legitimidade da gestão pública, em um cenário fático em constante evolução tecnológica.

A fim de alcançar estas metas, os municípios dispõem de amplas possibilidades para utilização dos instrumentos que o arcabouço jurídico oferece, mas para isso há desafios que devem ser enfrentados.

A qualificação dos agentes públicos para pleno conhecimento deste cipoal de instrumentos é necessária para a modelagem da inovação segundo a situação concreta em análise e de acordo com com esses instrumentos.

Por fim, como o ambiente da inovações tecnológicas é intrinsecamente espaço de incertezas e dúvidas, a promoção da inovação coloca também diante dos órgãos de controle o desafio de zelar pela lisura administrativa sem lançar mão da necessária segurança jurídica dos gestores públicos, além da necessária promoção de diálogo que



permita superar assimetrias informacionais e promova a melhor solução para cada situação concreta. Estes diálogos, contudo, não devem se afastar dos princípios basilares que regem a administração pública, e devem estar ao alcance dos mecanismos de controle social.



Referências bibliográficas

ANDRADE, Ronaldo José. Chamamento Público para Celebração de Contrato de Gestão: *by-pass* da licitação dispensável? Análise do caso do Parque Tecnológico de São José dos Campos. 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/results.cfm>. Acessado em: 20 de março de 2021.

ANDRADE, Ronaldo José. Incorporação de Novas Tecnologias em Contratos de Concessão – estudo de caso do setor rodoviário paulista. Disponível no endereço: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30045>. São Paulo: Biblioteca A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas – SP: 2020. Acessado em: 20 de março de 2021.

BANCO MUNDIAL. Retaking the Path to Inclusion, Growth and Sustainability: Brazil Systematic Country Diagnostic. The World Bank. Junho, 2016. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/23954/106569PT.pdf?sequence=9&isAllowed=y>. Acessado em: 20 de março de 2021.

Biblioteca multimídia da Agência de Desenvolvimento Industrial (ABDI). Disponível no endereço <https://hubtec.abdi.com.br/>. Acessado em: 20 de março de 2021.

BIS. United Kingdom (UK). Case for public support of innovation at the sector, technology and challenge área levels. 2014. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/the-case-for-public-support-of-innovation-at-the-sector-technology-and-challenge-area-levels>. Acessado em: 20 de março de 2021.

BOBBIO, Norberto Bobbio. Teoria das sanções positivas – *Las sanciones positivas*, in “*Contribución a la teoria del Derecho*”, Fernando Torres, Valencia, 1980

CADERNOS DE DIREITO E INOVAÇÃO, Núcleo Jurídico do Observatório da Inovação e Competitividade do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, vol. I e vol. II, Outubro de 2018 e Dezembro de 2019. Disponíveis em:

<http://oic.nap.usp.br/cadernos-de-direito-e-inovacao/>. Acessado em: 20 de março de 2021.

COELHO, Alexandre Zavaglia Pereira e SILVEIRA, Vladimir Oliveira. O Processo de Inovação Tecnológica e os Elementos da Sustentabilidade Digital, in Direito, Inovação e Tecnologia. MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang e COELHO, Alexandre Zavaglia P., páginas 157 a 204. São Paulo: Saraiva, 2015.



COUTINHO, Diogo R. Direito e Economia Política na Regulação de Serviços Públicos. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. O Direito nas Políticas Públicas, *in* A Política Pública Como Campo Multidisciplinar, MARQUES, Eduardo, COUTINHO, Diogo R., FARIA, Carlos Aurélio Pimenta (orgs.), páginas 181 a 206, 2ª ed. São Paulo: Editora Unesp; Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2018.

_____. Gargalos Jurídico-Institucionais à Inovação no Brasil, *in* COUTINHO, Diogo; ROCHA, Jean-Paul Veiga; SCHAPIRO, Mário G., (coords.) Direito Econômico Atual, páginas 85 a 119. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

COUTINHO, Diogo; FOSS, Maria Carolina, e MOUALLEM, Pedro Salomon (Orgs.). Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais. São Paulo: Blucher, 2017.

DE GIORGI, Raffaele, Direito, Democracia e Risco. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

EDLER, Jakob, GEORGHIOU, Luke. Public procurement and innovation – Resurrecting the demand side. *Research policy*, v. 36, Edição nº 7, páginas 949 a 963, Setembro de 2007. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0048733307000741>. Acessado em: 20 de março de 2021.

FORUM iNovaCidades. Inovação em Cidades – desafios institucionais e experiências bem-sucedidas. Março de 2020. Disponível em: <https://arapyau.org.br/forum-inovacoes-lanca-guia-gratuito-de-implementacao-de-leis-de-inovacao/>. Acessado em: 20 de março de 2021.

GARCIA, Flávio Amaral, Concessões, Parcerias e Regulação, Capítulo 4 – A Participação do Mercado na Definição do Objeto das Parcerias Público-Privadas/PPPs – o Procedimento de Manifestação de Interesse /PMI, páginas 116 a 132 e Capítulo 11 – A Utilização dos Bens Públicos como Instrumento de Fomento e o Processo de Contratação com Terceiros, páginas 251 a 261. São Paulo: Malheiros, 2019.

INSTITUTO DE ESTUDOS AVANÇADOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (IEA/USP) – Cadernos de Direito e Inovação. Disponível em: <http://oic.nap.usp.br/cadernos-de-direito-e-inovacao/>.



KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, páginas 25, Capítulo 5, A Ordem Social, item a, Ordens sociais que estatuem sanções, páginas 25 a 28.

MACERA, Paulo Henrique, MOURÃO, Carolina Mota, Parcerias Público-Privadas no Contexto da Inovação Tecnológica, *in* Experiências Práticas em Concessões e PPP – estudos em homenagem aos 25 anos da lei de concessões. Vol. I - Estruturação e Arbitragem, TAFUR, Diogo Jácome Valois, JURKSAITIS, Guilherme Jardim, ISSA, Rafael Hamza (coords.), páginas 77 a 118. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

MARQUES Neto, Floriano de Azevedo, A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação, *in* Contratos Públicos e Direito Administrativo. SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim (orgs.), páginas 353 a 415, São Paulo: SBDP/Malheiros Editores, 2014.

MONTEIRO, Vera e TRINDADE, Karla Bertocco. Contratação de inovação por governo. É caso de licitação ou inexigibilidade? E o chamamento público? Contrato de encomenda tecnológica é uma saída? Inova&Ação. JOTA, 12 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoa-e-acao/contratacao-de-inovacao-por-governo-12112019>. Acessado em: 20 de março de 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, O Direito Administrativo Pós-Moderno, *in* O Direito Administrativo do Século XXI, páginas 185 a 223. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). O Sistema de Inovação do Serviço Público do Brasil. 2018. Disponível em: <https://oecd-opsi.org/wp-content/uploads/2018/07/Brazil-Briefing-Deck-Final-Portuguese>. Acessado em: 20 de março de 2021.

_____. Oslo Manual. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264013100-en.pdf?expires=1612667666&id=id&accname=guest&checksum=D367EB5C01D7521EBC6270CD2B7909AC>. Acessado em: 20 de março de 2021.

OLIVEIRA, Marcos Cavalcante, Insegurança Jurídica, Riscos e Caos Judicial, *in* COUTINHO, Diogo; ROCHA, Jean-Paul Veiga; SCHAPIRO, Mário G., (Coords.). Direito Econômico Atual, páginas 297 a 319. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

RAUEN, André Tortato. Atualização do mapeamento das encomendas tecnológicas no Brasil. Nota técnica DISET n°53. Novembro de 2019. Disponível em:



SÃO PAULO

http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9524/1/NT_53_Diset_Atualiza%20do%20mapeamento%20das%20encomendas%20tecnol%20gicas%20o%20Brasil.pdf. Acessado em: 20 de março de 2021.

_____. Organizador. Políticas de inovação pelo lado da demanda no Brasil. IPEA: Brasília. 2017. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30404%E2%80%8B. Acessado em: 20 de março de 2021.

_____. Vacina para o Novo Coronavírus: um caso clássico de encomenda tecnológica. Nota Técnica Diset nº71. IPEA: Brasília. 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cts/pt/central-de-conteudo/todas-as-publicacoes/publicacoes/216-vacina-para-o-novo-coronavirus-um-caso-classico-de-encomenda-tecnologica>, Acessado em: 20 de março de 2021.

RAUEN, André Tortato e BARBOSA, Caio Márcio Melo. Encomendas tecnológicas no Brasil: guia geral de boas práticas. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34554:encomendas-tecnologicas-no-brasil-guia-geral-de-boas-praticas&catid=420:2019&directory=1. Acessado em: 20 de março de 2021.

SCHAPIRO, Mário G., Inovação como Falha de Mercado e as Respostas do Direito, *in* COUTINHO, Diogo; ROCHA, Jean-Paul Veiga; SCHAPIRO, Mário G., (Coords.). Direito Econômico Atual, páginas 65 a 84. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP). Sessão de julgamento nos autos do TC Nº 0019644.989.18-8. Data: 12 de dezembro de 2018. Objeto: Contratação de empresa especializada na prestação de serviços que componham uma solução inteligente (SaaS – Smart City as a Service, contemplando serviços de conectividade, telecomunicações e imagens entre unidades da Prefeitura de São José dos Campos (prédios, logradouros, câmeras de monitoramento, controladores semafóricos, antenas wireless) por meio de uma rede corporativa municipal a ser disponibilizada pela contratada. (A partir de 32m50s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ibDleDX68dU&t=2014s>. Acessado em: 20 de março de 2021.

Tribunal de Contas da União (TCU). Proposta de atuação do controle em contratações de encomendas tecnológicas (ETEC). Instituto Serzedelo Corrêa. Brasília. Março de



2020.

Disponível

em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/10/04/A5/AE/5200371055EB6E27E18818A8/ET_EC_proposta_atuacao_controle_contratacoes_encomendas_tecnologicas.pdf. Acessado

em: 20 de março de 2021.



O PROCESSO DE CRIAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE CORDEIRÓPOLIS/SP

Marco Antonio Magalhães dos Santos²³³

Introdução

Com origem etimológica no latim, a palavra prerrogativa é definida como “direito especial, inerente a uma função ou profissão”, sendo que, no caso específico da Advocacia Pública Municipal, o exercício das prerrogativas está diretamente vinculado ao nível de organização da carreira em âmbito local.

Assim, quanto mais organizada a carreira em âmbito local, inserida num órgão jurídico permanente, mais condições haverá para o exercício das prerrogativas profissionais, o que conduzirá a uma maior proteção do erário municipal, e à viabilização de políticas públicas alinhadas à ordem jurídica vigente, representando melhorias para a sociedade.

Nesse sentido, MOREIRA NETO (2005) afirma que o Estado e a Advocacia de Estado seriam projeções institucionais permanentes de toda a sociedade, o que nos remete à compreensão de que o exercício pleno das prerrogativas da Advocacia Pública se apresenta como um imperativo, com vistas à satisfação do interesse público, por meio da organização da carreira pública.

No Estado de São Paulo tem havido embates em busca da independência técnica do Advogado Público Municipal, buscando o fortalecimento da carreira, especialmente por meio do combate judicial das leis que vinculam o Procurador Municipal a uma Secretaria Municipal, geralmente com a terminologia de Secretaria Municipal de Negócios ou de Assuntos Jurídicos, entendendo tal condição como uma subordinação intelectual do exercício da Advocacia de Estado.

O resultado dessas ações judiciais tem representado administrativamente a desvinculação de Procuradores Municipais a uma Secretaria Municipal, ou mesmo a desvinculação hierárquica com o agente político ocupante do cargo de Secretário

²³³ Procurador Geral do Município de Cordeirópolis/SP, especialista em Direito Tributário e Direito Municipal, Delegado Estadual da ANPM, presidente da ARPM Anhanguera, membro da CAP OAB/SP, e-mail: marco_magalhaes@adv.oabsp.org.br



Municipal, uma vez que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade têm sido julgadas procedentes ou parcialmente procedentes, mas não têm conduzido necessariamente à criação de órgãos jurídicos organizados e autônomos, gerando uma situação inusitada, uma espécie de “vácuo institucional”.

Por assim ser, seria possível escapar desse estado de coisas, aliando a experiência jurisdicional à luta institucional em outras frentes, com vistas à criação de um órgão jurídico permanentes, integrante do primeiro escalão da estrutura administrativa, com independência técnica e com chefia da carreira pública?

Por assim ser, o presente trabalho busca discutir tal questão, apresentando situação específica vivenciada num município do estado de São Paulo, que poderá servir de referencial para a organização da carreira pública em âmbito local, condição “*sine qua non*” para o exercício pleno das prerrogativas da Advocacia Pública.

O município de Cordeirópolis/SP

O Município de Cordeirópolis está localizado no Estado de São Paulo, a uma distância de 160 km (cento e sessenta quilômetros) da Capital, com população estimada em 23.517 (vinte e três mil quinhentos e dezessete) habitantes, distribuídos numa área de aproximadamente 137 (cento e trinta e sete mil) Km².

A cidade é um dos principais entroncamentos rodoviários do Brasil, sendo o ponto de encontro entre a Rodovia Anhanguera (SP-330), a Rodovia Washington Luís (SP-310) e a Rodovia dos Bandeirantes (SP-348).

Possuindo IDH-M de 0,758 (alto), e PIB per capita de R\$ 82.176,10 (oitenta e dois mil cento e setenta e seis reais e dez centavos), Cordeirópolis ostenta economia diversificada, entre agricultura, pecuária, indústria e setor de prestação de serviços.

No ano de 2019, Cordeirópolis entrou para o seleto grupo das 200 (duzentas) cidades que mais exportaram no Brasil, ocupando a posição de 196º (centésimo nonagésimo sexto), com um montante de US\$ 116,75 milhões.

Comparado com Municípios paulistas de pequeno porte, Cordeirópolis se apresenta de forma diferenciada, com potencial significativo, o que demanda organização administrativa, planejamento de ações, gestão especializada, e controle interno sistematizado.



A luta dos Procuradores Municipais de Cordeirópolis/SP

Pertencentes à primeira geração de Advogados Públicos de Cordeirópolis, os Procuradores Municipais ingressaram na Prefeitura Municipal no ano de 2008²³⁴, por meio de concurso público, encontrando um cenário de valorização da advocacia comissionada, ou mesmo da contratação de escritório de advocacia.

Desde o início, a Advocacia Municipal de Cordeirópolis caracterizou-se pela união entre os Procuradores e pela consciência destes de que deveriam lutar, com o intuito de fazer valer a ordem jurídica vigente, especialmente quanto ao controle interno dos atos públicos, encontrando, por óbvio, desafios que deveriam ser superados.

Dentre tais desafios, destaca-se a questão do recebimento dos honorários advocatícios, até então inexistentes em Cordeirópolis, cuja luta dos Procuradores Municipais culminou na aprovação da Lei Municipal nº 2580/2009, que regulamentou o recebimento de honorários administrativos e judiciais.

Porém, o processo de avanço institucional, nas condições até então existentes, acabou chegando no limite, razão pela qual os Procuradores Municipais entenderam que deveriam buscar outros caminhos, o que conduziu à filiação na Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM), no ano de 2011, como forma de dar início a uma nova fase de organização da carreira pública.

Em que pese o contato com a ANPM permanecer ainda distante, os Procuradores Municipais de Cordeirópolis buscavam informações sobre a organização da carreira, até que, em 2016, a partir do material coletado pelo 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal²³⁵, houve a criação de um grupo de WhatsApp envolvendo os Procuradores Municipais de todo o Brasil, e outro grupo com os Procuradores Municipais do Estado de São Paulo, sendo uma iniciativa do então Delegado Estadual da ANPM, Dr. Rafael Prandini Rodrigues²³⁶, que também integrava a Comissão da Advocacia Pública (CAP) da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de São Paulo.

Tal episódio acabou se apresentando como o divisor de águas em âmbito local, na medida em que aproximou a ANPM e a CAP OAB/SP dos Procuradores Municipais de Cordeirópolis, coincidindo com o entendimento de que seria necessário aprofundar o

²³⁴ Gestão do prefeito Carlos Cezar Tamiazo (2005/2008 e 2009/2012)

²³⁵ 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil/Clarice Corrêa de Mendonça, Raphael Diógenes Serafim Vieira, Nathália França Figueiredo Porto-Belo Horizonte: Fórum; Herkenhoff & Prates. 2018.

²³⁶ Procurador Municipal em Guarulhos/SP.



processo de avanço, saindo da zona de conforto então conquistada, para a mudança do “status quo”.

DALRYMPLE (2016) nos mostra que há pessoas que não estão dispostas a arriscar muita coisa em nome de princípios, até porque a hipocrisia e a dissimulação mantêm fortes os sistemas sociais, e, por vezes, a honestidade intelectual conduz a situações de tensão, mas os Procuradores Municipais de Cordeirópolis estavam convictos naquele momento de que deveriam arriscar em nome dos princípios que norteiam a atuação jurídica, o que conduziu ao início real da luta em prol da organização da carreira pública no Município de Cordeirópolis.

Dessa forma, por provocação dos Procuradores Municipais, em junho de 2016, a ANPM encaminhou ofício²³⁷ ao prefeito municipal da época²³⁸, assinado pela presidente, Dra. Geórgia Campello²³⁹, pugnando pela organização da Procuradoria Geral do Município, bem como pela realização de concurso público para preenchimento de vaga de Advogado Público, com vistas ao fortalecimento da atuação jurídica local.

Porém, o chefe do poder executivo da época não ficou sensibilizado com a proposta de fortalecimento da Advocacia Pública, preferindo manter a estrutura de “advocacia comissionada”, em desconformidade com a ordem jurídica.

Por essa razão, os Procuradores Municipais encaminharam a questão para a Seção Paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP), que, por meio da Comissão da Advocacia Pública (CAP), então presidida pelo Dr. Carlos Figueiredo Mourão²⁴⁰, viabilizou parecer jurídico sobre o caso em comento²⁴¹, com relatoria do Dr. Rafael Prandini Rodrigues, conduzindo ao entendimento de que a questão deveria ser remetida para a Procuradoria Geral de Justiça (PGJ), como representação da OAB/SP, o que ocorreu em setembro de 2016.

No entanto, em janeiro de 2017, quando da mudança do governo municipal, houve a revogação da Lei Complementar Municipal nº 139/2009 (organização administrativa municipal), que havia sido o objeto da representação da OAB/SP, dando azo à extinção da investigação na Procuradoria Geral de Justiça.

²³⁷ Ofício nº 111/2016/ANPM, datado de 22 de junho de 2016, Assunto: Valorização da Advocacia Pública do Município de Cordeirópolis.

²³⁸ Amarildo Antonio Zorzo, prefeito municipal de Cordeirópolis, gestão 2013/2016.

²³⁹ Procuradora Municipal de Salvador/BA.

²⁴⁰ Procurador do Município de São Paulo/SP.

²⁴¹ Processo 7130.2.160714.3775/2016; Assunto: solicitação de manifestação pela OAB/SP, acerca da edição de lei municipal que prevê cargos em comissão com atribuições típicas da advocacia pública.



Não obstante, antes da extinção do procedimento administrativo, o Procurador Municipal de Cordeirópolis, Dr. Marco Antonio Magalhães dos Santos, tratou de encaminhar aos autos do procedimento a lei municipal aprovada no início do ano de 2017, com a nova estrutura administrativa municipal, sustentando a manutenção da situação de inconstitucionalidade apresentada na representação da OAB/SP, muito embora tivesse passado a constar na lei a terminologia de Procuradoria Municipal para designar os Procuradores Municipais.

Nessas condições, a Procuradoria Geral de Justiça acolheu o caso de Cordeirópolis, tratando de dar sequência à investigação, ingressando com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), em julho de 2017, em face de determinados artigos constantes na Lei Complementar Municipal nº 237/2017, que previa a Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos, buscando retirar funções jurídicas da pasta municipal e do agente político responsável, bem como obstar a subordinação hierárquica da Procuradoria Municipal, com vistas ao fortalecimento dos Advogados Públicos²⁴².

Paralelo à tramitação da ADI nº 2135099-15.2017.8.26.0000, houve representação do Procurador Municipal de Cordeirópolis, Dr. Marco Antonio Magalhães dos Santos, na Promotoria de Justiça de Cordeirópolis (PJ de Cordeirópolis), em janeiro de 2018, com o intuito de obstar o exercício ilegal da advocacia pública em âmbito local, culminando na abertura de Inquérito Civil nº 14.0243.0000205/2018-8.

Com base no pressuposto de que a Advocacia Pública deve ser exercida por profissionais recrutados pela via do concurso público, com a nobre missão de zelar pela incolumidade dos interesses públicos primários, exige-se do Estado de Direito um mínimo de proteção institucional à carreira pública (CASTRO-2009), sendo justamente esta proteção que se pleiteou da Promotoria de Justiça de Cordeirópolis no ato de representação, sustentando que a luta dos Procuradores Municipais de Cordeirópolis deveria envolver todos os operadores do direito comprometidos com a atuação republicana e com o Estado de Direito.

Num outro plano, como forma de fortalecer ainda mais a luta, o Procurador Municipal de Cordeirópolis, Dr. Marco Antonio Magalhães dos Santos, promoveu a articulação regional, culminando na criação da Associação Regional dos Procuradores Municipais (ARPM Anhanguera), em maio de 2018, juntamente com Procuradores

²⁴² Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2135099-15.2017.8.26.0000, em trâmite pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.



Municipais de Araras, Cordeirópolis, Pirassununga, Santa Cruz da Conceição, Santa Cruz das Palmeiras, e Santa Rita do Passa Quatro, cidades localizadas ao longo da Rodovia Anhanguera, sendo eleito presidente da entidade.

A decisão de inconstitucionalidade na ADI nº 2135099-15.2017.8.26.0000

Por entender que seria inconstitucional qualquer ato de subordinação intelectual no exercício da Advocacia de Estado, o Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a inconstitucionalidade da organização do órgão jurídico local, constante na Lei Complementar Municipal nº 237/2017 (lei da estrutura administrativa da Administração Direta)²⁴³, estabelecendo que a Advocacia Pública de Cordeirópolis deveria se vincular somente ao órgão jurídico que ela integra, qual seja, a Procuradoria Municipal, formada por advogados públicos concursados.

Além disso, entenderam os nobres Julgadores que a tarefa de assessoria, consultoria e representação jurídica nos Municípios estaria reservada aos profissionais de carreira na advocacia pública, investidos mediante aprovação em concurso público.

A decisão ocorreu em sessão de julgamento do Órgão Especial, no dia 24 de outubro de 2018, ocasião em que foram apreciados os Embargos de Declaração interpostos pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que se originou da Ação Direta de Inconstitucionalidade também proposta pelo Procurador-Geral de Justiça.

Vejamos um trecho representativo da decisão, ocorrente nos Embargos de Declaração nº 2135099-15.2017.8.26.0000/50000, “in verbis”:

“(…)

Com efeito, as atividades dos advogados que atuam na administração pública, direta ou indireta (autarquias e fundações públicas) evidenciam peculiaridades e prerrogativas indispensáveis para o seu regular exercício com autonomia funcional e independência, revelando a importância das atividades destes profissionais como instrumento de controle de

²⁴³ Declaração de inconstitucionalidade dos incisos I, III, IV, V, VI, VII, X, XV e XVIII, do artigo 27, devendo, ainda, ser conferida interpretação conforme a Constituição no que tange ao artigo 26, inciso II, e da expressão “é órgão diretamente vinculado à Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos” contida no artigo 28, da Lei Complementar nº 237/2017, do Município de Cordeirópolis.



legalidade dos atos administrativos e garantia da eficiência e governança pública das entidades que representam judicial e extrajudicialmente.

Assim, na espécie, a independência técnica é inata, de forma que a Advocacia Pública somente se vincula ao órgão jurídico que ela integra, sendo inconstitucional qualquer outro tipo de subordinação. Vale dizer, a liberdade moral e intelectual de que é dotada necessariamente a Advocacia de Estado.

Desta feita, os advogados públicos não podem ficar sujeitos a interesses subjetivos e passageiros dos governantes, de tal arte que a independência constitui a maior virtude e o valor mais caro do advogado. Evidente que as suas atribuições podem até tangenciar a viabilidade de determinada política pública, mas sem sucumbir aos interesses particulares do gestor. Logo, a vontade manifestada pelo administrador municipal somente interfere na atividade dos representantes judiciais, enquanto nos estritos limites da autorização legal ou constitucional.

De mais a mais, a tarefa de assessoria, consultoria e representação jurídica nos Municípios, tal como previsto nos incisos I, III, IV, V, VI, VII, X, XV e XVIII, do artigo 27, da Lei Complementar nº 237/2017, é reservada aos profissionais de carreira na advocacia pública, investidos mediante aprovação em concurso público (Cf. artigos 98 a 100, da Constituição Estadual). A propósito, os seguintes julgados desta Corte: ADI nº 2126846-72.2016.8.26.0000, Rel. Des. Álvaro Passos, j. 26/10/2016; ADI nº 2139959-93.2016.8.26.0000, Rel. Des. Márcio Bartoli, j. 29/3/2017; e ADI nº 2190064-74.2016.8.26.0000, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 28/6/2017.

(...)

Por epítome, conclui-se da inconstitucionalidade, sem redução de texto, dos incisos I, III, IV, V, VI, VII, X, XV e XVIII, do artigo 27 da Lei Complementar nº 237, de 20 de janeiro de 2017, do Município de Cordeirópolis, no sentido de que as atividades específicas de Advocacia Pública somente podem ser exercidas diretamente pelos procuradores municipais previamente aprovados mediante concurso público, sob pena de afronta aos



artigos 98 a 100 da Carta Bandeirante (...) devendo, ainda, ser conferida interpretação conforme a Constituição no que tange ao artigo 26, inciso II, e da expressão “é órgão diretamente vinculado à Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos” contida no artigo 28, da Lei Complementar nº 237/2017, do Município de Cordeirópolis, para garantia de autonomia intelectual dos Procuradores Municipais.
(...)”

O fato concreto é que essa decisão do Egrégio Tribunal Bandeirante fortaleceu o conteúdo do Inquérito Civil nº 14.0243.0000205/2018-8, em que havia notícia da existência de uma espécie de “procuradoria jurídica paralela e/ou clandestina” em âmbito local.

Em outras palavras, a aludida decisão reconheceu que não deveria existir “órgão jurídico paralelo e/ou clandestino” no Município de Cordeirópolis, e muito menos deveria existir atuação jurídica de “confiança do prefeito”, porque a Advocacia Pública deveria se vincular ao Estado e não ao Governo.

A verdade é que a existência de “advocacia paralela e/ou clandestina” em âmbito local seria empecilho para a organização e o fortalecimento da Advocacia de Estado, porque os interesses de grupos (representados pela “advocacia paralela e/ou clandestina”) acabariam se sobressaindo sobre os interesses de Estado (representados pela Advocacia Pública), e o sucateamento do órgão jurídico oficial seria condição “*sine qua non*” para esse processo.

Tal decisão foi protocolizada no inquérito civil, dando origem a uma recomendação administrativa encaminhada ao prefeito municipal em janeiro de 2019, por parte do representante do Ministério Público local, pugnando pelo integral cumprimento ao Acórdão da ADI nº 2135099-15.2017.8.26.0000, e que se abstivesse de delegar a servidores titulares de cargos em comissão as atribuições típicas da Advocacia Pública Municipal, com a ressalva de que em caso de não acatamento, seriam adotadas medidas legais e judiciais necessárias a fim de assegurar a implementação e cumprimento da decisão do C. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São



Paulo, inclusive com o ajuizamento da ação civil pública cabível, sem prejuízo da ação de improbidade administrativa²⁴⁴.

Como forma de fortalecer a luta institucional, chamando a atenção dos colegas de classe para a matéria em questão, durante esse processo de luta local, mais especificamente em novembro de 2018, o Procurador Municipal de Cordeirópolis, Dr. Marco Antonio Magalhães dos Santos, conseguiu aprovar enunciado no XV Congresso Brasileiro de Procuradores Municipais, realizado em Belo Horizonte/MG, com a seguinte redação:

“Enunciado 327 (AI VI): PROCURADOR MUNICIPAL. ESTRUTURA ADMINISTRATIVA. PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO. ADEQUAÇÃO. A representação judicial e a consultoria jurídica municipal são tarefas reservadas aos Procuradores Municipais, organizados administrativamente na forma de Procuradoria-Geral do Município, órgão com status de Secretaria Municipal dotado de autonomia orçamentária, sendo incompatível a existência na estrutura administrativa municipal de Secretaria Municipal com atribuições jurídicas (CBPM – 2018)²⁴⁵.

Nesse contexto, restou fortalecida a tese de criação da Procuradoria Geral do Município de Cordeirópolis, que a essa altura já vinha sendo discutida pelos Procuradores Municipais em âmbito local, seja com o novo prefeito municipal²⁴⁶, seja com a Promotoria de Justiça de Cordeirópolis, sob a lógica de atuação jurídica especialmente voltada à defesa do erário municipal, com a defesa dos direitos fundamentais do cidadão cordeiropolense, mas também como respaldo jurídico para a viabilização das políticas públicas locais, da forma que preconiza a ordem jurídica pátria.

²⁴⁴ Recomendação Administração datada de 29 de janeiro de 2019.

²⁴⁵ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS. Enunciados. Disponível em <<https://anpm.com.br/painel/biblioteca/621>>. Acesso em 11 ago 2019.

²⁴⁶ José Adinan Ortolan, prefeito municipal de Cordeirópolis, gestão 2017/2020.



A fixação da tese por parte do Órgão Especial Do Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo

Há que se pontuar que o julgamento de procedência da ADI nº 2135099-15.2017.8.26.0000 não se apresentou como uma decisão isolada, mas como uma tendência ocorrente no Estado de São Paulo, provocada pela posição institucional da Procuradoria Geral de Justiça (PGJ), consagrada no Enunciado nº 35, conforme se observa:

ENUNCIADO nº 35:

“CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. CARGOS EM COMISSÃO. ADVOCACIA PÚBLICA As atividades da Advocacia Pública (assessoria e consultoria a entidades e órgãos da Administração Pública), inclusive sua Chefia, são reservadas a profissionais recrutados por concurso público”²⁴⁷

Tal enunciado acabou por gerar uma quantidade significativa de Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face de leis municipais que autorizariam a presença de “advogados comissionados” nos órgãos públicos municipais, mesmo que em cargos de chefia.

Não por acaso, em fevereiro de 2019 o Órgão Especial do Egrégio Tribunal Bandeirante acabou por fixar o entendimento de que os Municípios estão sujeitos ao regramento dos arts. 98 a 100 da Constituição Estadual, por simetria²⁴⁸, razão pela qual os cargos de direção da advocacia pública municipal devem ser preenchidos por servidores da carreira de Procurador Jurídico, decisão constante do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 2229223-53.2018.8.26.0000, conforme se especifica:

²⁴⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Enunciados. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/sumulas_de_entendimento. Acesso em 11 ago 2019.

²⁴⁸ Artigos 131 e 132 da Constituição Federal, cominado com o art. 37, II, e com o art. 29, também da Constituição Federal, segundo os quais os Municípios regem-se por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Lei Maior, e na Constituição do respectivo Estado.



Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas IRDR tirado de ação direta de inconstitucionalidade de lei nº 2095475-22.2018.8.26.0000, alegando os autores que a controvérsia cinge-se unicamente ao exercício do cargo de chefia dos órgãos da advocacia pública. Órgão Especial desta Corte que fixou entendimento no sentido de que os Municípios estão sujeitos ao regramento dos arts. 98 a 100 da Constituição Estadual, vale dizer, que os cargos de direção da advocacia pública devem ser preenchidos por servidores da carreira de Procurador Jurídico. Ausência de controvérsia sobre o tema. Julgado do STF no RE 883446/SP que não vincula esta Corte. Incidente inadmitido, com determinação.

Dessa forma, têm-se os dispositivos legais constantes na Constituição do Estado de São Paulo, notadamente os artigos 98 a 100, “in verbis”:

SEÇÃO II

Da Procuradoria Geral do Estado

Artigo 98 – A procuradoria Geral do Estado é instituição de natureza permanente, essencial à administração da justiça e à Administração Pública Estadual, vinculada diretamente ao Governador, responsável pela advocacia do Estado, sendo orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. (NR);

§ 1º - Lei orgânica da Procuradoria Geral do Estado disciplinará sua competência e a dos órgãos que a compõem e disporá sobre o regime jurídico dos integrantes da carreira de Procurador do Estado, respeitado o disposto nos artigos 132 e 135 da Constituição Federal.

§ 2º - Os Procuradores do Estado, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica na forma do caput deste artigo.

§ 3º - Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante



avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Artigo 99 - São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado:

I - representar judicial e extrajudicialmente o Estado e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais; (NR);

II - exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo e das entidades autárquicas a que se refere o inciso anterior; (NR);

III - representar a Fazenda do Estado perante o Tribunal de Contas;

IV - exercer as funções de consultoria jurídica e de fiscalização da Junta Comercial do Estado;

V - prestar assessoramento jurídico e técnico-legislativo ao Governador do Estado; (NR);

VI - promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa estadual;

VII - propor ação civil pública representando o Estado;

VIII - prestar assistência jurídica aos Municípios, na forma da lei;

IX - realizar procedimentos administrativos, inclusive disciplinares, não regulados por lei especial; (NR);

X - exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei.

Artigo 100 - A direção superior da Procuradoria-Geral do Estado compete ao Procurador Geral do Estado, responsável pela orientação jurídica e administrativa da instituição, ao Conselho da Procuradoria Geral do Estado e à Corregedoria Geral do Estado, na forma da respectiva lei orgânica.

Parágrafo único - O Procurador Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores que integram a carreira e terá tratamento, prerrogativas e representação de Secretário de Estado, devendo apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração. (NR);



Em âmbito local tal decisão foi encaminhada também ao Inquérito Civil nº 14.0243.0000205/2018-8, com o intuito de fortalecer ainda mais a tese de criação da Procuradoria Geral do Município de Cordeirópolis, chamando a atenção das autoridades constituídas para a sequência de reconhecimento da carreira de Procurador Municipal no Estado de São Paulo, e da necessidade de fortalecimento das prerrogativas típicas, com vistas à eficiência da atuação jurídica.

A decisão do Supremo Tribunal Federal e a “constitucionalização” da carreira de Procurador Municipal

Paralelo ao que ocorria no Estado de São Paulo, em fevereiro de 2019, por meio de votação histórica, o Supremo Tribunal Federal (STF) acabou por “constitucionalizar” a carreira pública de Procurador Municipal, na medida em que reconheceu que a “(...) expressão ‘Procuradores’, contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça (...)”.

O julgamento ocorreu no Recurso Extraordinário nº 663696, que, muito embora discutisse o teto remuneratório da categoria, colocou a carreira ao lado do Ministério Público, da Defensoria Pública, e dos Procuradores da Fazenda Nacional e Estadual, na condição de função essencial à Justiça.

Vejamos a tese fixada:

"A expressão ‘Procuradores’, contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal"

Em outras palavras, não seria demais compreender que a Procuradoria Municipal extrapolaria a atuação administrativa local para se vincular à “Justiça Municipal”, com autonomia técnica e independência funcional, com vistas ao interesse público e às garantias do Estado de Direito na esfera municipal.



Houve o encaminhamento de tal decisão para o Inquérito Civil nº 14.0243.0000205/2018-8, para ciência do representante do Ministério Público, e como forma de contextualizar a luta, indicando que se tratava de um movimento não apenas local ou estadual.

A partir disso, as discussões se intensificaram em âmbito local, aproveitando, inclusive, que se discutia a criação de uma nova estrutura administrativa no Município de Cordeirópolis, uma vez que, a partir da ADI nº 2135099-15.2017.8.26.0000, a Procuradoria Geral de Justiça aproveitou para ajuizar outra Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), dessa feita para questionar os cargos em comissão ocorrentes na Lei Complementar Municipal nº 237/2017 (lei da estrutura administrativa da Administração Direta), culminando na declaração judicial de inconstitucionalidade²⁴⁹.

Nesse cenário, em junho de 2019, a Promotoria de Justiça de Cordeirópolis encaminhou ao prefeito municipal uma minuta de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), para o imediato cumprimento da decisão da ADI nº 2135099-15.2017.8.26.0000, pugnando pela remessa aos Procuradores Municipais de todas as atividades específicas da Advocacia Pública, o encaminhamento de projeto de lei para a Câmara Municipal de Vereadores para a criação da Procuradoria Geral do Município, bem como a realização de concurso público para ocupação da vaga disponível, sem prejuízo da criação de novas vagas²⁵⁰.

O documento não chegou a ser assinado nos termos então propostos, pois antes disso houve a criação da Procuradoria Geral do Município de Cordeirópolis, o que conduziu ao entendimento de que os termos deveriam ser modificados.

A criação Da Procuradoria Geral do Município de Cordeirópolis/SP

Como se viu, as decisões judiciais advindas do Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “*de per si*”, estavam se apresentando como insuficientes para a criação de Procuradorias Gerais nos Municípios paulistas, muito

²⁴⁹ ADI nº 2125623-16.2018.8.26.0000, procedente com declaração de inconstitucionalidade de diversos cargos em comissão da estrutura administrativa de Cordeirópolis, com modulação de 120 dias.

²⁵⁰ Inquérito Civil nº 14.0243.0000205/2018-8 – Notícia de eventuais irregularidades na constituição da Procuradoria do Município de Cordeirópolis e de desvio de finalidade na nomeação de cargo para suposta chefia da instituição.



embora se apresentassem suficientes para a desvinculação administrativa dos Advogados Públicos a Secretarias Municipais, bem como a cessação da subordinação hierárquica da Procuradoria Municipal.

Prova disso é que a partir das decisões das ADIs, muitos Procuradores Municipais passaram a se vincular diretamente ao prefeito municipal, enquanto outros continuaram vinculados a uma Secretaria Municipal, mas sem subordinação hierárquica, ao invés de estarem vinculados a um órgão jurídico constituído, na forma de Procuradoria Geral do Município, com chefia advinda da carreira pública.

Inobstante, há que se salientar que o posicionamento dos representantes do Ministério Públicos nas ADIs sempre foi no sentido de que a simetria deveria alcançar também a criação de Procuradorias Gerais, nos moldes da organização jurídica estadual.

Nesse sentido, mesmo na ADI nº 2135099-15.2017.8.26.0000 ocorreu a defesa de tal condição, por parte do Ministério Público do Estado de São Paulo, conforme se observa no posicionamento do Dr. Nilo Spinola Salgado Filho, Subprocurador-Geral de Justiça, *“in verbis”*:

“(…)

Embora o Município seja dotado de autonomia política e administrativa no sistema federativo (arts. 1º e 18, Constituição Federal), esta autonomia não tem caráter absoluto, pois se limita ao âmbito prefixado pela Constituição Federal (José Afonso da Silva. Direito constitucional positivo, 13.^a ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 459) e deve ser exercida com a observância dos princípios contidos na Constituição Federal e na Constituição Estadual.

(…)

No traçado previsto nos arts. 98, 99 e 100, da Constituição do Estado de São Paulo ao inserir a Procuradoria do Estado entre os órgãos que executam funções essenciais à Justiça, se amolda ao que consta na Constituição Federal em relação à Advocacia Pública, também qualificada função essencial à Justiça nos arts. 131 e 132, não sendo ocioso registrar que a Constituição do Estado de São Paulo dedica-lhe expressivos preceitos como as reservas de lei complementar para sua instituição (art. 23,



parágrafo único, 3) e de correlata iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo (art. 24, § 2º, 3).

(...)

Ora, se a Constituição Federal e a Constituição Estadual elegeam a Advocacia Pública como função essencial à Justiça, essa prescrição é vinculante para os Municípios na medida em que também eles carecem de organismo de representação, consultoria e assessoramento das pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública na defesa de seus direitos e interesses.

(...)

Por fim, nem se alegue que o Município não estaria vinculado ao referido modelo constitucional e, com base no interesse local (artigo 30 da CF), poderia tolher a autonomia e independência da Procuradoria do Município e de seus agentes, pois se admitir tal postura seria aceitar que a advocacia pública municipal pudesse ter menos autonomia ou independência se comparada aos demais entes federativos, o que, em última análise, arrefeceria a tutela da moralidade administrativa na esfera municipal, além de obstar a plena aplicação do princípio da eficiência.

(...)”

O fato concreto é que apesar dos avanços significativos, nas ADIs, no IRDR, e, inclusive, com relação à decisão do SFT no Recurso Extraordinário nº 663696, até então o aparato legislativo e judicial não estava gerando diretamente a criação de Procuradorias Gerais, que ainda necessitavam da negociação local, sobretudo mediante atuação estratégica dos Procuradores Municipais, evidentemente com base em tais avanços.

Por assim ser, as movimentações em torno da tese de criação da Procuradoria Geral do Município de Cordeirópolis, ocorridas em várias frentes, acabaram por dar ensejo às tratativas entre os Procuradores e os agentes políticos locais, que passaram a compreender a necessidade do fortalecimento do órgão jurídico, dando origem às condições ideais para a criação da Procuradoria Geral do Município de Cordeirópolis/SP, dentro da lei municipal de reestruturação administrativa geral.

Como decorrência, os Procuradores Municipais de Cordeirópolis apresentaram ao prefeito municipal uma proposta de minuta de lei para a criação da Procuradoria Geral



do Município, que acabou sofrendo poucas alterações, sendo o texto inserido na seção II, Capítulo V, do projeto de reorganização administrativa do Município de Cordeirópolis, que foi aprovado em sessão extraordinária da Câmara Municipal de Vereadores, em 18 de julho de 2019.

Dessa forma, por meio da Lei Complementar Municipal nº 281/2019, a Procuradoria Municipal de Cordeirópolis foi criada como instituição de caráter permanente, pertencente ao primeiro escalão da estrutura administrativa municipal, constituindo-se como essencial à atuação jurídica do Município, com chefia advinda da carreira pública, em sistema de rodízio dentre os Procuradores Municipais, para um mandato de 12 (doze) meses.

Dentre outras coisas, consta na lei municipal que o ingresso na carreira ocorrerá por concurso público, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); o aumento da referência inicial do cargo; a criação de mais 3 (três) cargos de Procurador Municipal; estabeleceu-se a garantia de que o Procurador Municipal gozará de independência na atividade profissional, não sendo submetido ao controle convencional da jornada de trabalho; a possibilidade do exercício de suas atividades pelo sistema “*home-office*”; bem como o estabelecimento de Plano de Carreira; a dispensa para participação em reuniões de associações de classe; assim como o observância das garantias e prerrogativas constantes no Estatuto da Advocacia.

Há que se mencionar que, após a aprovação, a Procuradoria Geral do Município (PGM) ganhou viatura e uma sede própria, que passou por reforma para as adequações necessárias ao trabalho jurídico, com inauguração em 2020.

O Procurador Municipal de Cordeirópolis, Dr. Marco Antonio Magalhães dos Santos, acabou assumindo o cargo de Procurador Geral do Município de Cordeirópolis, para o mandato inicial (os primeiros 12 meses), tendo sido posteriormente reconduzido ao cargo.

Há que se salientar, ainda, que, por meio de tratativas com a Promotoria de Justiça local, houve num segundo momento a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), para que mesmo na ocorrência futura de modificações na lei de reestruturação administrativa, fosse mantida a estrutura da Procuradoria Geral do Município (PGM), como forma de garantir condições para a atuação dos Procuradores do Município de Cordeirópolis.



Conclusão

Em que pese os Procuradores Municipais não contarem em âmbito nacional com vinculação legal definida, é bem verdade que o Estado de São Paulo tem proporcionado condições para discutir a criação da Procuradoria Geral do Município pela via da simetria, uma vez que a Constituição do Estado de São Paulo apresenta a Procuradoria Geral do Estado organizada, inclusive com chefia da carreira.

A posição institucional da Procuradoria Geral de Justiça, consagrada no Enunciado nº 35, tem gerado a propositura de Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face de leis municipais que estabelecem a vinculação de Advogados Públicos a Secretarias Municipais, sob a chefia de agente político.

Como decorrência, após inúmeras decisões favoráveis, o Órgão Especial do Egrégio Tribunal Bandeirante acabou fixando a sujeição dos municípios ao regramento dos artigos 98 a 100 da Constituição Estadual, estabelecendo que os cargos de direção da advocacia pública devem ser preenchidos por servidores da carreira de Procurador Municipal (IRDR nº 2229223-53.2018.8.26.0000).

Somado a isso, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que a expressão “Procuradores”, contida na parte final do inciso XI, do art. 37, da Constituição Federal, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça (Recurso Extraordinário nº 663696).

Não obstante, mesmo nesse contexto de decisões e entendimentos pró Advocacia Pública, ainda se apresenta como polêmica a criação de Procuradoria Geral do Município, sobretudo quanto ao estabelecimento de remuneração digna, prerrogativas técnicas, independência funcional, e demais necessidades, como a chefia advinda da carreira pública.

Por essa razão, os Procuradores Municipais contam com a aprovação da PEC 17/2012²⁵¹, como forma de buscar a constitucionalização da carreira, o que daria azo à organização dos órgãos jurídicos em âmbito local. O projeto encontra-se em tramitação no Senado Federal, com o acompanhamento da ANPM.

Porém, há que se salientar que, mesmo com a aprovação da PEC 17/2012, o processo de negociação local para a criação de Procuradoria Geral do Município deverá

²⁵¹ Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2012, que altera o art. 132 da Constituição Federal, estendendo aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador, com ingresso por concurso público com participação da OAB em todas as fases.



permanecer como de suma importância. Isso porque, “*verbi gratia*”, a PEC 17/2012 não obriga a criação de Procuradoria, não vincula a remuneração dos Procuradores Municipais e nem trata sobre a escolha do Procurador Geral, que deverão ser objeto de lei municipal, conforme Nota Técnica da ANPM²⁵².

Dentro dessa perspectiva, a organização da luta se faz necessária, com vistas ao processo de articulação e convencimento do chefe do Poder Executivo, sendo uma movimentação eminentemente local, porque se relaciona ao dia-a-dia da administração, envolvendo a vontade política do gestor, a estrutura administrativa, e o orçamento municipal.

Não devemos ter ilusões e nem confundir apoio institucional com substituição da luta, ou seja, a ANPM e a OAB podem e devem apoiar a movimentação dos Procuradores Municipais, mas devemos ter consciência de que a luta real é e sempre será local, sendo imperativa a necessidade de nos organizar para enfrentarmos os desafios no Município, especialmente por meio da criação e/ou fortalecimento da Associação local ou regional, da Comissão da Advocacia Pública na subseção da OAB, sem deixar de lado a necessária articulação com a Promotoria de Justiça, o Tribunal de Contas, o relacionamento saudável com os agentes políticos, e o envolvimento da sociedade nesse processo.

No caso ocorrente em Cordeirópolis, não há como deixar de reconhecer a atuação significativa de todos os envolvidos na luta, que atenderam ao chamamento coeso e estratégico dos Procuradores Municipais, acabando por atuar em bloco em prol da organização da carreira pública em âmbito local, tanto ANPM, OAB/SP, PGJ, como a PJ de Cordeirópolis, além, é claro, da Associação Regional dos Procuradores Municipais (ARPM Anhanguera), criada em meio ao processo de articulação da luta.

Enfim, o que se extrai dessa história é que as decisões judiciais, “*de per si*”, se apresentam como insuficientes para o exercício pleno das prerrogativas da Advocacia Pública, até porque não têm conduzido necessariamente à criação de Procuradorias Gerais do Município, muito embora contribua para a extinção da advocacia comissionada. A partir disso, não seria demais compreender que a construção e/ou efetivação de um órgão jurídico municipal se apresenta como tarefa coletiva, que deve envolver todos os operadores do direito comprometidos com a atuação republicana e

²⁵² <https://anpn.jusbrasil.com.br/noticias/3159210/presidente-da-anpm-elabora-nota-tecnica-sobre-pec-17>



com o Estado de Direito, mas a articulação desse processo deve estar a cargo dos Advogados Públicos locais, conhecedores da realidade municipal, que deverão conduzir e organizar a luta com coesão, coragem, seriedade, eficiência e comprometimento com o interesse público.



Referências bibliográficas

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES MUNICIPAIS. *Enunciados*. Disponível em <<https://anpm.com.br/painel/biblioteca/621>>. Acesso em 11 ago 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 ago 2019.

CASTRO, Aldemario Araujo. *A Advocacia Pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da Administração Pública*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 mar. 2009. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/16565/a-advocacia-publica-como-instrumento-do-estado-brasileiro-no-controle-da-juridicidade-dos-atos-da-administracao-publica>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

CORDEIRÓPOLIS ESTÁ ENTRE AS CIDADES DO BRASIL QUE MAIS EXPORTARAM EM 2019. *Jornal Expresso*. Disponível em: <https://www.je10.com.br/cordeiropolis-esta-entre-as-cidades-do-brasil-que-mais-exportaram-em-2019/?fbclid=IwAR1IOBTMI0xOPL4T32iVoo2wsTBfbgBla4GLdncaGizNDOtq_3amXyGTdxI>. Acesso em 17 ago 2019.

CORDEIRÓPOLIS. *Lei Complementar nº 238, de 20 de janeiro de 2017*. Dispõe sobre a reorganização administrativa e quadro de cargos do Serviço Autônomo de Água e Esgoto - SAAE, conforme especifica e dá providências correlatas. Disponível em <<https://consulta.siscam.com.br/camaracordeiropolis/Documentos/Documento/34045>>. Acesso em 11 ago 2019.

CORDEIRÓPOLIS. *Lei Complementar nº 245, de 25 de maio de 2017*. Dispõe sobre as atribuições dos cargos comissionados e de função gratificada constantes do quadro de cargos da Prefeitura Municipal de Cordeirópolis, conforme especifica e dá outras providências correlatas. Disponível em <<https://consulta.siscam.com.br/camaracordeiropolis/Documentos/Documento/35422>> . Acesso em 11 ago 2019.

CORDEIRÓPOLIS. *Lei Complementar nº 281, de 22 de julho de 2019*. Dispõe sobre a reorganização administrativa e quadro de cargos da Prefeitura Municipal de Cordeirópolis, conforme especifica e dá outras providências correlatas. Disponível em



<<https://consulta.siscam.com.br/camaracordeiropolis/Documentos/Documento/40502>>.

Acesso em 11 ago 2019.

CORDEIRÓPOLIS. *Lei Ordinária nº 2580, de 30 de março de 2009*. Destina aos advogados integrantes do Quadro Permanente os honorários advocatícios recebidos pela Prefeitura Municipal, decorrente de sucumbência. Disponível em <<https://consulta.siscam.com.br/camaracordeiropolis/Documentos/Documento/26416>>.

Acesso em 11 ago 2019.

DALRYMPLE, Theodore. *A nova síndrome de Vichy: por que intelectuais europeus se rendem ao barbarismo*. Trad. Maurício G. Righi. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2016.

LDO 2020 É APRESENTADA E PROJEÇÃO É DE R\$ 148 MILHÕES PARA CORDEIRÓPOLIS.

Jornal Expresso. Disponível em <<https://www.je10.com.br/ldo-2020-e-apresentada-e-projecao-e-de-r-148-milhoes-para-cordeiropolis/>>. Acesso em 28 jul. 2019

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Enunciados*. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Assessoria_Juridica/sumulas_de_entendimento. Acesso em 11 ago 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado Revisitada – Essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, vol. 4, nº 4, 2º semestre de 2005. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/Publica%C3%A7%C3%B5es/Revista%20PGE/PGE_04_editado.pdf>.

Acesso em 17 ago 2019.

PRERROGATIVA. *Dicionário online michaelis, 28 jul. 2019*. Disponível em

<<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=prerrogativa>>. Acesso em 28 jul. 2019

PRESIDENTE DA ANPM ELABORA NOTA TÉCNICA SOBRE PEC 17. *Jusbrasil*. Disponível em <<https://anpm.jusbrasil.com.br/noticias/3159210/presidente-da-anpm-elabora-nota-tecnica-sobre-pec-17>>.

Acesso em 17 ago 2019.

SÃO PAULO. *Constituição do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/a2dc3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1e52903256d63004f305a?OpenDocument>>. Acesso em 11 ago 2019.

WIKIPÉDIA. *Cordeirópolis*. Disponível em

<<https://pt.wikipedia.org/wiki/Cordeir%C3%B3polis>>. Acesso em 28 jul. 2019



A (DES)NECESSIDADE DE DEFESA TÉCNICA DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Érika De França Pergentino²⁵³

Introdução

A temática do presente trabalho pretende mostrar as discursões acerca da necessidade ou não da defesa técnica, ou seja, da presença de advogado, no processo administrativo disciplinar. Enquanto a súmula vinculante n.º 5 do STF traz como desnecessário, abordando a autodefesa suficiente ou que não impediria que se utilizassem da defesa técnica, por outro lado, tem-se a possibilidade de violação ao devido processo legal por meio do contraditório e a ampla defesa, já que o agente público, em tese, não estaria apto para sozinho se defender.

O objetivo geral é analisar, criticamente, o fenômeno da aplicabilidade da súmula vinculante número n.º 5 no processo administrativo disciplinar no Brasil em face dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A escolha do tema se deu pela importância da defesa técnica, sendo o advogado indispensável, como prevê a própria Constituição Federal de 1988. Além disso, o Processo Administrativo Disciplinar merece a devida atenção no que se refere ao devido processo legal e a garantia dos direitos dos agentes públicos, já que a coisa pública é de essencial importância e deve considerar o interesse público, mas desde que seguido o procedimento adequado previsto em lei para cada caso, do ponto de vista também há que se ver a gravidade das penas para os agentes públicos em caso de julgamentos no processo administrativo disciplinar e a importância do acesso a uma defesa ampla e de qualidade.

Sob a ótica jurídica, o tema é de suma importância, tendo em vista que seguindo todo o procedimento administrativo de forma correta, diminuiria a demanda no Poder Judiciário, fazendo com que toda a sociedade tenha mais confiança na coisa pública, tendo resultados por meios mais céleres e eficazes, acreditando sempre na justiça tanto administrativa, quanto na judicial.

O trabalho é caracterizado como uma pesquisa bibliográfica. Será aplicado o método dedutivo, que terá cunho qualitativo e explicativo para uma melhor leitura. A

²⁵³ Graduada em Direito pela FESC FAFIC, pós-graduada em direito Penal pela FESC FAFIC (2017), pós-graduada em direito Constitucional pela FAVENI (2020); advogada com atuação na área da administração pública, civil e penal, e-mail: adverikafranca@gmail.com.



pesquisa será na área de direito administrativo, tendo como base a legislação brasileira, livros, artigos científicos e sites que tratem do tema.

Inicialmente trata-se dos fundamentos e dos principais princípios que regem a administração pública para dar embasamento e fundamento teórico. Posteriormente aborda o procedimento administrativo disciplinar, trazendo algumas distinções conceituais na fase de investigação, em seguida a análise da súmula vinculante n.º 5 em contrapartida com os princípios do contraditório e da ampla defesa. Por fim, quando se traz o posicionamento sobre a necessidade do advogado no processo administrativo disciplinar e a importância de um processo administrativo com a defesa adequada.

É fácil constatar que, devido à situação jurídica e à influência ampla e universal da relação entre o governo e os servidores públicos, as questões constitucionais discutidas têm um sério significado prático. Devido a defeitos funcionais, a resposta entre o governo e os servidores públicos afetará a administração disciplinar. Portanto, a importância de aprofundar o estudo do assunto.

2. FUNDAMENTOS (PRINCÍPIOS) DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Brasil adotou a clássica teoria da tripartição das funções do Estado criada por Aristóteles, mas organizada por Montesquieu, prevista no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 em que tais poderes são harmônicos e independentes entre si, vale citar: o Poder Legislativo, Poder Executivo e o Poder Judiciário. Cada um dos poderes exercer a sua atividade principal que seria sua função típica, e, em contrapartida, também exerce funções atípicas, que são de caráter excepcional, mas que são de fundamental importância para o devido funcionamento.

Segundo Matheus Carvalho a Administração Pública pode ser vista em dois sentidos, vale transcrever (2017, p. 35 e 36):

“...em sentido formal, orgânico ou subjetivo, designa o conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa, independentemente do poder a que pertençam — seja ao Executivo, Judiciário, Legislativo ou a qualquer outro organismo estatal. Nesse sentido, a



expressão deve ser grafada com as primeiras letras maiúsculas.

Por sua vez, administração pública (em letra minúscula), embasada no critério material ou objetivo, se confunde com a função administrativa, devendo ser entendida como a atividade administrativa exercida pelo Estado, ou seja, a defesa concretado interesse público...”

A administração Pública traz como bases regras e princípios de modo a orientarem a atuação do indivíduo e a valorização de condutas. Primordialmente, a administração deve atuar na busca de dois princípios basilares, quais sejam: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.

O Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado tem a finalidade de satisfação das necessidades coletivas. Há uma sobreposição dos interesses e da necessidade coletiva sobre a individual, visto que se busca atingir um número maior de beneficiários com um determinado ato. Pode-se dizer, então, que a administração tem privilégios sobre o particular. Com base nesse princípio se fundamentam algumas das prerrogativas da administração pública, tais como as previstas nas súmulas 346 e 473, ambas do STF, que permitem que a administração pública revogue os seus próprios atos quando inoportunos ou inconvenientes (seria a autotutela), garantindo os direitos adquiridos e a possibilidade de alterar as relações jurídicas já constituídas, respetivamente; a administração pública também é auto executável, tem coercibilidade, presunção de legitimidade e prazos em dobro para qualquer manifestação da fazenda pública, como principais características.

Já o princípio da indisponibilidade do interesse público é qualificado como sendo próprio da coletividade, não estando disponível para se apropriarem. Os bens e interesses da administração não estão a livre disposição, por isso aqui se impõe limites na atuação administrativa, atribuindo dessa forma critérios de conduta. Logo, limita a atuação dos agentes públicos. Um exemplo é própria licitação, que restringe a liberdade do administrador de escolher o particular.

O Devido processo legal também é um dos princípios fundamentais no que se refere tanto ao processo judicial quanto ao administrativo previsto no art. 5.º, LIV, da



CF/88, podemos observar que “ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal”. É uma norma de eficácia plena que deve ser observado tanto para os processos administrativos quanto para os judiciais, está diretamente ligado ao exercício da democracia, já que garante a transparência do órgão público e a motivação das decisões. Portanto, o processo administrativo é instrumento concedido ao cidadão para garantir os seus direitos.

O devido processo legal é garantia de liberdade, é um direito fundamental do homem consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Art.8º “Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”.

Sempre que se fala em devido processo legal, necessário se faz fazer uma abordagem aos Princípios do contraditório e da ampla defesa, já que se complementam e que apesar de sempre aparecerem juntos não é a mesma coisa, um completa o outro. Previsto no artigo 5.º, LV, da CF/88, é o direito de saber o que está no processo, seja administrativo ou judicial, e de se manifestar, podendo produzir provas e o que entender de direito, respetivamente.

Portanto, as condutas dos servidores públicos devem sempre ser pautadas pela ética e moral, buscando sempre garantir o interesse coletivo por meio da democracia que é garantida através do acesso à informação, da publicação dos atos e do processo administrativo, e que cada particular sofra o mínimo de prejuízos em benefício da coletividade.

3. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

De início, é importante destacar que procedimento se diferencia de processo, já que o primeiro é o meio pelo qual a Administração Pública usa para atingir o processo. Hodiernamente o conceito de processo administrativo é pacificado na doutrina, vale citar Matheus Carvalho (2017 p. 1121):



Processo administrativo – se configura por uma série concatenada de atos administrativos, respeitando uma ordem posta por lei, com uma finalidade específica, ensejando a prática de um ato final. A doutrina costuma dizer que todos os atos administrativos devem ser precedidos de um processo formal que justifica sua prática e serve de base para sua legitimidade. Documentando todas as etapas até a formação válida da atuação da Administração Pública. “Grifo nosso

O processo administrativo também se diferencia de sindicância, podemos distinguir segundo Araújo (1994, p. 130):

Sindicância administrativa, ou, abreviadamente, sindicância é o meio sumário de que se utiliza a Administração do Brasil para sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário responsável.

Como a administração pública tem como principal fundamento o interesse coletivo, o processo administrativo vem para garantir a democracia, trazendo um maior controle da sociedade, reduzindo os encargos do Poder Judiciário já que muitas das ocorrências podem ser resolvidas pela via administrativa de forma mais célere, eficiente e menos burocrática e viciosa. No que se refere à intervenção do Poder Judiciário nas decisões administrativas, segue-se a teoria do controle da legalidade estrita, já que interfere tão somente na legalidade estrita, não podendo avaliar questões de mérito, traduzidas em oportunidades e conveniência da escolha do administrador.

No âmbito federal o processo administrativo disciplinar está regulado na lei 9.784/99 e trata de todas as normas referentes ao processo administrativo da União, servindo como base para os demais estatutos dos servidores nos estados-membros da federação. Nessa lei, tem-se o conceito de processo administrativo disciplinar, bem, como a sua finalidade, *in verbis*:



Art. 148º O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido. “Grifo nosso”

A qualificação de processo administrativo disciplinar diferencia-se de inquérito administrativo, conforme se pode perceber com base em Gasparini (2012, p. 1103):

Entre os processos administrativos de punição merece tratamento separado o que, na prática, é chamado de processo administrativo disciplinar. O destaque tem fundamento no fato de ser grandemente utilizado pela Administração Pública na apuração da falta e punição dos agentes públicos, na sua necessária utilização para a demissão do servidor estável e nas peculiaridades que encerra. É também chamado de processo disciplinar e de inquérito administrativo, sendo esta denominação a mais imprópria, já que nada tem de inquisitório.

Com tantas notícias de improbidade administrativa, corrupção passiva e ativa acabou que a sociedade atual perdendo a confiança no Poder Público além da falta de credibilidade pela morosidade e a grande quantidade de processos a serem julgados e o pouco pessoal para o trabalho. O que se busca é mais atenção e melhora para as instituições públicas.

4. ANÁLISE DA SÚMULA VINCULANTE N.º 5 DO PONTO DE VISTA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O Devido processo legal com a garantia ao contraditório e a ampla defesa estão previstos na Constituição Federal no artigo 5.º, LIV e LV, no qual asseguram aos litigantes todos os meios admitidos em Direito, tanto na via administrativa quanto na judicial, exercerem o contraditório e a ampla defesa.



Agora, destaca-se a ideia de José dos Santos Carvalho Filho que menciona o seguinte (2012, p. 966):

Costuma-se fazer referência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, como está mencionado na Constituição. Contudo, o contraditório é natural corolário da ampla defesa. Esta, sim, é que constitui o princípio fundamental e inarredável. Na verdade, dentro da ampla defesa já se inclui, em seu sentido, o direito ao contraditório, que é o direito de contestação, de redarguição a acusações, de impugnação de atos e atividades.

Além disso, ambos têm uma relação íntima já que um depende do outro para o seu efetivo exercício, enquanto o contraditório seria o direito de conhecimento dos fatos imputados, a ampla defesa seria mais ampla, já que se usaria de todos os meios lícitos para se defender.

Depois de concluído a fase inicial do processo administrativo disciplinar, existe a possibilidade de recurso ainda na fase administrativa, mas ficando vedada a exigência de dinheiro ou bens para admissibilidade desse recurso. É o que vemos nas súmulas vinculantes nº 21 e 28 respectivamente:

SV Nº21- É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

SV Nº 28- É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

Dentro de todo o procedimento do processo administrativo, apesar de não exigir todo o formalismo que se contém na fase judicial e que por isso aqui a autodefesa já seria suficiente, considerando também o princípio da inafastabilidade da jurisdição, já que se o servidor público se sentisse prejudicado poderia buscar o Poder Judiciário para garantir os seus direitos por meio da tutela jurisdicional e nesse momento sim teria acesso à defesa técnica por meio do advogado.



Vale destacar o artigo 133 da Carta Magna que traz o advogado como indispensável à justiça pode citar “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” Portanto, a presença de advogado deve ser considerada imprescindível em qualquer fase ou procedimento, para se alcançar a justiça.

De grande importância também é a súmula 343 do STJ que diz “É obrigatória à presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”. Apesar de não ter sido formalmente cancelada, a súmula não tem aplicabilidade, considerando facultativa a presença do advogado no PAD por força da súmula vinculante n.º 5 do STF. Caso não tenha sido acompanhado por advogado, não gera nulidade do processo, já que é uma mera escolha do agente se fazer acompanhar ou não pelo advogado.

Com tudo que foi apresentado a súmula vinculante n.º 5 que diz “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.” Firmando entendimento que a ausência de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição Federal.

Com base em reiterados julgamentos, ficou entendida que é mera faculdade da parte a designação de advogado no processo administrativo disciplinar, mesmo ficando aparentes os prejuízos causados com essa decisão já que preveniria sucessivas nulidades no âmbito administrativo, preservando o princípio da economicidade dentre outros, já que evitaria tantos processos judiciais para anular atos administrativos com vícios.

A OAB já pleiteou o cancelamento da súmula perante o STF, com base na violação do contraditório e da ampla defesa no qual foi negado. Ainda será um tema bastante discutido e é motivo de dúvidas principalmente dos servidores públicos no qual ficam com receio e indecisos do que devem fazer e sem entender do que é melhor para eles.

A súmula vinculante n.º 5 já deveria estar superada, pois, o advogado é indispensável e essencial em todas as fases de defesa para o exercício da democracia. Existem várias formas de se obter o acesso à defesa técnica por meio do advogado, seja por particular por aqueles que têm condições de arcar com as despesas, ou para os pobres na forma da lei por meio da defensoria pública ou na ausência destes, por advogados nomeados como dativos. O que não se pode é limitar o direito a um devido processo justo e em iguais condições entre a administração pública e os agentes públicos no que se refere ao processo administrativo disciplinar.



Portanto, o contraditório e a ampla defesa devem estar garantidos por todos os meios cabíveis em direito admitido, seja pela autodefesa ou pela defesa técnica por meio do advogado, garantindo assim o exercício do devido processo legal.

5. NECESSIDADE DO ADVOGADO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Inicialmente cabe demonstrar que é uma questão polêmica, que em diversas vezes foi para debate e julgamento no STF, tendo duas vertentes em que a primeira defende a indispensabilidade do advogado no processo administrativo disciplinar, sendo visto como garantia do devido processo legal, já que assegura a ampla defesa e o contraditório. A segunda vertente, discorda, apontando que não há proibição de atuação do advogado no processo administrativo disciplinar, ocorrendo a livre escolha do agente público em exercer o seu direito de autodefesa ou contratar um procurador e que essa decisão não contraria preceitos constitucionais e que a autodefesa seria considerada suficiente.

Hodiernamente, na maioria das vezes se nota que, na prática, os processos administrativos disciplinares extrapolaram os limites da simplicidade para que a autodefesa seja considerada suficiente e como garantia de contraditório e ampla defesa. Desta forma leciona Mario Chiavario (1984. p. 135-136):

"[...] a presença de sujeitos capazes de esclarecer com consciência e conhecimento de causa no emaranhado de questões que a realidade processual impõe assistência; nem sempre a pessoa diretamente interessada é suficientemente provida de conhecimento das leis e de experiência no campo processual; sem contar que uma conduta processual consciente pode encontrar obstáculo na mesma componente emocional, que frequentemente caracteriza a participação pessoal no processo".

A defesa técnica por meio do advogado tem se tornado cada vez mais indispensável na fase administrativa, sendo considerado um requisito essencial já que



evitaria desperdício de tempo, e principalmente que o agente público sofresse alguma penalidade de forma injusta ou excessiva.

É possível notar que o advogado já tem direito ao acesso a todos os documentos do seu cliente, seja em fase de investigação ou procedimental. É o que podemos ver na súmula vinculante nº 14 do STF e no artigo 7.º, XIV do Estatuto da advocacia pela Lei n.º 13.245/2016, respetivamente:

SV Nº14- É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Art. 7º São direitos do advogado:

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 2016)

Observa-se que as penalidades sofridas pelo agente público na administração pública por meio do processo administrativo disciplinar previsto em lei, são serias e acarretam prejuízos graves, apresentamos nos artigos 127 e 132, da Lei n.º 8.112/1990 a seguir:

Das Penalidades

Art. 127. São penalidades disciplinares:

I - advertência;

II - suspensão;

III - demissão;

IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

V - destituição de cargo em comissão;

VI – destituição de função comissionada ex officio



Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

- I - crime contra a administração pública;
- II - abandono de cargo;
- III - inassiduidade habitual;

Então para se evitar que ocorram injustiças, com penalidades abusivas, por ausência de uma defesa correta, necessário se faz a presença de advogado e a OAB se posiciona no sentido que o advogado passe a ser considerado necessário e indispensável no processo administrativo disciplinar, já que um leigo não seria capaz de apresentar todas as alternativas capazes e necessárias para garantir a sua defesa, possibilitando assim uma igualdade com a administração pública no que se refere ao processo administrativo disciplinar.

O agente público tem responsabilidade com a coisa pública, devendo agir de forma honesta, com boa-fé, dentro dos limites impostos em lei e que se não o fizer, poderá sofrer penalidades graves desde a via administrativa até a judicial, ficando clara a necessidade e importância do devido processo legal no processo administrativo disciplinar, e uma das formas de se alcançar é por meio da presença de defesa técnica com advogado.

Portanto, verifica-se que ainda prevalece a desnecessidade de advogado no processo administrativo disciplinar, entendida como a escolha do servidor público em se fazer acompanhar ou não por advogado. Ainda é um tema muito discutido ficando claro que causa instabilidade e insegurança jurídica.



Conclusão

Pode-se vislumbrar que o trabalho em análise discute acerca da aplicabilidade da súmula vinculante n.º 5 que trata da desnecessidade do advogado no processo administrativo disciplinar e toda a discussão doutrinária e legislativa trazendo um viés duplo, de um lado os que concordam com a súmula já que trata de mera faculdade do agente público em se fazer acompanhar ou não pela defesa técnica de advogado, e uma segunda vertente, aos que afirmam que a ausência de advogado no processo administrativo disciplinar prejudica o devido processo legal, pois dificulta o contraditório e a ampla defesa.

Na prática, são raras as vezes que os advogados acompanham os processos administrativos disciplinares e muita das vezes, com a ausência de advogados, têm ocorrido erros ou prejuízos para a parte, já que as penalidades administrativas são serias, levando um longo tempo, trazendo prejuízos para o princípio da economicidade e no final tendo que se valer do Poder Judiciário para muitas das vezes anularem uma decisão administrativa.

Hodiernamente, muito se fala em meios de resolver as lides de forma mais célere e eficiente. Uma dessas formas é justamente pelo processo administrativo disciplinar, que, ao mesmo tempo, traz deveres aos agentes públicos, fazendo com que estes atuem sempre de forma honesta, proba e de boa-fé, em contrapartida, a administração pública, podendo abranger também todos os poderes devem garantir todos os seus direitos, pois também trazem uma série de consequências, que seriam as penalidades de um julgamento na esfera administrativa.

Portanto, o entendimento da súmula vinculante n.º 5 não parece ser o mais adequado já que viola diretamente princípios constitucionais, vale citar o do contraditório e da ampla defesa, já que um leigo por si só não saberia por meio da autodefesa todos os meios de se defender, e contraria também preceitos constitucionais de que o advogado é indispensável à justiça como bem trata no artigo 133.

Assim sendo, merece ser revista à súmula vinculante n.º 5 de modo que possa garantir que todos tenham acesso à justiça e a uma defesa técnica justa e igualitária, desde a via administrativa até a via judicial.



Referências bibliográficas

- ARAÚJO, Edimir Netto de. O Ilícito Administrativo e seu Processo. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994;
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2010;
- CARVALHO** Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012;
- CARVALHO**, Matheus. Manual de Direito Administrativo. Ed. jusPODIVM. Salvador, 2017;
- CHIAVARIO**, Mario. Processo e garanzie della persona. Milano: Giuffrè, 1984. v. II;
- LEI N° 8.112, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm> Acesso 02/05/2020;
- GASPARINI**, Diogenes. Direito Administrativo. Ed. Saraiva. São Paulo, 2012;
- LEI N° 13.245, DE 12 DE JANEIRO DE 2016**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13245.htm#:~:text=A%20inobserv%C3%A2ncia%20aos%20direitos%20estabelecidos,acesso%20do%20advogado%20com%20o> Acesso na data de 09/08/2020;
- LENZA**, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. Ed. Saraiva. São Paulo, 2017;
- MEIRELLES**, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000;
- OLIVEIRA**, de Andréa Jaques. Prescindibilidade do advogado no processo administrativo disciplinar. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/46218/prescindibilidade-do-advogado-no-processo-administrativo-disciplinar>> Acesso na data: 02/04/2020.

Introdução

O Direito Tributário, pertencente ao Direito Público, visa o abastecimento dos cofres públicos através da instituição de tributos e seu conseqüente recebimento para que seja possível o gerenciamento estatal.

Exatamente por ser ramo do Direito Público, o Direito Tributário está preso aos princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público e da observância estrita ao princípio da legalidade e impessoalidade.

Muitos são os temas atinentes ao Direito Tributário que afloram discussões doutrinárias e o instituto da Transação Tributária é um deles. Muitos entendem que existe um óbice frente à indisponibilidade do interesse público, então, não poderia o poder tributante fazer concessões, no entanto o que se leva em consideração é o interesse da coletividade e não o interesse do Administrador. Outros entendem totalmente viável e até mesmo necessário, com vistas a diminuir o grande volume de execuções fiscais que pairam perante o Poder Judiciário. Enfim, é uma matéria intrigante e que já está sendo realidade em muitos países como Estados Unidos (*closing agreements* e *offers in compromise*), Itália (*accertamento com adesione*), Espanha (*actas com acuerdo* e *actas de conformidad*), França (*transaction*), Portugal (*avença*), bem como no próprio Brasil, onde denominamos Transação Tributária.

O alto número de processos de execução fiscal em trâmite no Poder Judiciário brasileiro, cerca de 40%, é um grande entrave à prestação jurisdicional célere, eficiente e a transação tributária é um dos meios alternativos de solução de conflito eficaz, como a conciliação, mediação e arbitragem, e que pode ajudar a minimizar esse problema, bem como permitir a satisfação do crédito tributário para o ente tributante e melhor gestão tributária das empresas, possibilitando a redução da litigiosidade e permitindo que o Estado obtenha recursos de modo mais imediato, para fazer frente às suas

²⁵⁴ advogada pública, Procuradora do Estado de São Paulo em exercício na Procuradoria Regional de São Carlos, formada pela Faculdade de Direito de São Carlos (FACISC), Especialista em Direito Público pela FADISC (Instituto Pimenta Bueno), Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC/SP, autora do livro “Poder Constituinte Poder Reformador”.

Email: reginamarta@ig.com.br, reginacereda81@gmail.com



necessidades prementes, como nesse período de pandemia, onde os investimentos na área de saúde pública se mostram elevados e necessários.

O Código Tributário Nacional, em 1966, previu a Transação Tributária como sendo um dos meios de extinção do crédito tributário, mediante concessões de ambas as partes, com terminação do litígio e consequente extinção do crédito tributário, devendo a lei indicar a autoridade competente para tal celebração, conforme junção das normas estabelecidas nos artigos 156, III e 171 do CTN.

A motivação para sua regulamentação, em todas as esferas governamentais, se apresenta por ser um meio alternativo de cobrança do crédito tributário, deixando de lado o meio convencional lento e oneroso, que é a judicialização da cobrança através da execução fiscal, já que este não parece ser um meio realmente eficiente a tal propósito, isso não só no Brasil, mas em todo o mundo.

No entanto, no Brasil temos alguns estados que disciplinaram por meio de Lei Estadual a Transação Tributária, como é o caso de Minas Gerais com previsão desde a Lei nº 6.763/75 até a recente Lei nº 13.435/99, Rio Grande do Sul com a Lei nº 11.475/2000, Pernambuco com a Lei nº 105/2007, Rio de Janeiro com a Lei nº 368/80, Santa Catarina com a Lei nº 10.789/98 embora tal previsão já ocorria por meio da Lei nº 3.938/1966 e São Paulo com a Lei nº 17.293/2020. Também temos a Transação Tributária presente em alguns Municípios brasileiros, como Rio de Janeiro com a Lei nº 5.966/15, Curitiba com a Lei nº 68/08 e São Paulo com a Lei nº 17.324/20.

No mesmo diapasão, em 2.001 a transação começou a ser regulamentada no âmbito federal, com a edição da Lei nº 10.259/01 que introduziu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, e a previu em seu artigo 10º, § único, sendo que este dispositivo restou regulamentado pelo Decreto nº 4.250/02, não vedando a sua utilização para débitos de natureza tributária.

Vale dizer que a Administração Pública em momento algum deixa de seguir os princípios da indisponibilidade do interesse público ou mesmo da legalidade, pois a Transação Tributária sempre deve ser efetuada dentro dos parâmetros estabelecidos em lei e a vantagem obtida visa ser maior do que a desvantagem, além de aplicar o princípio da isonomia entre os contribuintes, cabendo aqui a análise da sua capacidade contributiva. O Poder Discrecionário da Administração Pública exige que o Administrador apenas faça aquilo que a Lei o autoriza, devendo observar os limites impostos pela Lei.



Deste modo, a Transação Tributária tem feito parte das mais diversas realidades, inclusive da realidade brasileira, sempre com sua previsão em Lei.

O débito de natureza tributário se tornou uma grande preocupação das pessoas física e jurídica, bem como para a Fazenda Pública, já que sua existência gera implicações importantes como inscrição no CADIN, SERASA, não permite a participação em licitação (Pregão), para o contribuinte, e para o ente público acaba por diminuir a previsão de receita orçamentária, além de implicar em conflitos judiciais que muitas vezes se eternizam perante o Poder Judiciário.

Apesar disso tudo, apenas no ano de 2019 foi regulamentada no âmbito Federal, através da Medida Provisória nº 899/2019, conhecida como Medida Provisória do Contribuinte Legal, que por sua vez foi convertida na Lei nº 13.988/2020. A partir desse momento, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, a Procuradoria Geral Federal e a Procuradoria Geral da União podem regulamentar a aplicação da Transação Tributária visando a sua aplicação aos débitos tributários federais, como já estão fazendo. A partir deste ponto algumas Portarias PGFN já foram editadas para regulamentar a efetivação da Transação Tributária para os débitos tributários federais, como a atual nº 9917/2020, bem como Editais com alguns casos viáveis de Transação Tributária do tipo por adesão.

No Estado de São Paulo, foi publicada a Lei Estadual nº 17.293/2020, aos 16 de outubro de 2020, prevendo a possibilidade de transação de créditos de natureza tributária e não tributária inscritos em dívida ativa. A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, por sua vez, publicou a Resolução nº 27, de 19 de novembro de 2020 e a Portaria SUBGCTF nº 20, de 04 de dezembro de 2020, regulamentando os casos viáveis à Transação Tributária referente aos créditos tributários estaduais.

No mesmo diapasão, o Município de São Paulo também publicou a Lei Municipal Paulista nº 17.324/2020, prevendo a possibilidade de transação dos créditos municipais.

Cada uma dessas Leis trata da Transação Tributária na sua esfera governamental, sempre visando a célere resolução do conflito com vistas a possibilidade de imediata recuperação dos créditos tributários, pois nesse momento crítico de pandemia, há necessidade de incremento na arrecadação para fazer frente às demandas urgentes visando o combate da Covid-19 e a geração e manutenção de empregos.

Com a Transação Tributária o devedor de imposto e o poder tributante se aproximam e passam a conversar de modo detalhado cada situação vivida pelas empresas e podem juntos estudar a melhor solução para cada caso. Com isso, o



contribuinte poderá programar e gerir melhor as finanças da sua empresa, visando uma gestão real da empresa, e o ente público fatalmente alcançará a satisfação do crédito tributário sem que este se perpetue no tempo e se torne irrecuperável de modo judicializado. Essa alternativa de solução de conflito, permite uma customização do modo de pagamento a ser utilizado por cada contribuinte, alinhavado com as peculiaridades vivenciadas por cada um deles.

Vale dizer que o sistema tributário em todo o nosso país é muito complexo e gera dificuldades para o contribuinte, muitas vezes, gerir a sua própria estrutura fiscal. Além disso, não havia possibilidade do fisco e do contribuinte conversarem para chegar à melhor solução para a dívida tributária existente. O Poder tributante não podia ter um olhar para cada devedor, todos eram vistos e rotulados apenas como devedores e não havia diferença entre eles no tratamento para a sua situação. Hoje, o poder tributante pode olhar para o contribuinte e enxergar as características do devedor, seja devedor contumaz, devedor com boa saúde econômica, devedor de grandes débitos e com problemas sérios na estrutura financeira ou um devedor de pequeno débito, mas pulverizado em inúmeras execuções fiscais e que são economicamente inviáveis de serem cobrados de modo judicializado, já que o custo médio de uma execução fiscal é de vinte mil reais e o tempo médio para a solução de cada processo é de onze anos, não sendo adequado a ele qualquer modalidade de parcelamento existente, pois não possui estrutura financeira suficiente para cumpri-lo. A Transação Tributária veio permitir essa proximidade e mais, trouxe a possibilidade de juntos, o poder tributante e o contribuinte, customizarem o melhor plano de adequação tributária para aquele devedor.

Devemos pontuar algumas diferenças que existem entre a Transação Tributária e o parcelamento de crédito tributário, que por sua vez, também se diferencia da **remissão**, sendo que esta última também **extingue o crédito tributário**, encontra previsão nos artigos 156, VI e 172 do Código Tributário Nacional, exige Lei autorizadora e a Administração Pública apenas pode conceder a remissão, total ou parcial, nos limites autorizados pelo Código Tributário Nacional, sendo que **independe de qualquer manifestação de vontade (aceitação) do sujeito passivo** da obrigação tributária. Todos esses institutos têm aplicação após o lançamento tributário, diferente ainda da isenção e da anistia que antecedem esta fase.

Como já vimos, com base nos artigos 156, III e 171 do Código Tributário Nacional, a **Transação Tributária** é uma das modalidades de **extinção do crédito**



tributário, que se consolida mediante **acordo entre as partes**, contribuinte e ente público, mediante **concessões mútuas**. A extinção do crédito tributário pode estar condicionada à sua satisfação, isto é, podendo ocorrer após o adimplemento de todas as parcelas. Caso a Transação Tributária não seja totalmente satisfeita, o crédito tributário retornará à sua condição originária, não mais valendo as concessões mútuas que haviam sido acordadas, logo, caso tenham ocorrido descontos, estes não mais ocorrerão e o débito será executado pelo seu valor total originário, claro que abatido a este, o valor já recolhido aos cofres públicos, isso porque a extinção da obrigação tributária ocorre pelo pagamento e não pela concessão realizada de modo recíproco entre as partes.

O **parcelamento**, diferentemente, é uma das causas **de suspensão da exigibilidade** do crédito tributário e encontra previsão no artigo 151, VI do Código Tributário Nacional. Com o parcelamento do crédito tributário a sua exigibilidade fica suspensa durante o período de cumprimento, prosseguindo a cobrança em caso de rompimento. Aqui vale dizer, que nos casos de parcelamentos especiais, onde há remissão parcial de juros ou multa, se o parcelamento for rompido o crédito tributário perderá tais benefícios e a cobrança seguirá seu curso com o valor originário e todos os encargos, sem os benefícios pertinentes ao parcelamento especial. Caso o débito ainda não esteja inscrito em dívida ativa, o rompimento do parcelamento poderá gerar a sua imediata inscrição, bem como ajuizamento da competente execução fiscal para cobrança. Caso o débito esteja inscrito em dívida ativa, mas não ajuizado, o seu rompimento pode gerar o imediato ajuizamento de execução fiscal. Caso o débito já esteja inscrito em dívida ativa e ajuizada a execução fiscal, esta terá o seu curso suspenso após a garantia do juízo e se for rompido o parcelamento a execução seguirá seu curso, inclusive com a imediata execução da garantia ofertada.

Diferentemente dos parcelamentos existentes, a Transação Tributária exige concessões mútuas e a negociação da dívida global do contribuinte e, muitas vezes, sendo ajustadas exatamente à realidade do interessado, com vistas aos limites da sua capacidade contributiva. O parcelamento pode ocorrer apenas em relação a um débito do contribuinte, não precisa englobar todos os seus débitos. Além disso, o parcelamento é sempre o mesmo para todos os contribuintes, pequeno, médio, grande, com boa saúde financeira e em situação de insolvência. Já a transação é celebrada para cada tipo de contribuinte e para aquela situação financeira que ele se encontra. A Transação



Tributária customiza o acordo entre contribuinte fisco para melhor atender a situação da empresa.

Com certeza, este será mais um mecanismo à disposição do contribuinte para a solução dos conflitos tributários, possibilitando uma reestruturação tributária da empresa, com uma gestão mais eficiente, seja para dar cumprimento ao acordo celebrado seja para organizar a empresa para passar a ter a sua situação tributária regular doravante.

Além disso, a Transação Tributária visa diminuir a quantidade astronômica de execuções fiscais perante todas as esferas do Poder Judiciário, exatamente por se tratar de meio alternativo de solução de conflito, logo, ocorre fora do alcance da judicialização e quando o conflito já se encontra judicializado, esse é estancado. Hoje, de acordo com estudos do próprio Conselho Nacional de Justiça, cerca de 39% dos processos de todos os Tribunais do Brasil é execução fiscal, sendo que no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo esse volume representa 63,5 % e o tempo médio de solução é de 06 (seis) anos e 07 (sete) meses.

E aqui, talvez, resida uma das maiores diferenças entre Transação Tributária e parcelamento, pois aquela prevê a extinção do crédito tributário enquanto este apenas possibilita a suspensão do mesmo. Isto significa dizer que, com o parcelamento a execução fiscal que possui seu crédito parcelado, não é extinta e sim suspensa, enquanto que a Transação Tributária, com sua celebração e satisfação, extingue o crédito tributário e conseqüentemente, as execuções fiscais representadas por aquele crédito (global) transacionado serão extintas. O parcelamento ordinário quando rompido não gera nenhuma consequência para o contribuinte, tanto que existem débitos parcelados e rompidos e reparcados inúmeras vezes. O parcelamento especial quando rompido retorna o débito à situação originária, com todos os seus encargos, englobando os abatimentos concedidos. Mas todos podem ser rompidos que não gerarão consequências outras ao contribuinte, como proibição de reparcular sua dívida. A Transação Tributária, caso rescindida, gerará várias consequências para o contribuinte, inclusive não permitindo nova celebração, mesmo que seja em relação a novos débitos, pelo prazo de dois anos. O contribuinte não mais poderá transacionar com o poder público por certo período de tempo, além de outras consequências.

O Brasil se inspirou no modelo americano de composição de conflito tributário, denominado *Offer in Compromise* que mantém os olhos voltados ao interesse público,



para manter a arrecadação. Com a adoção da Transação Tributária se pretende o aumento da arrecadação, com a diminuição de conflitos e com a adequação do plano à situação específica de cada contribuinte, de acordo com suas especificidades, inclusive a devida análise da sua capacidade contributiva. A oferta de compromisso, como chamado nos Estados Unidos, demonstrará a necessidade do contribuinte à Transação, bem como demonstrará a sua capacidade de cumprir o que ele oferece e a sua oferta será analisada em até dois anos, o que nos parece para alguns casos ser lenta e ineficaz, pois nem todo contribuinte pode esperar tanto tempo para ter a sua situação tributária resolvida.

Todas as Transações Tributárias efetivadas deverão ter ampla divulgação, com a devida publicação eletrônica do termo firmado. Esse modelo brasileiro também permite a transação de dívida de natureza tributária e não tributária. A Transação Tributária permite que o Poder Público demonstre a sua preocupação com a permanência da atividade econômica das empresas, com a manutenção dos empregos gerados pela atividade empresarial. Este instituto valoriza a função social empresarial.

Lei nº 13.988/2020, de 14 de abril de 2020.

A Lei nº 13.988/2020, que teve origem na Medida Provisória 899/2019, apresenta duas espécies de Transação Tributária, individual e por adesão. Na primeira, as partes negociam os termos da Transação Tributária e na segunda, o contribuinte apenas adere às normas estabelecidas pela União. Vale dizer, que as Transações Tributárias serão regulamentadas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, Procuradoria Geral Federal e Procuradoria Geral da União. Várias são as normas editadas pela PGFN para regulamentar a Transação Tributária aos casos concretos, temos por exemplo as Portarias PGFN nºs 9.917/2020, 9.924/2020, 14.402/2020 e 18.731/2020, esta última regulamenta a Transação Tributária do crédito do Simples Nacional.

De acordo com o artigo 2º da Lei nº 13.988/2020, os débitos podem ser objeto da Transação Tributária de dois modos, por adesão e através de proposta individual do sujeito passivo, sendo que os débitos inscritos na **dívida ativa**, poderão ser objeto de transação **individual** ou por **adesão**; débitos do **contencioso judicial** ou **administrativo tributário**, apenas poderão celebrar a transação por **adesão** e os débitos do **contencioso administrativo de pequeno valor** (inferir a 60 salários mínimos) apenas poderão ser objeto de transação por **adesão**.



A Transação Tributária por proposta individual se formaliza com a assinatura do seu respectivo termo pelo sujeito passivo e pela autoridade administrativa competente e a Transação Tributária por adesão se formaliza por meio eletrônico, aderindo aos termos do edital publicado pelo ente tributante. A sua formalização implica em confissão irrevogável e irretroatável dos créditos tributários por ela abrangidos.

Interessante, que quando a referida Medida Provisória foi convertida na Lei 13.988/2020, esta acrescentou a possibilidade da transação de débito federal que ainda esteja sob os cuidados da Receita Federal, indo além do que previa a Medida Provisória nº 899/2019, no entanto, a Lei não previu a possibilidade de uma transação especial para os contribuintes que se encontram em recuperação judicial, embora preveja tal possibilidade, nem mesmo abarcou a possibilidade de utilização de precatórios na sua consolidação, mas não a proibiu, tanto que o artigo 57, VI, da Portaria PGFN nº 9917/2020, já prevê sua utilização.

Conforme determinado pela Lei nº 13.988/2020, apenas a Transação Tributária referente a débitos inscritos em dívida ativa, poderão ser objeto de proposta individual, as demais espécies, somente poderão ser objeto por adesão, mas vale lembrar que mesmo o débito inscrito em dívida ativa pode ser objeto de transação tributária por adesão. Assim, todos os débitos tributários podem ser objeto de Transação Tributária por adesão, mas somente aquele inscrito em dívida ativa poderá ser transacionado de modo individual se atendidas as exigências da Lei.

Nos casos de débitos do contencioso judicial de relevante e disseminada controvérsia, isto é, controvérsia pendente de decisão judicial, onde se discute certa tese tributária, o Ministro de Estado da Economia poderá propor aos sujeitos passivos que se encontrarem nessa situação, transação resolutiva de litígios aduaneiros ou tributários, desde que embasados em manifestação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia. A proposta de Transação por adesão será divulgada na imprensa oficial, bem como nos *sites* dos respectivos órgãos junto à *internet*, por meio de edital que especifique todas as hipóteses em que a Fazenda Nacional propõe referida Transação.

Já os débitos de pequeno valor, até 60 (sessenta) salários mínimos, no contencioso administrativo, através da transação por adesão, temos a possibilidade de desconto de até 50% do total do crédito tributário, em até 60 parcelas mensais, artigos 23 e 25, Lei 13.988/2020.



Os débitos alcançados pela Lei nº 13.988/2020, são apenas os débitos federais, administrativos de competência da Receita Federal, os débitos inscritos na dívida ativa da União, abarcando ainda os débitos inscritos na dívida ativa das autarquias e fundações públicas federais.

Outra inovação está prevista no artigo 11, § 3º, da Lei 13.988/2020 que é a dilação do prazo da Transação Tributária para até 145 meses se o contribuinte for pessoa natural, microempresa ou empresa de pequeno porte, com redução máxima de até 70% do valor devido, como exceção aos termos do inciso II do § 2º, do mesmo artigo 11, da Lei 13.988/2020.

Por outro lado, encontramos algumas vedações à Transação Tributária, elencadas no artigo 5º, da Lei 13.988/2020, como a não possibilidade de redução de multa de natureza penal, impossibilidade de abatimentos de créditos relativos ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), enquanto não editada Lei Complementar Autorizativa. Do mesmo modo, há restrição ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), enquanto não autorizado pelo seu Conselho Curador e, por fim, vedação de transacionar quando o devedor for contumaz, conforme definição de Lei específica. No entanto, algumas dessas situações já foram regulamentadas e já podem ser objeto de Transação Tributária, como por exemplo, a Resolução CC/FGTS nº 974/2020 que regulamenta a Transação Tributária de débito referente a FGTS por adesão e individual. Mesmo o crédito relativo ao Simples Nacional, já possui regulamentação permitindo ocorrer a Transação Tributária, conforme Portaria PGFN nº 18.731/2020.

O artigo 7º, da Lei 13.988/2020, também prevê a impossibilidade de, após a efetivação da Transação Tributária, do sujeito passivo ou devedor restituir ou compensar valores recolhidos aos cofres públicos ou incluídos em parcelamentos pelos quais tenha optado anteriormente à sua celebração.

O artigo 19, § 5º esclarece que a apresentação de solicitação de adesão à Transação Tributária, não possui o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário que esteja definitivamente constituído, havendo a necessidade de sua celebração para tanto.



O artigo 4º, § 4º estabelece a vedação ao contribuinte que rescindir uma transação homologada, de transacionar novamente pelo prazo de dois anos, seja em relação ao mesmo débito ou não.

Interessante verificar que a Transação por adesão no contencioso tributário de relevante e disseminada relevância, que diz respeito às teses que estão em discussão perante o Poder Judiciário, não estabelece a proibição de abatimento mesmo do valor principal do tributo, sendo assim, mais ampla a sua aplicabilidade.

A Lei Federal, embora não tenha trazido uma Transação Tributária especial para os casos de empresas em recuperação judicial, liquidação extrajudicial e falência, previu em seu artigo 11, § 5º, tal possibilidade e, inclusive, as catalogou como sendo seus créditos de difícil recuperação ou irrecuperáveis.

Como dito, a Transação Tributária implica em concessões mútuas, seja da parte do Poder Tributante, seja por parte do contribuinte, reduzindo os encargos e permitindo que o pagamento seja de modo parcelado, tudo customizado de acordo com as características do devedor.

Lei Estadual nº 17.293 de 15 de outubro de 2020.

No âmbito do Estado de São Paulo, aos 15 de outubro de 2020, foi editada a Lei estadual nº 17.293, visando o ajuste fiscal e o equilíbrio das contas públicas. Dentre as disposições, trouxe a transação de créditos de natureza tributária e não tributária, como meio alternativo de solução de conflito entre o particular e o poder tributante. Sua regulamentação está na Resolução PGE nº 27 de 19.11.2020 e na Portaria SUBGCTF nº 20, de 04.12.2020.

Nos limites ditados pela Lei nº 17.293/2020, o crédito tributário inscrito na dívida ativa pela Procuradoria Geral do Estado, bem como aquelas inscritas por autarquias e fundações estaduais, desde que cobradas e representadas pela Procuradoria Geral do Estado, poderá ser objeto de Transação Tributária. Assim, as execuções fiscais e as ações antiexacionais que discutam judicialmente a matéria objeto da referida Transação.

Esta Lei previu a Transação Tributária em duas modalidades, individual, proposta a ser feita por uma das partes, e por adesão, por meio eletrônico, o contribuinte poderá aderir às condições estabelecidas em edital a ser publicado pela Procuradoria Geral do Estado.



A Transação Tributária implica em confissão irretratável dos créditos transacionados e, como consequência lógica, o contribuinte deverá renunciar a todos os meios de defesa, em relação aos créditos transacionados.

Os descontos máximos previstos são de 30% da totalidade dos débitos transacionados e, em se tratando de devedor que se inclua no grau máximo de recuperabilidade, será de até 10%. No entanto, em se tratando de devedor pessoa natural, microempresa ou empresa de pequeno porte, o desconto poderá chegar a até 50% da totalidade dos débitos transacionados.

O prazo de pagamento será de até 60 meses e para os devedores em recuperação judicial ou extrajudicial e insolvência poderá chegar a 84 parcelas mensais.

Caso seja a Transação Tributária rescindida, o crédito tributário retornada aos valores e termos originais, como se não tivessem sido transacionados.

O artigo 41 e seguintes, da Lei estadual nº 17.293/20 prevê a Transação de Créditos de Natureza Tributária ou não Tributária, permitindo que sua celebração ocorra junto à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, podendo ser tanto por adesão (aceita nos moldes pré estabelecidos pela Administração Pública) como por proposta individual, esta de iniciativa do sujeito passivo, nos termos do artigo 43.

A Transação Tributária no Estado de São Paulo poderá ser pleiteada apenas tendo como objeto débitos inscritos na Dívida Ativa, podendo estes serem de natureza tributária ou não, nos termos do artigo 42.

A Transação Tributária insculpida na Lei Estadual nº 17.293, de 15 de outubro de 2020, menciona as responsabilidades atinentes ao sujeito passivo, suas obrigações são várias, como não alienar nem onerar bens ou direitos dados em garantia sem a devida comunicação à Procuradoria Geral do Estado, desistir dos meios de defesa, administrativo e/ou judicial, dentre outras, todas elencadas no artigo 45, tendo em vista que a celebração da Transação Tributária implica em confissão dos débitos nela abrangidos.

A Lei Estadual em comento vedou a possibilidade de utilização de precatórios para amortização do valor transacionado, não podendo ocorrer por meio de regulamentação, pois trouxe vedação, diferentemente da Lei Federal.

No entanto, ambas as legislações previram a possibilidade de Transação Tributária para os devedores em recuperação judicial ou extrajudicial, bem como em



situação de insolvência, sendo que para ambas, nesses casos, o crédito tributário será considerado como sendo irrecuperável ou de difícil recuperação.

Os descontos permitidos na Lei, conforme ensinamento do artigo 47, VI, podem atingir no máximo 30% e serão estabelecidos de acordo com o nível de recuperabilidade do débito tributário, bem como garantias destes débitos em juízo, tempo de existência dos mesmos, custos envolvidos na cobrança judicial, dentre outras à semelhança da legislação federal. No entanto, o próprio artigo 47, no seu § 1º permite que o desconto alcance a marca dos 50% se o devedor for pessoa natural, microempresa (receita anual bruta até R\$ 360.000,00) ou empresa de pequeno porte (receita anual bruta superior a R\$ 360.000,00 até R\$ 4.800.000,00), estas estabelecidas nos termos da Lei Complementar Federal nº 123/2006, artigo 3º, I e II.

O prazo máximo para efetivo cumprimento da Transação Tributária está fixado em até 84 parcelas mensais para os devedores em recuperação judicial ou extrajudicial e insolvência e em até 60 parcelas mensais para os demais casos, conforme artigo 46, § 2º.

Estes são os pontos principais da Lei Estadual nº 17.293, de 15 de outubro de 2020 que instituiu a Transação de débitos de natureza tributária ou não tributária, no Estado de São Paulo, sendo que sua regulamentação se encontra esboçada na Resolução PGE nº 27, de 19.11.2020 e na Portaria SUBGCTF nº 20, de 04.12.2020.

Lei Municipal (São Paulo) nº 17.324, de 19 de março de 2020.

A Lei Municipal nº 17.324/2020, visa instituir no âmbito do Município de São Paulo a desjudicialização no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, introduzindo meios alternativos de solução de conflitos, como acordo, transação, mediação e arbitragem para dirimir conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, prevendo, inclusive, a criação de Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos do Município de São Paulo.

A Transação prevista nesta Lei diz respeito aos débitos de natureza tributária e não tributária, desde que sua globalização não ultrapasse R\$ 510.000,00 (quinhentos e dez mil reais) e pode ser satisfeita de modo parcelado, por meio de parcelas mensais e sucessivas.

A Transação Tributária que tiver como objeto débito inscrito na Dívida Ativa Municipal poderá ser efetivada por meio de adesão ou por proposta individual, no



entanto a transação tributária de outros casos do contencioso judicial ou administrativo tributário, bem como os débitos do contencioso administrativo tributário de baixo valor, apenas poderão ser objeto de proposta por adesão. Assim, a proposta individual fica restrita somente à Transação Tributária de débito inscrito na Dívida Ativa.

Do mesmo modo que as Leis Federal e Estadual analisadas acima, esta Lei Municipal também não permite que a Transação Tributária seja utilizada de forma abusiva, proíbe a alienação e oneração de bens e direitos sem a devida comunicação prévia à Procuradoria Geral do Município e exige a renúncia de todos os meios de defesa, além de outros compromissos por parte do contribuinte.

Como visto, o a referida Lei pretende promover a solução alternativa de conflito, por meio do consenso, diminuindo a litigiosidade no Município de São Paulo, deixando a Procuradoria Geral do Município de São Paulo à frente destas regulamentações, visando que os conflitos que envolvem o Município de São Paulo sejam solucionados com maior celeridade e eficiência.

Da importância do advogado na solução de conflito por modo alternativo

Desde os bancos acadêmicos aprendemos que a importância está na combatividade do advogado nos litígios por ele enfrentados.

Há uma decana, não imaginávamos como prosperar na advocacia sem a litigiosidade e grande embate jurídico, no entanto, este modelo tem se mostrado altamente custoso para o Estado e moroso para muitas das partes que buscam na litigiosidade do conflito a sua solução, no entanto nestes momentos a importância do advogado se faz necessária para a preservação dos direitos entre as partes envolvidas.

Deste modo, cada vez mais percebemos que o mundo se volta para as soluções alternativas de solução de conflitos e estas como conciliação, mediação, arbitragem e também a transação têm se mostrado eficientes e eficazes na solução mais célere de conflitos, bem como têm demonstrado serem meios seguros para as partes envolvidas que até então não conseguiam enxergar outro caminho a não ser ir até o Poder Judiciário para resolver os problemas conflituosos do seu cotidiano.

A vida em sociedade gera conflitos de toda ordem e precisamos aprender a solucioná-los sem judicializar todos eles, já que o Poder Judiciário não tem se mostrado suficiente à solução rápida e eficaz em muitos casos, até porque o número de novas ações ajuizadas anualmente não chega nem mesmo a metade dos julgamentos em igual



período e, por tal razão, enquanto todos os conflitos forem judicializados, mais e mais tempo o Poder Judiciário levará para solucioná-los.

No entanto, muito se engana quem pensa que o advogado passa a ter uma importância menor na solução alternativa dos conflitos, ao contrário, a presença do advogado junto à parte para orientá-la sobre o melhor meio a ser escolhido para a solução do seu conflito, como também para prestar-lhe todo assessoramento jurídico necessário para saber qual o melhor momento e as consequências de se optar por um ou outro meio de solução de conflito, benefícios que terá longe da litigiosidade e consequências se não der cumprimento ao acordo firmado.

A mediação, por exemplo, o conflito é resolvido pelo mediador, terceiro ausente de interesse na solução do conflito. A Lei 13.140/2015, no § 1º do artigo 1º assevera que mediação é a “atividade técnica exercida por um terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Com as orientações prestadas por seus advogados e com a ajuda do mediador, as partes poderão, com segurança, rapidez e eficiência, decidir pelo melhor caminho e solucionar a pendência existente, desmistificando a cultura do litígio que existe entre nós.

Hoje a gestão se faz necessária em todas as facetas da vida, seja para a empresa como também para a própria gestão de patrimônio particular, e o advogado é a peça chave nesse novo modelo de composição dos conflitos, para a mitigação de efeitos danosos que podem surgir do não conhecimento da legislação aplicável a cada fato e consequências jurídicas advindas da prática de determinados atos.

Especificamente para a Transação Tributária o papel desenvolvido pelo advogado é de suma importância, pois este coordenará toda gestão financeira e tributária do seu cliente sem o qual jamais o contribuinte terá segurança para assumir um compromisso tributário de tamanha envergadura, pois muitas são as implicações para a sua empresa e, principalmente para a proposta individual, o contribuinte precisa ser muito bem orientado quanto às concessões mútuas que fará junto ao ente tributante, que envolve consequências jurídicas importantíssimas, como no caso de descumprimento de uma de suas obrigações, rescisão da Transação Tributária e consequências advindas deste ato.



Conclusão

A Lei nº 13.988/20, bem como a Lei Estadual 17.293/2020 e demais Leis editadas com o mesmo fim no país, são marco importante na cobrança da dívida tributária. Ainda que não sejam perfeitas e não atinjam todos os objetivos pretendidos, volta o Brasil para os meios modernos de solução alternativa de conflito e extinção do crédito tributário, mirando a desjudicialização, tendo o mesmo olhar preocupado tanto para o contribuinte, como para o poder tributante e para o Poder Judiciário.

Diferentemente dos parcelamentos que geram um desestímulo à gestão tributária da empresa, por beneficiar do mesmo modo a contribuinte em dificuldade financeira e o contribuinte que possui um financeiro absolutamente saudável a transação tributária confirma em boa hora as vantagens advindas da renegociação tributária, bem menos provisória e que permite uma melhor estruturação tributária do contribuinte.

Conforme informações divulgadas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, até julho, foram transacionados 204 mil débitos, de 55 mil contribuintes, no valor total de R\$ 18,8 bilhões, demonstrando que o instituto veio em momento oportuno, para beneficiar o contribuinte e o Poder Público.



Referências Bibliográficas:

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2ª ed. São Paulo: Maleiros, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 12ª ed. revista e atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 30ª ed. São Paulo: Maleiros, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed, São Paulo: Atlas, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Manual da mediação: guia prático para conciliadores**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Código Tributário Nacional**. 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

<https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-execucao-fiscal-eleva-arrecadacao-do-judiciario/>



SÃO PAULO

A SEPARAÇÃO DE PODERES E O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO NO SÉCULO XXI.

Carlos Roberto de Alckmin Dutra²⁵⁵

A separação das funções estatais em três poderes distintos é inegavelmente um acontecimento ocorrido no berço da modernidade.

Todavia, a distinção entre as funções *administrativa*, *legislativa* e *jurisdicional* já havia sido feita na Antiguidade. ARISTÓTELES identificou três atribuições no exercício do poder do governo:

“Há em todo o governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência de particulares. Quando elas são bem constituídas, o governo é forçosamente bom, e as diferenças existentes entre essas partes constituem os vários governos. **Uma dessas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas**, e aqui é preciso determinar quais as que se devem criar, qual deve ser a sua autoridade especial, e como se devem eleger os magistrados. **A terceira é a que administra a justiça**. A parte deliberativa decide soberanamente da guerra, da paz, da aliança, da ruptura dos tratados, promulga as leis, pronuncia a sentença de morte, o exílio, o confisco, e examina as contas do Estado.”²⁵⁶

Como esclarece KARL LOEWENSTEIN, embora ARISTÓTELES tivesse distinguido três partes ou segmentos dessas funções: as deliberações sobre assuntos de

²⁵⁵ Mestre e Doutor em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Formado pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie - SP. Procurador da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo desde 1997, tendo sido Procurador-Chefe (2002-2005 e 2013-2015). Professor Universitário (licenciado). Membro do Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, Paraná. Membro efetivo da Comissão da Advocacia Pública da OAB/SP (2014-2016, 2016-2018 e 2019-2021). Procurador do Município de Campinas (1996-1997). E-mail: crdad@uol.com.br.

²⁵⁶ ARISTÓTELES, A Política. 2ª ed. Tradução Nestor Silveira Chaves, Bauru, Edipro, 2009, p. 147-148.



interesse comum; a organização dos cargos ou magistraturas; e a função judicial²⁵⁷, o que pretendeu fazer foi uma análise das funções segundo sua *substância*, não sendo permitido a partir daí deduzir que desejasse atribuir essas funções a diferentes órgãos ou pessoas.²⁵⁸

A distinção de funções estatais não teve nenhuma expressão durante o período que se seguiu ao constitucionalismo grego e romano, no qual o monarca absoluto exerceu seu poder de forma concentrada e reuniu em si as três funções, ainda que, por razões práticas pudesse delegá-las a funcionários, autoridades ou conselhos subordinados.²⁵⁹

LOEWENSTEIN sustenta que a ideia de separação dos poderes está ligada à de *representação* que, tendo sido completamente desconhecida na antiguidade e na Idade Média, surgiu no final do Século XIV, no período do ocaso do feudalismo, quase simultaneamente, em diversos locais, como na Espanha (Aragão, Castela e Leão), na França e na Inglaterra.²⁶⁰

Foi, assim, a técnica da representação, mais uma vez segundo o ensinamento de LOEWENSTEIN, que permitiu a instituição do parlamento como um detentor de poder separado e independente do governo, tendo sido a independência dos tribunais um complemento lógico do sistema de poderes independentes entre si.²⁶¹

Segundo FERREIRA FILHO, a divisão funcional do poder, isto é, a “separação de poderes” não teria sido invenção de alguma pessoa inspirada, mas sim o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, na forma consagrada pelo *Bill of Rights* de 1689.²⁶²

A partir desse desenvolvimento histórico e sob o influxo das ideias decorrentes do Renascimento e da Reforma, a formulação, por LOCKE, da divisão tripartite de poderes no *Leviatã* foi um passo.

LOCKE propôs a divisão das funções entre os poderes legislativo (poder supremo em toda comunidade civil), o executivo e o federativo (este voltado a questões internacionais), tendo deixando clara a inconveniência da concentração do poder de legislar e executar as leis nas mãos das mesmas pessoas:

²⁵⁷ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Tradução e estudo sobre a obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Ediciones Ariel. Barcelona, 1965, p. 56-57.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 57.

²⁵⁹ *Ibidem*.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 57-58.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 60.

²⁶² FERRERIA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 32ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 133.



“O poder legislativo é aquele que tem competência para prescrever segundo que procedimentos a força da comunidade civil deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros. ... e como pode ser muito grande para a fragilidade humana a tentação de ascender ao poder, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também em suas mãos o poder de executar as leis, pois elas poderiam se isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução, e ela teria interesses distintos daqueles do resto da comunidade, contrários à finalidade da sociedade e do governo.”²⁶³

A proposta mais conhecida, contudo, é a de MONTESQUIEU que, por sua vez, *propõe um sistema também destinado a evitar o abuso de poder*, mediante a sua divisão em três órgãos distintos, que exerceriam entre si funções de freios e contrapesos.

Ao analisar a Constituição da Inglaterra, no Capítulo VI, do Título XI, de “O espírito das leis”, assevera o Barão de La Brede:

“Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as questões entre particulares. Chamaremos a este último de poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.”²⁶⁴

²⁶³ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil – e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, Editora Vozes, 1994, p. 170.

²⁶⁴ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 167-168.



Como se pode perceber, a cada poder é atribuída uma função, de forma quase que estanque, não havendo imbricação de um poder nas funções do outro, salvo no caso da prerrogativa de impedir, ou vetar, que, apesar de se inserir no campo da atividade legislativa, é deferida ao executivo.²⁶⁵

A contribuição mais importante de MONTESQUIEU foi sustentar que *não há liberdade* quando esses poderes são exercidos pela mesma pessoa ou pelo mesmo órgão (corpo de magistratura). Para ele somente pelo exercício dos poderes legislativo, executivo e judiciário por diferentes pessoas ou órgãos pode haver um *governo moderado*.

A doutrina da divisão de poderes de MONTESQUIEU surtiu enorme influência tanto na Europa como fora daquele Continente e foi adotada em diversos países ao longo da história. Sua importância foi tal que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão chegou ao ponto de afirmar, em seu artigo 16, que “à sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição.”²⁶⁶

A Constituição Estadunidense de 1787 também consagrou a tripartição de poderes, assim como diversas outras Constituições ocidentais.

Como se percebe, o exercício do poder pelo Estado pode se dar de forma concentrada ou desconcentrada, sendo a monarquia um exemplo típico de exercício concentrado do poder.

A limitação do poder nasceu como um anseio de prevenir o arbítrio. Segundo Lord ACTON (1834-1902): “O poder leva à corrupção e o poder absoluto corrompe absolutamente.”²⁶⁷

²⁶⁵ “O poder executivo, com já dissemos, deve participar da legislação com sua faculdade de impedir, sem o que ele seria logo despojado de suas prerrogativas. Mas se o poder legislativo participar da execução o poder executivo estará igualmente perdido. Se o monarca participasse da legislação com poder de decidir, não haveria mais liberdade. Mas, como é necessário, no entanto, que participe da legislação para se defender, é preciso que tome parte nela com a faculdade de impedir.

...

Eis então a constituição fundamental do governo que falamos. Sendo o corpo legislativo composto de duas partes, uma prende a outra com sua mútua faculdade de impedir. Ambas estarão presas ao poder executivo, que estará ele mesmo preso ao legislativo.” MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 175-176.

²⁶⁶ Extraído de: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em 19/06/2021.

²⁶⁷ Tradução livre. Disponível em: <http://www.phrases.org.uk/meanings/absolute-power-corrupts-absolutely.html>, acesso em 19/06/2021.



FERREIRA FILHO enumera três formas de limitação do poder:

- “a **divisão territorial do poder**, que inspira as descentralizações e não raro o próprio federalismo”;
- “a **circunscrição do campo de atuação do Estado**, reconhecendo em favor do indivíduo uma esfera autônoma, onde a liberdade não pode sofrer interferências do Estado. É isso que se busca obter pela Declaração dos Direitos e Garantias do Homem” (1789); e
- “a **divisão funcional do poder**, tão conhecida na forma clássica de *separação dos poderes...* em que se apontam as linhas mestras de cada um dos poderes identificados pela velha doutrina: o *Legislativo*, o *Executivo* e o *Judiciário*.”

A separação de Poderes é adotada no Brasil desde a Constituição do Império, de 1824. Esta Constituição previa, contudo, um quarto poder, o Moderador (art. 10), a cargo do Imperador (art. 98), que seria a peça fundamental para a articulação dos demais:

Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

A Constituição Republicana, de 1891, adotou a forma que contemplava a proposta de MONTESQUIEU, prevendo três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si (art. 15):

Art. 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

Essa mesma fórmula foi seguida pelas demais Constituições brasileiras, com exceção da Constituição de 1937, que não a previa expressamente, além de prever excessiva centralização do poder na figura do Presidente da República.



A Constituição de 1988, dispõe em seu artigo 2º que:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, a “Constituição manteve a cláusula ‘independentes e harmônicos entre si’, própria da divisão de poderes do Presidencialismo. No Parlamentarismo uma tal cláusula não tem sentido, precisamente porque prevalece o princípio oposto, da colaboração entre os Poderes.”²⁶⁸

A formulação, todavia, não está imune a críticas. LOEWENSTEIN assevera que a legislação e a execução das leis não são funções separadas ou separáveis, mas simplesmente diferentes técnicas de liderança política, motivo pelo qual propõe uma nova classificação, mais de acordo, segundo defende, com a sociedade pluralista atual, tripartindo-se o poder em: a decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*); a execução da decisão (*policy execution*); e o controle político (*policy control*).²⁶⁹

Esclarece CLÈMERNSON MERLIN CLÈVE que a divisão de poderes proposta por MONTESQUIEU se afeiçoa ao Estado Liberal, cuja missão restringe-se à manutenção da ordem interna e à condução da política exterior, e funciona perfeitamente nesse sistema.²⁷⁰

Se, por um lado, a teoria da divisão dos poderes teve sua origem na representação, a crise que veio atingir o parlamento, no final do século XIX e no decorrer do século XX, impôs a necessidade de sua atualização.

Como tivemos a oportunidade de expor:

²⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual À Constituição**. 6ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 44.

²⁶⁹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Tradução e estudo sobre a obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Ediciones Ariel. Barcelona, 1965, p. 62.

²⁷⁰ “A doutrina liberal dá vazão ao Estado de Direito Constitucional (submissão do poder ao Direito) e ao Estado mínimo (Estado como atribuições reduzidas). Ao Estado liberal, sempre juridicamente controlado, não cabe exercer mais do que as seguintes funções: manter a ordem interna e conduzir a política exterior (ou seja, o fim do Estado nesse caso parece ser unicamente o de promover e manter a segurança necessária para que os indivíduos possam livremente desenvolver as suas potencialidades). Tudo o mais cabe à sociedade civil, dinamizada pela energia da multiplicidade de indivíduos livres e iguais. Ora, nesse sistema, não é difícil entender que a técnica da separação dos poderes, tal como formulada por Montesquieu, funcionava perfeitamente, além de alcançar uma utilidade incontestável. Crítica que nesse Estado mínimo pudesse sofrer a referida técnica talvez dissesse respeito à dogmatização de que vítima em virtude da obra de certos juristas.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 35.



“A partir do momento em que a democracia liberal passou a sofrer os efeitos do aumento da complexidade das relações sociais, decorrente, dentre outros fatores, do surgimento de uma sociedade industrial e, em seguida, do desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social, a exigir do Governo uma atitude não mais passiva – voltada a resguardar apenas as liberdades individuais – mas sim ativa, destinada a promover boas condições de vida a toda a população, o Parlamento, com seus procedimentos longos e complexos, viu-se incapaz de oferecer uma resposta adequada às novas demandas.”²⁷¹

Lembramos, ainda, que:

“Em obra publicada na década de 1970, já evidenciava Ignacio da Silva Telles os fatores da inoperância da democracia parlamentar, associados à inadequação do processo legislativo para atender às demandas sociais e à dissonância entre os interesses defendidos pelos partidos políticos e os anseios dos cidadãos, fenômenos que têm levado, praticamente em toda a parte, a um crescimento da atuação do Governo (entre nós, o Poder Executivo), que passa a assumir as funções do Legislativo.”

De fato, segundo IGNACIO DA SILVA TELLES:

“Por não ter condições para legislar devidamente é evidente que se forma um vácuo no corpo governamental para incompetência e inoperância dos órgãos designados para essa incumbência. E não se pense que seja necessariamente por culpa da incapacidade dos parlamentares, pois que a causa verdadeira dessa inoperância reside na própria estrutura do sistema.”²⁷²

²⁷¹ DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Processo legislativo, controle de constitucionalidade e legística. A exigência constitucional de qualidade formal da lei e seus reflexos no processo legislativo e no controle de constitucionalidade.** Curitiba, Juruá Cultural, 2020, p. 23-24.

²⁷² TELLES, Ignacio da Silva. **A experiência da democracia liberal.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. 132.



Já naquela época, ressaltou o autor a complexidade dos problemas enfrentados pelos países que, certamente, revelam-se ainda mais intrincados nos dias atuais:

“Ora, cada vez mais graves são os problemas que o mundo lança sobre os países. Vivemos uma época em que o futuro desaba sobre nós. Mais que nunca, e inevitavelmente, os países precisam ser governados com total objetividade. E as leis precisam ser feitas, e muito bem feitas.”²⁷³

Expôs, então, a dificuldade sofrida pelos partidos políticos e a conseqüente crises dos órgãos legislativos, que acarretou na transferência das funções legislativas ao poder executivo:

“Eis que os partidos políticos vivem em completa desvinculação com a realidade do país e seus maiores interesses de fato muito raramente coincidem com os interesses da Nação. Assim sendo, e diante da quase falência dos órgãos legislativos, nada mais compreensível do que o fenômeno que vem se desenvolvendo por toda a parte – o do Poder Executivo ir gradativamente suprimindo as deficiências do Legislativo.”²⁷⁴

Verifica-se, assim, que uma das características da conformação dos poderes no Estado contemporâneo é a assunção de *funções normativas* pelo Poder Executivo.²⁷⁵

Por outro lado, as Revoluções Liberais do século XVIII ensejaram a produção de constituições escritas, nas quais, inicialmente foram inseridas as liberdades públicas (ou direitos fundamentais de primeira geração) e, com o surgimento do Estado Social,

²⁷³ *Ibidem.*

²⁷⁴ *Ibidem.*

²⁷⁵ “Aos poucos, em quase todos os países ao longo da década dos 20, os Parlamentos da Europa foram delegando poderes ao Executivo para ‘legislar’ em certas áreas da mais alta importância. Sob denominações diversas, tais como ‘decretos’, ‘instruções’, ‘ordenações’, ‘decisões ministeriais’, etc, uma infinidade dessas normas foi sendo baixada. E na área de assuntos que permanecem na alçada dos Parlamentos, desde 1922 até os dias atuais, cerca de 90% das leis promulgadas nasceram por iniciativa ministerial, e quase somente ‘pró-forma’ foram os respectivos projetos apresentados à consideração dos Parlamentos.” TELLES, Ignacio da Silva. **A experiência da democracia liberal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. 132.



normas voltadas à proteção do bem-estar social (direitos fundamentais de segunda geração).

A partir desses documentos foi se desenvolvendo uma atividade de controle da validade das leis por parte do poder judiciário.²⁷⁶

Nos Estados Unidos da América, já no final do século XVIII e início do século XIX, as cortes estaduais e a própria Suprema Corte passaram a exercitar a atividade de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Embora já houvesse decisões anteriores, proferidas pelas cortes estaduais, o caso emblemático foi julgado em 1803 pela Suprema Corte estadunidense, num conflito entre *MARBURY* e *MADISON*, no qual, em decisão proferida por seu Presidente, *MARSHALL*, fixou os parâmetros da teoria que reconhece a invalidade (por nulidade absoluta) da lei que contrarie a constituição.²⁷⁷

Na Europa, como se sabe, o controle de constitucionalidade não teve grande expressão até o início do século XX. Mas, a partir das formulações de *HANS KELSEN*, e a previsão de uma Corte Constitucional na Constituição austríaca de 1920, a formulação passou a ser adotada naquele Continente.

Após a 2ª Guerra Mundial, a formulação do controle de constitucionalidade concentrado, realizado por um órgão externo aos poderes existentes (o tribunal constitucional), passou a ter larga aceitação na Europa e em outras partes.

KELSEN sustenta que a atividade realizada pelo tribunal constitucional se assemelha à legislação, na medida em que invalida normas contrárias à constituição – mas também se afeiçoa à jurisdição, pois se trata de aplicação da constituição.

Embora *KELSEN* reconheça que a atividade realizada pelo tribunal constitucional se insira no campo legislativo, para a finalidade de anular a lei inconstitucional, não vê nessa prerrogativa uma intromissão de um poder (judiciário) em outro (legislativo), pois entende que haveria uma bipartição da atividade legislativa entre dois órgãos (o parlamento e a corte constitucional)²⁷⁸, preservando-se a essência da repartição de

²⁷⁶ Nesse sentido, veja-se: DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle abstrato de constitucionalidade. Análise dos princípios processuais aplicáveis**. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 64 e seguintes.

²⁷⁷ A transcrição da decisão foi feita, em sua parte essencial, por RUI BARBOSA, *In: Atos Inconstitucionais*. 2ª ed., São Paulo, Russel, 2004, p. 49-52.

²⁷⁸ “Claro, a anulação de um ato legislativo por um órgão que não o órgão legislativo mesmo, constitui uma intromissão no ‘poder legislativo’, com se costuma dizer. Mas o caráter problemático dessa argumentação logo salta aos olhos, ao se considerar que o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a



poderes, que, segundo sustenta, seria o sistema de freios e contrapesos, o qual a instituição do tribunal constitucional acabaria por prestigiar.²⁷⁹

É inegável que a atividade realizada pelos tribunais ou cortes constitucionais ao anular uma lei, atinge, em alguma medida, a função legislativa, pois tem o condão de invalidar a lei (vista aqui em sentido amplo).

O aumento da influência do poder judiciário ou da corte constitucional tornou-se ainda mais evidente com o desenvolvimento da teoria dos princípios constitucionais, materializada em um fenômeno etéreo que vem sendo chamado de *pós-positivismo*, no qual se verifica uma *reaproximação entre a ética e o direito*²⁸⁰.

A partir dessa perspectiva, ocorrem os fenômenos conhecidos como a judicialização da política e a politização da justiça²⁸¹.

independência de seus membros, é organizado na forma de tribunal. ... E o tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo. Portanto, poder-se-ia interpretar a anulação das leis por um tribunal tanto como uma repartição do poder legislativo entre dois órgãos, quanto como uma intromissão no poder legislativo." KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do francês de Maria Ermantina Galvão. São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 151-152.

²⁷⁹ "Levar-nos-ia longe demais examinar aqui os motivos políticos que deram origem a toda essa doutrina da separação dos poderes, embora seja essa a única maneira de evidenciar o verdadeiro sentido desse princípio função do equilíbrio constitucional. Para mantê-lo na República democrática, só pode ser levado razoavelmente em conta, dentre esses diferentes significados, aquele que a expressão 'divisão dos poderes' traduz melhor que a de separação, isto é, a idéia da repartição do poder em diferentes órgãos, não tanto para isolá-los reciprocamente quanto para permitir um controle recíproco de uns sobre outros. E isso não apenas para impedir a concentração de um poder excessivo nas mãos de um só – concentração que seria perigosa para a democracia –, mas também para garantir a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos. Mas então a instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele." *Ibidem*, p. 152.

²⁸⁰ "A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional* e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética." BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: **Interpretação constitucional**. SILVA, Virgílio Afonso, organizador. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 278-279.

²⁸¹ "Em suma, com base em condições sociopolíticas do séc. XIX, sustentou-se por muito tempo a neutralização política do Judiciário como consequência do princípio da divisão dos poderes. A transformação dessas condições, com o advento da sociedade tecnológica e do Estado Social, parece desenvolver exigências no sentido de uma *desneutralização*, posto que o juiz é chamado a exercer uma função sócio terapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*). Não se trata, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio de equidade ou da responsabilidade pelo



A jurisdição constitucional realizada com a finalidade de extirpar as leis contrárias à constituição – ainda que o parâmetro de aferição seja estendido de modo a encampar os princípios constitucionais – não nos parece algo deletério à separação de poderes ou ao sistema de freios e contrapesos. Pelo contrário, a defesa da ordem constitucional, incluídos aí os princípios – em especial o da dignidade da pessoa humana – atende o ideal do sistema de controle do poder pelo poder, sendo um importante instrumento de proteção, especialmente das minorias, cujos interesses podem algumas vezes não receber do parlamento a devida atenção.²⁸²

Nesse cenário, quando a jurisdição constitucional se vale de técnicas de interpretação que levam em consideração a ponderação de princípios e a aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade, a *fundamentação das decisões* assume uma importância ímpar, pois é a fundamentação lógica e racional que servirá de persuasão voltada a legitimar a decisão.²⁸³

Todavia, quando o tribunal constitucional, ou o órgão que faz suas vezes, avança para a *formulação positiva de normas*, parece-nos que poderá haver um desequilíbrio entre as funções do Estado.

Nesse sentido, a doutrina identifica em algumas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal o fenômeno conhecido como *ativismo judiciário*²⁸⁴, e assevera que tal postura deve ser evitada, de forma a impedir que o tribunal se torne um *super-poder*.

Em um contexto tão multifacetado e complexo, caberia, então, questionar qual seria o papel do poder legislativo nos dias de hoje.

sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial.” FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito constitucional**. São Paulo, Manole, 2007, p. 406.

²⁸² Pode-se citar como exemplo nesse sentido a resolução pelo STF da questão relacionada à união homoafetiva: ADPF 132/RJ, Rel. Ministro AYRES BRITTO, julgamento: 05/05/2011. Tribunal Pleno. Publicação: DJe- 198. Divulg. 12-10-2011, public. 14-10-2011, ement. Vol. 02607, p. 01.

²⁸³ Paulo Gustavo Gonet Branco, afirma que a “ampla participação de um universo aberto de intérpretes da Constituição somente surtirá efeitos legitimadores se houver deliberação que sopesse todos os motivos por que uma ou outra linha de solução foi acolhida ou rejeitada”. Enfatiza, assim, a importância da fundamentação dessas decisões: “Se a necessidade de se ouvir uma comunidade variada de interessados, por si, já é fator de limitação ao subjetivismo a que se inclinam os juízos de ponderação, é na exigência da fundamentação que essa barreira se vê reforçada. A necessidade de fundamentar decisórios há de conter o julgador e, simultaneamente, constitui o mecanismo assecuratório de racionalidade e representatividade da jurisdição constitucional, robustecendo a sua legitimidade no sistema democrático.” BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 239.

²⁸⁴ Nesse sentido, veja-se: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. São Paulo, Saraiva, 2010.



VALENZUELA enumera diversas funções exercidas pelo parlamento na atualidade, a saber: função deliberativa; função financeira; função legislativa; função de controle; função de orientação política; função jurisdicional; função eleitoral; função administrativa; função de indagação; função de comunicação; e função educativa.²⁸⁵

Se, por um lado, se pode questionar a primazia do parlamento no tocante à função legislativa, devido, como visto, à complexidade das questões atuais e à urgência que a sua análise exige, tornando a produção normativa muitas vezes mais afeiçoada ao poder executivo; ou, ainda, a inoperância do parlamento em relação a questões polêmicas, que tem levado a corte constitucional a decidi-las, há, por outro lado, diversos fatores que ressaltam a relevância do poder legislativo.

Acerca da importância do poder legislativo para a expressão do próprio ideal democrático, enfatiza MONICA HERMAN SALLEM CAGGIANO:

“O Parlamento, como instituição, de outra parte, corresponde a uma das aspirações do ideal democrático. Traduz o lócus de representação popular. Implica a garantia da presença dos representantes dos componentes de uma determinada coletividade no pólo de tomada das decisões políticas.”²⁸⁶

Esse local de representação constituído no seio do poder legislativo é essencial ao funcionamento democrático e não pode ser substituído por outro órgão, ao menos dentre os existentes na atual estrutura política ocidental.

O parlamento é a instituição na qual o *pluralismo* se expõe de forma apropriada, na qual os debates e as deliberações são realizados com a finalidade de qualificar as propostas apresentadas, para alcançar a melhor alternativa, que visa à obtenção de uma *soma positiva*.

O debate parlamentar tende, outrossim, a evitar a opressão da minoria pela maioria, pois os procedimentos institucionalizados nos parlamentos, ainda que não tão expeditos como as normas expedidas pelo poder executivo, permitem a qualificação da proposição legislativa, mediante o debate plural, no qual são expressadas diversas e diferentes opiniões.

²⁸⁵ VALENZUELA, Francisco Berlin. **Derecho parlamentario**. Fondo de Cultura Económica, México, 6ª impressão, 2006, p. 129-197.

²⁸⁶ CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Direito parlamentar e eleitoral**. São Paulo, Manole, 2004, p. 42.



Esclarece Kelsen que o produto da atividade legislativa, a vontade geral, tende a não corresponder à vontade da maioria, mas sim ao resultado da influência mútua exercida pela maioria e pela minoria:

“O fato de o ponto capital da ação do princípio majoritário não ser a maioria numérica está intimamente ligado ao fato de não existir, na realidade social, um domínio absoluto da maioria sobre a minoria, porque a vontade geral, formada segundo o chamado princípio da maioria, não se manifesta de *dikat* imposto pela maioria à minoria, mas como resultado da influência mútua exercida pelos dois grupos, como resultante do embate das orientações políticas de suas vontades. Uma ditadura da maioria sobre a minoria não é possível, a longo prazo, pelo simples fato de que uma minoria, condenada a não exercer absolutamente influência alguma, acabará por renunciar à participação – apenas formal e por isso, para ela, sem valor e até danosa – na formação da vontade geral, privando, com isso, a maioria – que, por definição, não é possível sem minoria – de seu próprio caráter de maioria.”²⁸⁷

Percebe-se, assim, que o poder legislativo exerce um papel fundamental na representação democrática, revelando-se como o único órgão capaz de representar todo o colorido social e expressá-lo em normas gestadas com a influência e participação de todos os grupos sociais, que encontram no parlamento a sua expressão.

Verifica-se, por outro lado, que a outorga excessiva de poder normativo ao poder executivo se mostra nociva, pois este poder, representando apenas uma parcela da população – ainda que majoritária – carece do necessário pluralismo democrático, indispensável à qualificação da espécie legislativa.

No tocante ao tribunal ou corte constitucional, tudo indica não ser a melhor alternativa atribuir-lhe a função criadora do direito. De fato, o procedimento realizado

²⁸⁷ Kelsen, Hans. *A essência e o valor da democracia* in **A democracia**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 69-70.



em seu seio, de índole jurisdicional²⁸⁸, não é apto a propiciar o debate democrático, que se mostra imprescindível à formulação das leis.

Ainda que se levem em consideração as modernas técnicas de abertura do processo de controle de constitucionalidade, mediante a permissão de participação de *amici curiae* e a realização de audiências públicas, dentre outras, o debate realizado nos tribunais é essencialmente de cunho jurídico, apto a analisar, mediante a interpretação das normas constitucionais, a adequação da legislação aos seus preceitos e, eventualmente, a formulação da melhor alternativa interpretativa para alcançar a máxima efetividade constitucional.

Todavia, aspectos técnicos referentes às mais diversas matérias tratadas na legislação (meio-ambiente, educação, saúde, finanças, orçamentos etc), que são analisados no parlamento por órgãos especializados (as comissões temáticas permanentes), não encontram na corte constitucional o melhor espaço para a formulação normativa, até mesmo em decorrência do seu próprio processo judicialiforme de funcionamento.

Verifica-se que não há mais espaço para uma visão estanque das funções estatais, pois como visto, os poderes legislativo, executivo e judiciário exercem de forma compartilhada e imbricada parcelas das funções legislativa, executiva e judiciária, não havendo uma atribuição exclusiva dessas funções a nenhum deles.

Assim, o princípio da separação dos poderes assume hoje o significado de um refinado sistema de freios e contrapesos, realizado pelos tradicionais poderes executivo, legislativo e judiciário (ou pelo tribunal constitucional), com a participação de outros órgãos, como o ministério público, a advocacia pública e os tribunais de contas. Tudo com a finalidade de impedir o abuso de poder, resguardar os direitos e garantias

²⁸⁸ Nesse sentido: “Portanto, há de se concluir que a atividade de controle abstrato de constitucionalidade, vista sob o ponto de vista do processo pelo qual se realiza, tem um caráter essencialmente jurisdicional. O processo e procedimento pelos quais se alcança a decisão possuem elementos que o caracterizam inegavelmente como exercício da função jurisdicional. A decisão proferida a final, por sua vez, tem caracteres tanto de ato jurisdicional (aplicação da Constituição com vistas a decidir o conflito entre normas, formação de coisa julgada material) como pode ter características, como sustenta a doutrina kelseniana, de ato legislativo (semelhante à revogação da lei, mas com as peculiaridades acima expostas), quando declarada a inconstitucionalidade (por isso a afirmação de KELSEN de que a *função* exercida pelo tribunal constitucional seria legislativa). Ressalte-se, todavia, que a decisão que *não* reconhece a inconstitucionalidade e a que declara a constitucionalidade da lei, *não* possuem essa natureza semelhante à do ato legislativo.” DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Controle abstrato de constitucionalidade. Análise dos princípios processuais aplicáveis.** São Paulo, Saraiva, 2012, p. 46-47.



fundamentais, permitir a efetiva aplicação da constituição e propiciar o adequado funcionamento do Estado.

De qualquer modo, há que se ressaltar que o poder legislativo e a representação parlamentar, muitas vezes tão criticados, continuam, em nosso entender, a ter um papel fundamental e insubstituível nesse arranjo.



Referências bibliográficas

ARISTÓTELES, A Política. 2ª ed. Tradução Nestor Silveira Chaves, Bauru, Edipro, 2009.

BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. 2ª ed., São Paulo, Russel, 2004.

BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In: Interpretação constitucional*. SILVA, Virgílio Afonso, organizador. São Paulo, Malheiros, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2009.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Direito parlamentar e Direito eleitoral**. São Paulo, Manole, 2004.

CASSEB, Paulo Adib. **Processo legislativo. Atuação das comissões permanentes e temporárias**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **Processo legislativo, controle de constitucionalidade e legística. A exigência constitucional de qualidade formal da lei e seus reflexos no processo legislativo e no controle de constitucionalidade**. Curitiba, Juruá Cultural, 2020.

_____. **Controle abstrato de constitucionalidade. Análise dos princípios processuais aplicáveis**. São Paulo, Saraiva, 2012.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito constitucional**. São Paulo, Manole, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional**, 32ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.



KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do francês de Maria Ermantina Galvão. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

_____. *A essência e o valor da democracia* in **A democracia**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 69-70.

LANGROD, Georges. **O processo legislativo na Europa ocidental**. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1954.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil – e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, Editora Vozes, 1994.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. Tradução e estudo sobre a obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Ediciones Ariel. Barcelona, 1965.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

PINTO, Júlio Roberto de Souza. **Poder Legislativo brasileiro**. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

NEGRI, André Del. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2003.

RAMOS, Beatriz Vila. **Los sistemas de comisiones parlamentares**. Madri, Centro de estudios políticos y constitucionales. 2004.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. São Paulo, Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 2ª Ed., 2ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Comentário Contextual À Constituição**. 6ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

SPROESSER, Andyara Klopstock. **Direito parlamentar. Processo legislativo**. São Paulo, Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, 2000.

TELLES, Ignacio da Silva. **A experiência da democracia liberal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.

VALENZUELA, Francisco Berlin. **Derecho parlamentario**. Fondo de Cultura Económica, México, 6ª impressão, 2006.



ZANCANER, Gabriela. **As competências do Poder Legislativo e as comissões parlamentares.** São Paulo, Malheiros, 2009.

Sítios institucionais:

<https://www12.senado.leg.br/hpsenado>

<http://www.brasil.gov.br>

[http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/conheca-a-comissao.](http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/conheca-a-comissao)

<http://www.stf.jus.br>

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>

<http://www.phrases.org.uk/meanings/absolute-power-corrupts-absolutely.html>