



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JANAÍNA SOARES NOLETO CASTELO BRANCO

**A ADOÇÃO DE PRÁTICAS COOPERATIVAS PELA ADVOCACIA PÚBLICA:
FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS**

FORTALEZA

2018

JANAÍNA SOARES NOLETO CASTELO BRANCO

A ADOÇÃO DE PRÁTICAS COOPERATIVAS PELA ADVOCACIA PÚBLICA:
FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- C345a Castelo Branco, Janaína Soares Noleto.
A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública : fundamentos e pressupostos / Janaína Soares Noleto Castelo Branco. – 2018.
196 f.
- Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana.
1. Advocacia Pública. 2. Cooperação. 3. Interesse público. 4. Práticas cooperativas. I. Título.
CDD 340
-

JANAÍNA SOARES NOLETO CASTELO BRANCO

A ADOÇÃO DE PRÁTICAS COOPERATIVAS PELA ADVOCACIA PÚBLICA:
FUNDAMENTOS E PRESSUPOSTOS

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito. Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Clarissa Sampaio Silva
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Prof. Dr. Gustavo Raposo Pereira Feitosa
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Prof. Dr. Marco Antônio dos Santos Rodrigues
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

A José Luiz e Manuela, meus filhos amados.

AGRADECIMENTOS

A Emerson, meu amado esposo, por sempre me fazer acreditar. Obrigada pela confiança que deposita em minha capacidade.

Aos meus filhos, por compreenderem que meu amor pelo ensino e pela pesquisa está sempre me levando a buscar aperfeiçoamento, o que inevitavelmente lhes retira um pouco do colo materno. Quero crer, todavia, que, na medida possível, conciliei todos ao papéis. O papel de mãe é aquele com o qual mais me preocupo em não falhar, mesmo sabendo ser impossível. Em certo momento da elaboração da tese, Manu flagrou-me desanimada e ansiosa pelo fechamento desta etapa, e emocionou-me com mensagens de incentivo escritas em bilhetinhos espalhados pela minha mesa de estudos. Guardei-os e sempre os relia em busca de uma dose extra de motivação. De Zé, cuja maturidade impressiona, guardo uma fala que muito me inspirou a finalizar com (relativa) tranquilidade a presente pesquisa: “Mãe, você não é uma tese! Aconteça o que acontecer, eu sempre sentirei muito orgulho de ser seu filho!”.

Aos meus pais, por me inspirarem durante toda a vida com seus exemplos e histórias de vida. Tenho muito orgulho de ser fruto da união de pessoas tão batalhadoras!

Ao professor orientador, Juvêncio Vasconcelos Viana, pela disponibilidade e alegria em compartilhar seus conhecimentos. Tenho-o como referência desde que fui sua aluna na graduação e, por isso, busquei sua orientação no mestrado e nesta nova fase. Obrigada por, apesar de todos os afazeres comuns a quem exerce com esmero a função de Procurador-Geral do Estado, separar um tempo para minha orientação. Agradeço ainda toda a confiança depositada nos artigos que publicamos em coautoria e as indicações para as diversas palestras que ministrei sobre o tema da pesquisa, algumas com a imensa responsabilidade de substituí-lo.

Aos professores da banca examinadora, pela disponibilidade e presteza na leitura.

Aos membros do Grupo de Estudos em Direito Processual Civil, por me inspirarem com as riquíssimas discussões travadas. A Lara Dourado, coordenadora discente do grupo, pelo auxílio na revisão de partes da tese.

Aos meus colegas da Procuradoria Federal, especialmente os do Núcleo de Juizados Especiais (NUJEF), por todo o apoio para que pudesse concluir com êxito os créditos do curso.

Às companheiras da corrida, por tornarem atraente a atividade esportiva, fundamental para desestressar. Nossas risadas durante os treinos ou em encontros “fora da

planilha” foram essenciais para garantir-me uma dose extra de alegria e bem-estar durante essa jornada.

A todos os meus familiares.

A todos os amigos, alunos e colegas de turma e do magistério, pelos momentos de carinho e parceria.

“O respeito ao direito alheio é a paz.”
(Benito Juárez).

RESUMO

A presente tese tem por escopo analisar as causas de ser o Estado o maior litigante judicial do país, bem como os fundamentos e pressupostos para a adoção pela Advocacia Pública de práticas cooperativas tendentes à superação desse quadro. Investigam-se os entraves à busca da consensualidade a partir de uma análise institucional da Advocacia Pública. Analisam-se criticamente as prerrogativas processuais da Advocacia Pública e da Fazenda Pública a fim de averiguar se e em que medida podem ser consideradas legítimas num contexto de cooperação estatal. São ainda apresentadas as novas práticas cooperativas introduzidas recentemente no universo legislativo nacional, bem como as peculiaridades que assumem esses institutos quando utilizados pelas pessoas jurídicas de direito público e seus órgãos. Conforme a pesquisa elaborada, as principais causas para ser o Estado o maior *repeat player* do sistema de justiça brasileiro são: rol extenso de atribuições constitucionais, ativismo judicial e ausência de cooperação. Conclui-se pelos seguintes fundamentos para a adoção de práticas cooperativas: interesse público e princípios da moralidade administrativa, da boa-fé administrativa e da proteção da confiança. Constata-se que diversas prerrogativas fazem-se necessárias para que a Advocacia Pública possa consolidar-se como órgão de controle interno extrapoder e exercer com maior autonomia o seu mister, o que é pressuposto para a adoção de práticas cooperativas. Verifica-se que as prerrogativas mais polêmicas da Advocacia Pública e da Fazenda Pública são legítimas apenas se necessárias à consecução do interesse público diante das peculiaridades da atividade estatal. É analisado o comportamento que se espera da Administração Pública nas câmaras de prevenção e resolução administrativa de litígios. Conclui-se pela possibilidade de celebração de negócios processuais acerca de diversas prerrogativas, bem como pela vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais obrigatórios, não lhe sendo negada, todavia, uma atuação estratégica para reversão dos mesmos antes da rendição. Foram pesquisados artigos e obras relacionados ao tema, além de legislação, jurisprudência – em especial dos tribunais superiores – e dados estatísticos coletados pelo Conselho Nacional de Justiça. O material levantado foi submetido a uma análise crítico-constructiva, a fim de confrontarem-se argumentos contraditórios para apresentação de propostas viáveis à solução da problemática apresentada.

Palavras-chave: Advocacia Pública. Cooperação. Interesse público. Práticas cooperativas.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to analyze the causes of the State being the largest judicial litigant in the country, as well as the foundations and assumptions for the adoption of cooperative practices tending to overcome this framework by the Public Attornment. The obstacles to the search for consensuality are investigated from an institutional analysis of Public Attornment. The procedural prerogatives of Public Attornment and of the State are critically examined in order to ascertain whether and to what extent they may be considered legitimate in a context of State cooperation. The new cooperative practices recently introduced in the national legal universe, as well as the peculiarities that these institutes assume when used by public entities and its organs, are presented. According to this research, the main causes for being the State the largest repeat player of the Brazilian justice system are: extensive role of constitutional attributions, judicial activism and cooperation assent. The following grounds for the adoption of cooperative practices are concluded: public interest and principles of administrative morality, administrative good faith and trust protection. It is found that several prerogatives are necessary so that the Public Attornment can consolidate itself as an internal control organ extra-power and exercise with greater autonomy its mister, which is a presupposition for the adoption of cooperative practices. It is found that the most controversial prerogatives of Public Attornment and of public entities are legitimate only if necessary to the achievement of public interest because of peculiarities of State activity. It is analyzed the behavior expected of the Public Administration in the chambers of prevention and administrative resolution of disputes. It is concluded that it is possible to celebrate conventions regarding several prerogatives, as well as the binding nature of the Public Administration to the mandatory judicial precedents, not being denied, however, a strategic action to reverse them prior to surrender. Papers and works related to the subject were investigated, as well as legislation, jurisprudence – especially of higher courts – and statistical data collected by the National Council of Justice. The collected material was submitted to a critical-constructive analysis, in order to confront contradictory arguments to present viable proposals to solve the presented problem.

Keywords: Public Attornment. Cooperation. Public interest. Cooperative practices.

RÉSUMÉ

Cette thèse a comme but d'analyser pourquoi l'Etat est-il celui qui a plus de demandes judiciaires et bien de proposer l'adoption des pratiques de coopération par les avocats publics visant à la réduction de ce cadre. On cherche les difficultés d'obtention de consensus en partant d'une analyse institutionnel de l'Avocature de l'Etat. On analyse et critique les prérogatives procédurales des unités institutionnelles de l'administration publique afin de vérifier s'il y a et dans quelle mesure peuvent ces prérogatives être considérées comme légitimes dans un contexte de coopération de l'Etat. On présente aussi des nouvelles pratiques coopératives récemment introduites dans l'univers législative national et aussi des particularités qu'elles assument quand utilisées par des personnes juridiques de droit public et ses organes. Après la recherche, on a constaté que c'est principalement pour les raisons suivantes que l'Etat est le principal «repeat player» du Pouvoir Judiciaire brésilien: la fixation de plusieurs attributions constitutionnelles, l'activisme judiciaire et l'absence de coopération. Les fondements de l'adoption des pratiques coopératrices proposées sont fondés par l'intérêt public et par les principes de la moralité administrative, de la bonne-foi administrative et de la protection de la confiance. On a constaté que plusieurs prérogatives se font nécessaires pour que l'«Advocacia Pública» puisse réellement fonctionner autant qu'un organe de contrôle interne et extra-pouvoir et ainsi exercer avec autonomie son métier, ce qui est un présupposé pour l'adoption de pratiques coopératrices. On vérifie que les prérogatives le plus polémiques de que l'Avocature de l'Etat et de l'Etat sont légitimes juste si nécessaires à la consécution de l'intérêt public en face des particularités de l'activité de l'état. On a conclu par la possibilité de célébration de négoce procédurales sur des plusieurs prérogatives, sans qu'il soit possible leur nier une actuation stratégique pour leur réversion avant la cession. Des ouvrages et des articles concernant le thème ont été révisés et aussi la législation et la jurisprudence – surtout des tribunaux supérieurs –; données statistiques collectées des archives du Conseil National de la Magistrature. Les documents ont été soumis a une analyse caritive et constructive afin d'être confrontés aux arguments pour la présentation des propositions viables à la solution de la problématique présentée.

Mots-clés: Avocature de l'Etat. Coopération. Intérêt public. Pratiques de coopération.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg	Agravo Regimental
AGU	Advocacia-Geral da União
CC	Código Civil
CCAF	Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
IAC	Incidente de assunção de competência
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IRDR	Incidente de resolução de demandas repetitivas
LC	Lei Complementar
MP	Medida Provisória
MPU	Ministério Público da União
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PSV	Proposta de Súmula Vinculante
RCL	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RPV	Requisições de Pequeno Valor
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	COOPERAÇÃO ESTATAL E CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA .	18
2.1	Fundamentos da cooperação estatal	21
2.1.1	<i>Moralidade, boa-fé administrativa e proteção da confiança</i>	<i>21</i>
2.1.2	<i>Interesse público.....</i>	<i>28</i>
2.1.2.1	<i>O mito da supremacia do interesse público</i>	<i>28</i>
2.1.2.2	<i>O equívoco da classificação do interesse público em primário e secundário</i>	<i>33</i>
2.1.2.3	<i>O conteúdo do interesse público</i>	<i>37</i>
2.2	O modelo cooperativo de processo como modelo de atuação estatal.....	38
2.2.1	<i>Críticas à teoria do processo como relação jurídica e ao instrumentalismo.....</i>	<i>38</i>
2.2.2	<i>Cooperação: direito e dever de todos que participam do processo</i>	<i>44</i>
2.2.3	<i>O modelo cooperativo no direito comparado.....</i>	<i>52</i>
2.2.4	<i>As balizas do neoprocessualismo para a atuação estatal dentro e fora do processo.....</i>	<i>55</i>
2.3	Fazenda Pública como o maior <i>repeat player</i> da justiça brasileira: causas	56
2.3.1	<i>Rol de atribuições constitucionais do Estado</i>	<i>58</i>
2.3.2	<i>Ativismo judicial.....</i>	<i>60</i>
2.3.3	<i>Ausência de cooperação estatal</i>	<i>67</i>
3	ADVOCACIA PÚBLICA E COOPERAÇÃO.....	71
3.1	Conceito de Advocacia Pública	71
3.2	Advocacia Pública no direito comparado: o modelo italiano de Advocacia Pública (<i>Avvocatura dello Stato</i>)	73
3.3	Advocacia Pública como instituição extrapoder.....	76
3.4	Exposição institucional e necessidade de tratamento isonômico entre as funções essenciais à justiça	79
3.5	Prerrogativas institucionais indispensáveis à atuação cooperativa do advogado público e correção da exposição institucional	80
3.5.1	<i>Autonomia funcional ou técnica.....</i>	<i>81</i>
3.5.2	<i>Escolha do chefe da instituição pelo chefe do Executivo entre membros da carreira e necessidade de aprovação pelo Legislativo.....</i>	<i>85</i>
3.5.3	<i>Exclusividade da função por advogados públicos de carreira</i>	<i>88</i>
4	PRERROGATIVAS PROCESSUAIS E COOPERAÇÃO ESTATAL.....	94

4.1	(I)legitimidade das prerrogativas processuais.....	94
4.2	Principais e mais polêmicas prerrogativas.....	97
4.2.1	<i>Dobra de prazo.....</i>	<i>97</i>
4.2.2	<i>Intimação pessoal.....</i>	<i>100</i>
4.2.3	<i>Pagamento das dívidas judiciais por precatório.....</i>	<i>103</i>
4.2.4	<i>Percentuais diferenciados de honorários sucumbenciais.....</i>	<i>104</i>
4.2.5	<i>Remessa necessária.....</i>	<i>108</i>
4.2.5.1	<i>Natureza jurídica.....</i>	<i>109</i>
4.2.5.2	<i>Fundamento de legitimidade.....</i>	<i>114</i>
4.2.5.3	<i>Alcance da norma contida no art. 496, § 4º, IV, do CPC/15.....</i>	<i>117</i>
4.2.5.4	<i>Remessa necessária nas decisões parciais de mérito.....</i>	<i>119</i>
4.2.5.5	<i>Remessa necessária na tutela antecipada antecedente.....</i>	<i>120</i>
5	NOVAS PRÁTICAS COOPERATIVAS DO PODER PÚBLICO.....	123
5.1	Câmaras administrativas de mediação e conciliação.....	123
5.1.1	<i>Transação por adesão.....</i>	<i>129</i>
5.1.2	<i>Resolução de controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público da Administração federal.....</i>	<i>131</i>
5.2	Negócios processuais.....	132
5.2.1	<i>Negócios processuais sobre prerrogativas da Advocacia Pública e da Fazenda Pública.....</i>	<i>140</i>
5.2.1.1	<i>Negócio sobre prazo diferenciado.....</i>	<i>141</i>
5.2.1.2	<i>Negócio sobre intimação pessoal.....</i>	<i>142</i>
5.2.1.3	<i>Negócio sobre sistemática de pagamento das dívidas judiciais por precatório.....</i>	<i>143</i>
5.2.1.4	<i>Negócio sobre dispensa de preparo e depósito na ação rescisória.....</i>	<i>144</i>
5.2.1.5	<i>Negócio sobre juízo privativo da Fazenda Pública.....</i>	<i>145</i>
5.2.1.6	<i>Negócio sobre percentual diferenciado de honorários nas condenações do ente público.....</i>	<i>145</i>
5.2.1.7	<i>Negócio sobre remessa necessária.....</i>	<i>146</i>
5.3	Precedentes judiciais vinculantes e Administração Pública.....	150
5.3.1	<i>Fundamentos da vinculação da Administração Pública.....</i>	<i>154</i>
5.3.2	<i>Não vinculação imediata: análise da situação jurídico-processual.....</i>	<i>160</i>
5.3.2.1	<i>Precedentes obrigatórios produzidos em incidente de resolução de demandas repetitivas e em incidente de assunção de competência.....</i>	<i>162</i>

5.3.2.2	<i>Precedentes obrigatórios produzidos no julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos</i>	<i>164</i>
5.3.2.3	<i>Súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional.....</i>	<i>165</i>
5.3.2.4	<i>Orientação do plenário ou do órgão especial a que vinculados os juízos ou tribunais.....</i>	<i>166</i>
5.3.3	<i>Desnecessidade de lei autorizativa da adoção administrativa do precedente vinculante.....</i>	<i>167</i>
6	CONCLUSÕES	169
	REFERÊNCIAS	181

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) pretendeu a implantação do modelo cooperativo de processo no Brasil, que tem como uma de suas premissas a busca da solução consensual dos conflitos. Diversas outras leis têm surgido nos últimos anos com o mesmo intuito pacificador, não se circunscrevendo, todavia, ao processo judicial.

O Poder Judiciário brasileiro padece de morosidade, decorrente, dentre outros fatores, do excesso de ações judiciais à espera de julgamento. O Poder Público, segundo dados estatísticos coletados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), conforme se expôs e analisou no presente trabalho, é o maior litigante do país. A predominância de uma cultura de litigância é um mal que atinge toda a Advocacia, não estando excluída desse cenário a Advocacia Pública.

A presente tese, em linhas gerais, buscou analisar as razões para esse calamitoso quadro, bem como as soluções para sua superação, ou seja, investigou-se em que medida, por meio de práticas cooperativas, poderia a Advocacia Pública influenciar a alteração dessa realidade e quais seriam as medidas adequadas à busca da consensualidade. Foram analisados também os fatores que têm impedido a adoção de um tal comportamento cooperativo, ou seja, quais são os pressupostos para a adoção de medidas de cooperação estatal por intermédio dos advogados públicos.

Especificamente, pretendia-se com o estudo que ora se apresenta: 1) a busca de dados que permitissem o conhecimento da realidade da Fazenda Pública brasileira e das causas de a mesma ser o maior *repeat player* da justiça no Brasil; 2) a análise das implicações do princípio da cooperação e de suas facetas (boa-fé, proteção da confiança e moralidade administrativa) em âmbito estatal; 3) a investigação dos novos comportamentos exigíveis do ente público para uma atuação cooperativa; 4) o exame do papel da Advocacia Pública para a consolidação das práticas cooperativas no âmbito dos litígios entre Administração e administrados; 5) a verificação dos novos contornos e aplicações de institutos trazidos à realidade da justiça brasileira quando está em jogo o interesse de ente público, como as câmaras de mediação e conciliação, os precedentes obrigatórios, os negócios processuais etc. Os objetivos acima apresentados crê-se terem sido atingidos.

A prática da Advocacia Pública permitiu sentir no cotidiano a resistência à adoção de medidas cooperativas. As razões são diversas, destacando-se a falta de prerrogativas institucionais mínimas, como a autonomia técnica, o que deixa o advogado público à mercê da opinião de órgãos como os tribunais de contas acerca do acerto de sua atuação, mesmo

quando no estrito exercício do seu mister. A investigação de prerrogativas que permitiriam a superação dos vários entraves à adoção de postura conciliatória foi uma das tônicas do presente estudo. Fez-se também uma análise crítica da legitimidade das prerrogativas atualmente existentes.

A importância do tema é incontestável. Vive-se um período de intensas reformas legislativas tendentes a estimular a busca da solução consensual das controvérsias. É no mínimo contraditório e ofensivo à boa-fé que o Estado, que elabora tais normas, resista à consensualidade. A atuação estatal deve ser modelo para a sociedade.

O estudo divide-se em seis seções, sendo esta introdução a primeira delas.

Muito se tem ouvido acerca do interesse público (ou a indisponibilidade desse interesse) como empecilho à celebração de acordos judiciais ou extrajudiciais envolvendo entes públicos. Mas seria realmente o interesse público um entrave à adoção de posturas conciliatórias? As práticas cooperativas são ofensivas ao interesse público? Ou antes seriam impostas por ele? Quais os fundamentos da cooperação estatal? Eis os questionamentos feitos na segunda seção, que também analisou a aplicabilidade das balizas do modelo cooperativo de processo judicial à atuação estatal dentro e fora do processo, além de buscar as razões para o lamentável fato de ser a Fazenda Pública o maior *repeat player* da Justiça brasileira.

O arcabouço conceitual e principiológico desenvolvido no decorrer da segunda seção foi fundamental para o desenvolvimento de todas as que a sucederam. Toda a análise feita acerca da Advocacia Pública, das suas prerrogativas e das práticas cooperativas foi permeada pelos influxos do que se denominou de fundamentos da cooperação estatal: os princípios da moralidade administrativa, da boa-fé administrativa e da proteção da confiança e o interesse público.

Na terceira seção, após a delimitação do conceito de Advocacia Pública e sua análise no direito comparado, foram expostas as razões por que é possível afirmar que há atualmente um quadro de exposição institucional. Em seguida, foram analisadas as prerrogativas indispensáveis à superação dessa exposição e à adoção de práticas cooperativas por parte dos advogados públicos.

Passou-se, então, na quarta seção, à análise crítica das mais polêmicas prerrogativas processuais da Advocacia Pública e da Fazenda Pública na perspectiva do dever de cooperação. Procurou-se responder aos seguintes questionamentos: São compatíveis com o dever de cooperação tais prerrogativas? Em que medida seriam legítimas para um ente que tem o dever de cooperar? Foram ainda analisados os novos contornos de cada uma dessas

prerrogativas num contexto de cooperação estatal, aspecto fundamental para que na seção seguinte se pudesse avaliar a possibilidade de as mesmas serem negociadas.

Na quinta seção, foram avaliadas as novas práticas cooperativas, frutos de inovações legislativas recentes, procurando-se estabelecer como otimizar os comandos legais, de modo a concretizar maximamente o dever de cooperação por parte do Estado. Tratou-se da necessidade de implantação imediata das câmaras administrativas de mediação e conciliação. A prévia verificação (realizada na quarta seção) dos novos contornos das prerrogativas da Advocacia Pública e da Fazenda Pública fez-se imprescindível na avaliação das convenções processuais que as tenham como objeto. De extrema complexidade foi o exame da (não)vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais obrigatórios. A análise de todas essas novas práticas, assim como de todos os aspectos abordados na presente tese, deu-se sob a ótica do dever estatal de cooperação.

Por fim, na sexta e última seção, foram condensadas todas as conclusões a que se chegou ao longo do presente estudo, fazendo-se então um encadeamento lógico.

Quanto à metodologia adotada, consistiu basicamente em pesquisa de artigos e obras acerca de assuntos correlatos, além de levantamento da legislação referente à temática. Analisaram-se também textos, obras e legislação estrangeira, a fim de permitir uma análise comparada em alguns tópicos. Foram de grande relevância ainda os dados estatísticos apresentados pelo CNJ e a investigação do posicionamento dos tribunais superiores e órgãos de controle acerca de algumas temáticas abordadas. Os enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) também foram pesquisados.

A partir do levantamento doutrinário, legislativo e jurisprudencial, procedeu-se à análise crítico-constructiva de todo o material, ou seja, foram confrontados argumentos contraditórios a fim de apresentar conclusões, propostas concretas para a solução da problemática apresentada.

A pesquisa elaborada pode ser dita original, na medida em que, apesar de haver produção científica pátria, sobre o modelo cooperativo de processo e sobre a Advocacia Pública, não se encontraram estudos que visassem analisar especificamente o papel desta na viabilização daquele.

Não tem a presente pesquisa a pretensão de esgotar a temática dos fundamentos e pressupostos para a adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública. Acredita-se que há outros diversos fundamentos, bem como muitos outros fatores que dificultam a assunção de uma postura plenamente cooperativa por parte dos advogados públicos além dos expostos aqui. Há mérito no enfrentamento do tema por parte de quem vive a realidade da Advocacia

Pública, especialmente porque houve em todo momento a preocupação em não se deixar seduzir, por exemplo, por uma defesa de prerrogativas não diretamente relacionadas à temática, bem como em analisar criticamente as atualmente existentes. O estudo é feito pela cientista, e não pela profissional do direito. É a doutoranda quem aqui escreve, não a advogada pública. A experiência foi apenas a fonte do interesse pelo objeto de estudo. Sem dúvidas forneceu elementos, que foram devidamente investigados com a intenção de imparcialidade, como deve ocorrer em qualquer análise que se pretenda científica.

2 COOPERAÇÃO ESTATAL E CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA

Mesmo que a busca da solução pacífica dos conflitos esteja prevista na Constituição Federal, em seu art. 4º, VII, como princípio a reger a República nas relações internacionais, é mister reconhecer que, por dever de não contradição, tal princípio também deve orientar internamente a atuação estatal. Não é razoável defender-se que tal diretriz de política externa não se aplica à atuação estatal interna. Para reforçar tal entendimento, apesar de não ter caráter normativo, mas servir sem dúvida como vetor de interpretação do texto constitucional, o preâmbulo da Constituição esclarece estar a sociedade brasileira “[...] comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]”¹.

O mesmo preâmbulo anuncia ainda como objetivo da Assembleia Nacional Constituinte a instituição de um Estado Democrático. A expressão “Estado Democrático” e “regime democrático” está ainda disseminada em diversos outros dispositivos (arts. 1º, *caput*; 5º, LXIV; 17, *caput*; 34, VII, “a”; 91, *caput* e IV; 127, *caput*; e 134, *caput*). Por fim, o parágrafo único do art. 1º da CF prevê que a democracia se exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos. Pois bem. A participação popular na gestão da coisa pública é imperativa, sendo o contraditório a expressão máxima da democracia no âmbito das decisões estatais, sejam judiciais ou administrativas.

Mas não somente o contraditório faz-se mister para a garantia da participação popular, sendo certo que é muito mais legítima a decisão estatal quando fruto de consenso com a parte interessada. Daí porque, como se verá, o CPC/15, em seu art. 3º, § 2º, previu o dever do Estado de, sempre que possível, promover a solução consensual dos conflitos. Não se mostra minimamente razoável interpretação no sentido de que o referido comando legislativo dirige-se apenas ao Estado enquanto instituição acionada para a resolução de conflito entre particulares. Também o Estado-Administração, quando presente conflito de interesses do qual faça parte, tem o dever de buscar a consensualidade.

¹ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão n^{os} 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais n^{os} 1/92 a 96/2017 e pelo Decreto Legislativo n^o 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017, p. 9).

A colaboração estatal e a busca da consensualidade têm, portanto, matriz constitucional. Trata-se de consequência lógica do reconhecimento da busca da solução pacífica dos conflitos (preâmbulo e art. 4º, VII, da CF) como princípio constitucional aplicável ao Estado democrático em sua atuação interna ou externa.

Recentemente, muito em razão da evolução do Direito Administrativo e do movimento de reforma do aparelhamento estatal iniciado na década de 90, com ênfase na eficiência da atuação estatal, vem crescendo a visão, que já produz frutos legislativos, de que a consensualidade é o caminho mais moderno a ser buscado pelo Poder Público.

Apesar de comumente alardeado que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe ao sistema processual brasileiro a ideia de cooperação, há muito o ordenamento já vem se estruturando nesse sentido. No que diz respeito ao Poder Público, a reforma administrativa iniciada em 1995, que, dentre outros fatores, acrescentou a eficiência ao rol dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998²), já apontava para a necessidade de repensar o modelo de gestão administrativa até então adotado.

A referida reforma gerencial, contínua, não ocorre apenas em âmbito federal, mas estende-se a Estados, Municípios e Distrito Federal. Tem por objetivos a descentralização da estrutura organizacional do aparelho estatal; a introdução de novas formas de responsabilização dos gestores, por meio da administração de resultados e competição por excelência; e a mudança da mentalidade de desconfiança generalizada, característica da administração burocrática, para uma de maior confiança, própria da administração gerencial.³ Essa maior confiança, no que diz respeito ao funcionalismo público, é fundamental para a adoção de posturas conciliatórias. Como se verá adiante, o receio de serem mal interpretados em suas condutas, resultado da mentalidade de desconfiança que impera no serviço público, é causa de resistência dos servidores públicos à conciliação.

² BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 jun. 1998a, Seção 1, p. 1.

³ Além disso, a referida reforma vem enfatizando a necessidade de busca constante da eficiência pelo aparelho estatal, o que impede a concentração da máquina nas tarefas exclusivas do Estado, como a formulação e controle das políticas públicas e das leis, bem como sua execução, passando os demais serviços que a sociedade, por meio dos seus representantes, resolva patrocinar com verba pública proveniente de impostos, para terceiros contratados especificamente para sua execução. Nesse contexto, a atuação estatal na exploração direta da atividade econômica deve ser evitada. (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 50, n. 1, p. 112-116, jan./mar. 2010).

Promulgadas pouco depois do CPC/15 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), as leis nºs 13.129, de 26 de maio de 2015⁴, e 13.140, de 26 de junho de 2015⁵, fazem parte do esforço legislativo mais recente para uma maior abertura da Administração Pública à atuação consensual, superando a tradicional forma impositiva de gestão dos conflitos. O apego à legalidade e a resistência dos agentes públicos à consensualidade demonstraram que o melhor caminho para uma mudança de postura era a alteração legislativa. Nada mais encorajador da conduta cooperativa ao administrador, vinculado que é à legalidade, que a autorização legal.

A Lei nº 13.129/2015 visou alterar a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), acrescentando-lhe dispositivos específicos acerca da arbitragem para resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública direta e indireta. Apesar de não se tratar especificamente de estímulo à forma consensual de resolução dos conflitos, tendo em vista que a arbitragem é forma de heterocomposição, significou forte avanço para a superação da ideia de indisponibilidade do interesse público, além do que a previsão de cláusula arbitral já se trata de negócio a ser celebrado pelo ente público, demonstrando sua maturidade para a celebração de acordos acerca da melhor resolução do litígio, inclusive para sua submissão a organização não estatal. É paradigmático que o Estado seja autorizado por lei a submeter seus conflitos a organização privada.

Ademais, uma mais ampla regulação da autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública deu-se logo depois, com o advento da Lei nº 13.140/2015, que, além de prever a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos em todos os níveis da federação (art. 32), ainda deu nova redação, por meio do seu art. 44, a diversos dispositivos da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997⁶, que regula a transação no âmbito da Advocacia-Geral da União (AGU).

⁴ BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 27 maio 2015b, Seção 1, p. 1.

⁵ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 jun. 2015c, Seção 1, p. 4.

⁶ BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jul. 1997b, Seção 1, p. 14704.

Diante do cenário descrito, é possível a afirmação do dever estatal de colaboração com o administrado.⁷ Ademais, apesar da cultura de judicialização predominante no Brasil, não é demais lembrar ser substitutiva a função judicante, enquanto a administrativa é função primária⁸. Daí a importância de reconhecer-se como parte da função administrativa estatal a solução pacífica das controvérsias nas quais está envolvido o próprio ente público, pois isso subverte a lógica de busca da máquina judiciária sem a prévia tentativa de consensualidade.

2.1 Fundamentos da cooperação estatal

Como visto, o regime democrático exige a participação popular na tomada de decisões na seara pública. Partindo dessa premissa, passa-se então a analisar se há o dever moral de cooperação (moralidade administrativa dirigida à busca do consenso com o administrado), bem como em que consistiriam e quais as implicações para esta seara (da cooperação) dos princípios da boa-fé administrativa e da proteção da confiança. Por fim, analisar-se-á se e em que medida o interesse público na solução consensual dos conflitos exige uma mudança de postura por parte do Poder Público.

2.1.1 Moralidade, boa-fé administrativa e proteção da confiança

A moralidade administrativa não se confunde com a moral comum. Uma das diferenças entre a moral comum e o direito seria a imunidade da moral comum à alteração deliberada, não podendo as regras morais, ao contrário das regras jurídicas, ser criadas, alteradas ou revogadas por ato legislativo intencional.⁹

⁷ “O Estado-Administrador pode (e mesmo deve) desempenhar sua tarefa de boa gestão da coisa pública em colaboração com os administrados, no contexto global da chamada democracia participativa, estimulada em vários dispositivos pela Constituição de 1988 [...]” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O Plano Piloto de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição do Egrégio Tribunal de Justiça e São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 93, n. 820, p. 13, fev. 2004).

⁸ “[...] a função judicante é substitutiva, portanto não primária (como o é a da Administração Pública), e, assim, fica dependente de provocação, donde sua atuação justificar-se quando se revelem inviáveis ou inoperantes os outros meios de solução de conflitos. Exemplo significativo é o das controvérsias desportivas, cuja judicialização fica a depender de prévia submissão da causa ao Tribunal Desportivo competente (CF, art. 217, § 1º).” (*Ibid.*, p. 15-16).

⁹ “A moral é algo que existe para ser reconhecido e não feito por uma opção humana intencional” (HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 191). Para Giacomuzzi, “Seria incoerente com o papel desempenhado pela moral na vida dos indivíduos que regras, princípios ou padrões morais pudessem ser encarados, tal qual o são as regras jurídicas, como algo passível de alteração por ato intencional” (GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 179).

Tendo a moralidade administrativa previsão constitucional (art. 37, *caput*, da CF), o comportamento moral do ente público é exigível em âmbito jurídico, o que não ocorre com o comportamento moral das outras pessoas.

A diferença entre ambas não resolve, todavia, o problema de estabelecer em que consiste a moralidade administrativa. A moralidade administrativa é signo carregado de subjetivismo, o que dificulta sua aplicabilidade e dá ensejo a más interpretações acerca do seu conteúdo.¹⁰ O respeito à moralidade é componente do direito fundamental à boa administração pública¹¹.

Moraes, discorrendo sobre a instabilidade doutrinária brasileira no trato do conteúdo do princípio da moralidade administrativa, pontua estar relacionado “ora com a teoria do desvio de poder, ora com a moral interna da Administração, ora com o dever de boa administração, ora com pautas éticas da atuação dos entes públicos”¹².

Essa indefinição conceitual, contudo, não pode amparar um discurso pela ausência de aplicabilidade do princípio. É possível sim extrair das normas legais e da ética ordinária condutas exigíveis do agente público.

A Constituição Federal trata da moralidade administrativa em dois dispositivos: art. 5º, LXXIII¹³, e art. 37, *caput*¹⁴. Giacomuzzi diferencia o conteúdo das duas previsões constitucionais da moralidade administrativa. Para o autor, a previsão do art. 5º, LXXIII, de que cabe ação popular para anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, tem conteúdo definido pela própria legislação, especificamente o art. 2º da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965), que elenca os vícios que invalidam os atos administrativos, quais sejam incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade¹⁵.

¹⁰ Giacomuzzi também demonstra o preocupante subjetivismo carregado pelo signo, “[...] dando azo às mais variadas interpretações da lei e da Constituição, desde os órgãos administrativos até os tribunais – ou seja, do administrador ao seu último controlador” (GIACOMUZZI, 2013, p. 189).

¹¹ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 21.

¹² MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 117.

¹³ Art. 5º, LXXIII, CF: “[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; [...]” (BRASIL, 1988, p. 17, grifo nosso).

¹⁴ Art. 37, CF: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]” (*Ibid.*, p. 36, grifo nosso).

¹⁵ Art. 2º, Lei nº 4.717/65: “São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.” (BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 jul. 1965, Seção 1, p. 6241).

Já a previsão do art. 37, *caput*, da CF, que expressamente colocou a moralidade como princípio da Administração Pública, teria o papel primordial de apontar para os futuros comportamentos do administrador¹⁶.

Portanto, e na esteira de pensamento do autor, a moralidade normatizada no art. 37, *caput*, da CF, como princípio da Administração Pública volta-se para o futuro, exigindo do agente estatal comportamentos positivos, não havendo estipulação legal de quais seriam esses comportamentos morais. Dentre as pautas éticas a serem observadas pelos administradores públicos, Moraes aponta os valores éticos de veracidade, confiança, lealdade e honestidade, valores adotados pelo homem médio.¹⁷ Noutras palavras, deve o agente público atuar com boa-fé. Aquilo que se sente como imoral se praticado pelo homem normal, é não só imoral, mas antijurídico, se praticado pelo homem público. É esta moralidade balizadora da atuação do ente público que serve de fundamento à cooperação estatal.

Para Freitas, o respeito à moralidade é componente do “direito fundamental à boa administração pública”¹⁸. O administrado teria então o direito à administração pública proba, que seria aquela que “veda condutas éticas não universalizáveis”¹⁹.

A origem da ideia de boa-fé é da seara privada. Desde o Direito Romano, a boa-fé tem servido como valor regulador das relações sociais²⁰. Posteriormente, no período romano clássico, a boa-fé era tida como suficiente para a vinculação das partes nas relações negociais, mesmo diante da inexistência de regulação de tais relações.

O Código Civil francês de 1804 já se referia ao princípio em seu artigo 1134, que determinava que os pactos deveriam ser executados de boa-fé. Também, o Código Civil

¹⁶ “Numa palavra: penso que, dogmaticamente, a moralidade do art. 5º vai de mãos com o que já se disse em torno do tema, sua história chamando à lembrança institutos jurídicos bem conhecidos; o que ela significa já se encontra dito sob a epígrafe do desvio de poder, ilegalidade do objeto ou inexistência de motivos. Trocaram-se, lá e cá, os termos, tão só. Já a moralidade do art. 37 tem o mesmo valor da construção dogmática apontado ao sentido oposto: é no futuro que lança sua pretensão de efetividade, mesmo que, para isso, tenha que olhar o passado” (GIACOMUZZI, 2013, p. 221).

¹⁷ MORAES, 1999, p. 119.

¹⁸ “[...] trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas ou comissivas.” (FREITAS, 2014, p. 21).

¹⁹ *Ibid.*, p. 22.

²⁰ “A boa fé é noção que, desde o mundo romano, se firmou predominantemente no direito privado, quer no sentido subjetivo, tal como aparece, por exemplo, na posse *ad usucapionem*, quer no sentido objetivo, que começa a ser modelado nas *actiones bonae fidei*, e que diz respeito à lealdade, correção e lisura do comportamento das partes reciprocamente” (SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, p. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2017).

alemão de 1896 já destacava vários dispositivos acerca do princípio da boa-fé, como é o caso do § 242, segundo o qual “o devedor é obrigado a cumprir a sua obrigação de boa-fé, atendendo às exigências dos usos do tráfico jurídico”²¹.

O Código Civil português de 1966, sob influência cultural germânica, também previu o princípio da boa-fé (objetiva) no direito das obrigações, podendo-se vislumbrá-la nos artigos 227, I, 239, 437 e, especificamente, 762, alínea 2, que estabelece que, “no cumprimento da obrigação, assim como no exercício ao direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé”²².

No direito processual, já o Código de Processo Civil português de 1961²³ previa o dever de boa-fé, tendo a norma sido reproduzida no Código de Processo Civil português de 2013: “As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior”²⁴.

No Brasil, o Código Civil de 1916²⁵ previu em diversos dispositivos a proteção à boa-fé (arts. 112, 221, 255, 337, entre outros), tendo o Código Civil de 2002 ampliado ainda mais tal proteção (ex.: arts. 113²⁶ e 422²⁷).

No direito processual brasileiro, o CPC/73 já previa o dever de boa-fé no art. 14, II²⁸, tendo o CPC/15 repetido a previsão no seu art. 5º²⁹. Não há na Constituição nenhuma referência expressa à boa-fé.

²¹ Neste sentido: HORA NETO, João. O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1016, 13 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8245>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

²² PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47 344, de 25 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. **Diário do Governo**, Lisboa, 25 nov. 1966, I Série, n. 274, p. 1951.

²³ PORTUGAL. Decreto-Lei nº 44 129, de 28 de dezembro de 1961. Aprova o Código de Processo Civil. **Diário do Governo**, Lisboa, 28 dez. 1961, I Série, n. 299, p. 1783-1962.

²⁴ PORTUGAL. Lei nº 41/2013, de 26 de junho. Aprova o Código de Processo Civil. **Diário da República**, Lisboa, 26 jun. 2013, I Série, n. 121, p. 3520.

²⁵ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1916, Seção 1, p. 133.

²⁶ Art. 113, CC/2002: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002, Seção 1, p. 1).

²⁷ Art. 422, CC/2002: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (*Ibid.*).

²⁸ Art. 14, CPC/73: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] II - proceder com lealdade e boa-fé;” (BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 jan. 1973, Seção 1, p. 1).

²⁹ Art. 5º, CPC/15: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.” (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 mar. 2015a, Seção 1, p. 1). Aliás, não somente como dever dos participantes, mas também como vetor de interpretação dos pedidos formulados e das decisões judiciais, é previsto o princípio da boa-fé: “Art. 322. O pedido deve ser certo. [...] § 2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.” (*Ibid.*). “Art. 489. [...] § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.” (*Ibid.*).

Mas seria a boa-fé um princípio aferível da Constituição (princípio implícito)?

A chegada da ideia de boa-fé na seara administrativa deu-se por meio do princípio da moralidade. Hoje, é pacífico que o Estado, em sua atuação, deve dirigir-se segundo os ditames da boa-fé, neste caso tida como boa-fé administrativa.

Pode-se dizer que a boa-fé administrativa tem *status* constitucional, na medida em que o princípio da moralidade, do qual é uma das vertentes, exatamente a vertente que interessa a este estudo, tem previsão expressa no art. 37, *caput*³⁰.

Há ainda certa confusão entre o princípio da boa-fé e o da proteção da confiança, que diz respeito mais especificamente à retroatividade dos atos do Estado. O Estado, ao pretender invalidar ou revogar atos já praticados, deve proteger a confiança daqueles que agiram conforme a diretriz anteriormente apontada por ele próprio³¹. Em verdade, a proteção da confiança diz respeito à segurança das relações jurídicas, mais especificamente no seu aspecto subjetivo. Assim, é possível falar-se em segurança jurídica em seu aspecto objetivo de proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF) e em seu aspecto subjetivo, quando, apesar de ausentes aqueles três institutos, há freios para que o Estado revise seus atos, tendo em vista a necessidade de preservação da confiança que o administrado depositou nos mesmos³².

A diferença básica entre os princípios da boa-fé e da proteção da confiança estaria em que este diz respeito à segurança jurídica no aspecto subjetivo no que se refere à revisão de atos já praticados, enquanto aquele aponta para os demais comportamentos presentes e

³⁰ “Logo, a Administração Pública, dado o caráter principiológico da Constituição Federal, não obstante sua vinculação ao princípio da legalidade recebe os influxos de outros princípios relevantes para ao Estado Democrático de Direito, tais como os princípios expressos, insculpidos na Constituição Federal, como o da moralidade, da impessoalidade, publicidade, eficiência e da probidade administrativa, e também dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, os quais, muito embora não tenham uma menção expressa no corpo da Constituição, defluem dos dispositivos constitucionais” (SOUZA, Márcio Luís Dutra de. O princípio da boa-fé na Administração Pública e sua repercussão na invalidação administrativa. **Revista Virtual da AGU**, ano XII, n. 125, p. 6, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/10399422>>. Acesso em: 22 jul. 2017).

³¹ “Há situações, contudo, em que o Estado incentiva de forma tão nítida e positiva os indivíduos a um determinado comportamento, mediante promessas concretas de vantagens e benefícios, que a violação dessas promessas implica infringência ao princípio da boa-fé, cabendo ao Estado indenizar os danos decorrentes da confiança.” (SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade do Estado no quadro dos problemas jurídicos resultantes do planejamento. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 39, v. 110, n. 2, p. 9, abr./jun. 1982).

³² “Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo” (SILVA, 2005, p. 4). O princípio da proteção da confiança, para Silva, “(a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.” (*Ibid.*, p. 5).

futuros da Administração. Alguns autores não diferenciam o conteúdo dos dois princípios³³. Para os fins da presente tese, os dois importam igualmente, sendo desnecessário divagar acerca de mais diferenças entre ambos.

Os princípios da boa-fé e da proteção da confiança têm implicações diretas na discussão acerca da (in)exigibilidade de adoção pelo Estado dos precedentes judiciais obrigatórios, conforme se verá na quinta seção (subtópico 5.3).

Na seara dos precedentes administrativos, é possível ampliar o alcance dos princípios para os casos em que o administrado confia que o Estado adotará determinado comportamento, pois já o adotara em outros casos. Ademais, também, o princípio da igualdade fundamenta que os casos seguintes sejam tratados igualmente aos que o antecederam. Não que a Administração não possa alterar seu posicionamento acerca de matérias fáticas ou jurídicas, mas deve amenizar a ofensa à confiança dos administrados, mediante sinalização de alteração de entendimento. Daí a necessidade de ampla divulgação na imprensa oficial das decisões em processos administrativos, não só aqueles em análise nos tribunais de contas. É mister a abolição dos boletins internos, que somente circulam dentro do próprio órgão, pois a publicidade não é assim alcançada na exata medida. Portanto, tentando a Administração alterar seu entendimento, poderá sinalizar, dando a tal ato (sinalização) a devida publicidade, para que a parcela da sociedade a ser atingida por aquela mudança possa preparar-se para o novo panorama.³⁴

Então, no sistema constitucional brasileiro, tradicionalmente somente o aspecto objetivo da segurança jurídica (limites à retroatividade dos atos do Estado quando se classificam como atos legislativos – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – art. 5º, XXXVI, da CF) mereceu especial análise, não havendo previsão constitucional expressa da segurança jurídica no seu aspecto subjetivo, de proteção à confiança. Isso não importa, todavia, na afirmação de que o princípio não goza de prestígio no ordenamento brasileiro. Na legislação infraconstitucional, a previsão de prazo decadencial para anulação de

³³ Neste sentido, equiparando os dois princípios: “Neste contexto, pode-se afirmar que o princípio da boa-fé atua como importante elemento para aferição da legitimidade de um ato administrativo, sob o fundamento da necessidade de se proteger a confiança do administrado na estabilidade das relações jurídicas firmadas com a Administração Pública. Com efeito, dentre as funções do princípio da boa-fé, no âmbito da Administração Pública, está a de conservar os vínculos firmados entre a Administração e o administrado, baseando-se nos princípios da confiança, lealdade e verdade, os quais constituem elementos materiais da boa-fé, de modo que se possa flexibilizar ou temperar o princípio da estrita legalidade” (SOUZA, 2012, p. 2).

³⁴ “É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público” (SILVA, 2005, p. 6).

atos administrativos (art. 54 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) é sem dúvidas a proteção à confiança do administrado que vem sendo beneficiado por erro do Estado por período de tempo razoável (5 anos)³⁵. Ademais, a referida lei prevê dentre os princípios a serem observados pela Administração Pública federal o da segurança jurídica (art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99)³⁶. Numa interpretação sistemática do texto legal, portanto, pode-se afirmar que o princípio da proteção da confiança, apesar de não contar com previsão constitucional expressa, é amparado pelo ordenamento.

Mas então o princípio não goza de proteção constitucional? Ora, a segurança jurídica está inserta no princípio do Estado de Direito. O constituinte de 1988 garantiu, no *caput* do art. 5º, dentre outros bens jurídicos, a segurança. Acrescente-se que outras leis, além da Lei nº 9.784/99 (arts. 2º, *caput*, e 54), trataram da segurança jurídica como valor constitucional e deram destaque ao seu aspecto subjetivo, especialmente quando previram a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, sendo de destacar-se as leis que tratam das ações do controle concentrado de constitucionalidade – art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999³⁷ (Lei da Ação Direta e da Ação Declaratória de Constitucionalidade) e art. 11 da Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999³⁸ (Lei de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Recentemente, também a Lei nº 13.105/2015 tratou da possibilidade de modulação dos efeitos de decisão pelo Supremo Tribunal Federal (STF) mesmo no exercício do controle difuso (arts. 525, § 13 e 535, § 6º, do CPC/15), de modo a minimizar a ofensa à segurança do administrado. Também se previu a possibilidade de modulação de efeitos no interesse social e no da segurança jurídica na hipótese de mudança na jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores, ou mesmo daquela proveniente de julgamento de casos repetitivos (art. 927, § 3º, do CPC/15).

³⁵ Art. 54, Lei nº 9.784/99: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.” (BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 1º fev. 1999a, Seção 1, p. 1).

³⁶ Art. 2º, Lei nº 9.784/99: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” (*Ibid.*).

³⁷ BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 nov. 1999b, Seção 1, p. 1.

³⁸ BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 6 dez. 1999c, Seção 1, p. 2.

2.1.2 Interesse público

A supremacia do interesse público é comumente utilizada como fundamento de sacrifício dos interesses particulares que lhe sejam colidentes e da impossibilidade de o Poder Público transacionar acerca de seus direitos. Mas haveria um tal princípio que prescreve a preponderância *a priori* do interesse coletivo em detrimento do individual?

Cabe ainda a averiguação do conteúdo do interesse público, bem como se, a partir da premissa de que o mesmo deve ser buscado pelo ente público, é possível enquadrá-lo como fundamento ou empecilho à cooperação estatal.

2.1.2.1 O mito da supremacia do interesse público

O surgimento do direito administrativo, contrariamente ao que se propala, não simbolizou o rompimento com a estrutura de poder do Antigo Regime, fundada na vontade do soberano, para fundar uma nova ordem estatal fundada na legalidade. Antes, respaldou, com suas peculiares categorias jurídicas, em especial a supremacia do interesse público, a continuidade de práticas absolutistas. É comumente atribuída ao Conselho de Estado da França a formulação de princípios e regras específicos para a Administração Pública. Pois bem. O Conselho de Estado, como órgão do Poder Executivo, ao conjecturar regras e princípios específicos para a Administração, diferentes daqueles aplicáveis aos demais casos (entre particulares), agiu em causa própria, numa demonstração de insubordinação ao legislador. O afastamento do direito civil para a regulação das relações envolvendo o ente estatal não parece ter significado então uma subordinação do Estado à legalidade, mas a formulação de uma legalidade específica, benéfica aos seus interesses.³⁹

³⁹ “A conhecida origem pretoriana do direito administrativo, como construção jurisprudencial do Conselho de Estado derogatória do direito comum, traz em si esta contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo.” (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 3, jan. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>>. Acesso em: 21 jul. 2017). Em sentido contrário: “As ideias típicas do Direito Administrativo do final do século XVIII e do início do século XIX, mesmo aquelas inerentes ao proclamado ‘autoritário’ contencioso administrativo (que nunca existiu no Brasil), ou ao ‘autoritário’ interesse público governamental (totalmente privatizado pelas práticas sociais brasileiras – muito mais do que pelo Estado), produziram de forma intensa um efeito libertador, e não o contrário. Se não fosse tal herança recebida na esfera das ideias – a de um ‘Direito administrativo libertador’, talvez a mutação da mentalidade então característica das novas terras resistisse de forma mais intensa e dramática” (GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 254).

Dentre as categorias especiais criadas por esse novo ramo do saber jurídico destacam-se as prerrogativas (processuais e materiais) do ente público e a insindicabilidade do mérito administrativo. Aliás, até hoje a França e boa parte da Europa adotam o sistema de contencioso administrativo, em que o Estado é juiz de si mesmo. A pretexto de preservar a separação de poderes, tal sistema de auto regulação ofende frontalmente aquele postulado do Estado de direito, na medida em que subtrai à apreciação do Poder Judiciário atividade que lhe é típica: a de julgar em última instância os litígios que envolvem a divergência acerca da aplicação do direito.⁴⁰

É de observar-se que, nos países vinculados ao *common law*, há uma tradição de aplicação das regras comuns (não especiais) aos conflitos que envolvam a Administração e os cidadãos, não tendo sido adotado lá o sistema de contencioso administrativo. Noutras palavras, os conflitos que envolvem o Estado não ficam imunes à jurisdição. Talvez isto explique o fato de que, nos Estados Unidos, por exemplo, somente no século XX o direito administrativo veio a ser reconhecido como disciplina autônoma.⁴¹

O Brasil não adotou o sistema de contencioso administrativo. Há sindicabilidade judicial dos atos administrativos, embora alguns paradigmas clássicos do direito administrativo, como o pretenso “princípio” da supremacia do interesse público e as prerrogativas materiais e processuais do ente público, dificultem sua responsabilização.

Aqui, a ideia de supremacia do interesse público, tratada hodiernamente como princípio por administrativistas, seria o fundamento e fator de legitimação de todos os privilégios/prerrogativas materiais e processuais do ente público.⁴²

⁴⁰ No mesmo sentido, acerca do contencioso administrativo: “A institucionalização de tal modelo, e sua surpreendente identidade com a estrutura de poder da monarquia absoluta, revela o quanto o direito administrativo, em seu nascedouro, era alheio a qualquer propósito garantístico. Ao contrário, seu intuito primeiro foi o de diminuir as garantias que os cidadãos teriam caso pudessem submeter o controle da atividade administrativa a um poder equidistante, independente e imparcial – o poder judiciário.” (BINENBOJM, 2005, p. 6). De ressaltar-se que, na atualidade, em muitos países, o sistema de contencioso administrativa, mais comumente chamado de justiça administrativa, adquiriu caráter jurisdicional, transformando-se numa justiça especializada, com juízes autônomos e imparciais, distanciando-se dos vícios que maculavam o sistema na origem (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa**. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 29-30).

⁴¹ BINENBOJM, *op. cit.*, p. 3.

⁴² Nas palavras de Mello: “Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 70). A seguir, Mello coloca-o como fator de legitimação do tratamento diferenciado conferido ao ente público: “Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão. Traduz-se em privilégios que lhe são atribuídos.” (MELLO, 2016, *loc. cit.*).

Da supremacia do interesse público decorreria inclusive a exigibilidade dos atos administrativos.⁴³ Todavia, não é possível a adesão à ideia de um princípio da supremacia do interesse público, em virtude da impossibilidade de submetê-lo a métodos de ponderação. Ora, na aceitação de que há um princípio da supremacia de determinado interesse, a aplicação do mesmo tem como única possibilidade a prevalência daquele interesse. Essa prioridade abstrata é a negação da natureza principiológica. A prevalência sempre de determinado interesse impede que o tal “princípio” seja confrontado com outros, inviabilizando um juízo de ponderação a partir da situação concreta.⁴⁴

Se norma do ordenamento fosse a supremacia do interesse público, seria norma-regra⁴⁵. Mas nem mesmo como regra subsiste no sistema constitucional brasileiro.

Parte da doutrina chega mesmo a defender que o referido princípio da supremacia do interesse público tem *status* constitucional, porque extraível de uma interpretação sistemática da Constituição, tendo em vista que a mesma prevê em diversos dispositivos a prevalência do interesse da coletividade sobre o interesse privado.⁴⁶

⁴³ MELLO, 2016, p. 72.

⁴⁴ “[...] não há dúvida de que ele não é uma norma-princípio: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação, e todas as outras possibilidades de concretização somente consistiriam em exceções e, não, graus; sua descrição abstrata permite apenas uma medida de concretização, a referida “prevalência”, em princípio independente das possibilidades fáticas e normativas; sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o interesse público deve ter maior peso relativamente ao interesse particular, sem que diferentes opções de solução e uma máxima realização das normas em conflito (e dos interesses que elas resguardam) sejam ponderadas; uma tensão entre os princípios não se apresenta de modo principal, pois a solução de qualquer colisão se dá mediante regras de prevalência, estabelecidas *a priori*, e não *ex post*, em favor do interesse público, que possui abstrata prioridade e é principalmente independente dos interesses correlacionados (p. ex. liberdade, propriedade).” (ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, p. 9-10, set./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2017).

⁴⁵ “O referido ‘princípio’ é – tal como seria definido pela teoria geral do Direito – uma regra abstrata de colisão (*Kollisionspräferenzregel*) em favor do interesse público, nunca, porém, uma norma-princípio *prima facie*” (*Ibid.*, p. 10).

⁴⁶ “São múltiplas as fontes constitucionais da superioridade do interesse público sobre o privado. Dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, como direção teleológica da atuação administrativa. [...] a existência de bens coletivos que reclamam proteção estatal e restrições a direitos individuais também retrata um princípio de superioridade do interesse público sobre o particular. Nas normas constitucionais protetivas desses bens e valores coletivos, portanto, está implícita a existência do interesse público e sua superioridade relativamente ao privado.” (OSÓRIO, Fábio Medina. Supremacia do interesse público sobre o privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 86-87, abr./jun. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47527>>. Acesso em: 16 jun. 2017). Apesar de não haver previsão normativa, é possível aferir-se do sistema a regra de prevalência do interesse público sobre o privado: “Não há qualquer previsão normativa no sentido de anunciar que o interesse público tem prevalência sobre o interesse privado. Apesar disto é possível, por meio de outras previsões legais, afirmar a existência de uma prevalência do interesse público e, especialmente, a existência de um dever da Administração Pública de zelar por sua proteção. O interesse público deve assim orientar a atividade administrativa e legislativa” (TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (Coords.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 288).

Ocorre que o fato de a Constituição, em determinados dispositivos, restringir direitos individuais em favor de interesses coletivos não é prova da existência do princípio da supremacia do interesse público. Na verdade, a própria norma constitucional específica, e não o pretense princípio, o que seria o fundamento da restrição. Se o constituinte, em específicas situações, resolveu priorizar o interesse coletivo, a norma constitucional consagradora da prevalência do direito da coletividade é o fundamento da referida restrição ao direito individual, e não um pretense princípio constitucional implícito da supremacia do interesse público. Significa, em suma, que, aplicando o princípio da proporcionalidade, optou o constituinte, na específica situação, pela prevalência do direito coletivo. Afasta-se assim a ideia de uma prevalência *a priori*.

Aliás, a Constituição de 1988 é voltada aos direitos individuais, tendo-os previsto exaustivamente, sendo as restrições a eles excepcionais. A Constituição Federal é muito mais voltada aos interesses individuais que aos coletivos.⁴⁷

É equivocado proclamar norma de superioridade *a priori* do interesse público, quando o constituinte especificou as situações em que o interesse individual cede ao da coletividade. Gabardo, em defesa da ideia de supremacia do interesse público, anota que

[...] o princípio ora em foco trata da supremacia do “interesse” público sobre o “interesse” privado, e não do “direito” público sobre o “direito” privado. O princípio não trata, portanto, de direitos, mas de interesses, a partir de uma alocação do público em situação de preferência normativa e axiológica em face do particular.⁴⁸

Embora se concorde com a ideia de que interesse e direito são conceitos distintos, sendo que é do interesse público que os direitos individuais, por exemplo, sejam satisfeitos, ainda assim, com uma tal ideia, não se afastam as procedentes críticas à concepção de prevalência *a priori* do interesse público em detrimento dos interesses privados, como se estes fossem menos legítimos que aquele. Qualquer afirmação de prevalência *a priori* do público sobre o privado é equivocada e autoritária.

⁴⁷ “[...] a Constituição brasileira, por meio de normas-princípios fundamentais (arts. 1 a 4), dos direitos e garantias fundamentais (arts. 5 a 17) e das normas-princípios gerais (p. ex. arts. 145, 150 e 170), protege de tal forma a liberdade (incluindo a esfera íntima e a vida privada), a igualdade, a cidadania, a segurança e a propriedade privada, que se se tratasse de uma regra abstrata e relativa de prevalência seria (não o é, como se verá) em favor dos interesses privados em vez dos públicos.” (ÁVILA, 2007, p. 11). No mesmo sentido: “Vale dizer: a Lei Maior é orientada sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, do que deflui a necessidade de se estabelecer, em alguma medida, proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais promovidos pelo Estado. Dessa forma, verifica-se não ser possível extrair ‘o princípio da supremacia do interesse público’ da análise do conjunto normativo constitucional, haja vista a ampla proteção dispensada aos interesses particulares, de tal maneira que aceitá-lo como norma-princípio é deixar subsistir a contrariedade sistêmica que representa e afrontar a constante busca pela unidade constitucional.” (BINENBOJM, 2005, p. 11).

⁴⁸ GABARDO, 2009, p. 292.

Ademais, e como mais um argumento contrário à proclamação de um tal princípio que estabeleça a sucumbência *a priori* do interesse privado quando em colisão com o coletivo, pode-se dizer no mínimo que visa respaldar o arbítrio estatal.⁴⁹

Da negação da supremacia do interesse público como princípio ou regra no sistema jurídico pátrio não deriva uma irrelevância jurídica do interesse público. Na verdade, é ele que importa aferir. A Administração deve pautar-se por ele, o que demonstra a extrema relevância de sua análise.⁵⁰ O interesse público deve ser sempre buscado pelo ente público, que existe para satisfazê-lo. O que resta investigar é seu conteúdo, fornecendo ao administrador balizas para sua identificação no caso concreto.

Comumente o interesse público tem sido relacionado ao interesse coletivo, ao “bem comum”. Segundo Teixeira, “Interesse público é algo que pode ser relacionado ao ‘bem comum’. Não é um interesse de grupo de pessoas, mas o interesse de todos que deve ser resguardado pelo Estado”⁵¹. O interesse de determinado indivíduo, nessa concepção, não se encaixaria como interesse público.

Essa vinculação do interesse público ao coletivo, contudo, caso seja adotada pelo administrador, pode ocasionar condutas distorcidas e práticas não cooperativas, na medida em que o interesse individual é tido como antagônico. Não é equivocada a relação entre interesse público e bem comum. É apenas incompleta. O conteúdo do interesse público, como se verá a seguir, deve ser buscado nas leis, especialmente a Constituição.

A divergência de interpretação acerca do conteúdo do interesse público ocasionou há algum tempo a equivocada divisão doutrinária entre interesse público primário e interesse público secundário.

⁴⁹ “[...] a assunção prática da supremacia do interesse público sobre o privado, como cláusula geral de restrição de direitos fundamentais, tem possibilitado a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, na qual os direitos, liberdades e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclames do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo aquilo que toca.” (SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Pensar**, Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 163, abr. 2007). Como também ressalta Machado, destacando o autoritarismo da invocação genérica da suposta superioridade do público sobre o privado, “Para logo num primeiro momento constatar a imprestabilidade da invocação genérica do interesse público, basta considerar que, em regra, é nos regimes autoritaristas que tal invocação acontece de modo mais corriqueiro.” (MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Interesse público e direitos do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 81-82).

⁵⁰ “Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.” (ÁVILA, 2007, p. 11).

⁵¹ TEIXEIRA, 2016, p. 287.

2.1.2.2 O equívoco da classificação do interesse público em primário e secundário

O interesse público primário, para os adeptos da classificação, seria o da sociedade, enquanto o secundário seria o interesse apenas da pessoa jurídica de direito público, devendo, numa possível colisão, prevalecer sempre o primeiro em detrimento do segundo.⁵² Portanto, além de propalar a categorização do interesse público, tal parcela da doutrina prevê ainda uma regra de prevalência de um sobre o outro: o interesse público secundário, quando em colisão com o primário, fatalmente cede àquele.

O interesse público não suporta a classificação em primário ou secundário, porque não há legitimidade na busca pelo Estado de interesses próprios.

A constitucionalização do direito, fenômeno que atingiu todos os saberes jurídicos, não poupou obviamente o direito administrativo, sendo seu efeito o reconhecimento do dever de cumprimento pelo Estado de todos os direitos e garantias constitucionalmente previstos (direitos sociais, direitos da seguridade social, entre outros). Ora, um tal dever do Estado de tutela de direitos individuais é de interesse público, porque assim prescreveu o constituinte. Portanto, corriqueiramente a tutela pelo Estado de interesses privados é imposta pelo interesse público.⁵³

Não é lógica, portanto, a existência das duas espécies de interesse público. Ora, o óbvio é que não existem as duas categorias. Se o interesse público é o que, conforme orientação legislativa, deve ser buscado pelo Estado, não pode o Estado legitimamente possuir interesse (secundário) que vá de encontro com o interesse público (primário)⁵⁴. Um tal interesse não poderia ser qualificado como público.

⁵² “Daí a necessidade de separar o interesse público em primário e secundário. Primário, aquele que diz respeito ao interesse da sociedade; secundário, aquele que diz com o interesse da maquinaria estatal enquanto pessoa jurídica. Obviamente que, no conflito entre os dois tipos, a prevalência será sempre do interesse público primário” (VIEIRA, Pedro Gallo; FARO, Julio Pinheiro. Um inventário sobre a Advocacia de Estado no Direito Comparado Sul-americano. In: PEDRA, Adriano Sant’ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA, Pedro Gallo (Coords.). **Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 32).

⁵³ “[...] a realização do interesse público, muitas vezes, consistirá exatamente na tutela de interesses privados, de forma que esse amálgama conceitual formado pelo que se supõe ser interesse público, coletivo ou privado impede que se possa cogitar de uma supremacia *a priori* de um sobre o outro” (FACCI, Lucio Picanço. A proibição de comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas. **Revista Virtual da AGU**, ano X, n. 106, p. 10, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/2939152>>. Acesso em: 22 jul. 2017).

⁵⁴ Para Talamini, não há legitimidade do que se tem convencionalmente chamado de interesse público secundário: “De há muito, a doutrina já esclareceu que interesses pragmáticos da Administração que não encontram amparo no ordenamento não constituem interesse público, são meros interesses secundários, ilegítimos.” (TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 264, p. 86, fev. 2017).

Na verdade, o interesse ilegítimo do ente público de, por exemplo, obter vantagem financeira, não é interesse público. Se é legítimo seu interesse (numa ação de cobrança, por exemplo, por pretender reverter tal vantagem na realização do interesse público), não é secundário, é simplesmente o interesse público.

Não se está aqui a negar que, em diversas situações, haja divergência entre o que o Estado, como pessoa jurídica, e outras instituições (muitas inclusive estatais, como o Ministério Público e a Defensoria Pública) e pessoas (como ocorre nas ações populares) entendem como interesse público. Todavia, o que ocorre nessas situações é exatamente isso: divergência quanto ao que corresponderia ao interesse público em determinada situação. Mas a defesa da tese de que o Ministério Público e outras instituições e pessoas agem em defesa do interesse público primário, enquanto a Advocacia Pública agiria para a proteção do interesse público do ente estatal, o secundário, é absurda. Se assim fosse, e diante da “regra” de prevalência sempre do primário sobre o secundário, seria totalmente inútil a atuação judicial desses órgãos, estando já resolvido *a priori* o conflito em favor da tese levantada por aqueles que defendem o “legítimo” interesse público, o primário. Todas as instituições e pessoas que agem em defesa do interesse público têm, na verdade, uma visão própria do que deve corresponder a este enigmático conceito.

Muitas vezes, no afã de demonstrar que o administrador buscou com seus atos tutelar interesse que não é o que a legislação, para aquela hipótese, apontou como interesse público, diz-se que o administrador agiu na defesa de interesse público secundário. Ora, se outro era o interesse público, não seria ele nem primário nem secundário, mas simplesmente o interesse público, tendo, na hipótese, o administrador agido contra tal interesse.

Portanto, embora se possa vislumbrar a utilidade da separação do interesse público em primário e secundário do ponto de vista argumentativo, como visto, não se pode conceber a propagação da falsa ideia de que a defesa dos interesses do Estado (interesse público secundário) é feita pela Advocacia Pública, enquanto a dos interesses da sociedade (interesse público primário) é feita por Ministério Público, Defensoria Pública e outras instituições. Se correta a diferenciação, estar-se-ia diante de instituição (Advocacia Pública) incumbida de defesa de interesses estatais ilegítimos, o que obviamente não se mostra minimamente coerente.

Numa concepção de Estado cooperativo, tal classificação perde importância para a distinção entre as atribuições da Advocacia Pública e as de outras instituições. Os interesses do Estado são o interesse público. O Estado coopera para o bem geral e o individual, se esta for a vontade do legislador, representante legítimo da vontade geral. A exploração da

atividade econômica pelo Estado é absolutamente excepcional e não visa ao lucro⁵⁵, devendo ser exercida sempre em prol do interesse público, aliás, como qualquer atividade estatal. Mesmo quando autorizado a exercer a atividade econômica, a boa-fé deve orientar suas condutas, de maneira que suas prerrogativas não o coloquem em situação de vantagem em relação ao setor privado.

Nessa perspectiva, em hipótese alguma se poderia cogitar que a Advocacia Pública zela pelo interesse público secundário, enquanto outras pessoas e instituições buscam a concretização do primário. Equivaleria a defender que o Estado seria inimigo da sociedade e não teria interesses com a mesma convergentes, olvidando-se de basilar concepção de Teoria Geral do Estado de que o Estado é a sociedade organizada.⁵⁶ O Estado foi concebido pela sociedade para servi-la e, como tal, não se justificam concepções que o afastem da sociedade, como se seus interesses pudessem ser distintos dos daquela. Por isso, quando em juízo, o advogado público faz a defesa de políticas públicas. Não invoca apenas o interesse da pessoa jurídica estatal, pois que as políticas públicas são dirigidas à satisfação do interesse público.

Ademais, na visão cooperativa de Estado que aqui se defende, este busca a satisfação do interesse da sociedade, tendo a boa-fé como balizadora do seu comportamento no relacionamento com o administrado. Trata-se de pessoa que foi concebida não para satisfação dos próprios interesses, mas dos interesses da sociedade, que com os seus se confunde.

O que sói acontecer é uma divergência entre instituições acerca do que seja o interesse real da sociedade. É muito frequente, por exemplo, a propositura de ações civis públicas pelo Ministério Público em face de entes públicos, questionando suas opções administrativas, por supostamente ofenderem o interesse da sociedade. Ao fazer a defesa do ente público, a Advocacia Pública, em geral, alega que a opção correta para atendimento do interesse da sociedade foi a adotada pelo administrador.

Percebe-se que o interesse público primário é argumento utilizado por ambos os lados da disputa judicial. Se ao advogado público fosse dada apenas a defesa de um tal “interesse público secundário”, toda sua matéria de defesa limitar-se-ia à necessidade de afastar os prejuízos financeiros a serem suportados pelo ente estatal ou a lesão a outros interesses específicos do representado. E, pela “regra” de prevalência do interesse primário sobre o secundário, certamente o Estado restaria vencido.

⁵⁵ Art. 173, CF: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...]” (BRASIL, 1988, p. 109).

⁵⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Então estaria a Advocacia de Estado a defender o que o governo entende como interesse público, enquanto o Ministério Público estaria a defender o que a sociedade entende como interesse público? Seria uma questão de governo *versus* sociedade? Mais uma vez, adotada esta concepção, estar-se-ia cometendo o primário equívoco de afastar a sociedade dos seus governantes, como se seus interesses fossem colidentes. Ora, a sociedade elege seus governantes democraticamente, sendo, portanto, as políticas públicas adotadas por estes mesmos representantes dotadas de presunção de legitimidade. Numa democracia, o palco natural para a manifestação de insatisfação social acerca das políticas públicas adotadas pelos governos eleitos são as urnas e as ruas.

Obviamente, não se está olvidando dos desvios éticos dos governantes e representantes eleitos. Agindo nos estritos limites da legalidade, orientados para isso pelos advogados de Estado, há que se reconhecer como vontade popular o que constar das opções legislativas e governamentais. Não cabe ao advogado público, antes de tudo um defensor do regime democrático e do Estado de Direito, um questionamento das políticas públicas senão sob o prisma da legalidade. Feitas as opções pelos representantes eleitos pela sociedade e constatada pela Advocacia de Estado sua conformidade com a ordem jurídica, é seu dever a defesa dessas políticas, inclusive em âmbito judicial, como defesa da prevalência da vontade popular.

Aliás, sem a constatação efetiva de desvios legais ou éticos na conduta do administrador, a prevalência do que determinada instituição – Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Judiciário, Tribunais de Contas ou quaisquer outras – entende como mais adequado para a sociedade é antes de tudo uma ofensa à vontade do povo, que, numa democracia, se manifesta por meio do voto. Todavia, constata-se que não raro tais instituições valem-se do indeterminismo dos princípios para solapar as regras legais, fazendo ou tentando fazer prevalecer o que lhes convém ou o que entendem convir ao interesse social, sem que detenham mandato outorgado pelo povo, a quem pertence todo o poder, que é exercido por meio de seus representantes eleitos.

O ativismo judicial é exemplo de atuação contramajoritária por parte do Poder Judiciário, que, sub-rogando-se no papel de legítimo protetor dos interesses sociais, deixa de aplicar o direito e, valendo-se da suposta valorização dos princípios, deles extraem solitariamente regras contrárias às que foram postas por aqueles a quem de direito cabe legislar.

Passa-se, então, à busca de resposta aos seguintes questionamentos: Em que consiste afinal o interesse público? Como aferir seu conteúdo?

2.1.2.3 O conteúdo do interesse público

Verificada a inexistência de princípio ou regra que prescreva a prevalência *a priori* do interesse público sobre o privado, é importante destacar a necessidade de que, na atuação estatal, e diante de possível conflito entre o interesse público e o particular, seja feita a ponderação, a fim de aferir qual dos interesses, no caso concreto, deve ceder. Tendo cedido, é importante ainda que se verifique a exigibilidade da conduta restritiva, bem como sua adequação. Mas em que consistiria o interesse público?

Trata-se de conceito indeterminado, cujo conteúdo às vezes está positivado, tendo o legislador, diante de situações previstas, geralmente as corriqueiras na atuação estatal, optado por apontá-lo. A busca do interesse público é então guiada pelo princípio da legalidade. Ademais, os demais princípios da Administração Pública, previstos no art. 37, *caput*, da CF, reforçam o arsenal normativo que balizará a atuação estatal.

Por outro lado, num sem número de situações, a escolha do conteúdo do interesse público é discricionabilidade do administrador, o que não significa estar o mesmo desvinculado da legalidade, já que os princípios que informarão sua atuação estão positivados. Não havendo diretriz legal específica acerca do que seria o interesse público em determinada situação, portanto, cabe ao administrador a decisão⁵⁷, guiado especialmente pelos princípios da Administração Pública. Esse espaço para a discricionabilidade é salutar. Como ressalta Gabardo, “A indeterminação da noção é um aspecto que pode até mesmo ser considerado positivo, pois fornece a flexibilidade necessária para a identificação, a partir dos princípios incidentes no sistema jurídico, das melhores respostas no caso concreto”⁵⁸. O que se deve sempre evitar não é a discricionabilidade do administrador, mas que a indeterminação do termo sirva ao arbítrio estatal, sendo por isso vedada sua invocação genérica para conferir ares de legitimidade à atuação do agente público.

Quando a legislação fornece os parâmetros para o administrador acerca do interesse a ser perseguido pelo Estado, deve então o administrador ater-se àquela vontade legítima, fazendo cumprir direitos e assegurando a plena satisfação dos interesses ali previstos, ainda que individuais. Portanto, nas situações em que o ordenamento previu expressamente a prevalência do interesse coletivo sobre o privado, como é o caso da “desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e

⁵⁷ “[...] a Administração é competente para definir o interesse público naquilo que não constitui domínio reservado ao legislador” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 31).

⁵⁸ GABARDO, 2009, p. 288.

prévia indenização em dinheiro”⁵⁹, o interesse público é pela prevalência do interesse coletivo. Já em diversas outras situações, o constituinte prioriza a satisfação dos interesses individuais.

Exposto acima que o interesse público, que deve ser sempre perseguido pelo agente público, é fundamento da cooperação estatal, e não um seu empecilho, cabe analisar quais as balizas de uma atuação da Advocacia Pública que vise à resolução consensual dos conflitos.

2.2 O modelo cooperativo de processo como modelo de atuação estatal

A procedimentalização do direito tem sido apontada como traço característico dos ordenamentos jurídicos das sociedades pós-modernas. Com efeito, soluções construídas pelo diálogo são certamente as mais legítimas e concretizadoras do princípio democrático⁶⁰.

A partir de tal premissa – de que deve o Estado “processualizar” sua atuação, com enfoque para a abertura do procedimento decisório à participação popular – analisar-se-á a evolução das correntes processuais e sua implicação na forma de atuação estatal. Maior enfoque será dado ao cooperativismo, tendo em vista que o presente tópico busca exatamente analisar a influência das balizas desse modelo processual para a atuação estatal.

2.2.1 Críticas à teoria do processo como relação jurídica e ao instrumentalismo

Toda a doutrina processual, pátria e estrangeira, foi fortemente influenciada pela teoria do processo como relação jurídica, que veio a significar, no âmbito do direito processual, a reação ao liberalismo, a socialização da jurisdição. Essa socialização foi exacerbada no Brasil com o instrumentalismo, movimento que acentua o caráter teleológico da jurisdição, e que se fortaleceu num momento de redemocratização brasileira a partir das duas últimas décadas do século passado. Faz-se mister uma breve digressão acerca do momento histórico de surgimento das ditas teorias, a fim de melhor analisar suas virtudes e equívocos.

⁵⁹ Cf. art. 5º, XXIV, da CF (BRASIL, 1988, p. 14).

⁶⁰ “Diante da complexidade do mundo pós-moderno, as soluções melhores dos problemas que lhe são peculiares não de surgir do confronto entre opiniões divergentes, desde que se parta de um consenso básico, quanto à possibilidade de se chegar a um entendimento mútuo, para o que não se pode partir de ideias pré-concebidas, a serem impostas aos outros” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 94).

A partir da segunda metade do século XVIII, começava a consolidar-se uma nova visão de Estado. A Revolução Francesa e seus ideais libertários anunciavam o fim da era absolutista. A ideia de um poder ilimitado do déspota era substituída pela teoria do poder constituinte, do abade Sièyes, que atribua a titularidade de tal poder ao povo, aproximando súdito e Estado. As cartas constitucionais passaram a disciplinar o exercício do poder, fazendo surgir então o Estado Moderno, de cunho marcadamente liberal e individualista. Os ideais burgueses ditavam os textos constitucionais, que se limitavam a estabelecer direitos de liberdade e a organizar a máquina estatal, cujo compromisso era com a proteção daqueles direitos. Tratava-se de um Estado absenteísta, mero protetor das liberdades e sem qualquer compromisso com a promoção de direitos para o coletivo.⁶¹

A ideia liberal de não interferência do Estado nas relações entre particulares obviamente refletiu-se em âmbito processual. E não poderia ser diferente. Sendo a jurisdição exercida pelo Estado para intervenção em conflito entre administrados, a atuação judicial era tímida. Sendo o Judiciário um dos poderes constituídos, e sendo aquele o Estado das liberdades, o processo judicial nada mais era que um conjunto de procedimentos tendentes ao exercício do direito de ação. Este – o direito de ação – era tido como o próprio direito material descumprido, possuindo, portanto, caráter civilista, privatista. Aliás, à época, pouco se desenvolvera o direito público, enquanto o direito processual inexistia como ramo autônomo da ciência jurídica. Tratava-se de uma “visão plana do ordenamento jurídico”⁶², posto que somente o plano do direito material possuía significação. É a fase do “sincretismo jurídico”⁶³, ou seja, a não diferenciação dos planos material e processual do ordenamento jurídico até meados do século XIX.⁶⁴

⁶¹ “Em verdade, porém, a brevidade das Constituições liberais derivava sem dúvida de sua inteira indiferença ao conteúdo e substância das relações sociais. [...] À Constituição cabia tão-somente estabelecer a estrutura básica do Estado, a espinha dorsal de seus poderes e respectivas competências, proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados, os chamados direitos de liberdade” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 229).

⁶² DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 18.

⁶³ DINAMARCO, 2003, *loc. cit.*

⁶⁴ Alvim cita dois momentos nesta fase de ausência de autonomia do direito processual. Seriam o praxismo e o procedimentalismo. O primeiro seria apenas um complexo de informações práticas sobre como proceder em juízo. Já o segundo, fruto dos ideais revolucionários franceses, embora mais descritivo do procedimento que o antecessor, que não tinha preocupação com estudos teóricos, não chegou a vislumbrar o tratamento do direito processual como ciência. “O Procedimentalismo é um produto fundamentalmente francês. A organização judiciária, a competência e o procedimento (sobretudo o procedimento) esgotam o conteúdo das obras desta época, e, se bem que o seu método expositivo supere em muito o dos práticos, não conseguem ainda, os procedimentalistas, situar-se no nível dos outros ramos jurídicos.” (ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 56-57).

Não possuía o magistrado de então os poderes a que se assiste na atualidade. Seu papel no processo judicial era menor, atuando apenas mediante provocação dos interessados no conflito. Medidas judiciais de ofício não eram admitidas, por significarem malferimento das liberdades. A intervenção do Estado nas relações entre particulares era então limitada, prevalecendo o princípio dispositivo.

Teorias contratualistas acerca da natureza jurídica do processo surgiram nesse contexto de predominância do direito privado. As categorias privadas eram, então, transportadas para todas as searas. Seria o processo um contrato, na medida em que as partes acordavam participar do processo e acatar o julgamento.

Aquele modelo estatal liberal passou a ser fortemente questionado a partir da disseminação da ideia de que não tinha compromisso com o bem-comum. O Estado do bem-estar social (*Welfare State*) surge então nutrido de forte apelo social e num contexto de repulsa ao individual e de valorização do coletivo.

No plano do direito processual, esses novos delineamentos das funções institucionais do Estado a partir da segunda metade do século XIX (e com mais intensidade no século passado) levam à revisão das concepções de jurisdição e processo. Bülow lançou, em 1868, a obra intitulada “*Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*”⁶⁵, inaugurando uma nova concepção de processo e sepultando a concepção privatista (contratualista) que se tinha até então. Para o autor, o processo era uma relação jurídica, mas não como as outras. Era de direito público, porque nela o Estado exerceria uma atividade estatal típica. Desta forma, ao contrário das relações jurídicas de direito material, em geral bilaterais, a relação jurídica processual caracterizava-se pela tridimensionalidade.⁶⁶

Com a superação da visão de que a ação se confundia com o direito material e com a supervalorização do papel do Estado na pacificação dos conflitos fortaleceu-se a ideia de que o direito de ação se exercia contra o Estado-juiz, que tem o dever de efetivar a vontade da lei.

⁶⁵ BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. Tradução de: *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*.

⁶⁶ “[...] Se acostumbra a hablar, tan sólo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública” (*Ibid.*, p. 1-2).

Passou-se, então, de um modelo privatista, liberal, para um modelo intervencionista, em que são reconhecidos amplos poderes ao juiz, agente do Estado responsável pela jurisdição. Foi então superado o modelo que não admitia medidas judiciais de ofício, sem provocação das partes, sob pena de malferirem-se as liberdades e de caracterizar-se indevida interferência estatal no âmbito das relações entre particulares. Passou-se a um modelo de evidente protagonismo judicial.

Tendo em vista que o direito processual não se desenvolvera até aquele momento como ciência, a novel teoria foi festejada pela doutrina. Surgia um novo pretense ramo científico do direito. Ultrapassado o conceito civilista de ação, esta adquiriu *status* de instituto do direito processual, ramo que então se delineava autônomo. Tal autonomia ocorreu de forma plena, abarcando vários institutos antes objetos de outras áreas do conhecimento.

O custo da autonomia do direito processual foi alto. O caráter autoritário da teoria do processo como relação jurídica, ao eleger a jurisdição como figura central⁶⁷, não era tão evidente a um olhar desatento. Atualmente, todavia, é possível aferir-se que a teoria foi o berço do estágio atual do que se tem nominado ativismo judicial.

A teoria instrumentalista do processo, bastante difundida no sistema pátrio pela Escola Paulista de Processo, parte da ideia de que o processo foi criado pelo homem na busca de realizar determinados objetivos, e nessa perspectiva deve ser visto, não se justificando formalismos contraproducentes, que retardam a entrega da prestação jurisdicional, quando não a tornam inefetiva. O processo possui, portanto, fins de ordem social, política e jurídica. Fala-se em princípio instrumental⁶⁸.

Segundo Dinamarco, a jurisdição possui fins a realizar de ordem social, jurídica e política. Os escopos sociais do processo consistiriam na pacificação com justiça e na educação para o exercício da cidadania⁶⁹. Quanto aos escopos políticos, afirma o instrumentalismo ser o processo instrumento para que o cidadão influencie nas decisões do Estado por meio de uma de suas atividades típicas (jurisdição). Tal influência dá-se por meio do contraditório. Ademais, através de mecanismos processuais como o da ação popular,

⁶⁷ “O esquema da relação jurídica processual – cuja figura central é a jurisdição –, ao desprezar a realidade concreta dos seus sujeitos, pode acolher qualquer forma de exercício do poder. Ou seja, a abstração e neutralidade do conceito de relação jurídica processual é suficiente para esconder qualquer vontade estatal” (MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 542).

⁶⁸ “O processo deve cumprir seus escopos jurídicos, sociais e políticos, garantindo: pleno acesso ao Judiciário, utilidade dos procedimentos e efetiva busca da justiça no caso concreto” (PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 48).

⁶⁹ DINAMARCO, 2003, p. 193-199.

o cidadão pode atuar diretamente na seara política, controlando a atuação dos agentes públicos⁷⁰. Seria, por fim, escopo jurídico do processo o de fazer atuar a lei no caso concreto para a justa composição da lide. Um Estado Social não admitiria a busca apenas do escopo jurídico (de atuação da lei). Por isso, para os instrumentalistas, os fins (sociais, políticos e jurídico) devem ser buscados conjuntamente.⁷¹

Sendo o processo instrumento para fazer valer os fins da jurisdição, e não para satisfazer as partes, os amplos poderes conferidos ao magistrado para substituir a vontade das partes são, para os teóricos do instrumentalismo, considerados em tese legítimos. Nas palavras de Dinamarco, o processo deve ser “instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa”⁷². Essa visão romântica acerca dos poderes cognitivos do julgador para valorar o justo fomentou o ativismo judicial. A instrumentalidade, de acordo com Costa e Costa, “[...] parece mais capaz de propiciar um ativismo judicial de magistrados movido por suas convicções éticas e políticas do que de estabelecer uma estrutura conceitual suficiente para estabelecer uma teoria processual efetivamente renovadora”⁷³. E concluem os autores que o instrumentalismo estimulou um “ativismo judicial relativamente acrítico”⁷⁴.

De acordo com os mesmos autores, o neoliberalismo sacrificou os serviços públicos, inclusive a administração da justiça, o que tornava incompatível o modelo judiciário brasileiro com o que dele esperavam os instrumentalistas (Estado-juiz como porta-voz da justiça e concretizador da paz social). Para impedir que restasse frustrado o plano de socialização processual, o instrumentalismo abriu caminhos para a ideia de que a magistratura está autorizada a agir segundo sua sensibilidade no intuito de realizar seu mister de fazer valer os valores constitucionais.⁷⁵

O instrumentalismo baseia-se então no protagonismo judicial, na visão de que o processo é instrumento a serviço do Estado (e não das partes) na busca da realização da justiça, um dos escopos da jurisdição. O magistrado teria então especial discernimento para saber quais regras devem ou não ser aplicadas a partir de uma visão principiológica do ordenamento.

⁷⁰ DINAMARCO, 2003, p. 204-208.

⁷¹ “O processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar esses três planos, recusando-se a permanecer num só, sob pena de esterilidade nas suas construções, timidez ou endereçamento destoantes das diretrizes do próprio Estado social.” (*Ibid.*, p. 186).

⁷² *Ibid.*, p. 379.

⁷³ COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo: uma avaliação das críticas neoinstitucionais à teoria da instrumentalidade do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 18, n. 72, p. 135, out./dez. 2010.

⁷⁴ COSTA; COSTA, 2010, *loc. cit.*

⁷⁵ *Ibid.*, p. 139.

Corrente recente no Brasil, o garantismo já há muito vem se fortalecendo ao redor do mundo. A crítica feita por esta corrente ao instrumentalismo é a de que a dignidade constitucional do processo não autoriza a que seja reduzido a mero instrumento do Estado⁷⁶. A redução do processo a instrumento a serviço da jurisdição é negativa de seu lugar de garantia constitucional.

O autoritarismo da teoria da relação jurídica está menos na concepção de que há relação entre as partes e o juiz e mais na forma como foi desenvolvida. Torna autoritária a teoria seu intento de, em âmbito processual, fortalecer o papel do Estado como substituinte da vontade das partes. Não à toa, para os adeptos da teoria, a substitutividade é vista como característica da jurisdição⁷⁷.

Mas o discurso de socialização do direito processual não resultou apenas no fortalecimento dos poderes do juiz, agente realizador dos fins da jurisdição. Produziu efeitos bastante positivos na simplificação procedimental, resultante da ideia de processo como instrumento (e não fim em si mesmo)⁷⁸, e na ampliação do acesso à via judicial de resolução dos conflitos, especialmente para os hipossuficientes financeiramente.

Na Itália, já na década de 60, o Projeto Florença, liderado por Cappelletti e não restrito ao território italiano, tendo investigado diversos ordenamentos europeus, procedeu ao diagnóstico das causas da ineficiência da justiça, além da falta de acesso à justiça pelos mais pobres. No Brasil, o fortalecimento da Defensoria Pública é resultado desse movimento de

⁷⁶ “Se se supõe que existem processos na realidade dos fatos, e este fato se destina a ser explicado legalmente, pode-se concluir que a jurisdição é um requisito. O erro não está aqui na conclusão, mas na premissa básica. Se partimos do fato de que o que nos é oferecido é um Estado que atua jurisdicionalmente, e é isso que devemos estudar cientificamente, reduziremos o processo a um mero instrumento.” (MONTERO AROCA, Juan. **Evolución y futuro del derecho procesal**. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, p. 84-85, tradução nossa). Citação original: “*Si se parte de que en la realidad de los hechos existen procesos, y ese hecho pretende explicarse jurídicamente, puede llegarse a la conclusión de que la jurisdicción es un requisito. El error está aquí no en la conclusión sino en la premisa base. Si nosotros partimos de que la realidad política lo que nos ofrece es un Estado que actúa jurisdiccionalmente, y es esto lo que hay que estudiar científicamente, reduciremos el proceso a mero instrumento.*”. No mesmo sentido: “É voltando os olhos à CF/88, pois, cientes das conquistas históricas que levaram à inserção do processo dentre as garantias individuais de liberdade (artigo 5º, *caput* e inciso LIV, CF/88), que se extrai uma premissa no mínimo elementar: o processo não é mero instrumento, não sendo vocacionado à efetivação de escopos metajurídicos, senão uma “instituição de garantia” dotada de autonomia e substantividade (constitucional) próprias” (COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa. Processo não pode sufocar os direitos que nele são discutidos. **Revista Consultor Jurídico**, 26 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opiniao-processo-nao-sufocar-direitos-nele-sao-discutidos>>. Acesso em: 10 ago. 2017).

⁷⁷ Sobre o caráter substitutivo da jurisdição: “Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se. A única atividade admitida pela lei quando surge o conflito é, como vimos, a do Estado que substitui a das partes.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 148).

⁷⁸ Dinamarco alude à “negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir” (DINAMARCO, 2003, p. 390).

socialização da jurisdição. Os principais resultados da pesquisa constam da clássica obra “Acesso à Justiça”, escrita em coautoria com Garth. Na obra, foi exposta a preocupação com a justiça e efetividade das decisões e a necessidade de políticas públicas e judiciárias específicas para a tutela de direitos da coletividade⁷⁹, o que, no Brasil, indubitavelmente influenciou o regramento da tutela dos interesses coletivos, levando em conta suas peculiaridades.

Outra grande preocupação de Cappelletti e Garth era com a necessidade de fomento de meios alternativos de resolução de conflitos.⁸⁰ É certo que o acesso à justiça não pode ser concebido apenas como o acesso à via judicial de resolução de conflitos, pois que justiça se faz também na via extrajudicial. Aliás, na atualidade, muito estímulo, em âmbito legislativo e de políticas públicas, há para a resolução extrajudicial dos conflitos.

Recentemente, a visão instrumentalista do processo vem cedendo espaço a um maior protagonismo das partes. Passa-se à visão de processo como comunidade de trabalho, sendo, neste cenário, a cooperação considerada o grande vetor a reger o papel judicial e a atitude das partes.

Obviamente, apesar de ser o CPC/15 apontado como o diploma que veio a consolidar essa nova fase no direito processual brasileiro, não é possível estabelecer o momento exato em que veio a implementar-se⁸¹, se é que se pode falar em implementação, já que imprescindível uma mudança de postura que não ocorre imediatamente após a vigência da norma. Aliás, esta tese é justamente uma análise dos pressupostos para a adoção de uma postura cooperativa pelo Estado. Ou seja, parte a tese da constatação de que, na atualidade, muito há a ser concretizado.

2.2.2 Cooperação: direito e dever de todos que participam do processo

O modelo cooperativo de processo tem como foco uma maior participação das partes e do juiz para a solução mais legítima do litígio (intensificação do debate em âmbito

⁷⁹ “Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 49).

⁸⁰ Após descreverem o que chamam de três “ondas” de acesso à justiça, os referidos autores apontam que a “terceira onda” “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (*Ibid.*, p. 67-68). Com efeito, a prevenção das disputas torna prescindível o recurso à via judicial, além de realizar muito mais eficazmente a pacificação social.

⁸¹ “[...] como acontece na evolução de qualquer das realidades do homem, é muito difícil, se não impossível, marcar o momento do final de um estágio e o início do próximo.” (MONTERO AROCA, 1984, p. 26, tradução nossa). Citação original: “[...] como sucede en la evolución de cualquiera de las realidades del hombre, es muy difícil, si no imposible, marcar el momento del fin de una etapa y comienzo de la siguiente.”.

judicial). Neste modelo, há claramente a intenção de maior concretização dos princípios constitucionais do processo. Tanto assim que o CPC/15, considerado o diploma que consolidou o cooperativismo processual no Brasil, conferiu-lhes espaço próprio no texto (Parte Geral, Livro I, Título Único, Capítulo I – Das Normas Fundamentais do Processo Civil).

Boa parte dos princípios previstos no projeto já se encontra devidamente positivada na Constituição Federal de 1988. Qual a razão, então, para que se prevejam tais princípios também no corpo do código processual, que é norma infraconstitucional? Trata-se de um alerta do legislador para a importância da observância e efetivação em grau máximo dos princípios processuais no modelo cooperativo de processo⁸².

Para nominar essa nova fase em que se encontra o direito processual, Didier Jr. adota a nomenclatura “neoprocessualismo”, por significar a revisão das categorias processuais (estabelecidas ainda na fase do processualismo) a partir de novas premissas, o que justificaria o prefixo “neo”. As premissas teóricas dessa nova fase do direito processual seriam os direitos fundamentais de cunho processual prescritos na Constituição brasileira.⁸³

Oliveira utiliza a expressão “formalismo valorativo”⁸⁴, em contraposição ao maléfico formalismo excessivo, para referir-se a esta nova fase do direito processual. Dentre os valores a serem observados na atividade processual, ressalta-se a cooperação, que, segundo o referido autor, foi introduzida em âmbito processual num contexto de valorização da linguagem e do discurso argumentativo.⁸⁵

Nesse novo momento processual, o contraditório apresenta-se como decisivo instrumento de participação e passa a ser visto como o efetivo diálogo entre partes e magistrado. Deve este, então, antes de decidir, dialogar com as partes. São elas, afinal, que possuem as informações necessárias ao conhecimento dos fatos.

⁸² O primeiro artigo do projeto deixa clara a intenção de fiel observância dos valores e princípios fundamentais da referida Constituição ao dispor: “Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas da Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se, ainda, as disposições deste Código.” (BRASIL, 2015a, *online*).

⁸³ DIDIER JR., Fredie. Teoria do processo e teoria dos direitos: o neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010b, v. 2, p. 257-263.

⁸⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 151-172.

⁸⁵ “Por outro lado, o abandono de uma visão positivista e a adoção de uma lógica argumentativa, com a colocação do problema no centro das preocupações hermenêuticas, assim como o emprego de princípios, de conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, em detrimento de uma visão puramente formalista na aplicação do direito, haveria obviamente de se refletir no processo. Decorre daí, em primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo.” (*Ibid.*, p. 159).

Para compreender o modelo cooperativo, faz-se necessária uma breve digressão com vistas à análise dos outros modelos. O modelo adversarial caracteriza-se por uma disputa, um conflito entre dois adversários perante um órgão jurisdicional relativamente passivo, que tem a função de decidir. Nesse modelo, não se concebe que o juiz determine de ofício a produção de determinados meios de prova. Ou seja, o protagonismo é das partes (princípio dispositivo)⁸⁶. Diferentemente, no modelo inquisitorial, o juiz é o protagonista da relação jurídica processual⁸⁷.

O CPC/73 não adotou exclusivamente nenhum dos dois modelos⁸⁸. É que aquele diploma continha dispositivos que prestigiavam a iniciativa das partes (ex.: instauração do processo e fixação do objeto litigioso – arts. 128, 263 e 460, do CPC/73), enquanto outros prestigiavam o poder do juiz na condução do feito (poderes instrutórios do juiz – art. 130 do CPC/73).

Ocorre que o atual diploma, que se pretende cooperativo, ou seja, despido de protagonismo judicial, também prevê dispositivos semelhantes aos inquisitórios do sistema anterior. Com efeito, continuou a prever o legislador, por exemplo, o poder judicial de determinação de ofício das provas necessárias ao julgamento do mérito (art. 370 do CPC/15).

Aliás, foi além o texto legal, para ampliar os poderes do juiz de forma desarrazoada, permitindo-lhe, por exemplo, a adoção de medidas executivas atípicas (indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias) necessárias à garantia de efetividade das ordens judiciais, inclusive quando se trata de obrigação que tem por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV, do CPC/15).

⁸⁶ “O modelo processual adversarial caracteriza-se por conferir primazia às partes na condução material e formal do processo. [...] Já quando se examina a posição das partes no bojo do procedimento, pode-se constatar o predomínio de sua atuação tanto no que diz respeito à instauração da demanda (seu ajuizamento e a fixação do objeto litigioso do processo) quanto no que se refere à atividade instrutória.” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 306-307).

⁸⁷ “O modelo inquisitivo estrutura-se sobre as bases do ativismo judicial e da verticalização da relação jurídica processual, assumindo o juiz a posição de autêntico órgão de poder, superior às partes. Essa verticalização é sentida, sobretudo, pela ampliação dos poderes do magistrado, especialmente os instrutórios. Realça-se a criatividade judicial, na medida em que o juiz é chamado a concretizar normas de textura aberta (cláusulas gerais)” (*Ibid.*, p. 308). Mitidiero adota nomenclatura diferente. Para o autor, os três modelos são o isonômico, o assimétrico e o cooperativo. No modelo isonômico, “a busca pela verdade no processo é uma constante, entendida, todavia, como tarefa exclusivamente das partes” (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 113). No modelo assimétrico, “a procura pela verdade acaba sendo idealmente uma tarefa a ser deslindada principalmente pelo Estado na condução ativa do processo” (*Ibid.*, p. 114).

⁸⁸ “Não é possível afirmar que o modelo processual brasileiro é totalmente dispositivo ou inquisitivo. O mais recomendável é falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso etc.” (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 209-210).

Para Costa e Pereira, essa ampliação dos poderes do juiz no CPC/15 seria demonstrativa de ser a cooperação uma continuação da teoria instrumentalista⁸⁹, não servindo, portanto, ao propósito de pôr termo ao protagonismo judicial. Concorde-se com a crítica às disposições do CPC/15 que teriam estimulado o ativismo judicial, como as citadas acima. Todavia, trata-se de equívoco do legislador, não da teoria.

Os equívocos legislativos não ofuscam as lições dos adeptos da cooperação acerca da maior participação das partes, em comunidade de trabalho com o juiz. A cooperação em âmbito processual visa ao fim do protagonismo judicial, e não à sua exacerbação. A ideia é a de que todos (juiz, partes e demais intervenientes) participem da atividade jurisdicional como em uma comunidade de trabalho.

Mas, diante dos erros cometidos pelo legislador, o que fundamentaria então a ideia de que se está diante de um diploma que inaugura um novo modelo de processo? Em linhas bem gerais, a intensificação do contraditório e a valorização da boa-fé processual. Eis o maior mérito da novel legislação, o que ameniza os impactos negativos dos equívocos analisados e estimula uma maior participação de todos os atores processuais.

No Código revogado (CPC/73), não havia norma que obrigasse o juiz a conversar com as partes. Tinha o juiz apenas o dever de ouvir as partes, sem exigência de real diálogo. Ademais, naquele sistema, podia o juiz, na apreciação livre da prova, levar em consideração fatos, ainda que não alegados pelas partes, bastando que indicasse os motivos que lhe formaram o convencimento (art. 131 do CPC/73). E, no que diz respeito às questões cognoscíveis de ofício, estava o julgador autorizado a conhecê-las, sem submetê-las ao debate entre as partes, tendo em vista a ausência de dispositivo que o obrigasse, como ocorre no Código atual, que assim dispõe: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”⁹⁰.

O contraditório seria, também, uma garantia capaz de impedir que as partes sejam surpreendidas pelo inesperado conteúdo de uma decisão judicial (contraditório como garantia de não surpresa). As questões cognoscíveis de ofício estão, também, incluídas dentre as matérias acerca das quais há a obrigação (poder-dever) do magistrado de consultar as partes. Tal dever judicial tem sido mencionado pela doutrina como “dever de consulta”⁹¹ e está

⁸⁹ COSTA; PEREIRA, 2017, *online*.

⁹⁰ BRASIL, 2015a, *online*.

⁹¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2010, p. 226.

positivado nos arts. 9º e 10 do CPC/15⁹². O art. 131 do CPC/73 previa expressa autorização a que o juiz fundamentasse o ato decisório em fatos e circunstâncias constantes dos autos, embora não alegados pelos participantes do processo⁹³. O texto atual, portanto, representa um rompimento com a anterior sistemática.

Essa intensificação do contraditório traz para o magistrado alguns deveres, como o de consultar as partes em relação ao conteúdo do que será decidido, a fim de evitar a surpresa (contraditório como garantia de não surpresa) e garantir a possibilidade de influenciar o ato decisório (contraditório como garantia de influência).

Outro dever do juiz resultante do redimensionamento do contraditório é o “dever de esclarecimento judicial”⁹⁴. Não se trata do já conhecido dever do juiz de esclarecer as partes (por meio de embargos de declaração), mas de um direito/dever de esclarecer-se com as partes, um espécie de “embargos de declaração às avessas”⁹⁵. Também aqui é nítida a preocupação com a garantia de influência e de não surpresa. É que a parte, caso não tivesse sido solicitada pelo juiz para prestar esclarecimentos, poderia surpreender-se com decisão judicial desconectada com a realidade dos fatos e com a real intenção das partes (muitas vezes *citra*, *ultra* ou *extra petita*). Além disso, provavelmente sentir-se-ia injustiçada, por não ter tido a real oportunidade de influenciar na decisão. O dever de esclarecimento confere ainda mais segurança ao magistrado, que decidirá com cognição mais ampla, esclarecido de quaisquer dúvidas acerca do arcabouço fático e jurídico.

⁹² Arts. 9º e 10, CPC/15: “Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” (BRASIL, 2015a, *online*).

⁹³ Art. 131, CPC/73: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, **ainda que não alegados pelas partes**; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (BRASIL, 1973, *online*, grifo nosso).

⁹⁴ A expressão é adotada, dentre outros, por Nunes (2010, p. 229). A doutrina aponta ainda outros deveres do magistrado decorrentes do modelo cooperativo de processo, dos quais não se tratará por não se relacionarem diretamente com o redimensionamento do contraditório. Apenas serão citados resumidamente neste espaço, para evitar divagações. São eles: dever de prevenção (impõe ao magistrado apontar as deficiências postulatórias das partes, para que possam ser supridas); dever de auxílio (prescreve a obrigação do juiz de auxiliar a parte a superar eventual dificuldade que lhe tolha o exercício de seus ônus ou deveres processuais); dever de correção e urbanidade (impõe ao magistrado conduta adequada, ética e respeitosa em sua atividade judicante) (AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de. O modelo cooperativo de processo e o projeto de lei do Novo CPC. In: CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto (Coord.). **O projeto do novo CPC**: estudos em homenagem ao Professor Hugo Machado Segundo. Fortaleza: Editora Din.ce, 2012, p. 45-60).

⁹⁵ DONIZETTI, Elpidio. Princípio da cooperação (ou da colaboração): arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC. **Jusbrasil**, 06 maio 2012. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 20 jul. 2017. O dever de esclarecimento judicial está inserto nos arts. 6º, 9º e 10 do CPC/15. É que, se o juiz e as partes devem cooperar entre si (art. 6º), não podendo o juiz proferir decisão contra uma das partes sem antes ouvi-la (art. 9º), nem adotar como fundamento de decisão matéria sobre a qual as partes não puderam manifestar-se (art. 10), o dever de esclarecer-se com as partes (dever de esclarecimento judicial) é evidente.

Há íntima correlação entre contraditório substantivo e fundamentação das decisões judiciais⁹⁶. A combinação desses princípios impõe o enfrentamento de todos os argumentos trazidos pelas partes⁹⁷. A ideia de legitimidade pelo debate serviria de fundamentação da moderna visão do contraditório como garantia de influência. Pelo princípio da democracia, a validade ou a justiça de uma norma depende de que os participantes do processo jurídico de elaboração das normas por meio do discurso alcancem o consenso: “De acordo com o princípio do discurso, podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais”⁹⁸.

Embora seja irrazoável teimar pelo alcance do consenso entre o juiz e as partes, sob risco de não ter fim a atividade jurisdicional, é mister o reconhecimento de que quanto mais diálogo, mais democrática será a decisão judicial. Esse redimensionamento do contraditório seria, para o cooperativismo, suficiente para a superação do protagonismo judicial.⁹⁹ Estando definitivamente incluído no rol dos sujeitos do diálogo processual, estaria o juiz, no modelo cooperativo, impedido de ocupar o superado mister de mero coletor de alegações das partes, de passivo espectador do debate entre elas travado. Pode-se dizer então que o modelo cooperativo de processo consiste na aplicação ao processo judicial do modelo de Estado democrático constitucional.

⁹⁶ O CPC/15 prevê o dever de enfrentamento de todos os argumentos colocados pelas partes no art. 489, § 1º, IV: “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; [...]” (BRASIL, 2015a, *online*).

⁹⁷ Segundo Bahia e Vecchiatti, “[...] é somente pelo enfrentamento que saberemos se o Juízo/Tribunal considerou seriamente/efetivamente referidos argumentos e se efetivamente dialogou com a parte para tanto” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O dever de fundamentação, contraditório substantivo e superação de precedentes vinculantes (*overruling*) no Novo CPC – ou do repúdio a uma nova escola da exegese. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Orgs.). **Novas tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 2, p. 41). Para Nunes, o contraditório engloba um feixe de direitos que dele decorrem, pontuando “o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório” (NUNES, 2010, p. 230).

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 164. Zaneti Júnior, transportando tal raciocínio para o âmbito da produção da norma contida na sentença judicial, faz uma correlação entre o modelo procedimental-deliberativo (modelo normativo de democracia de Habermas) e o processo: “No processo, o modelo procedimental-deliberativo se dá por meio dos postulados da máxima cooperação (*Kooperationsmaxima*) e do formalismo valorativo, no qual a forma é entendida em sentido amplo. Pretende-se assim que a valorização desses postulados auxilie o jurista na tarefa de, em contraditório, argumentar segundo a pretensão de correção.” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 169-170).

⁹⁹ No sentido da ausência de protagonismos no modelo cooperativo: “A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem protagonismos” (DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010a, p. 47).

Ao garantir o direito de influenciar a decisão judicial, o modelo cooperativo mostra-se como aquele que confere maior legitimidade à atividade jurisdicional, sendo o mais adequado ao alcance da pacificação social. A pacificação decorre da circunstância de que o jurisdicionado, ainda que vencido, sentirá que teve efetivamente a oportunidade de influenciar o magistrado.¹⁰⁰

O contraditório efetivo é, nessa perspectiva, garantia de aplicação da democracia em âmbito processual, o que legitima a atividade jurisdicional. Aliás, por faltar ao Poder Judiciário a legitimidade prévia advinda do voto popular, é o contraditório que garante tal legitimidade *a posteriori*. Daí a importância de uma cultura democrática no seio do Poder Judiciário. Quanto mais debate, mais efetivo será o contraditório, e mais legítima será a decisão judicial.

Exatamente por ser o modelo cooperativo mais democrático, a sua aplicação no seio do Poder Judiciário brasileiro não ocorreria de forma tranquila. É que a mera previsão legal de procedimentos de democratização do processo não será suficiente, mesmo com a vigência do novo código, à concretização da cooperação em âmbito processual. O princípio democrático, decorrência do Estado Democrático de Direito, deve guiar a atuação estatal, em especial as funções estatais típicas, dentre as quais a jurisdição¹⁰¹.

Portanto, não é o texto legal suficiente para a mudança de uma mentalidade antidemocrática tão arraigada. Certamente, deverá haver o esforço dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, em especial o CNJ, para uma profunda reciclagem da magistratura, com incentivos à participação de seus membros em cursos sobre técnicas de democratização da atividade jurisdicional e modelo cooperativo, como a pontuação para fins de promoção por merecimento, por exemplo. Se os órgãos de cúpula não tomarem a iniciativa de formar os juízes para esse novo momento, o tempo e o desgaste das novas atribuições assumidas pela Magistratura talvez a levem a reclamar providências, num protesto “de baixo para cima”.¹⁰²

¹⁰⁰ “Sem deixar de mencionar que a cooperação dos litigantes, na formação da decisão judicial, serve de ‘válvula de escape’ de ressentimentos e críticas, o que permite que o resultado do processo seja influenciado pelos seus participantes, facilitando assim a sua assimilação e aceitação pela sociedade.” (FREITAS, Gustavo Martins de. O princípio da colaboração no processo civil brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 931, 20 jan. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7850>>. Acesso em: 14 jun. 2017).

¹⁰¹ Segundo Streck, “[...] a noção de Estado Democrático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário [...]” (STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 261, maio/ago. 2003).

¹⁰² Faria aponta que: “[...] é cada vez maior o número de juízes conscientes de que não estão preparados técnica e intelectualmente para lidar com o inédito; de que não dispõem de uma formação profissional multidisciplinar apta a permitir-lhes entender, formular e explicitar tanto a novidade quanto as próprias transformações na ordem jurídica [...]” (FARIA, José Eduardo. Transformações do Judiciário. *In*: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 60-61).

O fim dos protagonismos no processo relaciona-se à ideia de comunidade de trabalho¹⁰³, formada pelos sujeitos processuais, tendo cada um o poder/dever de influenciar nos rumos do processo de acordo com os recursos de que dispõem¹⁰⁴. Frise-se que a adoção do modelo cooperativo de processo, como já antes colocado, não significa a exclusão dos outros dois modelos, mas a preponderância da cooperação como princípio norteador da atividade processual.

Todavia, também é inquestionável que, na prática, o modelo cooperativo alonga o procedimento. É que os deveres de consulta e de esclarecimento exigem do magistrado uma constante intimação das partes para manifestarem-se ou prestarem esclarecimentos. Assim, poder-se-ia questionar o modelo cooperativo, alongador do lapso temporal procedimental, como adequado ao sistema de acesso à justiça brasileiro, cuja maior falha é a morosidade. Ademais, não se há de olvidar que o modelo foi importado dos sistemas europeus, que não enfrentam o problema da morosidade em igual intensidade. Portanto, o sucesso do modelo em outros sistemas não garantiria a sua adequabilidade à realidade brasileira.

Pode-se argumentar, todavia, que o modelo cooperativo não ofende tal princípio, tendo em vista que o processo deve durar o tempo necessário, e não mais que o necessário, para alcançar-se uma prestação jurisdicional o mais legítima possível¹⁰⁵.

Nessa perspectiva, a demora que o modelo cooperativo ocasiona no procedimento seria imprescindível à legitimidade da decisão judicial, não sendo razoável que, para que se entregue mais rapidamente a prestação jurisdicional, seja deixada de lado a preocupação com a democratização do discurso em âmbito jurisdicional. Não se deve confundir a razoável duração do processo com a precipitação das decisões judiciais¹⁰⁶. Certamente, o anseio pela diminuição do tempo do processo não pode constituir motivo para que princípios processuais constitucionais sejam desprezados¹⁰⁷.

¹⁰³ GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognition processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 371-385.

¹⁰⁴ “Propõe-se, assim, um afastamento completo da ideia de privilégio cognitivo do julgador (decisionismo) e a implantação de um espaço discursivo participativo de formação de decisões.” (NUNES, 2010, p. 196).

¹⁰⁵ Para Mitidiero, o processo e a decisão somente são justos se há efetivo contraditório, que pressupõe o “dever de debate acometido ao órgão jurisdicional” (MITIDIERO, 2009, p. 135).

¹⁰⁶ MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **A função social do processo no Estado Democrático de Direito: à luz da Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin e da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 55.

¹⁰⁷ “Se, numa demonstração de retórica jurídica, se podia dizer que ‘no processo o tempo é algo mais do que ouro: é justiça’, com muito maior razão se pode afirmar que a justiça tem de ser feita da forma mais rápida possível, sempre observando os preceitos constitucionais que devem ser agregados ao princípio da celeridade e razoável duração do processo, como o devido processo legal, a isonomia, o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural (administrativo e judicial) etc.” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 330).

Ademais, antes de apontar o contraditório como o grande “vilão” da morosidade no sistema judiciário brasileiro, há de investigar-se se a crise dessa morosidade é ocasionada por aspectos legais do procedimento ou por problemas estruturais do Poder Judiciário.¹⁰⁸

Afinal de contas, uma prestação jurisdicional efetiva e legítima não se dá com o sacrifício de direitos fundamentais processuais. A duração razoável do processo é o tempo necessário para que, dentro de um devido processo legal, seja entregue a prestação jurisdicional satisfativa.

2.2.3 O modelo cooperativo no direito comparado

A positivação do princípio da cooperação (art. 6º do CPC/15) e de regras tendentes a realizá-lo deve-se à preocupação com a concretização dos princípios processuais constitucionais, nessa nova fase do direito processual, que se nominou neoprocessualismo.

A inspiração para o CPC/15 pode ter vindo do direito português¹⁰⁹. A lei que estabeleceu as bases da reforma processual portuguesa, Lei nº 33/1995, dispunha, em seu artigo 6º:

As alterações à lei processual deverão consagrar o dever de cooperação para descoberta da verdade, a par da necessidade de uma adequada ponderação, em termos de proporcionalidade, eticamente fundada, entre o direito à reserva da intimidade da vida privada e a obtenção da verdade material e os direitos e interesses da contraparte [...].¹¹⁰

O Código de Processo Civil português de 1961 já previa, em seu artigo 266º, 1: “1 – Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”¹¹¹.

¹⁰⁸ “O excesso de trabalho, o número excessivo de processos, o número insuficiente de juizes ou de servidores, são justificativas plausíveis e aceitáveis para a duração exagerada do processo, desde que causas de crise passageira. Quando se tratar de crise estrutural do Poder Judiciário ou da Administração, esses motivos não justificam a duração exagerada do processo e caracterizam ofensa ao princípio estatuído na CF 5º LXXVIII”. (NERY JUNIOR, 2013, p. 331).

¹⁰⁹ Didier Jr., que participou, na Câmara dos Deputados, como coordenador técnico dos trabalhos de revisão do projeto do que veio a tornar-se o novo código de processo civil, estudou a aplicação da cooperação no sistema português durante seu pós-doutoramento na Universidade de Lisboa, tendo então publicado sua tese no ano de 2010 (DIDIER JR., 2010a).

¹¹⁰ PORTUGAL. Lei nº 33/1995, de 18 de agosto. Autoriza o Governo a rever o Código de Processo Civil. **Diário da República**, Lisboa, 18 ago. 1995, I Série-A, n. 190, p. 5172. A referência ao “dever de cooperação para descoberta da verdade” deixa claro o não abandono de traço fundamental do modelo inquisitivo de processo em Portugal.

¹¹¹ PORTUGAL, 1961.

No número 2, estabelecia o legislador português o poder/dever de consulta do magistrado, ao dispor:

O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.¹¹²

Percebe-se, a partir desta última previsão, que a positivação do dever de cooperação dos magistrados em nada diminuiu seus poderes, tendo, pelo contrário, por meio do dever de consulta, havido a previsão de poderes ampliados, o que se confirma ainda pelo número 3 do mesmo dispositivo: “As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do art. 519”¹¹³.

O atual Código português, de 2013, manteve idêntico regramento tanto do dever de cooperação (art. 7º¹¹⁴), como do dever de boa-fé processual (art. 8º¹¹⁵).

Quanto à intensificação do contraditório no modelo instaurado no CPC/15, a inspiração parece ter vindo de sistemas processuais europeus, que preveem a proibição da sentença de terceira via, ou seja, aquela decisão que adotou por fundamento argumento não trazido ou debatido pelas partes.¹¹⁶ Com efeito, não é legitimada pelo contraditório decisão dessa espécie.

¹¹² PORTUGAL, 1961.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ “[...] Princípio da cooperação. 1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º. 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.” (*Id.*, 2013, p. 3519-3520).

¹¹⁵ “Artigo 8.º (art.º 266.º-A CPC 1961). Dever de boa-fé processual. As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.” (*Ibid.*, p. 3520).

¹¹⁶ “[...] é uma preocupação constante, há algum tempo, dos juristas europeus o fenômeno cada vez mais recorrente da decisão de surpresa (*Überraschungsentscheidungen*) ou *di terza via*, que são os provimentos judiciais fundados sobre a resolução de questões de fato e de direito não submetidas a discussão com as partes e não indicadas preventivamente pelo juiz.” (NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 168). Adota o mesmo entendimento sobre o que seria uma sentença de terceira via Nery Junior: “A proibição de haver decisão surpresa no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*. Trata-se da proibição da sentença de terceira via.” (NERY JUNIOR, 2013, p. 237-238).

No direito alemão, de onde se exportou a ideia de comunidade de trabalho, não há previsão do princípio da cooperação na legislação processual (*Zivilprozessordnung* – ZPO). Todavia, a despeito da previsão expressa do princípio, há regras de cooperação que incitam o julgador a uma conduta mais ativa diante do contraditório e da condução processual¹¹⁷. O intuito de evitar a decisão surpresa e de permitir de forma ampla a influência das partes (contraditório como garantia de influência e não surpresa) fica evidente nos ns. 2 e 3 do § 139 da ZPO¹¹⁸, quando preveem o dever do julgador de dar oportunidade às partes de discussão das questões fáticas e jurídicas que considerar relevantes, bem como de ouvi-las quanto a dúvidas a respeito de questões cognoscíveis de ofício. O n° 1 do § 139¹¹⁹ prevê o dever de esclarecimento judicial, ou seja, caso o juiz tenha dúvidas acerca dos fatos alegados, poderá formular indagações para que as partes esclareçam e, se necessário, suplementem referências que tenha feito insuficientes acerca de fatos considerados relevantes pelo julgador.

Fica assim evidente que a legislação processual alemã abarca o direito/dever de cooperação entre os atores do processo. Da norma contida no n° 1 do § 139 da ZPO extrai-se inclusive a possibilidade de o órgão julgador sugerir às partes a mudança dos pedidos formulados. Ademais, o § 263 da ZPO permite a alteração da demanda mesmo sem a concordância da parte contrária.

A cooperação judicial envolvida em tal possibilidade é desconhecida no Brasil. Aqui, em virtude da regra da estabilização da demanda, tal comportamento do magistrado não

¹¹⁷ “As regras ali contidas não deixam qualquer dúvida a respeito da profunda correlação entre cooperação e contraditório, de resto muito clara quando se extraem os deveres cooperativos consignados no dispositivo legal em comento” (BARREIROS, 2013, p. 209).

¹¹⁸ § 139, ZPO: “[...]. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. [...]” (ALEMANHA. **Zivilprozessordnung (ZPO)**. 1950, p. 62. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ZPO.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2017, tradução nossa). Citação original: “[...] (2) *Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien.* (3) *Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen.* [...]”.

¹¹⁹ § 139, ZPO: “[...]. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. [...]” (ALEMANHA, 1950, *loc. cit.*, tradução nossa). Citação original: “[...] (1) *Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.* [...]”.

é admissível¹²⁰. Possivelmente a preocupação com a agilidade da prestação jurisdicional seja uma das razões da menor flexibilidade do processo brasileiro. Trata-se de realidade bastante distinta da experimentada na Alemanha. Ademais, diante da necessidade de efetivar em grau máximo o contraditório, qualquer flexibilização no sentido de permitir uma alteração no pedido inicial não se faz sem um alongamento da atividade jurisdicional.

Na França, a legislação processual (*Nouveau Code de Procédure Civile de 1975*), em seu art. 16, previu a impossibilidade de o magistrado julgar questões, mesmo as cognoscíveis de ofício, sem previamente possibilitar às partes pronúncia¹²¹.

Como se percebe, a ideia de cooperação aplicada ao processo não é nova nos sistemas europeus. Doutrina, legislação e jurisprudência nesses sistemas há muito têm como indispensável um contraditório efetivo para a legitimidade da prestação jurisdicional.

2.2.4 As balizas do neoprocessualismo para a atuação estatal dentro e fora do processo

Os ideais trazidos ao sistema processual pelo neoprocessualismo não se limitam ao processo jurisdicional. Muito pelo contrário, por ser o modelo cooperativo aquele que melhor coaduna com o Estado Democrático de Direito, as diretrizes adotadas no sistema processual, em especial aquelas referentes à valorização da participação e à cooperação entre todos os envolvidos na atividade estatal, não somente podem como devem ser adotadas em âmbito administrativo. Como antes referido, desde o preâmbulo e no decorrer de toda a carta política o constituinte faz lembrar expressamente a opção pelo Estado Democrático.

Nessa perspectiva, a participação popular na atividade administrativa, seja ou não processual, é imperativa. A tomada de decisões, judiciais ou administrativas, só se legitima mediante o contraditório, expressão processual da democracia.

¹²⁰ “Art. 329. O autor poderá: I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.” (BRASIL, 2015a, *online*).

¹²¹ “Art. 3.3. O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório [...] ele não pode fundamentar sua decisão sobre questões de direito que suscitou de ofício sem ter previamente convidado as partes a apresentar as suas observações.” (FRANÇA. Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975. Instituant un nouveau Code de Procédure Civile. *JORF*, 9 déc. 1975, p. 12521. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000507244>. Acesso em: 22 set. 2017, tradução nossa). Citação original: “*Le juge doit, em toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction [...] Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*”.

A Administração Pública rege-se então, em todas as suas atividades, não somente pelos princípios insculpidos no *caput* do art. 37 da CF, mas pelo princípio democrático. E a cooperação e a busca da solução consensual para os conflitos, em diálogo permanente com o administrado, é exigência constitucional.

Ademais, como já se disse anteriormente, a boa-fé administrativa, traduzida pela moralidade administrativa, tem abrigo constitucional, assim como o dever estatal de busca da solução pacífica dos conflitos.

2.3 Fazenda Pública como o maior *repeat player* da justiça brasileira: causas

A busca de explicações para os problemas é o primeiro passo para o alcance de soluções efetivas. Diagnosticar as causas da excessiva litigiosidade estatal é fundamental para combatê-la¹²².

O que se pretende fazer a seguir é apontar as principais possíveis causas para a situação caótica em que se encontra a Fazenda Pública nas estatísticas feitas pelo CNJ, nas quais aparece como a maior litigante do país, como se verá adiante. É o Estado quem mais ocupa um dos polos das ações judiciais que atualmente tramitam, estando geralmente no polo passivo.

Fazenda Pública é a tradicional designação que se dá ao ente estatal de direito público, da Administração Pública direta ou indireta, quando em juízo. Apesar de Fazenda, no âmbito da máquina estatal, ser vocábulo normalmente empregado no cotidiano para referir ao tesouro ou ao erário (basta lembrar as Secretarias e o Ministério da Fazenda), para fins processuais, ainda que a ação judicial não tenha cunho patrimonial, basta que o Estado esteja em juízo para denominar-se Fazenda Pública, fazendo jus a todas as prerrogativas previstas em lei¹²³.

¹²² Silva, criticando o lamentável costume de tentar resolver os problemas sem conhecimento de suas causas, tratando especificamente da ineficiência da máquina judiciária, em raciocínio que em tudo se aplica ao presente tópico da tese: “O que há, porém, de singular nessa atitude é que a ninguém, dentre aqueles que se lamentam da ineficiência da administração da justiça, ocorra a natural indagação do ‘por quê’, que poderia dar-nos alguma resposta a respeito das causas reais desse fenômeno que tanto os incomoda e embaraça” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 299).

¹²³ “A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque o seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 732).

Excepcionalmente, alguns entes de direito privado (como os conselhos de fiscalização profissional e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) gozam de algumas prerrogativas em âmbito judicial¹²⁴.

Na presente tese, não só serão analisadas as posturas cooperativas que deve o Estado em juízo (Fazenda Pública) adotar, mas também fora e anteriormente à via judicial, como forma de evitá-la inclusive. Daí em muitos momentos não se utilizar a expressão Fazenda Pública, dado seu uso comum com referência à atuação judicial do ente público, preferindo-se as expressões “Poder Público” e “ente público”, entre outras.

Em estudo estatístico elaborado pelo CNJ acerca dos 100 (cem) maiores litigantes do Poder Judiciário brasileiro¹²⁵, as pessoas jurídicas de direito público, identificadas por “setor público”, ocupam o topo em dois dos ramos do Poder Judiciário analisados (Federal e do Trabalho), perdendo a primeira posição para o setor bancário apenas na Justiça Estadual. Dos dados lá constantes, é razoável a conclusão de que os entes estatais são os maiores clientes do Poder Judiciário. Tal quadro é uma das razões da presente tese, que busca soluções para a situação apresentada, não sem antes tentar identificar as principais razões de tal conjuntura.

De destacar-se que a habitualidade num dos polos do processo judicial não faz do Estado uma vítima do sistema. A posição de litigante habitual não é mais desvantajosa que a do adversário. Muito pelo contrário, o litigante habitual geralmente está no processo litigando com parte que não tem contato frequente com a via judicial.

Portanto, apesar de ter invariavelmente perdas e de arcar com os altos custos da defesa, o *repeat player* goza de vantagens, como:

¹²⁴ Os conselhos de fiscalização profissional, apesar de não comporem o conceito de Fazenda Pública (o art. 58, § 2º, da Lei nº 9.649/98 dispõe expressamente serem tais conselhos pessoas jurídicas de direito privado e não possuírem qualquer vínculo funcional ou hierárquico com os órgãos da Administração), gozam de algumas prerrogativas quando em juízo. No REsp 1330473/SP, entendeu o STJ pela aplicação da prerrogativa da intimação pessoal aos representantes judiciais de tais conselhos (STJ, REsp 1330473/SP 2012/0128357-0, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12/06/2013, Primeira Seção, DJe de 02/08/2013b). O mesmo se diga em relação à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que, apesar de ser pessoa jurídica de direito privado da Administração Indireta, goza de algumas prerrogativas da Fazenda Pública (ex.: prazos processuais, custas, impenhorabilidade de bens e imunidade recíproca), tendo em vista a prestação exclusiva de serviço postal, que é serviço público (STJ, AgRg no REsp 1400238/RN 2013/0283944-4, Relator Min. Herman Benjamin, julgado em 05/05/2015, Segunda Turma, DJe de 21/05/2015d). O fato, todavia, de essas pessoas excepcionalmente gozarem de algumas prerrogativas não as torna componentes do conceito de Fazenda Pública, nem há interesse em tratar das mesmas na presente tese, que diz respeito apenas às pessoas jurídicas de direito público, seja da Administração Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), seja da Administração Indireta (autarquias, fundações de direito público e agências reguladoras). Portanto, é a personalidade jurídica de direito público que aqui interessará.

¹²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília, mar. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

1) maior experiência com o direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância revisora; 4) ele pode diminuir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros [...].¹²⁶

A busca que aqui se faz pelas causas do cenário apresentado pelo CNJ tem por objetivo não amenizar a responsabilidade estatal pelo caótico quadro que protagoniza. Muito pelo contrário. Somente o conhecimento das causas pode permitir uma mudança de postura, sendo um dos objetivos da presente tese investigar o papel da Advocacia Pública para a mudança da realidade litigiosa do Estado. Trata-se exatamente da atuação estratégica a que se referiram Cappelletti e Garth na passagem supracitada. Todavia, toda e qualquer estratégia estatal deve estar respaldada no seu dever de cooperação. Não se trata, portanto, apenas de diminuir custos.

2.3.1 Rol de atribuições constitucionais do Estado

A Carta Constitucional de 1988 instituiu diversos direitos a serem tutelados e concretizados pelo Estado. Trata-se de uma constituição exaustiva, que minuciosa as obrigações do ente estatal para com os cidadãos. A ele cabe a tarefa de concretizar o princípio da igualdade material, intervindo fortemente na ordem social para retificá-la. Um Estado social foi o que se pretendeu implantar com a nova ordem constitucional¹²⁷.

Basta para esta conclusão a observância do art. 3º da CF¹²⁸, que elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, com destaque para os incisos I (construção de uma sociedade livre, justa e solidária) e III (erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais), e do art. 6º, que elenca como direitos sociais, a serem satisfeitos pelo Estado, “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”¹²⁹. Diversos outros dispositivos

¹²⁶ CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 25.

¹²⁷ “O Estado Social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributiva, sem a qual não haverá democracia nem liberdade.” (BONAVIDES, 2006, p. 234).

¹²⁸ Art. 3º, CF: “[...] Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988, p. 11).

¹²⁹ *Ibid.*, p. 18.

da constituição analítica pormenorizam a forma como o Estado promoverá a observância de tais direitos.

A opção constitucional por um Estado intervencionista, presente em quase todos os setores da vida em sociedade, gera uma enorme demanda social por serviços que incumbem ao ente estatal. Por fatores diversos, estes serviços são mal prestados. Um Estado com muitos deveres é bem mais demandado que um Estado mínimo. Portanto, são muito comuns e crescentes as demandas em face do Estado em áreas como saúde e educação, não se olvidando de que é a previdência social o setor que concentra a maior parte dessas ações judiciais, como consta dos dados da pesquisa feita pelo CNJ, antes comentada, em que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) aparece no topo da tabela dos maiores litigantes.

Esta conduta estatal positiva tão ampla exigida pela Constituição não se concretiza sem maiores dificuldades, especialmente orçamentárias. Não se negam ainda a ineficiência e a corrupção governamentais, fatos notórios no cenário político nacional. A realidade que se apresenta então é a de um Estado cheio de compromissos constitucionais com os cidadãos e despreparado para observá-los, seja por questões orçamentárias, seja por ineficiência ou desvios de conduta de seus agentes.

Nessa perspectiva, o não cumprimento pelo Estado das obrigações previstas na Constituição confere ao(s) lesado(s) e seus legítimos representantes (Ministério Público, Defensoria Pública, associações, entre outros) interesse em ingressar em juízo em busca da satisfação do direito violado, o que se dá por meios diversos (ações individuais mediante contratação de advogado privado, assistência judiciária pela Defensoria Pública, ações coletivas, ações civis públicas, ações populares, entre outros). Deságua então na via judicial, sob a forma de processos judiciais, a insatisfação social com a não concretização dos direitos sociais¹³⁰. Mais uma vez a máquina estatal terá que se movimentar, só que agora para o julgamento (Poder Judiciário) e a defesa judicial (Advocacia Pública) do ente público.

Todavia, não só a ineficiência estatal é razão para uma tão grande demanda judicial, mas também o ativismo judicial que se vem praticando já há algum tempo. É o que se abordará no próximo tópico.

¹³⁰ Além da má prestação dos serviços estatais, há ainda a busca da via judicial para supressão de defeitos (por ação ou omissão) legislativos impeditivos da realização dos direitos sociais, o que, a depender da situação concreta, pode caracterizar o ativismo judicial. Neste sentido: “Caberá, assim, ao Judiciário suprir a ausência completa e os defeitos da produção legislativa, no sentido da realização dos chamados ‘Direitos fundamentais de terceira geração’, ou ‘direitos de solidariedade’, precisamente os direitos sociais, econômicos e culturais, relativos à preservação do meio ambiente, das peculiaridades culturais de minorias, étnicas ou ‘éticas’ etc.” (GUERRA FILHO, 2002, p. 95).

2.3.2 *Ativismo judicial*

O ativismo judicial, um dos temas jurídicos mais concorridos da atualidade, foi encorajado, como já observado, pela teoria do processo como relação jurídica e, mais recentemente, pelo instrumentalismo. E provavelmente o fato de tais ideias terem-se difundido amplamente explique parcialmente o fato de que o ativismo não é uma realidade apenas interna.

Em diversos ordenamentos, cresce a preocupação com a exagerada e desmedida interferência do Poder Judiciário nas atribuições próprias dos demais poderes da República, sob o pretexto de fazer valer o direito, um dos escopos da jurisdição.

O debate sobre o ativismo judicial não é recente, nem tampouco está próximo ao fim. Para fins da presente tese, que não pretende esgotar o tema do ativismo, mas apenas demonstrar sua influência para o agravamento da situação caótica em que se encontra a Fazenda Pública no Poder Judiciário, é mister definir o que aqui se critica.

Em breves linhas, seria ativista a conduta do órgão judicial que, a pretexto de realizar princípios constitucionais, menospreza decisões tomadas pelos poderes eleitos (Executivo e Legislativo), em ofensa assim ao princípio da separação dos poderes.

Há também, na situação, atingimento do princípio democrático, na medida em que os representantes eleitos pelo povo têm sua decisão legitimada pelo voto afastada na via jurisdicional. Não se confunde o ativismo judicial com o mero controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, que visa legitimamente afastar do ordenamento as normas incompatíveis com a Constituição.

É inquestionável o papel das ideologias nas condutas dos agentes públicos¹³¹. Contudo, quando se trata do ativismo judicial, não parece haver clareza na ideologia que lhe dá respaldo.

Enquanto alguns enxergam no ativismo uma postura desejável de realização da justiça social, na medida em que visaria à concretização de valores constitucionalmente estabelecidos, outros enxergam na prática atitude contramajoritária e antidemocrática,

¹³¹ “[...] não é preciso grande esforço para que se conclua que as ideologias políticas exercem sugestão indeclinável sobre a forma como se visualiza a organização administrativo-funcional do Estado-juiz, o modo de formularem-se as decisões judiciais, a maneira de ocupação dos cargos judiciários e de apoio, e os objetivos, as metas e as tarefas que cabem ao Estado no desempenho específico da função jurisdicional” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. *In*: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 172).

inaceitável no Estado Democrático de Direito, de afronta às decisões exclusivas dos demais poderes. Não há, todavia, clareza acerca da ideologia por trás do ativismo.¹³²

Para Jobim, há num ativismo equilibrado maiores possibilidades de acerto que de erros:

[...] quando o Poder Legislativo não consegue atribuir ao povo novas leis que possam modificar esse ambiente ou quando o Executivo fica inerte em seu dever de administrar, é o Poder Judiciário que deverá intervir, em ambos os casos, por meio de processos individuais ou coletivos. A esse fenômeno dá-se o nome de ativismo judicial, em contraposição à autocontenção judicial, o que, em alguns casos, pode trazer benefícios e em outros prejuízos, sendo que o que ora se defende é que num ativismo judicial equilibrado a tendência de acerto é maior que a de erro.¹³³

Omite o autor, contudo, que não só na omissão dos demais poderes age o juiz ativista (o que já se mostra antidemocrático), mas, também, desconsiderando decisões (leis e políticas públicas) já tomadas pelos mesmos.

Como dito anteriormente, a preterição do legislador ou do administrador pelo órgão judicial no ativismo judicial ocorre não somente quando aqueles deixam de agir, mas, também e mais gravemente, quando seus atos são arbitrariamente substituídos pela atuação judicial.

Fenômeno que tem chamado atenção é o do apoio social ao ativismo, principalmente no que se relaciona às ações com interferência direta em políticas públicas. Tal se dá em virtude da descrença social nos poderes eleitos. Em virtude das notícias de corrupção por parte de integrantes do governo e do Poder Legislativo, busca a sociedade uma instituição na qual possa confiar.

¹³² Os defensores da adoção de uma postura judicial ativista entendem ser a mesma necessária à concretização dos direitos sociais diante da falta de um projeto dos poderes eleitos: “Falta-lhes um projeto jurídico-político capaz de fazer respeitar os direitos civis e políticos assegurados formalmente pela Constituição e de propiciar a superação do desafio da criação das condições necessárias para que os 40% de brasileiros situados abaixo da linha de pobreza possam adquirir a plenitude de sua cidadania – o que exige de todo o Judiciário maior capacidade afirmativa sobre o Executivo, a fim de que atue com maior eficiência e determinação em áreas como seguridade social, higiene, saúde, saneamento, habitação e educação básica” (FARIA, 2010, p. 104-105). Para Faria, há covardia do Poder Judiciário no exercício do seu mister de corretor das injustiças sociais por receio de imposição de um controle externo: “Por causa de sua visão-de-mundo rigidamente normativista e formalista, o Judiciário não exige do Executivo o cumprimento de suas funções, nem tenta evitar a degradação de seus serviços essenciais, com medo de que, em contrapartida, por pressão desse poder, o Legislativo lhe imponha o tão temido ‘controle externo’” (*Ibid.*, p. 109). Pretende ainda Faria que o Judiciário, diante do papel liberal privatizador assumido pelo Executivo, exerça seu mister de redistribuidor de renda: “Subjacente ao comportamento tíbio do Judiciário parece faltar aos seus integrantes a dupla consciência de que (a) o Executivo está perdendo seu caráter ‘público’, na medida em que a ênfase à privatização de suas políticas não é senão o resultado da progressiva perda de sua capacidade impositiva sobre as transferências de renda [...]” (*Ibid.*, p. 109).

¹³³ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 104.

No imaginário coletivo, estaria o Judiciário à margem dos desvios éticos cometidos pelos poderes eleitos¹³⁴. Essa suposta isenção do Poder Judiciário seria fator legitimador de atuação contrária ao que foi decidido pelos outros poderes.¹³⁵

Não se discute que a atuação ativista do Poder Judiciário tem tornado mais fragilizada a relação entre os poderes, em virtude de decisões judiciais que, não raro, desconsideram as decisões tomadas pelos poderes Executivo e Legislativo. Não se trata do controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, que expulsa do ordenamento ou dá interpretação conforme a Constituição brasileira a normas produzidas pelos demais poderes. São decisões advindas de todos os graus de jurisdição, que, a pretexto de efetivar princípios constitucionais, têm usurpado a competência dos Poderes Executivo e Legislativo.

Apesar do apoio social ao ativismo judicial, não se podem negar seus reflexos negativos sobre a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais, além do grande impacto orçamentário que dele advém em determinados casos, como nas decisões judiciais que condenam a Administração ao custeio de tratamentos médicos não previstos na lista daqueles que seriam fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Nestes processos, o Poder Judiciário tem se substituído àqueles que foram eleitos para a realização das políticas em conformidade com a disponibilidade orçamentária. O magistrado, ao atuar sobre determinado caso, não tem uma visão macro acerca do impacto que sua decisão individual e outras semelhantes prolatadas por diversos outros juízos pode ocasionar no orçamento público, colocando em risco a concretização das políticas públicas.¹³⁶

Em virtude de sua pretensa neutralidade, o Poder Judiciário é visto pela sociedade como instância última da justiça e da moral, sendo comum a sensação social de que somente

¹³⁴ Nesse contexto, a sociedade não enxerga o Judiciário como parte integrante do Estado. É como se estivesse fora do Estado e da política, livre então da contaminação moral que atinge os demais Poderes. Noutras palavras, o guardião da moral e dos valores sociais. Ingeborg Maus critica a crença infantil na Justiça e a expectativa da sociedade de que a mesma funcione como instância moral: “Mesmo quem procura evitar ao máximo a precipitada interferência paterna nos aposentos infantis, seguindo critérios autoritários de educação, favorece com maior obviedade aquela mesma estrutura autoritária quando se trata da condução de conflitos sociais. A Justiça aparece então como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes envolvidas em conflitos de interesses e situações concretas, por meio de uma decisão objetiva, imparcial e, portanto, justa.” (MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 190, nov. 2000. Tradução de: Justiz as gesellschaftliches Über-Ich – Zur Funktion von rechtsprechung in de “vaterlosen Gesellschaft”).

¹³⁵ A exposição midiática de magistrados que atuam em casos emblemáticos parece contribuir para o fortalecimento do imaginário coletivo.

¹³⁶ “Mais ainda, a judicialização não deve ficar restrita à atuação (ou crítica à atuação) do STF. Basta vermos que vários Estados da Federação gastam mais em pagamento de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos. Em São Paulo, por exemplo, os gastos da Secretaria Estadual de Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano destinado a medicamentos.” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 291).

é justa a resolução dos conflitos na via judicial. Ou seja, há desconfiança dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, não raro abdicando as partes da busca do consenso prévio ao ingresso em juízo. A ausência de câmaras administrativas de resolução de conflitos que envolvam os entes públicos é prova de que o costume de busca prioritária pela solução judicial atinge também a máquina estatal. Ela própria descrê na sua capacidade para lidar com os litígios em que se envolve.

Como dito, os discursos de apoio ao ativismo são carregados de ideologia. Portanto, não é possível uma defesa da legitimidade do ativismo judicial fundada na neutralidade do Poder Judiciário. Ademais, o ativismo judicial agride um dos mais relevantes valores do Estado Democrático de Direito: a separação dos Poderes. A democracia representativa também resta maculada no momento em que os representantes eleitos pelo povo têm seus atos substituídos pelo órgão judicial.¹³⁷

Não se diga que legitimaria o ativismo do Poder Judiciário seu fundamental mister de concretização dos direitos. Ao exercer sua atividade típica, a jurisdição, o Judiciário pacifica e aplica o direito ao caso concreto. A crítica aqui feita é apenas à atitude contramajoritária em searas nas quais houve opção política dos poderes eleitos. A decisão acerca das políticas públicas a serem concretizadas com os escassos recursos orçamentários não cabe ao órgão judicial, senão àqueles investidos exatamente deste mister.

Mas ainda mais grave que os impactos orçamentários do ativismo judicial são os danos à democracia, em virtude do desrespeito à vontade dos poderes eleitos. O ingresso na magistratura brasileira faz-se sem a participação popular. A falta de legitimidade prévia torna imprescindível uma legitimação pelo procedimento.

A ausência de tradição democrática do Poder Judiciário revela-se em diversos aspectos, podendo-se exemplificar com a forma de acesso dos membros aos tribunais (critérios subjetivos, não debatidos com os interessados).¹³⁸

¹³⁷ As críticas à atuação ativista do Poder Judiciário, todavia, são algumas vezes tidas como ofensivas à democracia. Em referência à atuação do Judiciário alemão, assevera Maus: “Qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de Direito, sendo tratada pela esquerda como uma posição exótica.” (MAUS, 2000, p. 185).

¹³⁸ Lima aponta a falta de uma cultura democrática como um dos empecilhos à democratização desse Poder: “Talvez, aqui, resida um dos principais obstáculos à democratização do Poder Judiciário: a falta de uma cultura democrática, transfigurada também na ausência de apreço à democracia e à transparência dos atos internos e, de julgamentos do Poder Judiciário. O apreço à democracia possui, no meu entender, dois vetores: primeiro, o convencimento de que a aplicação do ordenamento jurídico brasileiro deve se guiar pela realidade constitucional instalada a partir de 1988; portanto, deve ser aplicado segundo os parâmetros de um Estado Democrático de Direito. Essa determinação, em razão de sua força histórica normatizada e de sua posição logo no art. 1º da Constituição Federal, impõe-se como princípio dos princípios. Assim, deve o magistrado recorrer à teoria da democracia [...]” (LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. *Democracia no Poder Judiciário*. **Revista Direito e Liberdade – ESMARN**, Mossoró, v.1, n. 1, p. 320, jul./dez. 2005).

Houve significativa melhora institucional com a criação do CNJ (arts. 92, I-A e 103-B, da CF, acrescentados pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004¹³⁹), já que formado não somente por membros do próprio Poder Judiciário, mas de instituições outras e inclusive da sociedade civil (nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado).

O neoconstitucionalismo e seu reconhecimento da força normativa dos princípios serviram de alicerce a decisões judiciais afrontosas aos demais Poderes.¹⁴⁰ Essa substituição do legislador pelo juiz ocasiona uma inversão das expectativas de direito, vez que não pode mais a sociedade ter a certeza do que é direito até que seja dada a palavra final pelo Poder Judiciário. A insegurança encerrada neste quadro é relevante.¹⁴¹

Há então um desprezo ao texto legal, em virtude da aceitação da vontade do órgão judicial como fonte reguladora da vontade humana. Sendo o juiz o pretense legítimo intérprete do anseio social, único capaz de fazer efetivarem-se os valores constitucionais, afasta, por ato de vontade, o texto da lei, em desprezo à origem democrática daquilo que é produzido pelo legislador.

Essa valorização da subjetividade do órgão julgador somada à ânsia pela realização dos valores constitucionalmente estabelecidos são o cenário ideal para a prolação de decisões judiciais que, a pretexto de realizarem princípios, afrontam a literalidade da lei elaborada pelo Poder que tem a incumbência constitucional de regular as condutas abstratamente.

A sedutora ideia de que o juiz deve submeter-se somente à sua consciência, na medida em que a consciência do magistrado é nada além de vontade, fomenta o arbítrio

¹³⁹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 31 dez. 2004b, Seção 1, p. 9.

¹⁴⁰ “Na descoberta das insuficiências do positivismo clássico, passou-se a chamar à colação a subjetividade do intérprete, que, de forma solipsista (lembramos, sempre, do problema da dicotomia ‘vontade-razão’ e do ‘produto’ da superação da segunda pela primeira), levanta o véu que ‘encobre’ a resposta que a regra não pôde dar. Trata-se de uma visão simplista do direito, pela qual, do ‘aprisionamento’ dos fatos na ‘racionalidade da lei’, salta-se para o triunfo da vontade sobre essa razão plenipotenciária. No fundo, essa é a tese que sustenta as correntes neoconstitucionalistas, principalmente no Brasil” (STRECK, 2014, p. 277). No mesmo sentido: “A introdução de pontos de vista de moral e de ‘valores’ na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios ‘superiores’ ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada.” (MAUS, 2000, p. 189).

¹⁴¹ “Somente *a posteriori*, por ocasião de um processo legal, é que o cidadão experimenta o que lhe foi ‘proibido’, aprendendo a deduzir para o futuro o ‘permitido’ (extremamente incerto) a partir das decisões dos tribunais. Os espaços de liberdade anteriores dos indivíduos se transformam então em produtos de decisão judicial fixados caso a caso.” (*Ibid.*, p. 190).

judicial.¹⁴² A atividade interpretativa não pode ocasionar um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. É de fundamental importância que se encontrem soluções para a mitigação do casuísmo advindo do uso equivocado do postulado da proporcionalidade e da fundamentação por princípios.¹⁴³

Não há dúvidas de que o ativismo judicial é uma das causas de ser o Estado muito demandado. É que o ativismo judicial, enquanto atuação do Poder Judiciário em substituição indevida dos outros poderes, atinge de forma mais grave o ente estatal. Não é raro que ações judiciais prosperem ao alvedrio da letra da lei por interpretações judiciais pretensamente respaldadas em normas principiológicas. Nessas situações, quando o Poder Judiciário age de modo arbitrário, desconsiderando o texto legal e condenando o ente público ao cumprimento de obrigações as mais diversas, é mister reconhecer que o ente público nada fez para fomentar a “avalanche” de idênticas ações futuras.

Dá-se um exemplo. A Medida Provisória (MP) nº 2.165-36, de 23 de agosto de 2001, dispõe que o auxílio-transporte dos servidores da União, que tem natureza indenizatória, é destinado ao custeio de despesas com transporte coletivo. Ou seja, nos termos da regra legal, o servidor que utilize veículo próprio não tem direito ao referido auxílio¹⁴⁴. Sendo verba indenizatória, somente tem direito à mesma o servidor que comprove que o

¹⁴² “No primeiro momento, parece louvável o juiz se submeter à sua consciência, pois dá a impressão de que, dessa maneira, deixaria de se submeter a outros caprichos da personalidade humana que seriam menos louváveis. Contudo, denota, na verdade, a ideia de que o tribunal considera que suas decisões, todas, fazem tábula rasa da questão posta em juízo, como se a cognição do magistrado se reiniciasse sempre sem qualquer deferência ao que fora colocado a respeito, como que desprendido de tudo e de todos, como se não inserida em uma história jurídica que indica o ponto de desenvolvimento de determinado assunto, ou mesmo que não está integrada em uma tradição determinada pela cultura no momento do julgamento.” (LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 82-83).

¹⁴³ “A principiologia e o modelo de sopesamento, se adotados de forma muito maleável e tecnicamente imprecisa, atuam como um estimulante de um ‘casuísmo’ descomprometido com a forma normativa da Constituição e a autoconsistência constitucional do sistema jurídico” (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 201). Ávila, rejeitando a insindicabilidade do mister legislativo, demonstra preocupação com a aplicação que vem sendo feita do postulado da proporcionalidade pelo Poder Judiciário, diante da ausência de critérios: “Em vez da insindicabilidade dessas decisões (*Nichtjustiabilität*), é preciso verificar em que medida essas competências estão sendo exercidas. Nesse sentido, é importante encontrar critérios que aumentem e que restrinjam o controle material exercido pelo Poder Judiciário” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 196).

¹⁴⁴ “Art. 1º Fica instituído o Auxílio-Transporte em pecúnia, pago pela União, de natureza jurídica indenizatória, destinado ao custeio parcial das **despesas realizadas com transporte coletivo** municipal, intermunicipal ou interestadual pelos militares, servidores e empregados públicos da Administração Federal direta, autárquica e fundacional da União, nos deslocamentos de suas residências para os locais de trabalho e vice-versa, excetuadas aquelas realizadas nos deslocamentos em intervalos para repouso ou alimentação, durante a jornada de trabalho, e aquelas efetuadas com transportes seletivos ou especiais.” (BRASIL. Medida Provisória nº 2.165-36, de 23 de agosto de 2001. Institui o Auxílio-Transporte, dispõe sobre o pagamento dos militares e dos servidores do Poder Executivo Federal, inclusive de suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 ago. 2001c, Seção 1, p. 6, grifo nosso).

deslocamento de sua residência para o trabalho e seu retorno é realizado por meio de transporte coletivo, bem como demonstre o valor mensal da despesa, variável a cada mês.

Eis que, apesar da literalidade da regra e de nenhuma divergência administrativa acerca de sua interpretação, nem mesmo no âmbito de órgãos de controle¹⁴⁵, o Poder Judiciário federal vem sistematicamente julgando procedentes ações judiciais propostas por servidores que, mesmo não se locomovendo por meio de transporte público, consideram ter direito também ao auxílio-transporte. Não há base legal que respalde o entendimento judicial. O fomento, por meio de lei, à utilização de transporte coletivo, seja porque melhora a mobilidade urbana, seja porque é menos agressivo ao meio ambiente, seja por qualquer outro motivo, é decisão legislativa adotada por quem eleito para tal mister. A desconsideração de tal opção legislativa pelo julgador é postura contramajoritária.

É em situações como esta que não se pode afirmar que houve má conduta do ente estatal que provocasse um grande número de ações judiciais. O ativismo judicial foi o gerador da enorme demanda. O ativismo é responsável pela proliferação de ações judiciais com as mais diversas teses contrárias ao ente público. Vez ou outra, tais “aventuras” judiciais rendem frutos, e uma infinidade de ações passa a ser proposta. Obviamente que a crítica aqui feita é apenas às situações em que há evidente ativismo judicial, pois não se nega, muito pelo contrário, que o Estado, especialmente por meio de normas inferiores à lei em sentido estrito (decretos, regulamentos, portarias, entre outras), tem extrapolado seu poder regulamentar, malferindo direitos. Ademais, aqui apenas se aponta o ativismo como um dos fatores, e não o principal, para que esteja o Estado presente no polo de tantas ações judiciais.

Todavia, consolidado entendimento judicial contrário ao ente público, ainda que proveniente de postura judicial ativista, especialmente quando proveniente de precedentes judiciais obrigatórios (art. 927 do CPC/15), é preciso que o Estado, por meio da Advocacia Pública, analise estrategicamente a viabilidade de vincular-se a tal entendimento de forma espontânea, conforme se analisará mais adiante, ao se discorrer sobre a (não)vinculação do ente público a tais precedentes (subtópico 5.3).

¹⁴⁵ O Tribunal de Contas da União sobre a matéria orienta que a Administração somente proceda ao pagamento do auxílio-transporte mediante apresentação dos bilhetes de passagem: “3.1.6 – realize o pagamento de auxílio-transporte para custeio de deslocamentos intermunicipais e interestaduais em ônibus rodoviários, **contra apresentação do quantitativo de bilhetes de passagem apresentados no mês anterior**; [...]” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2211/2005. Plenário. Relator: Min. Lincoln Magalhães da Rocha. Número da ata: 49/2005. Data da sessão: 13/12/2005. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 jan. 2006c, Seção 1, p. 45, grifo nosso). No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 511/2006. Plenário. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Número da ata: 14/2006. Data da sessão: 12/04/2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 abr. 2006d, Seção 1, p. 134-135.

Por fim, não se pode deixar de apontar como fator determinante para o alto índice de litigiosidade estatal a ausência de uma atitude cooperativa, de busca da consensualidade pelo ente público.

2.3.3 Ausência de cooperação estatal

O novo Código de Processo Civil (CPC/15) trouxe, dentre suas normas fundamentais, em seu art. 6º, aquela que prescreve o dever de cooperação entre as partes para a justa solução do litígio¹⁴⁶. Prevê, ainda, o art. 1º, § 2º, do CPC/15, o dever do Estado de promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos¹⁴⁷.

Com essas previsões e outras mais concernentes à intensificação do contraditório e à primazia da resolução de mérito da causa, inaugurou o legislador o que se tem nominado modelo cooperativo de processo, conforme analisado no subtópico 2.2. Aqui interessa, dentre as diversas características do modelo, a da priorização da solução consensual das demandas.

A busca da consensualidade não é dever do Estado apenas quando chamado a resolver litígios entre terceiros. Também é seu dever quando integrante do conflito, esteja ou não judicializado. Por tal motivo é que se diz que as balizas do modelo cooperativo aplicam-se ao Estado dentro e fora do processo.

Como visto, a Fazenda Pública é a maior litigante do país. Ou seja, o maior “cliente” do Estado-juiz é o Estado. Cabe investigar se a postura do Estado em juízo tem contribuído para o aumento ou não diminuição dessas demandas. Noutras palavras, se é o Estado, como maior litigante, parcialmente responsável pela morosidade da máquina judiciária.¹⁴⁸

O que se tem por certo é que tem o ente público dever de cooperação, no qual se insere a busca da consensualidade. Tal dever não é apenas do Estado enquanto órgão público componente do sistema de acesso à justiça, mas também do Estado-parte em litígios judiciais

¹⁴⁶ Art. 6º, CPC/15: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” (BRASIL, 2015a, *online*).

¹⁴⁷ Art. 1º, § 2º, CPC/15: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.” (*Ibid.*).

¹⁴⁸ “É alarmante constatar que a Fazenda Pública pratica uma atuação processual exageradamente litigiosa, sendo uma das principais responsáveis pela judicialização desnecessária dos conflitos de interesses, o que contribui significativamente para o agravamento da crise da Justiça mediante o aumento do número de processos judiciais levados aos órgãos judiciários. Em outras palavras, o próprio Estado (Fazenda Pública), pela sua atuação como o maior *repeat player* do sistema judiciário brasileiro, é um dos principais dificultadores para a concretização de um alto nível de qualidade na prestação jurisdicional também estatal (Estado-juiz).” (FRANCO, Marcelo Veiga. Câmaras de mediação e conciliação na Fazenda Pública: o artigo 174 do Novo Código de Processo Civil como contribuição para o acesso à justiça “desjudicializado”. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). **Advocacia Pública**. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 253).

(Fazenda Pública) e do Estado em sua atuação ordinária fora do juízo. Especulações no sentido de que o Estado procura beneficiar-se da morosidade da máquina judiciária não são frutíferas, pois carregadas de subjetivismo. O certo é o dever estatal de busca da solução consensual dos conflitos, o que, se observado, indubitavelmente impactará na engrenagem judiciária, com significativa redução do número de ações judiciais. Não se pode, todavia, com tal afirmação, pretender a negativa do direito de ampla defesa do ente público. O que se afirma aqui é o dever de exercício responsável de tal garantia constitucional, cabendo ao ente público, por meio das procuradorias, analisar, a partir de critérios realistas e razoáveis, quais casos devem submeter-se à solução consensual e quais exigem que se questione na via judicial até as últimas instâncias.

Portanto, apesar de o art. 1º, § 2º, do CPC/15 não ter feito referência expressa à Fazenda Pública, vez que o comando é direcionado ao Estado em qualquer de suas acepções (Estado-juiz, Estado-Administração, Estado-Ministério Público, Estado-Defensoria Pública, entre outras), é evidente que está a Fazenda Pública vinculada ao dever de cooperação e de busca da consensualidade. Aliás, não se pode pretender a implantação de um novo modelo de processo (cooperativo) sem a ampla adesão daquele que ocupa um dos polos em grande parte dos processos judiciais.

O Estado é parte com tratamento privilegiado. As prerrogativas processuais e materiais são prova cabal dessa afirmação. Como se verá adiante, tais prerrogativas, quando razoáveis, extraem legitimidade da necessidade de preservação do interesse público. É em decorrência também do interesse público e da necessidade de buscar realizar os valores constitucionais da moralidade e da boa-fé administrativas que deve o Estado demonstrar preocupação com a concretização das normas fundamentais processuais, dentre as quais se destaca a cooperação e a resolução consensual dos conflitos.

Uma interpretação sistemática do CPC/15 torna evidente a intenção legislativa de mudança de postura por parte do Estado quando integrante de conflitos, inclusive aqueles ainda não judicializados. Não por outra razão o art. 174¹⁴⁹ prevê o dever de criar câmaras de mediação e conciliação para solução consensual de conflitos no âmbito administrativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Tais câmaras teriam a incumbência não apenas de dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública, mas

¹⁴⁹ Art. 174, CPC/15: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.” (BRASIL, 2015a, *online*).

também de avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no âmbito administrativo¹⁵⁰.

Não se nega que a postura não cooperativa do Estado tem influenciado a busca pela proteção jurisdicional e mesmo uma postura ativista nos litígios já instalados. No Brasil, recentemente vem sendo abordado o tema das decisões estruturais (ou estruturantes), que seriam aquelas em que “[...] à decisão principal seguem-se inúmeras outras que têm por objetivo resolver problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores de modo a permitir a efetiva concretização do resultado visado pela decisão principal [...]”¹⁵¹.

Tais decisões seriam tomadas como “provimentos em cascata”¹⁵² em virtude da complexidade dos casos, não sendo possível a concretização dos resultados almejados no processo judicial sem a forte intervenção judicial na estrutura e funcionamento das pessoas jurídicas responsáveis pelo cumprimento dessas ordens. O órgão judicial passa então a emanar ordens e aguardar seu cumprimento para aferir o próximo passo a ser tomado. Essa sequência de decisões judiciais interferentes no funcionamento da máquina estatal poderia ser caracterizada como ativismo judicial, na medida em que o órgão julgador substitui-se ao administrador na tomada de decisões sobre o funcionamento da engrenagem administrativa. Todavia, trata-se de realidade necessária à concretização das decisões judiciais¹⁵³.

Não interessando neste específico tópico apontar erros ou acertos na prolação de decisões estruturais, é mister reconhecer que, muita vez, é possível ao ente público evitar a intervenção estatal em suas atividades mediante apresentação de um plano de cumprimento da decisão a longo prazo, com demonstração dos melhores caminhos a serem percorridos para alcançar-se o intento da ordem judicial. Tal atitude proativa não poderia, obviamente, ser considerada como ato incompatível com a vontade de recorrer, retirando-se do ente público a defesa contra a ordem judicial que considera arbitrária. Interpretação neste sentido certamente desestimularia o ente público à atuação proativa. O interesse em recorrer, num modelo de processo que preza pela cooperação, não pode estar atrelado à não colaboração com a mais

¹⁵⁰ Art. 32, Lei nº 13.140/2015: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; [...]” (BRASIL, 2015c, *online*).

¹⁵¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 357.

¹⁵² ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 225, p. 400, nov. 2013.

¹⁵³ “Ou o juiz se envolvia no cotidiano da instituição, cuidando de minúcias de seu funcionamento, ou teria que se conformar com a ineficácia de sua decisão.” (VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 533).

rápida efetivação das ordens judiciais. Trata-se de reconhecer que o Estado, mesmo diante de decisão com a qual discorda e da qual se defenderá, pode e deve agir cooperativamente no sentido de amenizar o impacto da intervenção judicial no funcionamento da máquina estatal. Trata-se ainda de o ente público ter em suas mãos o poder de decidir a melhor forma de efetivar as ordens judiciais.

Estando claro que decisões estruturais são decisões sucessivas e interferentes na burocracia estatal para fazer valer comandos judiciais complexos, é mister ressaltar que não se confundem as mesmas com decisões arbitrárias que, a pretexto de fazer valer comandos em execuções em face do ente público, indevidamente ordenam medidas que nada têm a ver com a obrigação executada, de maneira a forçar o cumprimento, geralmente valendo-se, desde a vigência do CPC/15, da cláusula geral¹⁵⁴ processual executiva do art. 139, IV.¹⁵⁵

Vistos os principais motivos de ser o Estado o maior litigante do país, sendo que somente o último (comportamento do Estado perante os litígios de que é parte) pode ser combatido por meio de uma atuação mais cooperativa da Advocacia Pública, passa-se a analisar o conceito de Advocacia Pública, seu regramento constitucional e suas prerrogativas, para em seguida analisar como se daria uma atuação cooperativa dessa instituição perante novos institutos de implantação legislativa recente.

¹⁵⁴ Técnica legislativa que procura aplicar aos textos normativos palavras com conteúdos intencionalmente vagos e abertos, permitindo que seus significados sejam construídos conforme a cláusula seja aplicada no mundo dos fatos (MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 139, p. 7, jul./set. 1998).

¹⁵⁵ Dentre as absurdas medidas que vêm sendo utilizadas pelo Poder Judiciário para fazer valer comando judicial, destaca-se a de corte de energia do prédio sede da Secretaria de Administração da Bahia (Processo nº 8001293-26.2015.8.05.0001). Tratava-se de obrigação de nomear candidata a carga pública. Claramente a medida adotada nada tinha a ver com a obrigação a ser cumprida (Detalhes disponíveis, inclusive teor da sentença, em consulta do processo: BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado. Processo nº 8001293-26.2015.8.05.0001. 1ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. **DJBA** de 25/04/2017. Disponível em: <<http://pje.tjba.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=7a15159e38a2bf70d13388e41bde0f2b4494e2f12287678e>>. Acesso em: 16 jun. 2017). A medida foi alardeada como efetiva pela mídia, pois, logo após a intimação, a nomeação da autora para o cargo almejado foi efetivada (ROVER, Tadeu. Juiz manda cortar energia para forçar estado nomear aprovada em concurso. **Revista Consultor Jurídico**, 8 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-08/juiz-manda-cortar-energia-forcar-estado-nomear-aprovada>>. Acesso em: 12 jun. 2017). A decisão arbitrária ofendia diretamente o interesse público na sua vertente de continuidade do serviço público.

3 ADVOCACIA PÚBLICA E COOPERAÇÃO

Vistos os fundamentos da atuação cooperativa estatal, analisar-se-ão seus pressupostos. E aqui torna-se mister a análise da instituição que, como “voz jurídica” do Estado, tem papel fundamental na introdução de práticas cooperativas em âmbito administrativo.

Com efeito, se o Estado não coopera – e isso fica claro diante do dado concreto de ser o maior litigante do país, embora a ausência de cooperação não seja, como se viu, a causa única desse quadro – certamente, embora não se possa apontar como único fator, há resistência da Advocacia Pública. Funcionando em todos os momentos da atividade estatal (assessoramento prévio, consultoria e defesa judicial do ato administrativo), sua postura de apontamento de soluções consensuais é primordial. Daí a relevância de analisar as razões pelas quais resistem os advogados públicos à consensualidade.

Num primeiro momento, todavia, é mister a delimitação do conceito de Advocacia Pública.

3.1 Conceito de Advocacia Pública

A Advocacia Pública mereceu tratamento constitucional ao lado das demais funções essenciais à justiça, na Seção II (Da Advocacia Pública) do Capítulo IV (Das funções essenciais à justiça), arts. 131 e 132, do CPC/15. Apesar de a seção referir-se à “Advocacia Pública”, o regramento ali constante não mais faz referência à expressão, mencionando então ora órgão de Advocacia Pública em âmbito federal (“Advocacia-Geral da União”, no art. 131), ora componentes da carreira em âmbito estadual (“Procuradores do Estado”, no art. 132). Infelizmente, o tratamento constitucional dado à instituição é pobre. Não menciona o constituinte sequer os advogados públicos municipais ao tratar da exigência de concurso público para provimento dos quadros da Advocacia Pública, o que faz com que seja comum a inexistência de cargos efetivos de procurador nas municipalidades.

Lamentavelmente, a função de advogado público é exercida nessas situações por ocupantes de cargo comissionado, o que favorece o desvirtuamento da instituição para conferir ares de legitimidade aos atos praticados pelos governantes. É que, tendo em vista que o cargo é de livre provimento e exoneração, retira-se de seu ocupante qualquer estabilidade capaz de garantir-lhe a mínima independência necessária ao exercício do seu mister. Como se verá adiante, a exclusividade da função por advogados de carreira é prerrogativa

indispensável a uma atuação em prol do interesse público, desvinculada da vontade ilegítima de governos.

Também não elenca o constituinte para a Advocacia Pública as mesmas prerrogativas institucionais que prevê para as demais funções essenciais à justiça, o que coloca o Poder Público numa posição de vulnerabilidade nas lides que protagoniza, tendo em vista a fragilidade institucional de seus representantes se comparados aos representantes das partes contra quem litiga. Ademais, a ausência de determinadas prerrogativas seria, como se verá adiante, empecilho à adoção de postura cooperativa por parte dos membros da Advocacia Pública.

O art. 131, *caput*, da CF¹⁵⁶, apesar de referir-se especificamente à AGU, permite a extração das atribuições do advogado público, quais sejam a representação judicial e extrajudicial do ente público, além das atividades de consultoria e assessoramento jurídico.¹⁵⁷

O art. 182 do CPC/15, tratando especificamente da Advocacia Pública, preocupa-se em diferenciá-la das outras funções essenciais, adotando como critério as pessoas que são representadas pela instituição. Houve citação expressa do interesse público como algo a ser perseguido pelo advogado público. Mas o critério eleito como definitivo para delimitar a função foi o da personalidade jurídica de direito público do representado. Nos termos daquele dispositivo:

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.¹⁵⁸

Dos dispositivos constitucionais e legais analisados é possível, portanto, inferir que é mister do advogado público a defesa e promoção do interesse público das pessoas jurídicas de direito público da Administração direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e indireta (autarquias e fundações de direito público), o que será buscado por meio de assessoramento e consultoria daquelas pessoas jurídicas, além da representação judicial e extrajudicial.

¹⁵⁶ Art. 131, CF: “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.” (BRASIL, 1988, p. 84).

¹⁵⁷ Também o art. 132, ao tratar dos procuradores de Estado e do Distrito Federal, faz referência às atividades de representação judicial e consultoria jurídica: “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. (EC nº 19/98).” (*Ibid.*, p. 85, grifo nosso).

¹⁵⁸ *Id.*, 2015a, *online*.

Ressalte-se que o art. 182 do CPC/15 fez referência expressa à busca do interesse público apenas “por meio da representação judicial”, por tratar-se de legislação processual, sendo a representação extrajudicial e os demais meios (consultoria e assessoramento jurídicos) extraíveis (art. 131, *caput*, da CF).

Ao exercer consultoria jurídica e assessoramento jurídicos, a Advocacia Pública está a exercer o controle interno da juridicidade do agir administrativo, atuando de forma preventiva. Repressivamente, e no intuito de defender o ato já praticado, o advogado público faz a representação judicial e extrajudicial do ente público. Noutras palavras, a Advocacia Pública funciona como a “voz jurídica do Estado”, a orientar-lhe a atuação, prevenindo e reprimindo ilegalidades.¹⁵⁹

3.2 Advocacia Pública no direito comparado: o modelo italiano de Advocacia Pública (*Avvocatura dello Stato*)

A Advocacia Pública brasileira é sem dúvidas das maiores (se não a maior) do mundo em número de membros, e isso se justifica pelo tamanho da máquina estatal brasileira. Em nível federal, são atualmente mais de oito mil advogados públicos em atividade¹⁶⁰, somando-se as quatro carreiras (Advogado da União, Procurador Federal, Procurador da Fazenda Nacional e Procurador do Banco Central). A Advocacia-Geral do Estado italiano, por exemplo, contava, em 2007, com apenas 370 advogados e 1.000 empregados administrativos.¹⁶¹

¹⁵⁹ Esse controle da juridicidade do ato administrativo é tido por Madureira como uma terceira função típica da Administração Pública: “Os advogados públicos, quando exercem a consultoria jurídica e o contencioso judicial, realizam, então, uma terceira atividade típica, que consiste no controle da aplicação do direito pela Administração Pública.” (MADUREIRA, Claudio. **Advocacia Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 109).

¹⁶⁰ RODRIGUES, Marcelino. 7 de março – Dia Nacional da Advocacia Pública: a importância da atividade essencial à Justiça. **Congresso em Foco**, 7 mar. 2017. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/7-de-marco-%E2%80%93-dia-nacional-da-advocacia-publica-a-importancia-da-atividade-essencial-a-justica/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

¹⁶¹ Esses dados foram apresentados pelo Advogado-Geral, Oscar Fiumara, no painel “A AGU e a representação jurídica internacional de Estado: o modelo da Itália”, durante o Seminário Brasileiro sobre a Advocacia Pública Federal, em 2007. Segundo ele, “A cada ano são tratadas, aproximadamente, 200 mil novas causas, com um percentual médio de vitória entre 65 e 70%” (BRASIL. Advocacia-Geral da União. Advogado-geral da Itália apresenta as semelhanças entre a AGU e a advocacia pública italiana. **Notícias da AGU**, Brasília, 17 ago. 2007a. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/76770>. Acesso em: 20 out. 2017). “No Brasil, com o dobro de habitantes, e com uma estrutura federativa, temos Advogados Federais, Estaduais, Municipais, contando com aproximadamente 10 mil. Essa diferença reflete na quantidade de casos cadastrados e ativos (aproximadamente 8 milhões de processos), bem como o trabalho da AGU na busca de recuperação ao Estado do dinheiro desviado por lavagem e corrupção.” (ALBARRAN, Michel Ivan Osandon. **A representação do Brasil em nível internacional: o lugar da Advocacia-Geral da União**. 2009. 66 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009, p. 21).

O modelo italiano assemelha-se ao brasileiro no que diz respeito à amplitude de atuação de seus membros. Estes atuam amplamente tanto na representação (função postulatória da Advocacia Pública), como na consultoria jurídica (função preventiva). Prestam ainda assessoramento na esfera legislativa e têm importante papel na conciliação em conflitos:

[...] no nosso ordenamento, a Advocacia do Estado está legalmente representada por lei, em geral, na tarefa de proteção legal dos direitos e interesses do Estado, respondendo ao pedido de consulta de todas as administrações estaduais e aconselhando e dirigindo-os, quando se trata de promover, contestar ou abandonar guias; examina os projetos de leis, regulamentos e especificações emitidos pelas Administrações, se solicitado; organiza transações de acordo com as Administrações em questão ou expressa sua opinião sobre as transações executadas pelas Administrações: prepara contratos ou sugere ações sobre reclamações ou assuntos administrativos que possam dar lugar a litígios.¹⁶²

Quanto à forma de investidura dos membros, há algumas semelhanças, como o acesso por concurso público. A estrutura da carreira, todavia, é diferente. Há naquele sistema dois cargos: Procurador do Estado e Advogado do Estado. Estão aptos a concorrer ao primeiro cidadãos bacharéis em Direito com menos de 40 anos. Somente podem concorrer ao cargo de Advogado do Estado determinados profissionais, dentre estes Procuradores do Estado com ao menos dois anos de antiguidade. Portanto, os Procuradores do Estado têm acesso ao cargo de Advogado do Estado mediante novo concurso público. A antiguidade no cargo de Procurador não é suficiente para o ingresso no cargo de Advogado do Estado.

Procuradores e Advogados do Estado são nomeados através de concurso público. Do primeiro concurso podem participar os cidadãos italianos com menos de quarenta anos de idade que obtiveram diploma de bacharel em direito. Podem participar do concurso de Advogado do Estado: os advogados com pelo menos dois anos de antiguidade; Magistrados Ordinários e Militares que foram designados a Magistrados do Tribunal; Magistrados administrativos; Defensores Públicos com seis anos de antiguidade; funcionários públicos com cinco anos de serviço na carreira e os professores universitários da área jurídica.¹⁶³

¹⁶² BRUNI, Alessandra; PALATIELLO, Giovanni. **La difesa dello Stato nel processo**. Turim: UTET Giuridica, 2011, p. 36, tradução nossa. Citação original: “[...] nel nostro ordinamento, l’Avvocatura dello Stato è deputata per legge, in via generale, al compito de provvedere alla tutela legale dei diritti e degli interessi dello Stato, di rispondere alla richiesta de consultazione di tutte le Amministrazioni statali e ‘di consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare guidizi; examina progetti di legge, di regolamenti, di capitoli redatti dalle Amministrazioni, qualora ne sia richiesta; predispone transazioni d’accordo com le Amministrazioni interessate o esprime parere sugli atti di transazione redatti dalle Amministrazioni: prepara contratti o suggerisce provvedimenti intorno a reclami o questioni mossi amministrativamente che possano dar materia di litigio’ (art. 13, r.d. 30.10.1933, n. 1611)”.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 39, tradução nossa. Citação original: “I Procuratori e gli Avvocati dello Stato sono nominati attraverso concorso. Al primo concorso possono partecipare i cittadini italiani con meno di quarenta anni di età, che abbiano conseguito il diploma di laurea in giurisprudenza. Possono partecipare al concorso da Avvocato dello Stato: i Procuratori com almeno due anni di anzianità; i Magistrati ordinari e militari che abbiano conseguito la nomina a Magistrato di tribunale; i Magistrati amministrativi; gli avvocati del libero foro com sei anni di anzianità; i dipendenti pubblici con cinque anni di servizio nella carriera direttiva e i professori universitari di materie giuridiche”.

Como no Brasil, é *ex lege* o mandato dos advogados públicos italianos¹⁶⁴. Na Itália, também há uma atuação una da instituição. Não há que se falar em procurador/advogado natural. Em juízo, são fungíveis advogados e procuradores¹⁶⁵. Não há, portanto, vinculação de determinado procurador/advogado aos processos em que atuou, igualmente ao que ocorre no sistema pátrio.

Quanto ao julgamento dos conflitos que envolvem o ente público, há, contudo, significativas diferenças entre os modelos italiano e brasileiro. A Itália adota o modelo de justiça administrativa, no qual o Estado geralmente é demandado perante instituição distinta do Poder Judiciário. Trata-se de justiça própria para julgamento dos atos da Administração. Como regra, os órgãos de justiça comum não examinam questões relativas aos atos da Administração Pública.

Tanto a legitimidade como o mérito do ato administrativo podem ser analisados pelos órgãos da justiça administrativa. Tratando-se de julgamento do mérito, o órgão da justiça administrativa é investido de poder administrativo, ou seja, possui poderes para substituir ou reformar o ato administrativo, observando obviamente todo o sistema de normas que regem a Administração Pública¹⁶⁶. O Conselho de Estado, no modelo italiano, é órgão supremo de consultoria e de jurisdição administrativa. Cabe frisar ainda que em todas as jurisdições nacionais (inclusive a jurisdição comum) atua o advogado público italiano.

A *Avvocatura dello Stato* tem a exclusividade da representação e defesa em juízo do Poder Público italiano¹⁶⁷. No Brasil, em especial na esfera municipal, é comum que não haja uma carreira de advogado público, com ingresso por concurso público, fazendo-se então

¹⁶⁴ “A Advocacia de Estado é dotada por lei do mandato necessário e irrevogável de representação e defesa em juízo da Administração estatal e similares” (BRUNI; PALATIello, 2011, p. 51, tradução nossa). Citação original: “*L’Avvocatura dello Stato è dunque dotata ex lege del mandato necessario ed irrevocabile di rappresentanza e difesa in giudizio delle Amministrazioni statali e di quelle assimilate*”.

¹⁶⁵ “Outra peculiaridade que distingue a defesa do erário é a unidade e, portanto, a fungibilidade em juízo dos Advogados e Procuradores do Estado: Art. 1, 1º co., r.d. n. 1611/1933 afirma, em termos gerais, que a representação e defesa em juízo do Estado cabe à Advocacia do Estado, e não aos Advogados ou Procuradores do Estado singularmente’ (‘A Advocacia do Estado é, portanto, dotada por lei do mandato necessário e irrevogável de representação e defesa em juízo da Administração do Estado e daqueles assimilados’).” (*Ibid.*, p. 51, tradução nossa). Citação original: “*Altra peculiarità che contraddistingue la difesa erariale è la unitarietà e, quindi, la fungibilità in giudizio degli Avvocati e Procuratori dello Stato: l’art. 1, 1º co., r.d. n. 1611/1933 statuisce, in termini di generalità, che la rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato spetta all’Avvocatura dello Stato, non già ai singoli Avvocati o Procuratori dello Stato*’ (*L’Avvocatura dello Stato è dunque dotata ex lege del mandato necessario ed irrevocabile di rappresentanza e difesa in giudizio delle Amministrazioni statali e di quelle assimilate*)”.

¹⁶⁶ SOARES, José de Ribamar Barreiros. A justiça administrativa no direito comparado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 38, n. 152, p. 55-62, out./dez. 2001.

¹⁶⁷ “[...] à Advocacia do Estado é confiada, de forma ‘orgânica’ e ‘exclusiva’, à representação e defesa das Administrações estatais, mesmo que sejam organizadas por ordenamento autônomo (Art. 1, 1º, r.d. 30.10.1933, n. 1611) [...]” (BRUNI; PALATIello, *op. cit.*, p. 45, tradução nossa). Citação original: “[...] *all’Avvocatura dello Stato è affidata, in via ‘organica’ e ‘esclusiva’, la rappresentanza e difesa in giudizio delle Amministrazioni statali, anche se organizzate ad ordinamento autonomo (art. 1, r.d. 30.10.1933, n. 1611) [...]*”.

a contratação de advogados, com grave comprometimento à defesa do interesse público. Também não é rara a nomeação de advogados de fora da carreira para o exercício de cargos comissionados em Estados e mesmo em nível federal. Ou seja, mesmo onde há carreira estruturada, a intervenção de advogados privados nas procuradorias é prática comum.

3.3 Advocacia Pública como instituição extrapoder

A consolidação da Advocacia de Estado como órgão de controle da Administração, a quem previamente orienta e em momento posterior representa, impescinde da desvinculação da instituição de qualquer dos poderes da República.

Tal desvinculação, todavia, não se fará com tranquilidade, vez que a ligação entre os governantes e a Advocacia Pública vem de longa data. Muitas vezes, no curso da História, exerciam os advogados públicos a defesa dos interesses pessoais dos governantes, inclusive contra a atuação do próprio Estado:

A origem da figura do Fiscal do Estado encontra-se na Idade Antiga, na organização estatal romana, que necessitou, desde o início, do auxílio das atividades jurídicas dos advogados. Já na Idade Média existiam funcionários que cuidavam dos interesses pessoais dos reis, geralmente a custódia de seus patrimônios pessoais. Posteriormente com a aparição do Estado na Idade Moderna, as funções públicas exerceram-se na defesa das leis, do patrimônio do Fisco e da proteção jurídica dos hipossuficientes. [...] Na Roma Antiga, institui-se o “Fiscus”, chamando assim os advogados do Fisco, que na sua origem defendiam o patrimônio dos imperadores ante os juízes que os usurpassem ou os ameaçassem. Mais adiante no tempo, os Fiscais tomaram a importância de um ministério e suas funções se expandiram até se transformarem em curadores do patrimônio do Estado.¹⁶⁸

Torna-se mais fácil a visualização das diferenças entre Advocacia de Estado e advocacia de governo a partir da análise de situação concreta, que demonstre a postura a ser adotada pela Advocacia de Estado em contraposição à conduta esperada pelo governante.

É inequívoco que não há interesse de governos na quitação de dívidas de gestões anteriores, pois isto obviamente compromete a verba orçamentária, impactando severamente na realização das políticas públicas. Daí não ser rara a utilização do aparato da Advocacia Pública para diferir o cumprimento de obrigações para gestões vindouras. A defesa do interesse econômico da pessoa jurídica de direito público não serviria para justificar a prática, pois, cedo ou tarde, as obrigações serão cumpridas com aplicação de juros e correção

¹⁶⁸ MONTBRUN, Alberto; VALENZUELA, Edgardo. O perfil da “Fiscalía” de Estado no Direito Público Provincial Argentino. *In*: PEDRA, Adriano Sant’ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA, Pedro Gallo (Coords.). **Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 43-44.

monetária em virtude do retardamento¹⁶⁹. A prática de judicializar potenciais derrotas judiciais, portanto, beneficia apenas o interesse momentâneo de maior disponibilidade orçamentária imediata para determinado grupo político. Em nenhuma perspectiva a medida traria benefícios à sociedade.

É mister cautela, todavia, com a afirmação de que a Advocacia Pública não se confunde com advocacia de governo. Ao advogado público cabe sim a defesa (em juízo e fora dele) dos atos de governo. Os governantes são eleitos pelo povo e, ao menos em teoria, as políticas públicas que adotam representam a vontade geral. São essas políticas públicas governamentais que balizarão a utilização do orçamento estatal. Defender tais políticas é antes de tudo defender a vontade do povo, já que há presunção de legitimidade no fato de serem escolhidas por pessoas eleitas pelo voto. Salvo se houver claro desvio ético e disparidade com a ordem jurídica, é de nenhuma importância a discordância do advogado público com os atos governamentais. Da mesma forma, não pode o membro da Advocacia Pública guiar sua atuação por opinião pessoal contrária às diretrizes traçadas pela procuradoria, fazendo-se mister que, por dever de observância à uniformidade de atuação e em virtude da sua subordinação administrativa, oriente-se pelo que prescrito pelas instâncias que lhe são superiores dentro da instituição. Ademais, a prevalência de vontades em âmbito administrativo é arbítrio, além de ofensiva à igualdade e à impessoalidade.

A discordância do advogado público com a opção dos representantes do povo não importa, se não houver claro desvio ético e disparidade com a ordem jurídica. Agir pela prevalência de sua vontade é arbitrário e ofensivo à igualdade e à impessoalidade. O advogado público é antes de tudo um defensor da prevalência da vontade popular. Portanto, ao afirmar-se que a Advocacia de Estado não pode ser reduzida a advocacia de governo, quer-se com isso dizer que, agindo contrariamente ao direito e à orientação dos advogados públicos (em sua atuação preventiva), devem os governantes financiar sua defesa, vez que somente mereceriam a defesa da Advocacia Pública aqueles que agem em consonância com a ordem jurídica na idealização e concretização das políticas e dos atos governamentais.

O mister de defesa das políticas públicas não pode em hipótese alguma servir de fundamento de vinculação do advogado público ao Poder Executivo. O texto constitucional

¹⁶⁹ “Ademais, o prolongamento do litígio nas causas manifestamente favoráveis ao administrado apenas eternizaria o estado de insegurança jurídica. Nestes casos, nem mesmo o interesse meramente econômico do Estado seria tutelado com a insistência do litígio, pois o prolongamento da demanda aumentaria o valor do montante devido, em se tratando de decisões condenatórias contra a Fazenda Pública” (FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo Código de Processo Civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (Coords.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 399).

aparentemente respalda interpretação no sentido de que há tal vinculação. É que a redação final do *caput* do art. 131¹⁷⁰ restringe as atividades de consultoria e assessoramento jurídico da AGU ao Poder Executivo. Ocorre que o mesmo dispositivo estabelece ser a AGU a instituição que representa judicial e extrajudicialmente o ente público federal. Ora, a defesa do ato administrativo será de incumbência da AGU, ainda que tenha sido praticado por poder diverso do Executivo. A representação é do próprio ente público, e não de um seu poder. Os braços da AGU no Poder Judiciário e Legislativo¹⁷¹ bem demonstram ser injustificável a vinculação da instituição a determinado poder, vez que, se assim fosse, haveria clara ofensa à independência destes poderes, ao terem sua representação feita por integrantes do Executivo.

De ressaltar-se que não se mostra compatível com o texto constitucional a criação de carreiras de advogado público para cada um dos poderes. O principal argumento dos que as defendem é o de uma suposta vinculação da AGU ao Poder Executivo.¹⁷²

Ademais, ao tratar dos procuradores de Estado, no art. 132, *caput*, o constituinte não limitou a consultoria e assessoramento jurídico das unidades federadas aos órgãos do Poder Executivo. Daí poder-se extrair, numa interpretação sistemática, que a parte final do *caput* do art. 131, ao reduzir a consultoria e o assessoramento jurídico da AGU ao Poder Executivo federal, expressou-se equivocadamente, contradizendo-se com o conjunto da regulamentação feita na Seção II (Da Advocacia Pública) do Capítulo IV (Das funções essenciais à justiça).

Por fim, de uma análise do enquadramento da Advocacia Pública como função essencial à justiça, ao lado de instituições outras de reconhecida desvinculação a qualquer dos poderes (Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia), é de reconhecer-se à

¹⁷⁰ Art. 131, CF: “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.” (BRASIL, 1988, p. 84).

¹⁷¹ Há inclusive escritórios avançados da Advocacia-Geral da União no seio do Poder Judiciário (BRUNO, Raphael. AGU e STJ renovam acordo para funcionamento de escritório avançado. **Notícias da AGU**, Brasília, 15 dez. 2016a. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/483396>. Acesso em: 20 set. 2017) e do Poder Legislativo (BRUNO, Raphael. Escritório da AGU na Câmara assegura importantes leis aprovadas pelos deputados. **Notícias da AGU**, Brasília, 4 set. 2015. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/350776>. Acesso em: 20 set. 2017).

¹⁷² “Não cabe à Advocacia-Geral da União, a não ser mediante mandato específico, a defesa de interesses do Judiciário e do Legislativo em ações judiciais cuja controvérsia envolva prerrogativas desses Poderes ou questões administrativas intrincadas com sua independência institucional. O órgão de representação judicial e extrajudicial do Poder Executivo não poderia imbuir-se da função de promotor natural da tutela jurisdicional das prerrogativas dos Poderes republicanos rivais, contra as quais se arvora, no mais das vezes, o próprio presidente da República e seus órgãos auxiliares. Tal usurpação, inequívoca burla ao princípio da ampla defesa e do contraditório, feriria cláusula pétrea por marchar contra o princípio da separação dos poderes (inciso do III d § 4º do artigo 60 da Constituição).” (FERNANDES, Edvaldo. **A institucionalização da Advocacia do Senado Federal como salvaguarda das competências constitucionais do Congresso Nacional**. Brasília: Centro de Estudos e da Consultoria do Senado, 2010, p. 7).

mesma idêntica autonomia¹⁷³. Ademais, a necessária simetria entre as funções essenciais à justiça é, como se verá a seguir, indispensável para que se evite a exposição institucional do Poder Público.

3.4 Exposição institucional e necessidade de tratamento isonômico entre as funções essenciais à justiça

O CPC/15, diferentemente do código revogado, regulamentou a Advocacia Pública, corrigindo assim o injustificável tratamento desigualitário entre as funções essenciais à justiça. É que, no CPC/73, somente o Ministério Público merecera tratamento específico (Título III - Do Ministério Público, arts. 81 a 85).

Embora o CPC/73 prescrevesse algumas prerrogativas para a Fazenda Pública, em nenhum momento referia-se à Advocacia Pública. Algumas das prerrogativas previstas, embora fossem institucionais, eram atribuídas ao cliente (Fazenda Pública), quando em verdade tratava-se de prerrogativa do advogado (prazo diferenciado para prática dos atos processuais, por exemplo – art. 188 do CPC/73). O legislador, todavia, não fazia qualquer referência à Advocacia Pública e aos seus membros, mas apenas às pessoas jurídicas de direito público.

O tratamento igualitário entre as funções essenciais à justiça somente veio a ocorrer, em se tratando de legislação processual, com o advento do CPC/15. Este diploma regulamentou não somente o Ministério Público, mas também a Defensoria Pública e a Advocacia Pública (Títulos V, VI e VII, do Livro III). Houve assim o reconhecimento legislativo da idêntica importância dessas instituições à concretização do direito de acesso à justiça. Não se mostrava minimamente razoável a omissão legislativa na regulamentação processual da instituição que representa aquele que, como visto, é o maior litigante do país.

A regulamentação pelo CPC/15 da Advocacia Pública ao lado das demais funções essenciais à justiça, todavia, embora tenha simbolicamente o significado do reconhecimento da idêntica importância de todas por parte do legislador processual, passou longe de conferir paridade de armas entre os membros das instituições. Reconhece-se que não seria a legislação

¹⁷³ “Além disso, ao ser a Advocacia Pública inserida no rol de funções essenciais à justiça, há de se reconhecer, necessariamente, um regime de simetria de tratamento com as demais funções ali referidas, não se justificando diferenciações normativas não calcadas em um critério de razoabilidade.” (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 312). “Na contramão das tendências hostis aos bons servidores públicos (que não compactuam com o burocratismo parasitário), força promover a incisiva valorização do vínculo institucional e da autonomia das Carreiras de Estado, condição para obter o exercício legítimo e eficaz da discricionariedade administrativa em consonância com o direito fundamental à boa administração pública [...]” (FREITAS, 2014, p. 144).

processual o campo adequado para correção dessas distorções. É na Constituição Federal que se encontra o abismo entre as funções essenciais à justiça.

Essa inexistência de mínimas prerrogativas necessárias aos advogados públicos agrava o nível de exposição a risco institucional e financeiro do Estado brasileiro. É que, quando se comparam as garantias institucionais de que gozam outras instituições com as da Advocacia Pública, vê-se claramente um desequilíbrio. O quadro agrava-se quando se observa que Ministério Público e Defensoria Pública, bem mais fortalecidos institucionalmente, são exatamente as partes ou os representantes das partes que litigam contra o Estado¹⁷⁴.

As disputas judiciais são disputas argumentativas, nas quais a qualidade técnica dos argumentantes e seu grau de empenho e respaldo institucional no exercício da função é primordial para um resultado satisfatório. Na medida em que são valorizadas apenas instituições que demandam contra o Estado, o risco institucional da desvalorização da Advocacia Pública mostra-se evidente. É natural a saída dos melhores quadros, que migram para as carreiras valorizadas. E aqui não se trata de valorização remuneratória, mas de valorização institucional. A ausência de prerrogativas institucionais é sentida muito severamente pelos advogados públicos.

Tal fortalecimento mostra-se indispensável não apenas para garantir paridade de armas entre litigantes, mas, sobretudo, para o exercício com independência do mister de busca da consensualidade nos conflitos.

3.5 Prerrogativas institucionais indispensáveis à atuação cooperativa do advogado público e correção da exposição institucional

Atualmente, não possuem os membros da Advocacia Pública diversas prerrogativas conferidas aos membros de outras funções essenciais à justiça. Esse quadro, especialmente a ausência de autonomia técnica, produz nos advogados públicos fundado

¹⁷⁴ “Com efeito, o Ministério Público e, mais recentemente, a Defensoria Pública, estão pautados por uma série de prerrogativas pessoais e institucionais, das quais os advogados públicos, especialmente os federais, não dispõem, nem de forma infinitesimal. Num cenário em que tais advogados são responsáveis pela defesa do patrimônio do Estado, pela defesa das decisões políticas que ele toma [...] e pela defesa pessoal dos próprios agentes políticos e agentes públicos que tenham sido injustamente acusados – dentre outras atribuições –, o que temos é um nível excessivo de exposição judicial da República perante alguns corpos institucionais que normalmente não são estruturados para considerar holisticamente as repercussões sociais e econômicas das demandas que promovem perante o Judiciário.” (FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo. O Novo CPC, a estrutura de incentivos do Advogado Público e a racionalização da Justiça na sindicabilidade das condutas estatais. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (Coords.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 34-35).

receio de represálias de órgãos de controle quando da adoção de postura conciliatória em âmbito judicial ou extrajudicial¹⁷⁵.

Os riscos profissional e pessoal são reais, fazendo com que boa parte dos membros da Advocacia Pública opte por não buscar o consenso com a parte contra quem litiga a Fazenda Pública, o que não condiz com o que se espera de um Estado cooperativo. O prejuízo, em casos em que seria viável o consenso, é generalizado, pois o ente público deixa de economizar, já que eventual acordo provavelmente se traduziria em pagamento de montante menor que a integralidade da dívida, enquanto a outra parte perde a oportunidade de reconhecimento imediato do seu direito.

3.5.1 Autonomia funcional ou técnica

A autonomia funcional dos advogados públicos pode ser extraída, senão da regulamentação específica da Advocacia Pública (Seção II do Capítulo IV da CF), da previsão constitucional da inviolabilidade dos advogados por seus atos e manifestações no exercício da profissão (Seção III do Capítulo IV, art. 133, da CF¹⁷⁶). Todavia, é comum o desprezo da autonomia por órgãos de controle, como se demonstrará.

Mas, em que consistiria a autonomia funcional? Não se trata, pois, de liberdade para atuar no processo segundo suas convicções pessoais, pois esta prerrogativa não a possui nenhuma das carreiras jurídicas.

Em relação à magistratura, por exemplo, são atualmente comuns as críticas ao suposto livre convencimento¹⁷⁷, expressão não mais constante do CPC/15. Aliás, a previsão nesse diploma de precedentes judiciais obrigatórios é prova de que não se admite uma liberdade de convencimento. Não estão quaisquer operadores do direito autorizados a agir segunda sua consciência. A opinião pessoal do advogado público, contrária à opinião da instituição a que pertence, não pode guiar sua conduta, sendo necessário que siga as instruções das instâncias que lhe são superiores dentro da Administração Pública.

¹⁷⁵ Barreiros, comentando o espaço de consensualidade aberto pelo art. 10, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais) à consensualidade, lamenta: “A autorização normativa conferida pelo ordenamento jurídico não se fez acompanhar da necessária mudança cultural viabilizadora de sua efetivação, frustrando o intento legal de ampliação do campo de consensualidade administrativa” (BARREIROS, 2017, p. 63).

¹⁷⁶ Art. 133, CF: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” (BRASIL, 1988, p. 85).

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. **Revista Consultor Jurídico**, 19 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>>. Acesso em: 10 out. 2017.

Trata-se, em verdade, a autonomia funcional de não responsabilização externa (geralmente por órgãos de controle) do advogado público pela prática de atos em conformidade com o direito e com as diretrizes da procuradoria. Trata-se do reconhecimento de que cabe somente ao órgão de Advocacia Pública a prerrogativa de rever e censurar manifestações jurídicas dos seus membros.

Na Advocacia Pública, há subordinação administrativa de seus membros, no sentido de estarem vinculados ao arsenal normativo produzido pelo seu órgão, contendo diretrizes de atuação (judicial e extrajudicial). Qualquer servidor público de qualquer dos poderes está administrativamente subordinado ao regramento do órgão que integra. Não se confunde a subordinação administrativa com a hierárquica. A carreira de advogado público em todas as esferas é estruturada de maneira linear (sem patamares hierárquicos), com níveis que se alcançam a partir de critérios de antiguidade e merecimento, sem que haja, contudo, qualquer restrição de representação do ente público por procuradores de todos os níveis da carreira nos mais diversos órgãos judiciais ou administrativos, bastando estar o advogado lotado no órgão responsável pelo assessoramento ou representação¹⁷⁸.

Ora, é com base na subordinação administrativa que estaria o advogado público vinculado às orientações do órgão que integra. A regulamentação interna da forma de atuação dos membros, no âmbito das procuradorias, inclusive com a estipulação de critérios objetivos para a prática de atos dispositivos, não só não ofende a autonomia funcional dos membros, como é imprescindível para garantir-lhes segurança na sua atuação¹⁷⁹.

Adiante, ao discorrer-se acerca dos negócios processuais celebráveis pela Advocacia Pública, pontuar-se-ão as vantagens da estipulação de critérios objetivos pelas procuradorias, de modo a respaldar a atuação do advogado público perante órgãos de controle, além de blindá-lo da suspeita de inobservância do princípio da impessoalidade. É do agir administrativo o respeito às normas. E é das normas a impessoalidade. Portanto, não só podem como devem as procuradorias, a que estão subordinados administrativamente os advogados públicos, normatizar a atuação judicial e extrajudicial dos seus membros.

¹⁷⁸ “A independência funcional do advogado público é prerrogativa posta em defesa de sua atuação; do mesmo modo, não existe subordinação hierárquica – e, sim, administrativa – entre os membros da Advocacia Pública” (BARREIROS, 2017, p. 311-312).

¹⁷⁹ A normatização interna é salutar mesmo diante de autorização legislativa expressa para a prática de atos dispositivos, pois visa estabelecer critérios e procedimentos objetivos para sua realização. No âmbito da Advocacia-Geral da União, mesmo com autorização legislativa expressa aos advogados públicos (representantes judiciais) para celebração de acordos e desistência em processos de competência dos Juizados Especiais Federais (art. 10 da Lei nº 10.259/2001), houve a regulamentação interna da matéria por meio da Portaria nº 109, de 30 de janeiro de 2007. Também regulamentou a AGU a autorização dada pelo art. 1º da Lei nº 9.469/97 para que o Advogado-Geral da União e dirigentes máximos de autarquias e fundações celebrassem acordos (Portaria nº 990, de 16 de julho de 2009).

Como argumento final a favor da regulamentação interna, aponte-se ainda a eficiência na atuação dos profissionais, vez que a existência de diretrizes prévias à atuação acelera a tomada de decisões.

O CPC/15 previu, no art. 184¹⁸⁰, que os advogados públicos seriam responsabilizados civil e regressivamente no caso de atuação dolosa ou fraudulenta. Deve o dispositivo ser interpretado em conjunto com diversas outras normas do sistema jurídico que regulamentam a responsabilização desses profissionais.

A Lei Complementar (LC) n° 73, de 10 de fevereiro de 1993, em seu art. 5º, I e III¹⁸¹, reserva com exclusividade à Corregedoria-Geral da União competência para fiscalização funcional e apreciação de representações relativas aos membros da instituição. Além disso, o art. 75, *caput*¹⁸², da MP n° 2.229, de 6 de setembro de 2001, reforça tal entendimento, ao prever que os membros da AGU respondem exclusivamente perante a própria instituição por falta funcional praticada no exercício de suas atribuições específicas.

Do art. 184 do CPC/15 é possível extrair-se então que, enquanto para a responsabilização meramente funcional bastaria a prova de culpa do procurador, para a civil seria mister que agisse com dolo ou fraude. Assim, apesar de o dispositivo abrir caminho para a interpretação de que é possível a responsabilização civil do advogado público por pessoas, órgãos ou instituições distintas do órgão que integra, limita-a às hipóteses de dolo ou fraude.

Por sua vez, o art. 38, § 2º¹⁸³, da Lei n° 13.327, de 29 de julho de 2016, veio restringir a responsabilização dos membros da Advocacia Pública Federal às hipóteses de

¹⁸⁰ Art. 184, CPC/15: “O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.” (BRASIL, 2015a, *online*).

¹⁸¹ Art. 5º, LC n° 73/93: “A Corregedoria-Geral da Advocacia da União tem como atribuições: I - fiscalizar as atividades funcionais dos Membros da Advocacia-Geral da União; [...]; III - apreciar as representações relativas à atuação dos Membros da Advocacia-Geral da União; [...]” (BRASIL. Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 fev. 1993c, Seção 1, p. 1797).

¹⁸² Art. 75, MP n° 2229-43/2001: “Os membros da Advocacia-Geral da União, como os integrantes da Carreira de Procurador Federal e de órgãos jurídicos vinculados à Instituição em geral, respondem, na apuração de falta funcional praticada no exercício de suas atribuições específicas, institucionais e legais, exclusivamente perante a Advocacia-Geral da União, e sob as normas, inclusive disciplinares, da Lei Orgânica da Instituição e dos atos legislativos que, no particular, a complementem. [...]” (BRASIL. Medida Provisória n° 2.229-43, de 6 de setembro de 2001. Dispõe sobre a criação, reestruturação e organização de carreiras, cargos e funções comissionadas técnicas no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 set. 2001d, Seção 1, p. 8).

¹⁸³ Art. 38, § 2º, da Lei n° 13.327/2016: “No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.” (BRASIL. Lei n° 13.327, de 29 de julho de 2016. Altera a remuneração de servidores públicos; estabelece opção por novas regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões; altera os requisitos de acesso a cargos públicos; reestrutura cargos e carreiras; dispõe sobre honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 jul. 2016b, Seção 1, p. 111).

dolo ou fraude. A conduta meramente culposa somente poderia ocasionar responsabilização perante os órgãos correicionais ou disciplinares da AGU.

Infelizmente, todos os esforços do legislador infraconstitucional para blindar o advogado público do controle de órgãos externos acerca dos atos praticados no exercício da função, o que lhe garantiria independência funcional, têm esbarrado na interpretação que esses órgãos vêm adotando acerca dos dispositivos citados.

O Tribunal de Contas da União (TCU), por exemplo, tem feito da previsão do art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327/2016 letra morta, ao interpretar que a mesma não veda a responsabilização civil dos advogados públicos em caso de culpa (sem dolo ou fraude). Segundo aquele órgão de controle, o art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal autoriza a aplicação de multa proporcional ao dano causado nos casos de ilegalidade ou irregularidade de contas, ainda que ausente o dolo¹⁸⁴.

Pelos dispositivos acima citados, um órgão de controle, como um tribunal de contas, somente poderá proceder à responsabilização dos advogados públicos em processos nos quais os erros possam enquadrar-se como dolosos ou fraudulentos. Caso entenda o órgão de controle pela existência de erro grosseiro, deve o órgão de Advocacia Pública, por sua corregedoria, ser ouvido a respeito, pois somente este poderá proferir juízo quanto à qualidade técnica da atuação profissional do membro. Não cabe a órgão externo à Advocacia Pública juízo acerca da correção do entendimento jurídico adotado pelo advogado público.

Caso haja orientação do órgão acerca da atuação no caso sob análise, é a corregedoria que pode e deve averiguar a conformidade da peça produzida ou do ato praticado com as normas internas, a que está sujeito o procurador em virtude da subordinação administrativa e dever de atuação uniforme e impessoal.¹⁸⁵ Na ausência de normatização interna específica, ainda com mais razão é do órgão da Advocacia Pública a competência para analisar a qualidade do trabalho do membro.

¹⁸⁴ “Os ocupantes de cargos da Advocacia Pública Federal podem ser responsabilizados pelo TCU, mesmo quando não tenham atuado com dolo ou fraude, porquanto a disposição contida no art. 38, § 2º, da Lei 13.327/2016 não inovou no mundo jurídico, apenas trouxe novos contornos à disciplina do art. 75 da MP 2.229/2001, de modo que se refere apenas à responsabilização funcional.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2947/2016. Plenário. Relator: Min. Marcos Bemquerer Costa. Número da ata: 47/2016. Data da sessão: 16/11/2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 nov. 2016e, Seção 1, p. 66).

¹⁸⁵ “A correção efetuada pela Corregedoria-Geral da Advocacia da União pode e deve adentrar na formação do mérito jurídico em pareceres emitidos por membros da Advocacia-Geral da União – AGU, para concluir pela existência de indícios de inobservância das leis e de orientações consolidadas no âmbito da Administração Pública.” (STJ, MS 13861 DF 2008/0216189-4, Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 09/12/2009, Terceira Seção, DJe de 22/03/2010b).

Tendo em vista a inutilidade dos dispositivos infraconstitucionais frente à interpretação (do TCU) referida, resta como solução a reforma constitucional, havendo já proposta de emenda neste sentido. Trata-se da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 82-A/2007¹⁸⁶, que visa, dentre outros objetivos, assegurar autonomia técnica aos órgãos de Advocacia Pública. Prevê ainda a inviolabilidade dos membros da Advocacia Pública no exercício de suas funções.

Ocorre que os advogados públicos são advogados, e a inviolabilidade destes no exercício do seu mister já conta com previsão constitucional (art. 133, CF). Todavia, diante da necessidade de combater o entendimento mitigador da prerrogativa que vem sendo adotado especialmente pelos tribunais de contas, como anteriormente analisado, não se mostra desnecessária a reafirmação da mesma em âmbito constitucional.

3.5.2 Escolha do chefe da instituição pelo chefe do Executivo entre membros da carreira e necessidade de aprovação pelo Legislativo

Nos termos do art. 131, § 1º, da CF, o chefe da AGU é nomeado pelo “[...] Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada”¹⁸⁷. Não previu o constituinte, ao contrário do que fez ao tratar do chefe do Ministério Público da União (MPU)¹⁸⁸, qualquer limitação à escolha do Presidente. Muito pelo contrário, utilizou a expressão “livre nomeação”. Ou seja, não se faz necessário que o escolhido seja membro da instituição. Nem mesmo é mister aprovação do Senado ou de qualquer outro órgão. A escolha é livre. E não há também qualquer restrição à sua exoneração.

¹⁸⁶ “Art. 1º Fica acrescentado o seguinte art. 132-A à Constituição Federal: ‘Art. 132-A. À Advocacia-Geral da União e órgãos vinculados, bem como às Procuradorias-Gerais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos entes públicos, asseguradas **autonomias** administrativa, orçamentária e **técnica**, além da iniciativa de organização dos seus quadros e de propostas orçamentárias anuais, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Parágrafo único. **Os membros da Advocacia Pública são invioláveis no exercício das suas funções** e atuam com independência, observada a juridicidade, racionalidade, uniformidade e a defesa do patrimônio público, da justiça fiscal, da segurança jurídica e das políticas públicas, nos limites estabelecidos na Constituição e nas leis pertinentes’”. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Substitutivo adotado pela Comissão Especial à PEC nº 82-A, de 2007, e à Apensada, PEC nº 452-A, de 2009. Acresce o art. 132-A e altera o art. 168 da Constituição Federal de 1988. Brasília, 2014a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1251329>. Acesso em: 10 out. 2017, grifo nosso).

¹⁸⁷ BRASIL, 1988, p. 85.

¹⁸⁸ Art. 128, §§ 1º e 2º, CF: “[...] § 1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução. § 2º A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.” (*Ibid.*, p. 82).

A LC nº 73/93, em seu art. 3º, § 1º¹⁸⁹, prevê que o Advogado-Geral da União, sendo o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, está submetido à direta, pessoal e imediata supervisão do Presidente da República.

Por fim, a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, em seu art. 25, parágrafo único¹⁹⁰, atribuiu ao cargo de Advogado-Geral da União o *status* de ministro, reforçando ainda mais a ideia de subordinação e de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Executivo. Posteriormente, a Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016, por meio do seu art. 12, alterou a redação do dispositivo, prevendo em incisos os que teriam *status* de ministro, momento em que, relativamente ao Advogado-Geral da União, previu que tal *status* perduraria até aprovação de emenda para inclusão do mesmo no rol daqueles que possuem foro privilegiado no STF nas infrações penais comuns e crimes de responsabilidade, além dos *habeas corpus*, sendo paciente.

Ficou clara a real intenção de conferir foro privilegiado ao Advogado-Geral da União. Todavia, é inquestionável a gravidade do tratamento da AGU como uma pasta ministerial para burlar uma omissão constitucional. Ministros são atores de um governo, e não chefes de instituições republicanas permanentes. Melhor seria deixar o ocupante do cargo destituído do foro privilegiado do que tratar o chefe da AGU como mero ministro de governo.

Não se está a afirmar que é dispensável o foro privilegiado do Advogado-Geral da União. Trata-se de mais um aspecto a denunciar o tratamento desigualitário entre as funções essenciais à justiça, vez que o Procurador-Geral da República, chefe do MPU, possui foro privilegiado nas infrações penais comuns (art. 102, I, alínea *b*, da CF), no *habeas corpus*, quando paciente, e no mandado de segurança e *habeas data* contra atos por ele praticados (alínea *d*).

O ideal, portanto, com vistas a evitar indevido risco institucional, seria a imediata reforma constitucional, de modo a expressamente garantir ao chefe da AGU igual tratamento dado ao chefe do MPU. Arremedios como o que foi feito pelo legislador (tratamento do

¹⁸⁹ Art. 3º, § 1º, LC nº 73/93: “O Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, submetido à direta, pessoal e imediata supervisão do Presidente da República.” (BRASIL, 1993c, p. 1797). Há ainda na LC 73/93 a previsão legal de subordinação das consultorias jurídicas aos Ministros de Estado: “Art. 11. Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente: [...]” (BRASIL, 1993c, p. 1797).

¹⁹⁰ Art. 25, Lei nº 10.683/2003: “Art. 25 [...]. Parágrafo único: São Ministros de Estado: [...]; III - o Advogado-Geral da União, até que seja aprovada emenda constitucional para incluí-lo no rol das alíneas *c* e *d* do inciso I do *caput* do art. 102 da Constituição Federal; (Redação dada pela Lei nº 13.341/2016).” (BRASIL. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 maio 2003, Seção 1, p. 2).

Advogado-Geral da União como ministro) apenas criam ainda mais riscos à instituição, na medida em que atingem violentamente sua independência, comprometendo assim a realização do seu mister de bem assessorar e representar o ente estatal. Ministros integram governos. Advogados públicos assessoram e representam o ente estatal.

Ao lado da prerrogativa de foro do Advogado-Geral da União, a reforma constitucional deveria ainda contemplar a previsão de escolha do mesmo pelo Presidente da República dentre membros da carreira, e não livremente. Além disso, deveria a escolha passar pelo crivo do Senado Federal, de modo a evitar que, mesmo de carreira, o chefe da AGU fosse visto e se comportasse como ministro, integrante do governo que o escolheu.

A necessária aprovação do nome do Advogado-Geral pelo Senado, tal qual ocorre com a chefia do MPU (art. 128, § 1º, da CF), blinda a autoridade de submissão à chefia do Executivo. O mesmo ocorre com a previsão de aprovação do Poder Legislativo para a exoneração do cargo (art. 128, §§ 2º e 4º, da CF, no que diz respeito ao chefe do MPU).

A livre exoneração a que se submete o Advogado-Geral da União, repetida nas constituições estaduais no que diz respeito aos respectivos Procuradores-Gerais, não é adequada à necessária independência que deve manter a Advocacia Pública, inclusive no assessoramento da própria chefia do Executivo¹⁹¹.

A consolidação da Advocacia Pública como órgão de Advocacia de Estado não se dará sem a extirpação da submissão da chefia da instituição à chefia do Poder Executivo, que nada mais é que um dos poderes a serem assessorados. O primeiro e fundamental passo para essa desvinculação está na forma de escolha do chefe da instituição.

Se a Advocacia Pública, para fugir à tentação de atendimento de interesses imediatos de governos, deve estar estruturada em carreira, com cargos efetivos de provimento por concurso público de provas e títulos, não há sentido em permitir-se que seja alheio a esse quadro o chefe da instituição. Ele é quem sofrerá mais intensamente a pressão do governo. Com maior razão então deve ser de carreira.

¹⁹¹ Recentemente foi noticiada a demissão do Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, em virtude de este ter recusado fazer a defesa do governador do Estado em ação popular, por entender que haveria irregularidade no ato administrativo do Governador questionado na ação (PROCURADOR-GERAL do estado é demitido. **O DIA**, 14 nov. 2017. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-11-14/procurador-geral-do-estado-e-demitido.html>>. Acesso em: 20 nov. 2017). Diante da repercussão do caso, tendo inclusive sido publicada nota de repúdio da Ordem dos Advogados do Brasil contra a atitude do Governador (demissão do Procurador-Geral), o governo passou a negar a demissão (GOVERNO nega exoneração do procurador-geral do estado Leonardo Espíndola. **O DIA**, 14 nov. 2017. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-11-14/governo-nega-exoneracao-do-procurador-geral-do-estado-leonardo-espindola.html>>. Acesso em: 20 nov. 2017).

3.5.3 Exclusividade da função por advogados públicos de carreira

A Constituição de 1988 previu a regra do concurso público para ingresso na Advocacia Pública em âmbito federal (art. 131, § 2º¹⁹²) e estadual/distrital (art. 132, *caput*¹⁹³). Por não ter o constituinte feito referência expressa aos procuradores municipais, tem-se feito a equivocada interpretação de que foi constitucionalmente autorizada a contratação de advogados privados nessa seara. Trata-se de equívoco, porque a regra na Administração Pública (art. 37, inciso II, CF) é a do concurso público.¹⁹⁴ A contratação de profissionais sem concurso somente se admite em situações específicas. Os advogados públicos são, portanto, em todos os âmbitos, inclusive municipal, componentes de carreiras públicas.

Há Proposta de Súmula Vinculante (PSV) nº 18, com a seguinte redação: “O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados e nos Municípios, nestes onde houver, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988”¹⁹⁵.

Somente com a exclusividade de atuação de advogados públicos na representação do ente estatal pode consolidar-se a Advocacia Pública, evitando-se que os governos, por meio de cargos comissionados ou contratação ordinária de advogados privados, acabem pautando o controle da juridicidade da Administração. A Advocacia Pública deve ser

¹⁹² Art. 131, § 2º, CF: “O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.” (BRASIL, 1988, p. 85).

¹⁹³ Art. 132, CF: “Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.” (BRASIL, 1988, *loc. cit.*).

¹⁹⁴ Art. 37, II, CF: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...]” (*Ibid.*, p. 37).

¹⁹⁵ Há outras redações propostas para a referida PSV, conforme se confere no sítio do STF: “Proposta de Súmula Vinculante (PSV) 18. [...] Proposta de edição de enunciado de súmula vinculante formulado pela União dos Advogados Públicos Federais do Brasil, que disponha sobre a exclusividade do exercício das funções da advocacia pública federal, estadual e municipal pelos advogados públicos concursados e organizados em carreira com a seguinte redação: ‘O exercício das funções da Advocacia Pública Federal constitui atividade exclusiva dos seus integrantes efetivos, a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988’. Pleiteia, ainda, que o STF, com base no artigo 2º da Lei nº 11.417/2006, edite, de ofício, um enunciado de maior amplitude, com o seguinte teor: ‘O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados e nos Municípios, nestes onde houver, constitui atividade exclusiva dos seus integrantes efetivos, a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988’. A Associação Nacional dos Procuradores Municipais – ANPM manifestou-se no sentido de incluir expressamente os municípios e seus procuradores na atividade exclusiva das funções da advocacia pública municipal e propõe a seguinte redação: ‘O exercício das funções da Advocacia Pública na União, nos Estados e nos Municípios, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos, a teor do artigo 131 da Constituição Federal de 1988’. Em discussão: saber se estão presentes os pressupostos e os requisitos necessários à aprovação da súmula vinculante.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pauta de julgamentos previstos para a sessão plenária desta quarta-feira. **Notícias do STF**, 8 mar. 2016d. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=311553>>. Acesso em: 15 out. 2017).

totalmente apartidária e exclusivamente comprometida com o controle da juridicidade dos atos estatais. Desta forma, os que exercerão a função não podem ser deliberadamente escolhidos pelos governantes da situação.

A aprovação da PSV 18 trata-se, portanto, de medida que se impõe, pois vinculará toda a Administração Pública, ficando assim vedada a contratação de profissionais de fora da carreira para exercício das funções próprias da Advocacia Pública.

Outra PEC relativa à Advocacia Pública encontra-se atualmente pronto para deliberação em Plenário no Senado Federal. Trata-se da PEC nº 17/2012¹⁹⁶, que objetiva a alteração da redação do art. 132 da Constituição Federal, estendendo aos Municípios a obrigatoriedade de carreira organizada de procurador, com ingresso por meio de concurso público com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em todas as suas fases, garantindo-se a estabilidade dos membros após 3 anos de efetivo exercício, após avaliação de desempenho. Caso aprovada, haveria uma unificação do tratamento dado à Advocacia Pública em todos os âmbitos federativos. Significaria, portanto, importante avanço institucional.

Vale apontar que já é possível, na atualidade, extrair-se do texto constitucional a exigibilidade de criação pelos municípios de cargos efetivos de advogado público, preenchíveis via concurso público de provas e títulos.¹⁹⁷

A não aprovação do projeto de emenda até o presente momento talvez deva-se à alegação de inviabilidade econômica na criação desses cargos efetivos em municípios menores. Trata-se, todavia, de argumento falacioso, pois não há previsão na PEC (nem poderia haver) do valor do subsídio do procurador. Por óbvio variaria de acordo com a capacidade financeira de cada ente municipal. Acrescente-se que já há despesa com assessoramento jurídico e representação judicial nas municipalidades, mediante contratação de advogados privados ou preenchimento de cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração. Assim, não há que se falar em despesa nova. A real causa da resistência à criação desses cargos é o receio das chefias de Poder Executivo municipais de perda de controle da Advocacia Pública, já que não teriam mais a escolha dos que assessorariam juridicamente a atuação daqueles entes federados.

¹⁹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2012. Altera o art. 132 da Constituição Federal. Brasília, 2012b. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105021>>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹⁹⁷ “A concepção constitucional prevista no inciso II do art. 37 da Constituição Federal exige o provimento desses cargos mediante aprovação prévia em concurso, seja pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo que se reputa impreterível a existência de quadros de carreira, para cumprir tais atribuições”. (TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. *In*: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coords.). **Advocacia de Estado**: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 145).

Para a configuração da Advocacia Pública como Advocacia de Estado, faz-se mister a consolidação da carreira de advogado público em todas as esferas, inclusive na municipal, de modo a possibilitar uma regulamentação mínima em nível nacional das prerrogativas dos advogados públicos.

Como visto, percebe-se que, já na atualidade, numa interpretação sistemática da Constituição, também os municípios têm o dever de criar cargos de procurador municipal, a serem providos após concurso público de provas e títulos, é mister reconhecer que, mesmo sem que tenha sido ainda aprovada a retromencionada PEC 17/2012, a exigência de criação desses cargos pelos entes municipais é uma realidade do atual quadro constitucional.

Contudo, diante da inexistência desses cargos na maior parte dos municípios, embora lamentosa a situação, é inafastável a contratação de advogados privados para o exercício dos misteres da Advocacia Pública. Trata-se de medida que deve ser transitória, até a criação legal desses cargos, não dispensando a necessidade de licitação do serviço.

Extraí-se do art. 25, II, da Lei nº 8.666/93¹⁹⁸ (Lei de Licitações), a exigência de licitação. Segundo o dispositivo, é inexigível a licitação para contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13, dentre os quais o patrocínio ou a defesa de causas judiciais ou administrativas (inciso V)¹⁹⁹, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização.

O § 1º do art. 25²⁰⁰ da mesma lei prescreve ainda que se considera de notória especialização aquele profissional ou empresa com conceito no campo de sua especialidade que permita a constatação de que o seu trabalho é sem dúvidas o mais recomendável à satisfação do objeto do contrato.

Portanto, *a contrario sensu*, não se tratando de causa judicial ou administrativa de natureza singular e de profissional ou empresa de notória especialização, é obrigatório o procedimento licitatório.

¹⁹⁸ Art. 25, II, Lei nº 8.666/93: “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: [...]. II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; [...]” (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 22 jun. 1993a, Seção 1, p. 8269).

¹⁹⁹ Art. 13, Lei nº 8.666/93: “Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: [...]; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; [...]” (BRASIL, 1993a, *loc. cit.*).

²⁰⁰ Art. 25, § 1º, Lei nº 8.666/93: “Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.” (BRASIL, 1993a, *loc. cit.*).

O STF vem entendendo que não há ilegalidade na contratação direta (ou seja, sem procedimento licitatório) diante da especificidade do serviço e da especialização do escritório contratado.²⁰¹ O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também vem entendendo pela total excepcionalidade da contratação direta.²⁰²

Em resumo, pelo comando do art. 37, II, da CF, é exigível a imediata criação de cargos de procurador municipal em todas as municipalidades, afastando-se por completo a possibilidade/necessidade de contratação de advogados para o exercício dos misteres da Advocacia Pública. Contudo, a pendência de aprovação da PEC 17/2012, que tornaria mais evidente a conclusão aqui exposta, talvez seja a causa da aceitação jurisprudencial da legalidade na contratação por ato licitatório (ou mesmo seleção simplificada, nas contratações temporárias) dos referidos advogados. Não se admite, todavia, salvo na excepcionalidade retroanalizada (especificidade da causa e alta especialização dos profissionais), a contratação sem licitação de serviços advocatícios por entes públicos.

Ressalte-se que, caso aprovada a PEC 17/2012, certamente haveria uma alteração jurisprudencial no sentido de não mais admitir, nem mesmo mediante licitação, a contratação de serviços advocatícios, pois a previsão expressa e específica de obrigatoriedade de concurso

²⁰¹ “A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros: a) existência de procedimento administrativo formal; b) notória especialização profissional; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado. Incontroversa a especialidade do escritório de advocacia, deve ser considerado singular o serviço de retomada de concessão de saneamento básico do Município de Joinville, diante das circunstâncias do caso concreto. Atendimento dos demais pressupostos para a contratação direta. Denúncia rejeitada por falta de justa causa.” (STF, Inq 3074-SC, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 26/08/14, Primeira Turma, DJe de 02/10/2014b). Noutro caso semelhante, foi o mesmo o entendimento da Suprema Corte, extraindo-se da ementa do acórdão o seguinte trecho relevante: “[...] 2. As imputações feitas aos dois primeiros denunciados na denúncia, foram de, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL. 3. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico. 4. Não restou, igualmente, demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida, por parte dos réus, a superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação [...]” (STF, Inq 3077-AL, Relator: Min. Relator Dias Toffoli, julgado em 29/03/2012, Tribunal Pleno, DJe de 24/09/2012d).

²⁰² “8. Nos termos do art. 13, V c/c art. 25, II, § 1º, da Lei 8.666/1993 é possível a contratação de serviços relativos ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sem procedimento licitatório. Contudo, para tanto, deve haver a notória especialização do prestador de serviço e a singularidade deste. A inexigibilidade é medida de exceção que deve ser interpretada restritivamente. 9. A singularidade envolve casos incomuns e anômalos que demandam mais que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem sua resolução por qualquer profissional, ainda que especializado [...]” (STJ, REsp 1505356/MG 2013/0352814-2, Relator: Min. Herman Benjamin, julgado em 10/11/2016, Segunda Turma, DJe de 30/11/2016c).

público em todas as esferas gradualmente alteraria a situação precária das procuradorias municipais, munindo-as de corpo permanente de membros e servidores.

É que não seria admissível a contratação pelo ente público de serviços privados de advocacia, mesmo sendo a causa específica e altamente especializados os profissionais privados, no caso de haver um corpo de advogados públicos concursados. É que a seleção por concurso público objetiva admitir na carreira os melhores profissionais com interesse na atividade. Assim, se a Advocacia Pública é prevista constitucionalmente como atividade própria de advogados admitidos mediante concurso de prova de títulos, mecanismo meritocrático de seleção dos melhores profissionais interessados na função, é presumida a qualidade do serviço prestado. Caso contrário, a solução não estaria na contratação de profissionais privados, mas na demissão por ineficiência dos ocupantes do cargo efetivo.

Não se justifica a contratação de advogado privado para atuação em localidade onde não há procuradoria instalada. Ora, arcar com as despesas para locomoção do procurador é mais vantajoso que arcar com os custos da contratação de outro profissional. No caso de entes municipais, nada impediria um convênio entre procuradorias para prática de atos processuais, nos moldes da regra insculpida no art. 75, § 4º, do CPC/15²⁰³.

Outro fator contrário à admissão de contratação de advogados privados pelo ente estatal é a desnaturação do controle que, por idealização do constituinte, deveria a Advocacia Pública exercer sobre a Administração. Trata-se do controle de juridicidade do ato administrativo, realizado por meio do assessoramento jurídico e da consultoria jurídica. Tal controle deveria ser interno, já que a Advocacia Pública, como idealizada pelo constituinte, seria composta de membros efetivos, selecionados mediante concurso público (de provas e títulos). Contudo, a contratação de advogados privados, que estão fora dos quadros estatais, tornaria tal controle externo²⁰⁴.

É peculiar a situação das ações nas quais há interesse de toda a categoria dos procuradores. Madureira defende a exigibilidade de representação do ente público por advogados estranhos à carreira. Segundo o autor, “a contratação teria por fundamento

²⁰³ Art. 75, § 4º, CPC/15: “Os Estados e o Distrito Federal poderão ajustar compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias.” (BRASIL, 2015a, *online*).

²⁰⁴ “O exercício das atividades de consultoria e contencioso judicial apresenta-se, nesse contexto, como o instrumento por meio do qual esse controle interno de juridicidade é realizado [...]. Posto isso, o seu desempenho por advogados contratados ou por escritórios de advocacia, sobretudo se for realizado de forma reiterada, de modo a que esses profissionais assumam por completo a consultoria jurídica e o contencioso judicial dos entes públicos, além de contrariar a opção político-normativa assentada nos arts. 131 e 132 da Constituição, converterá essa atividade de controle, que se supõe controle interno, em controle realizado com auxílio externo, em evidente subversão do regime jurídico concebido pelo constituinte.” (MADUREIRA, 2016, p. 271).

hipotética suspeição do corpo de procuradores, preordenada pelo interesse pessoal da integralidade de seus membros no deslinde da contenda”²⁰⁵.

É mister cautela a fim de evitar a suspeita de atuação da instituição, por seus membros efetivos, contra os interesses do ente público. Todavia, não se mostra adequada a contratação de procuradores externos, em evidente violação da determinação constitucional de organização da Advocacia Pública em carreira. A solução seria outra. Quando toda a Magistratura é interessada em determinada ação judicial, há previsão de foro no STF, como vistas a evitar a suspeita de atuação em causa própria das instâncias inferiores (art. 102, I, alínea *n*, CF). Aqui, poder-se-ia adotar idêntico raciocínio. Se a ação interessa à Advocacia Pública, seja em âmbito pessoal (questões remuneratórias, por exemplo), seja na esfera institucional (deveres, prerrogativas...), caberia à cúpula da instituição tomar para si a atuação na demanda. Tal medida, que representaria o compromisso da Advocacia Pública com a atuação firme em defesa dos interesses do ente público representado, seria suficiente e mais adequada que a contratação de profissionais externos para mister exclusivo dos integrantes da carreira.

No caso de atuação perante organismos internacionais, somente se justificaria a contratação de escritórios ou advogados estrangeiros no caso de país que possua restrições à atuação de advogado brasileiro. Nesta situação, a estratégia de defesa deve ser traçada pela instituição brasileira, que deve acompanhar a atuação do profissional contratado.

Demonstrada assim a importância da consolidação das carreiras da Advocacia Pública em todas as esferas, apartadas de interesses imediatos de governos, passa-se a analisar a legitimidade das prerrogativas processuais da Advocacia Pública e da Fazenda Pública atualmente existentes num contexto de cooperação estatal.

²⁰⁵ MADUREIRA, 2016, p. 275.

4 PRERROGATIVAS PROCESSUAIS E COOPERAÇÃO ESTATAL

O tratamento legislativo desigual de determinadas pessoas está longe de constituir ofensa à prescrição do art. 5º, *caput*, da CF, de que “todos são iguais perante a lei”²⁰⁶. É lição basilar no direito a de que os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida da sua desigualdade. A justiça do tratamento desigual está justamente na correta avaliação da medida da desigualdade.

O CPC/15 inovou ao trazer capítulo específico para o trato das normas fundamentais do processo civil (Capítulo I do Título único do Livro I da Parte Geral). Apesar de ali repetir disposições constitucionais, não descurou o legislador de adaptá-las ao processo judicial, como ocorreu no art. 7º, ao tratar da igualdade:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.²⁰⁷

Obviamente, ao prever a paridade de tratamento no processo judicial, não estava o legislador a descurar da medida da desigualdade das partes no processo. Tanto é assim que uma leitura sistemática do código permite a fácil inferência de que é naquele mesmo corpo normativo que se encontram discriminadas diversas das prerrogativas do ente público e da Advocacia Pública. Algumas, processuais; outras, materiais. E não somente o ente público e a Advocacia Pública mereceram tratamento diferenciado, mas diversos outros órgãos ou pessoas (Ministério Público, Defensoria Pública, financeiramente hipossuficientes, réus presos, entre outros). Como alerta Cunha, “o que se deve aquilatar, contudo, são os critérios eleitos para separar pessoas em grupos para fins de tratamentos jurídicos diversos”²⁰⁸.

Portanto, o que cabe averiguar, no que diz respeito às prerrogativas da Fazenda Pública e da Advocacia Pública, é a correção ou não das medidas desigualadoras eleitas pelo legislador, bem como a razoabilidade da intensidade da desigualdade.

4.1 (I)legitimidade das prerrogativas processuais

Para parte da doutrina, a superioridade do interesse público sobre o privado seria uma das justificativas para a existência de prerrogativas processuais ao Poder

²⁰⁶ BRASIL, 1988, p. 13.

²⁰⁷ *Id.*, 2015a, *online*.

²⁰⁸ CUNHA, 2016, p. 27.

Público²⁰⁹. Discorda-se de tal entendimento. No item 2.1.2.1 deste estudo, demonstrou-se que não há que se falar num princípio da supremacia do interesse público no ordenamento jurídico brasileiro. Desta maneira, não seria uma maior relevância dos interesses buscados pelo ente público que justificaria o tratamento desigualitário mais favorável.

Uma suposição de que o interesse estatal é mais relevante que o interesse privado colocaria o Estado já *a priori* em manifesta posição de vantagem num litígio, o que não se mostra razoável. O que há não é um interesse mais relevante que outro a justificar tratamento diferenciado, mas peculiaridades da atividade estatal que justificam a imprescindibilidade do *discrímén*, a fim de que seja protegido o interesse público. Portanto, é o interesse público, e não uma suposta superioridade deste, que justifica um tratamento não isonômico.

A principal das peculiaridades da atividade estatal é a ampla documentação e registro dos atos praticados pelos agentes públicos, ou seja, a burocracia estatal²¹⁰. Conquanto o excesso da prática deva ser combatido²¹¹, a documentação nunca será por completo eliminada, vez que é necessária à atuação administrativa segundo os ditames da legalidade, principalmente no que diz respeito à prestação de contas perante os órgãos de controle²¹².

²⁰⁹ Neste sentido: “Sem dúvida, a realidade jurídico-material da Fazenda é diversa da dos particulares. Não se pode ignorar o fato de que a Administração Pública é detentora de um regime jurídico próprio, contando, dentre outras características, com a supremacia do interesse público e a presunção de legitimidade dos seus atos” (VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 27). Também no mesmo sentido: “Os institutos processuais favoráveis à Fazenda Pública, denominados ‘prerrogativas’, decorrem da necessidade de estabelecer equilíbrio na relação processual em que o Poder Público figura como parte, com o objetivo precípuo de resguardar o interesse público, na medida da superioridade que representa em relação ao interesse individual” (CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; ISHIKAWA, Liliane Ito. As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no Projeto do Código de Processo Civil (PLS n. 166, de 2010). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 190, p. 191, abr./jun. 2011).

²¹⁰ Em trabalhos acadêmicos é comum a utilização da expressão burocracia não para referir-se a essa característica da atividade estatal, mas ao setor da classe profissional responsável pela administração do Estado. Tal uso é justificado mesmo pela etimologia da palavra: governo (cracia) de escritório (buro). Neste sentido: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Burocracia pública e classes dirigentes no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 28, p. 9-30, jun. 2007.

²¹¹ Como consequência do movimento pela modernização estatal, o governo instituiu um grupo de trabalho sobre desburocratização, tendo sido publicado, já como resultado dos estudos do referido grupo, um decreto presidencial que institui diversas medidas para simplificar o atendimento nos órgãos públicos federais. Maiores detalhes em: PORTAL PLANALTO. Decreto presidencial simplifica atendimento em serviços públicos. **Portal Planalto**, 18 jul. 2017. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/07/decreto-presidencial-simplifica-atendimento-em-servicos-publicos>>. Acesso em: 22 jul. 2017; BRASIL. Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. Dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 jul. 2017a, Seção 1, p. 2.

²¹² O sentido negativo do termo “burocracia” não se aplica na presente tese. Como destaca Heady, “A maioria dos cientistas sociais define a burocracia de forma a identificar um fenômeno associado a organizações complexas de grande escala, sem qualquer conotação de aprovação ou desaprovação” (HEADY, Ferrel. **Public Administration: a comparative perspective**. 2. ed. Marcel Dekker: New York, 1979, p. 52, tradução nossa). Citação original: “*Most social scientists define bureaucracy in a way intended to identify a phenomenon associated with large-scale complex organizations, without any connotation of approval or disapproval*”.

A reforma gerencial iniciada em 1995 na Administração Pública brasileira visa, dentre outros objetivos, à redução da máquina estatal e conseqüente concentração nas atividades exclusivas do Estado²¹³.

Esse enxugamento da máquina estatal e a maior preocupação com a eficiência, normatizada constitucionalmente (art. 37, *caput*), certamente vêm influenciando uma modernização administrativa. Mas a rotina de documentação e registro dos atos praticados cotidianamente é intrínseca à seara estatal, mormente em virtude da necessidade de obediência ao princípio da legalidade e do controle interno e externo, que deve ocorrer perenemente.

O administrador não só deve agir nos estreitos limites da legalidade, como também deve provar que o fez. Somente a completa documentação dos atos praticados é capaz de comprovar a conformidade legal das condutas eleitas pelo agente estatal.

A necessidade de documentação dos atos praticados e a prestação de contas aos órgãos de controle exigem do administrador o cumprimento de rotinas. Devido ao acúmulo de informações armazenadas, é complexa a atividade de prestação de informações pelo Estado, quando comparada à mesma atividade desempenhada pelas demais pessoas.

A informatização da máquina estatal certamente tem diminuído de forma significativa a dificuldade de acesso à informação, o que não passou despercebido pelo legislador, como é prova a diminuição do prazo para contestação, que, com o advento do CPC/15, deixou de ser quadruplicado, conforme se analisará adiante.

Outras peculiaridades da atuação administrativa, como a necessidade de previsão orçamentária para a realização de despesas, forçam a que se normatizem outras prerrogativas, como é o caso do pagamento das dívidas judiciais por meio de precatório requisitório de pagamento.

Portanto, a necessidade de concretização do interesse público (não por uma suposta superioridade, frise-se) frente às peculiaridades da atuação estatal exige um tratamento diferenciado do ente público, que, todavia, somente deve ocorrer na medida em que forem legítimas essas peculiaridades. Equívocos de atuação ou má gestão administrativa que dificultam a atuação estatal não podem servir de fundamento para privilégios.

²¹³ As privatizações de empresas públicas, iniciadas ainda na década de 1980, durante o governo Sarney, mas que ganharam maior visibilidade e atenção da imprensa na gestão de Fernando Henrique Cardoso, em virtude da importância estratégica de empresas como Vale do Rio Doce e Telebrás, são exemplo do movimento então iniciado.

4.2 Principais e mais polêmicas prerrogativas

As prerrogativas que mais se criticam são a dobra de prazo, a intimação pessoal, o pagamento das dívidas judiciais por meio de precatório, os percentuais diferenciados de honorários sucumbenciais e a remessa necessária. As duas primeiras são prerrogativas da Advocacia Pública, sendo as demais da Fazenda Pública. São estas prerrogativas que se analisarão a seguir na perspectiva da cooperação estatal, investigando-se quais as peculiaridades da atividade do ente público que possivelmente as justificam.

4.2.1 Dobra de prazo

O prazo diferenciado não é prerrogativa recente da Advocacia Pública. Já o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939), em seu art. 32²¹⁴, previa contagem em quádruplo do prazo para contestação e em dobro para interposição de recurso. Tal previsão repetiu-se no CPC/73 (art. 188), mas sofreu ajustes no CPC/15. No atual sistema, a Fazenda Pública tem prazo dobrado para todas as manifestações (art. 183, *caput*, do CPC/15). Excetua-se, obviamente, aquelas manifestações com prazos estipulados especificamente para o ente público (art. 183, § 2º, do CPC/15)²¹⁵. A exceção expressa na lei certamente evitará interpretações divergentes acerca da aplicação ou não da dobra nesses prazos.

Quanto à questão da (i)legitimidade da dobra do prazo para a prática de atos pela Advocacia Pública, pode-se dizer que, no mínimo, a prerrogativa atende ao princípio da isonomia, na medida em que as demais funções essenciais à justiça também a possuem (arts. 180, *caput*, e 186, *caput*, do CPC/15). O tratamento igualitário das funções essenciais à justiça, inclusive quanto às prerrogativas de seus membros, é fundamento para que se evite a exposição institucional do ente público, ou seja, a defesa do ente público por organização mais frágil institucionalmente que aquelas que estão ou representam quem está no lado oposto da demanda judicial.

Mas não somente na necessidade de tratamento isonômico se legitima a dobra de prazo, senão também na realidade da Fazenda Pública como maior litigante do país, quadro já

²¹⁴ Art. 32, CPC/39: “Aos representantes da Fazenda Pública contar-se-ão em quádruplo os prazos para a contestação e em dobro para a interposição de recurso.” (BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 1939, Seção 1, p. 24369).

²¹⁵ É o caso, por exemplo, do art. 535, *caput*, do CPC/15 (prazo de 30 dias para impugnação de cumprimento de sentença que reconheça exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa).

analisado minuciosamente em momento anterior. Tendo em conta que são diversos os fatores, muitos alheios à vontade estatal, que colocam o Poder Público nessa posição, não se poderia considerar irrazoável a prerrogativa. Além disso, a intensa atividade estatal de documentação e registro, que finalmente vem sendo modernizada pela reforma gerencial da Administração Pública brasileira, ainda exige da máquina pública um maior prazo para coleta das informações necessárias à defesa judicial do ente público.²¹⁶

A modernização da máquina pública não vem passando despercebida pelo legislador. Tanto é assim que, como se viu acima, o prazo para contestar não é mais quadruplicado, mas simplesmente dobrado. A extensão da dobra para todas as manifestações, todavia, deu-se certamente como uma busca pelo tratamento uniforme das funções essenciais à justiça, vez que a Defensoria Pública já possuía a referida prerrogativa (art. 44, inciso I, da Lei Complementar nº 80/94²¹⁷).

Tal dobra generalizada, contudo, combinada com o aumento de alguns prazos no novo código, vem ocasionando distorções ou prazo exagerado para a prática de atos simples. Dá-se o exemplo do prazo para contrarrazões de agravo interno. Ao prazo para contrarrazoar recursos aplica-se a regra nova (dobra). Some-se a isto o fato de que, na sistemática atual, os prazos processuais em dias são contados em dias úteis (art. 219 do CPC/15). Por fim, os prazos dos recursos passaram a ser genericamente de 15 dias (art. 1.003, § 5º, do CPC/15) úteis, com a única exceção dos embargos de declaração (5 dias). A dobra dos prazos somada à contagem destes em dias úteis alterou substancial e desarrazoadamente os prazos para a Fazenda Pública contrarrazoar recursos, se comparados aos do sistema revogado. Enquanto, na vigência do código anterior, a Fazenda Pública tinha o prazo de 5 dias corridos para contrarrazões de agravo interno (a dobra não se aplicava às contrarrazões – art. 188 do CPC/73), pelo código atual terá 30 dias úteis (resultado da dobra do prazo de 15 dias). O aumento de tais prazos em mais 500% é, no mínimo, exagerado.

As distorções, todavia, devem ser corrigidas pontualmente pelo legislador, talvez com a revisão do prazo generalizado de 15 dias para interposição e contrarrazões de recurso.

²¹⁶ “À Fazenda Pública conferem-se várias prerrogativas, sendo algumas, a exemplo dos prazos diferenciados e da remessa necessária, justificadas pelo excessivo volume de trabalho, pelas dificuldades estruturais da Advocacia Pública e pela burocracia inerente à sua atividade, que dificulta o acesso aos fatos, elementos e dados da causa.” (CUNHA, 2016, p. 33).

²¹⁷ Art. 44, I, LC nº 80/94: “receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.” (BRASIL. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jan. 1994, Seção 1, p. 633).

Não podem essas situações esdrúxulas servir de fundamento para a retirada de prerrogativa indispensável à salvaguarda do interesse público.

Não se alegue que os prazos diferenciados são minimamente responsáveis pela morosidade da justiça brasileira. Seria ingênua a visão de que, extintos, os processos teriam uma efetiva redução na sua duração. Os processos passam muito mais tempo no aguardo do impulso oficial que no escoamento de prazos para prática de atos processuais. A morosidade é muito mais da máquina judiciária que das partes²¹⁸. A ausência da prática do ato processual pelas partes ocasiona a preclusão temporal. Não há como as partes intencionalmente forçarem a lentidão do processo. As práticas de má-fé das partes ou terceiros intervenientes para protelar a entrega da prestação jurisdicional são puníveis por meios diversos. Ou seja, não é necessária a colaboração dos participantes do processo para que o procedimento siga curso regular. Há instrumentos para coibir práticas protelatórias. Cabe ao órgão judicial utilizar-se deles para garantir a razoável duração do processo.

Já os prazos para os órgãos do Poder Judiciário (membros e auxiliares) são impróprios, ou seja, não se sujeitam a preclusão. As consequências da morosidade processual para membros e servidores são apenas disciplinares (arts. 233 e 235 do CPC/15), extraprocessuais, portanto, e apenas no caso de as partes levarem o fato ao conhecimento dos órgãos de controle.

Obviamente que tão ingênua quanto a visão de que a morosidade dá-se em virtude das prerrogativas processuais é a visão de que se dá por má atuação dos servidores e membros do Poder Judiciário. Muitas vezes não têm os mesmos mínimas condições de cumprimento dos prazos legais para prática dos atos que lhes cabem. Daí a razão de o legislador ter previsto que a punição disciplinar somente ocorrerá se houver ausência de motivos legítimos (art. 233, *caput*, do CPC/15) para a mora ou se esta for injustificada (art. 235, *caput*, do CPC/15).

O fato, todavia, de não ser possível apontar os servidores ou membros como responsáveis pela mora processual não retira da organização Poder Judiciário a responsabilidade pelo mau funcionamento da engrenagem. Cabe a este Poder, por meio de seus órgãos, em especial o CNJ, a averiguação das causas do problema e das soluções, bem como a fiscalização do cumprimento das medidas cabíveis, estando tal mister incluído na

²¹⁸ Neste sentido: “[...] filiamo-nos ao entendimento de que, diversamente do que se tornou lugar-comum afirmar, as ditas prerrogativas da Fazenda Pública não são as grandes vilãs da morosidade processual, cujas causas são muito mais profundas e complexas, remetendo à particular conformação de nossa cultura processual e ao funcionamento – ou falta de – do Poder Judiciário.” (AHRINGSMAN, Carlos *et al.* Prerrogativas processuais da Fazenda Pública. *In*: BRITTO, Alzemerí Martins Ribeiro de; BARIONI, Rodrigo Otávio (Coords.). **Advocacia Pública e o Novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 125).

competência daquele órgão para o controle da atuação administrativa e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes (art. 103-B, § 4º, da CF).

4.2.2 *Intimação pessoal*

Não foi o CPC/15 o marco inicial da prerrogativa da intimação pessoal da Advocacia Pública. Apesar de não ter previsão constitucional, no caso da Advocacia Pública federal, já havia previsão expressa nos arts. 38 da LC nº 73/93 e 17 da Lei nº 10.910/04. A previsão do art. 183 do CPC/15 somente produziu impactos mais relevantes na Justiça Estadual. A comunicação dos atos processuais às Fazendas Públicas estaduais e municipais nas varas estaduais dava-se através do diário da justiça, da forma como se dava com os demais participantes do processo.

Não se dá a intimação pessoal somente por oficial de justiça, mas por diversos meios, incluindo-se a carga dos autos pela procuradoria. Frise-se que a *vacatio legis* do CPC/15 foi de um ano (art. 1045), tempo razoável para que fossem celebrados protocolos institucionais²¹⁹ entre esses juízos e as procuradorias acerca da comunicação dos atos processuais. Ausentes tais protocolos, resta a observância da vontade do legislador, sendo nulas as comunicações que não observarem a forma prevista em lei.

A intimação pessoal do advogado público está prevista no art. 183, *caput*, do CPC/15²²⁰. O legislador detalhou os meios de comunicação que seriam considerados como intimação pessoal. Salvo previsão em protocolo institucional ou convenção processual, não se admite a utilização de meio diverso.

Os meios apontados para a comunicação dos atos processuais aos entes públicos são: carga (retirada dos autos em secretaria pelas procuradorias), remessa (envio dos autos pelo juízo às procuradorias) ou meio eletrônico²²¹. A expedição de mandado de intimação desacompanhado dos autos físicos não se admite. Noutras palavras, não serve como intimação pessoal que o meirinho entregue na sede da procuradoria mandados de comunicação desacompanhados dos respectivos autos. Somente se levasse consigo os autos físicos ou suas

²¹⁹ A expressão “protocolo” serviria, segundo Cabral, para denominar certos tipos de acordos processuais firmados entre os tribunais e associações de advogados ou auxiliares da justiça (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 57). Nesta tese, a expressão é utilizada diversas vezes para referir-se aos acordos entre instituições, mais especificamente entre o órgão da Advocacia Pública e outras instituições, como o Poder Judiciário, o Ministério Público ou a Defensoria Pública.

²²⁰ Art. 183, CPC/15: “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.” (BRASIL, 2015a, *online*).

²²¹ Art. 183, § 1º, CPC/15: “A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.” (*Ibid.*).

cópias integrais, a intimação seria válida. Na prática, a operacionalização da intimação por oficial de justiça é complicada. Na carga ou na remessa, os autos seguem fisicamente para a procuradoria, o que faz com que estejam à disposição do advogado público.

Carga e remessa são formas de comunicação processual em autos físicos. Em autos eletrônicos, a intimação faz-se normalmente por meio eletrônico. Mas seria possível a intimação por meio eletrônico em autos físicos?

Alguns juízos têm procedido à intimação dos advogados públicos por meio do Diário de Justiça Eletrônico. A prática tem por finalidade a fuga aos inconvenientes da intimação pessoal (como o deslocamento de oficial de justiça com mandados acompanhados de autos ou cópias). Todavia, trata-se de prática ilegal, que atenta contra a prerrogativa da intimação pessoal.

Numa interpretação sistemática da legislação processual, é possível inferir que a intimação por meio do Diário da Justiça Eletrônico não se pode caracterizar como pessoal. É a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006 (Lei da informatização do processo judicial) que estabelece o que se entende por intimação por meio eletrônico. Nos termos do art. 4º, § 2º, da referida lei:

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.²²²

Pela literalidade do dispositivo, não há dúvidas de que a publicação no Diário da Justiça eletrônico não serve como intimação pessoal. Os inconvenientes da intimação pessoal – descritos acima – não podem ser utilizados como justificativa para a não observância dessa conquista histórica dos advogados públicos. Aliás, também os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública gozam da mesma prerrogativa²²³. Portanto, a única alternativa legal aos inconvenientes gerados pelas exigências legais da prerrogativa é a celebração de protocolos institucionais, que se prestariam a amenizar tais efeitos. Negócios bilaterais, esses protocolos, como se verá adiante, podem ser utilizados para a abdicação total ou parcial de prerrogativas pela Fazenda Pública e pela Advocacia Pública, obviamente enquanto durar a

²²² BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 20 dez. 2006b, Seção 1, p. 2.

²²³ Arts. 180, *caput*, e 186, § 1º, do CPC/15, respectivamente.

avença. O que não se pode admitir em nenhuma hipótese é a decisão unilateral de juízos inconformados com a prerrogativa.

Complementando o que foi até aqui defendido, a Resolução nº 185/2013 do CNJ, em seu art. 19, § 1º²²⁴, estabelece que somente as comunicações processuais que viabilizem o acesso à íntegra dos autos podem ser consideradas como vista pessoal.

Por fim, ainda mais desarrazoada é a tentativa de alguns juízos de fazer intimação pessoal por meio do correio eletrônico, pois, nos termos do art. 5º da Lei nº 11.419/2016²²⁵, tal comunicação tem apenas caráter informativo, não oficial, portanto.

A única possibilidade de ser aceita como intimação pessoal a realizada em autos físicos via correio eletrônico é que a mesma seja dirigida para endereço eletrônico cadastrado para a procuradoria junto à administração do tribunal (arts. 246, § 1º²²⁶ e 1050²²⁷, do CPC/15) e que a mensagem se faça acompanhar da íntegra digitalizada do processo correspondente, conforme art. 9º, § 1º, da Lei nº 11.419/2006²²⁸.

Por fim, ressalte-se que a intimação pessoal das funções essenciais à justiça que gozam da prerrogativa não exclui a necessidade de publicação das decisões (princípio da publicidade). Os atos judiciais são públicos e devem ser publicizados (art. 205 do CPC²²⁹).

²²⁴ Art. 19, § 1º, Resolução CNJ nº 185/2013: “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 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 artigo 9º da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006.” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 185, de 18 de dezembro de 2013. Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico – PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 241, 18 dez. 2013a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2492>>. Acesso em: 20 nov. 2017).

²²⁵ Art. 5º, Lei nº 11.419/2016: “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.” (*Id.*, 2006b, p. 2).

²²⁶ Art. 246, CPC/15: “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.” (*Id.*, 2015a, *online*).

²²⁷ Art. 1.050, CPC/15: “A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas respectivas entidades da administração indireta, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data da entrada em vigor deste Código, deverão se cadastrar perante a administração do tribunal no qual atuem para cumprimento do disposto nos arts. 246, § 2º, e 270, parágrafo único.” (*Ibid.*).

²²⁸ Art. 9º, Lei nº 11.419/2016: “No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma esta 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.” (*Id.*, 2006b, *op. cit.*, p. 2).

²²⁹ Art. 205, § 3º, CPC/15: “Os despachos, as decisões, as sentenças e os acórdãos serão redigidos, datados e assinados pelos juízes. [...]; § 3º Os despachos, as decisões interlocutórias, o dispositivo das sentenças e a ementa dos acórdãos serão publicados no Diário de Justiça Eletrônico.” (*Id.*, 2015a, *online*).

4.2.3 Pagamento das dívidas judiciais por precatório

Apesar de comumente enxergado como um privilégio do Poder Público, o pagamento das dívidas judiciais por precatório, previsto no art. 100 da CF, é antes uma garantia dos credores do Estado contra possíveis violações ao princípio da igualdade e da impessoalidade. Sim, porque, no momento em que se prevê uma ordem cronológica de pagamento das dívidas judiciais, está o Estado a estabelecer um critério objetivo facilmente controlável pelos credores. Ademais, a regra do art. 100 da CF prevê ainda remédio contra a quebra da ordem cronológica, em clara demonstração de que não se trata de mecanismo apto à proteção apenas do interesse público, mas principalmente à proteção do interesse particular dos credores do ente público. Portanto, plenamente compatível com o dever de cooperação estatal a previsão do art. 100, desde que, obviamente, não deixe o ente público de satisfazer suas dívidas na forma ali descrita.²³⁰

Não se nega, obviamente, que há no dispositivo também a intenção de proteger o interesse público, no que diz respeito à disponibilidade orçamentária para a consecução das políticas públicas. Vinculado que está o Poder Público ao orçamento, que é lei, é mister que haja uma previsão anual dos custos a serem suportados, de maneira a que não haja interrupção de tais políticas. Ademais, a máquina estatal é dispendiosa, e os custos com a mesma devem estar garantidos, de maneira que o planejamento estratégico das despesas anuais é cogente.

A dispensa de adiantamento das despesas processuais (art. 91 do CPC/15) é decorrência dessa necessidade de planejamento tributário, com vistas ao não comprometimento das políticas públicas. Trata-se de prerrogativa, portanto, também plenamente justificável²³¹.

²³⁰ “O precatório foi, historicamente, colocado no sistema como meio de evitar privilégios entre os credores do Estado. O que não se pode conceber é, em tempos modernos, em meio a um Estado que se afirma democrático e de direito, haja o descumprimento de tais ordens, e o meio idealizado como assegurador da moralidade torne-se um violador dessa” (VIANA, 2003, p. 32).

²³¹ Ademais, como assevera Viana, “não se trata, a rigor, de dispensa propriamente dita. O que a norma prevê é o adiamento do pagamento, para o final da demanda, a ser efetuado pelo vencido” (*Ibid.*, p. 28). Ressalta-se que tal dispensa de adiantamento não abrange honorários periciais, nos termos da Súmula 232 do STJ (STJ, Súmula 232. A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito. Corte Especial, julgado em 01/12/1999, DJ de 07/12/1999d, p. 127). Os §§ 1º e 2º do art. 91 do CPC/15 preveem, todavia, que, não havendo dotação orçamentária, e não sendo possível realizar a perícia por entidade pública, os honorários serão pagos no exercício seguinte ou ao final pelo vencido, se o processo encerrar-se antes do adiantamento a ser feito pelo ente público. “Art. 91. As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido. § 1º As perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova. § 2º Não havendo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, eles serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público.” (BRASIL, 2015a, *online*).

A caracterização da regra do pagamento por precatório das dívidas judiciais como garantia dos credores impede, como se verá a seguir, ao tratar-se dos negócios processuais, o afastamento da regra por ato voluntário do ente público, seja unilateral ou bilateral.

4.2.4 Percentuais diferenciados de honorários sucumbenciais

Já na vigência do CPC/73 criticava-se a previsão do seu art. 20, § 4º²³², que autorizava o juiz a fixar honorários por equidade nas condenações impostas à Fazenda Pública, afastando-se a regra geral do art. 20, § 3º, que estipulava um critério objetivo (entre 10% a 20% sobre o valor da condenação). O argumento de que os valores vultosos das condenações impostas ao Poder Público ocasionariam, se aplicada a regra geral, um enriquecimento sem causa do advogado da parte vencedora, não convenciam.²³³

A constitucionalidade do dispositivo é, todavia, defendida por parte da doutrina, sob o argumento de que a apreciação equitativa não equivaleria necessariamente a modicidade. Nessa perspectiva, o que estaria o legislador a autorizar com a redação do art. 20, § 4º, do CPC/73 era tão somente a não vinculação ao intervalo de 10% a 20% do valor da condenação.²³⁴

O CPC/15 previu ainda um regramento especial para os honorários de sucumbência a que condenada a Fazenda Pública. Contudo, diferentemente do CPC/73, que, como se viu, permitia ao juiz uma fixação por equidade, o CPC/15, no § 3º do art. 85²³⁵, optou

²³² Art. 20, § 4º, CPC/73: “Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976). [...] § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).” (BRASIL, 1973, *online*).

²³³ “Nem se argumente com o valor da condenação nas causas contra a Fazenda, frequentemente vultoso, porque a mesma circunstância pode acontecer quando litigam entre si particulares, sem que para tanto o código tenha atenuado o teto fixado pelo § 3º do art. 20”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 42).

²³⁴ VIANA, 2003, p. 30.

²³⁵ Art. 85, § 3º, CPC/15: “§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais: I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos; II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos; III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos; IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos; V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.” (BRASIL, 2015a, *online*).

por percentuais de honorários sobre o valor da condenação ou do proveito econômico. Os percentuais, todavia, são inferiores aos aplicados os particulares em situação idêntica e decrescem à medida que aumenta o valor da condenação ou do proveito econômico.

Há um problema prático na previsão de percentuais distintos para “faixas” de condenação ou proveito econômico. É que, em boa parte das ações em que a Fazenda Pública é condenada, a sentença não prevê valor certo, tratando apenas de parâmetros para confecção futura da conta. Na execução, o credor é quem apresenta os cálculos para eventual impugnação pela Fazenda. Assim, somente na execução é que se calcula o montante da condenação, podendo ainda a Fazenda Pública impugnar a conta. Ora, sem valor certo no momento da prolação da sentença da fase de conhecimento, não é possível ao julgador orientar-se quanto à seleção do percentual de honorários a ser aplicado dentre os previstos no art. 85, § 3º, do CPC/15.

Aparentemente a solução estaria no inciso II do § 4º do art. 85, que estabelece que “não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado”²³⁶. Todavia, atualmente não há mais a liquidação por cálculo do contador, mas apenas a liquidação por artigos ou por arbitramento. Assim, as sentenças proferidas contra o ente público e nas quais não há necessidade de prova de fatos ou de perícia para fixação do valor (maioria das sentenças, diga-se) estariam excluídas de tal previsão legal. Como já dito, são sentenças que preveem os parâmetros para a elaboração dos cálculos. Tais sentenças são consideradas líquidas, e, por tal motivo, o cumprimento de sentença inicia-se já com a apresentação de cálculos pelo exequente, não havendo uma fase prévia de liquidação.

Não se mostra plausível o entendimento de que, em se tratando de Fazenda Pública, o legislador teria feito opção pelo retorno da liquidação por cálculo do contador. É que esta há muito não existe mais no sistema processual brasileiro. Ademais, tal medida retardaria o início das execuções contra o Poder Público, que já padecem de morosidade em virtude não apenas da ineficiência da máquina judiciária, mas de peculiaridades do procedimento para cumprimento da obrigação de pagar pelo ente público.

A solução de fixação do percentual dos honorários devidos na fase de conhecimento já no curso da execução não convence. Ora, é na instância recursal, após a prolação da sentença da fase de conhecimento, que as partes podem questionar o percentual de honorários fixado. Subtrair-lhes essa possibilidade, fixando em execução os honorários,

²³⁶ BRASIL, 2015a, *online*.

não se mostra a melhor solução, pois não fizeram parte do teor da coisa julgada. Não há título executivo para execução de honorários não fixados na sentença da fase de conhecimento.

A elaboração de uma tabela prospectiva seria uma solução viável. Nela, o julgador colocaria o percentual que fixaria para cada faixa de valor. O valor da condenação então seria apurado somente quando da execução, mas os honorários já estariam previstos na sentença da fase de conhecimento, podendo inclusive ser objeto de impugnação. Na execução, o credor, ao elaborar a planilha dos cálculos, faria uma consulta à tabela a fim de aferir o percentual de honorários a ser utilizado.

Não seria óbice à tabela a vedação à prolação de sentença condicional (art. 492, parágrafo único, do CPC/15²³⁷), pois a relação jurídica (*res in iudicium deducta*) teria sido resolvida. Não é condicional a sentença que julga a relação jurídica e deixa definidos percentuais de honorários para cada faixa de condenação, a fim de que, quando da elaboração dos cálculos pelo credor, se faça a conferência do percentual aplicável.

Outra solução possível seria a prolação de sentenças contra o ente público com valor certo de condenação. Todavia, são raras tais sentenças, pois exigem que ainda durante a fase de conhecimento se confeccionem e se debatam cálculos para eventual futura condenação, que sequer se sabe se será mantida após extensa via recursal. Do ponto de vista prático, é mais racional que continuem as sentenças a ser proferidas apenas com os parâmetros da condenação (ou seja, sem valor certo). É que assim evita-se um uso eventualmente desnecessário do aparato judiciário. Como a fase de cumprimento de sentença reclama a elaboração de cálculos atualizados pelo exequente, e, nesse momento, abre-se a possibilidade de impugnação pela Fazenda Pública, a discussão será reaberta. Por fim, caso a condenação do ente público contida em sentença de valor certo seja afastada na seara recursal, toda a dilação procedimental para liquidação de valores na fase cognitiva terá sido desnecessária.

Tendo em vista as faixas de valor da condenação para fins de definição do intervalo do percentual de honorários (art. 85, § 3º, CPC/15), nada obsta a que o magistrado faça uma projeção da quantia da condenação e fixe honorários com base nela. Contudo, caso os cálculos feitos pelo credor ultrapassem ou fiquem abaixo da faixa imaginada pelo magistrado, ter-se-ia um problema a resolver, motivo pelo qual a tabela prospectiva continuaria a ser a melhor entre as possíveis soluções.

²³⁷ Art. 492, parágrafo único, CPC/15: “A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.” (BRASIL, 2015a, *online*).

Também seria possível a fixação pelo juiz do “percentual mínimo” ou do “percentual máximo”. No caso, independentemente do valor da condenação, que seria apurado na fase de cumprimento de sentença, já estaria certo o percentual de honorários. Tratar-se-ia da solução mais simples, desde que o magistrado, para fixar no mínimo ou no máximo (ou no meio termo), fundamentasse sua decisão nos fatores descritos no § 2º do art. 85 do CPC/15.

Em razão do princípio da causalidade e da necessidade de proteger-se a justa expectativa da Fazenda Pública de ser-lhe aplicado o sistema vigente quando do início da relação jurídica processual, os novos parâmetros de honorários para as condenações do ente público (art. 85, § 3º, do CPC/15) não são imediatamente aplicáveis a todos os processos em curso, mas somente àqueles iniciados após a vigência do novo diploma processual.

Na prática forense, o atual sistema (com percentuais distintos para faixas de condenação) é mais gravoso para os interesses do ente público que o sistema anterior (fixação dos honorários por equidade – art. 20, § 4º, do CPC/73), embora abstratamente (só pela leitura dos dispositivos) não se possa afirmar o mesmo. É que os honorários que eram fixados por equidade, na prática (repita-se) eram inferiores aos que são fixados na nova sistemática. Não raro, fixavam-se honorários por equidade em valores irrisórios. Aliás, foi certamente a grita dos advogados que militam contra o Poder Público que impulsionou a alteração legislativa nesse aspecto.

Ocorre que o mero fato de o sistema anterior ser na prática mais benéfico para o ente público não é suficiente para uma defesa da aplicação de regras mais benéficas nos processos iniciados antes da vigência do CPC/15. O motivo pelo qual nestes aplica-se a regra anterior (art. 20, § 4º, do CPC/73) é a natureza de direito material das regras relativas aos honorários de sucumbência, pois compõem o valor total da condenação. Assim, deve ser aplicada a regra vigente à data da propositura da ação, ato que deu origem ao direito aos honorários sucumbenciais.

Para a demonstração de que a propositura da ação é o ato que dá causa aos honorários, dá-se um exemplo. Caso o réu de determinada demanda tenha realmente causado o dano narrado na petição inicial, tal fato deu-se antes de o autor propor a ação. O que fez surgir o direito aos honorários não foi a lesão ao direito material do autor. As partes, inclusive, poderiam ter resolvido tudo extrajudicialmente, hipótese em que não haveria honorários sucumbenciais. Foi a judicialização, ou seja, a propositura da ação, que ocasionou o direito aos honorários sucumbenciais, embora não se saiba, até o deslinde da questão, quem é o credor da verba. Ademais, proposta a ação, há uma justa expectativa de ambas as partes

acerca das regras sobre fixação do valor da condenação, incluindo-se as regras sobre os honorários de sucumbência. A expectativa de que sejam as regras vigentes à época da prática do ato que deu azo à verba merece proteção (princípio da proteção da confiança). Quem se torna autor ou réu projeta riscos advindo da situação e com base neles traça suas estratégias de atuação.

Ademais, normas sobre honorários sucumbenciais são normas sobre direito subjetivo de natureza alimentar dos advogados, ou seja, direito material. Portanto, não têm aplicação imediata. Somando-se ao valor da condenação, integram-na. Ultrapassam a relação processual entre as partes, sendo parcela do mérito da causa. Trata-se do próprio objeto da relação (de direito material) entre advogado de uma parte e a parte adversa. O advogado é seu sujeito ativo, enquanto o passivo seria a parte sucumbente.

O mesmo raciocínio é aplicável aos honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC/15). Pelo princípio da causalidade, além do direito daquele que pratica o ato a uma projeção dos danos que dele podem advir-lhe, não se lhe deve aplicar a majoração dos honorários na via recursal, caso tenha interposto o recurso antes da vigência da regra nova, ainda que o julgamento dê-se posteriormente. Endossa esse raciocínio o fundamento da previsão de majoração de honorários em sede recursal: o desestímulo ao recurso. Ora, numa interpretação teleológica da norma, somente haveria desestímulo no caso de recursos interpostos na vigência da regra nova.

Anote-se, por fim, que nenhuma responsabilidade tem o recorrente pela mora judiciária na apreciação do recurso interposto na sistemática anterior, em que não era possível a majoração. Ora, se somente quando da vigência da nova sistemática o recurso veio a ser julgado, as regras aplicáveis são as revogadas, pois vigentes à época do ato que deu causa à atuação estatal.

4.2.5 Remessa necessária

A remessa necessária é das prerrogativas mais criticadas do ente público²³⁸. Ao mesmo tempo, é a que vem sofrendo maior redução de alcance. Trata-se de remédio

²³⁸ “O reexame necessário constitui-se em outro privilégio inexplicável, estipulado pelo art. 475 da Lei nº 5.869 de 1973 em que a sentença proferida em desfavor da Fazenda terá que ser apreciada por um órgão colegiado para que possa ter efeito, não tirando a faculdade do Procurador da Fazenda no manejo do recurso.” (MACEDO, Bruno Regis Bandeira Ferreira. As mudanças do CPC no papel da Fazenda Pública: considerações sobre a capacidade postulatória, prazo processual e o reexame necessário. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (Coords.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 60).

processual que permite a revisão ou a anulação de decisão judicial contrária ao ente público. Antes de analisar sua legitimidade, é mister definir sua natureza jurídica, a fim de possibilitar a análise posterior da viabilidade de ser negociada a prerrogativa.

4.2.5.1 *Natureza jurídica*

Não se está a investigar a natureza jurídica da remessa necessária como algo estanque. Como quem dá os contornos do instituto, que lhe definem as características, é o legislador, tem ele o poder de alterar o que seria o instituto num determinado ordenamento. Assim, investigar-se-á aqui a “atual natureza” da remessa necessária, se é que assim se pode referir à palavra.²³⁹

Com o mesmo signo, portanto, e diante de nova regulamentação, é possível visualizar que determinado instituto não se encaixa mais em determinada categoria jurídica, mas em outra.

Aponta-se comumente a natureza da remessa necessária como a de condição de eficácia das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, tendo em vista que “a sua não ocorrência determina a própria inexigibilidade da decisão enquanto título executivo, em virtude da falta de cumprimento de uma exigência legal”²⁴⁰.

Minoritariamente é defendida a natureza recursal da remessa necessária. Com efeito, no CPC de 1939, a apelação poderia ser voluntária (art. 821) ou de ofício (art. 822²⁴¹). Ou seja, o sistema processual de então a tratava como recurso, mais especificamente como espécie de apelação. O CPC de 1973, todavia, deixou de tratar da matéria na parte destinada aos recursos, fazendo-a constar da seção referente à coisa julgada (Seção II do Capítulo VIII - Da sentença e da coisa julgada). A alteração topográfica da matéria resultou da vitória de entendimento doutrinário contrário à natureza recursal do instituto, em virtude da incongruência de interposição pelo próprio juiz, que não poderia mostrar-se inconformado com o conteúdo da sentença que ele mesmo prolatou.²⁴²

²³⁹ Apontando a inutilidade da investigação da natureza jurídica de um conceito, em virtude de não tratar o direito de fatos naturais: “Se normas e conceitos têm ‘natureza’, então está explicada sua invariabilidade. A quem investigue a ‘natureza’ jurídica de alguma norma ou de algum conceito, torna-se vedado o acesso hermenêutico ao fenômeno jurídico. A função do intérprete estaria limitada às descobertas das leis que regem o ‘fato’ normativo” (SILVA, 2004, p. 301).

²⁴⁰ RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 82.

²⁴¹ Art. 822, CPC/39: “A apelação necessária ou ex-officio será interposta pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).” (BRASIL, 1939, p. 24369).

²⁴² DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamento do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 211.

O principal argumento contrário ao reconhecimento desse instrumento como recurso é a ausência de voluntariedade e de previsão legal no rol dos recursos (taxatividade).²⁴³

O CPC/15 manteve a remessa necessária no capítulo destinado à sentença e à coisa julgada (Capítulo VIII), mas agora em seção específica (Seção III). Inovou o legislador apenas quanto à seleção de um termo para o instituto – “remessa necessária”. O Código anterior não o nomeara.²⁴⁴ Outros nomes comumente usados em doutrina e na jurisprudência para designá-lo seriam reexame necessário, reexame obrigatório e recurso de ofício.

O conceito mais difundido de recurso é o de Moreira, para quem recurso é “o remédio voluntário e idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”²⁴⁵. Para os que defendem a natureza recursal da remessa necessária, a grande dificuldade está no afastamento da característica da voluntariedade. Para Assis, o problema reside no conceito doutrinário de recurso, a exigir voluntariedade, devendo ser alterado para abranger a remessa necessária, já que seria a dos recursos a única categoria capaz de bem explicar o instituto²⁴⁶.

Didier Jr. e Cunha, partindo do pressuposto de que provocação e impugnação são o que caracteriza o recurso, consideram presentes esses dois elementos na remessa necessária, tendo em vista que, embora não voluntária, há provocação do juiz²⁴⁷. Portanto, para os autores, a provocação, e não a voluntariedade, é que seria componente do conceito de recurso.

Nessa perspectiva, a expressão “recurso de ofício”, usualmente utilizada para referir ao reexame obrigatório, faria todo o sentido. Seria então recurso interposto/provocado pelo juiz. A impugnação seria de todo o conteúdo contrário ao ente público não apelado. E quais seriam os efeitos desse recurso? Exatamente os mesmos da apelação. Se apelação

²⁴³ RODRIGUES, 2016, p. 81.

²⁴⁴ O art. 475, § 1º, do CPC/73, fazia referência a que o juiz ordenaria a “remessa dos autos”. Em momento algum referiu-se, todavia, à “remessa necessária”.

²⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 5, p. 207.

²⁴⁶ “Se o conceito geralmente admitido de recurso não compreende a apelação *ex officio*, há que alterá-lo para melhor, porque sucumbiu ao método das conjecturas e refutações, e, não, deixar de fora a remessa oficial do seu âmbito.” (ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 3, p. 1334).

²⁴⁷ “Ao praticar o ato de impulso oficial, o juiz provoca a impugnação compulsória, sem que haja vontade de qualquer das partes.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016a, v. 3, p. 404). Também defendendo a natureza recursal da remessa necessária: BERMUDEZ, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 174.

teria duplo efeito, o mesmo dá-se com a remessa. Se o caso é de exceção ao efeito suspensivo da apelação, a remessa também não terá o dito efeito.²⁴⁸

Que os efeitos da remessa necessária são os mesmos da apelação não se questiona. E, com o CPC/15, a remessa necessária tornou-se disponível (não obrigatória), podendo ser objeto de desistência e renúncia. Embora não expressa no código regra específica acerca dessa possibilidade de a remessa necessária ser objeto de ato dispositivo do ente público, tal conclusão é extraível da redação do art. 496, § 1º, que alterou substancialmente o tratamento da matéria em relação ao CPC/73, que a disciplinava no art. 475, § 1º, no que diz respeito à sua obrigatoriedade.

Com efeito, estabelece o art. 496, § 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”²⁴⁹. Noutras palavras, somente haverá remessa necessária se o recurso de apelação não for interposto²⁵⁰. Não se mostra possível, no sistema atual, que coexistam, salvo se relativas a capítulos distintos da mesma decisão. Explica-se. Se a Fazenda Pública recorre parcialmente de determinada sentença, não afasta por completo a remessa necessária, devendo esta ocorrer em relação aos capítulos não impugnados²⁵¹.

Assim, é possível dizer que a remessa necessária impugna todo o conteúdo contrário ao ente público não apelado. De ressaltar-se que a desistência da apelação por parte do ente público não “ressuscita” a remessa necessária. Ao optar voluntariamente pela

²⁴⁸ “Nos casos em que há remessa necessária, os efeitos que seriam atribuídos a uma apelação são igualmente produzidos. Dizendo de outro modo: nos casos em que a apelação tem duplo efeito, mas não é interposta, e a hipótese é de remessa necessária, esses dois efeitos serão produzidos com a remessa. Nos casos em que a apelação só tem efeito devolutivo, não sendo esta interposta e sendo hipótese de remessa necessária, também só se produzirá o efeito devolutivo. Ou seja: a remessa necessária carrega consigo os mesmos efeitos da apelação não interposta.” (DIDIER JR.; CUNHA, 2016a, p. 404).

²⁴⁹ BRASIL, 2015a, *online*.

²⁵⁰ Os tribunais, todavia, não atentaram para a nova redação do dispositivo, fazendo ainda referência em seus julgados ao (im)provimento da apelação e da remessa necessária, como se a remessa ocorresse mesmo na pendência de apelação. É o caso, por exemplo, do processo nº 0015444-43.2011.4.05.8300, da Seção Judiciário de Pernambuco, que teve apelação total interposta pela Fazenda Pública já na vigência do CPC/15 (BRASIL. Justiça Federal de Pernambuco. Processo nº 0015444-43.2011.4.05.8300. 33ª Vara Federal de Pernambuco. Disponível em: <<http://tebas.jfpe.jus.br/consultaProcessos/resconsproc.asp>>. Acesso em: 12 set. 2017), tendo o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ao julgar o recurso de apelação, feito referência a que também se negava provimento à remessa necessária (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº 34359-PE (0015444-43.2011.4.05.8300), Relator: Des. Leonardo Carvalho, Segunda Turma, julgado em 28/08/2017d. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/data/2017/08/ESPARTA/0015444320114058300_20170825_7228371.pdf>. Acesso em: 12 set. 2017).

²⁵¹ O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis aprovou o Enunciado nº 432, que estabelece: “(Art. 496, § 1º) A interposição de apelação parcial não impede a remessa necessária” (ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. In: ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CÍVILS, VIII., 2017, Florianópolis. *Anais...* Florianópolis: CESUSC, 2017, p. 55). A *contrario sensu*, a interposição de apelação total impediria a remessa necessária.

interposição do recurso, está o ente público a dispensar o reexame necessário. É mister reconhecer assim que o reexame passou a ser opção do ente público, embora a interposição dê-se por meio do órgão judicial, constituindo efeito da omissão da procuradoria em recorrer.

Tal previsão do art. 496, § 1º, do CPC/15, não constituiria uma exceção ao princípio da unirecorribilidade, se entendido este como o cabimento de apenas um recurso contra a decisão judicial por cada uma das partes. É que a remessa necessária não é interposta por uma das partes. É oficial a sua interposição. Ademais, ainda que se considerasse que haveria na hipótese exceção à unirecorribilidade, por haver ao mesmo tempo dois recursos contra a mesma decisão com potência para favorecer a mesma parte (Fazenda Pública), não seria a primeira exceção no sistema brasileiro, tendo em vista que já há a previsão de simultaneidade dos recursos excepcionais (art. 1.031 do CPC/15).

Portanto, e evitando divagar acerca da natureza da remessa necessária na vigência do código anterior, o certo é que, no CPC/15, diante dos seus novos contornos e da sua evidente disponibilidade, a permitir inclusive sua renúncia e desistência, como ficará demonstrado mais adiante, no item 5.2.1.7, ao tratar dos negócios processuais sobre remessa necessária, é possível e necessário caracterizá-la como recurso, a despeito de sua localização topográfica ainda no capítulo destinado à sentença e à coisa julgada. Apesar de a topografia do instituto dentro de um sistema normativo servir de vetor de interpretação, não é determinante para a definição da natureza do mesmo²⁵².

Quanto à voluntariedade como característica dos recursos comumente apontada pela doutrina, não seria necessário negá-la para admitir a natureza jurídica recursal da remessa, vez que, como apontado acima, sendo opção do advogado público a interposição de apelação ou a subida dos autos por remessa necessária, não seria equivocado reconhecer a voluntariedade na não interposição do recurso e, conseqüentemente, na ocorrência da remessa. Ademais, já antecipando aqui conclusão da seção seguinte, não se interpondo recurso, e sendo hipótese de remessa necessária, nada impede que, por ato unilateral ou por convenção, venha o ente público a desistir da mesma. Com base nessa observação é possível inferir voluntariedade, senão na incidência da remessa, na sua manutenção.

Por fim, não se sustenta minimamente a lição de que a remessa necessária teria a natureza jurídica de condição de eficácia das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, seja no sistema atual, seja nos pretéritos. Isto porque “condição de eficácia” não é categoria

²⁵² “Por óbvio, inclusão no catálogo da lei atribui natureza recursal; todavia, eventual ausência não significa necessariamente não se tratar de recurso. Os ‘embargos infringentes’ do art. 34, *caput*, da Lei 6.830/1980 não constam do art. 994 do NCPC, mas constituem recurso.” (ASSIS, 2015, p. 1330).

jurídica. Algo não é por natureza uma condição. O “ser condição” é circunstancial, acidental²⁵³. Já a natureza é aquilo que é essencial ao ser. Aquilo sem o que o ser não é. Não é equivocado dizer que algo é condição disso ou daquilo. O erro está em apontar nesta qualidade a natureza da coisa. Também não faz sentido a colocação de que, sendo realmente condição, a remessa necessária não teria então natureza jurídica. Não é assim que se resolve o problema. A remessa necessária é signo linguístico independente, é substantivo. E é sim possível encaixá-la numa das categorias jurídico-processuais – a dos recursos.

Assis faz crítica ainda à impropriedade do termo condição para designar evento futuro certo, pois, nos termos do art. 121 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), “Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”²⁵⁴. Sendo certa a análise pelo tribunal da sentença contra o ente público, não se caracterizaria como condição.

Finalizando essa crítica, e para afastar de vez a ideia de remessa necessária como condição de eficácia das sentenças proferidas contra as pessoas jurídicas de direito público, é salutar esclarecer que ela não condiciona ou impede a eficácia de tais sentenças, mormente quando as sentenças são exequíveis imediatamente.

A Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009) é exemplo claro do que aqui se afirma. Prevê o § 1º do art. 14 que, concedida a segurança, a sentença estará obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição (remessa necessária). Todavia, o § 3º prevê a exequibilidade imediata da sentença que conceder a segurança. Ou seja, neste caso, antes mesmo da remessa necessária a sentença teve eficácia, permitindo a execução provisória.²⁵⁵

O mesmo que aqui se afirmou aplica-se às sentenças proferidas em desfavor do ente público nos demais procedimentos cíveis, nos casos em que o legislador previu a não ocorrência do efeito suspensivo da apelação, ou seja, nos casos em que previu os imediatos efeitos da sentença prolatada tão logo publicada (art. 1.012, § 1º, do CPC/15).²⁵⁶ Isso porque,

²⁵³ “Afirmar que a remessa necessária constitui condição para a formação de coisa julgada também incorre no equívoco de definir algo por seus efeitos, e não pelo que é” (DIDIER JR.; CUNHA, 2016a, p. 403).

²⁵⁴ ASSIS, 2015, p. 1331.

²⁵⁵ “Ademais, remanesceria sem explicação o fato de a sentença ‘sob condição’ produzir excepcionalmente os efeitos próprios, como sucede no mandado de segurança, a teor do art. 14, § 1º, c/c § 3º, da Lei 12.016/2008” (ASSIS, 2015, *loc. cit.*).

²⁵⁶ “[...] soa bastante contraditório falar-se da incidência da remessa oficial, sempre dotada de efeito suspensivo, diante da natureza de certas sentenças que almejam, pelo tipo de situação jurídica que tutelam, produzir efeitos imediatamente e ser de logo exequíveis. A ideia da garantia do melhor exame possível do interesse público envolvido não poderia subjugar a necessidade de tutela jurisdicional efetiva para certos casos. Não é novidade, na nossa ordem jurídica, situações de coexistência da remessa com a imediata execução da sentença, *v.g.*, sentenças do *habeas corpus*.” (VIANA, 2003, p. 149).

como se viu anteriormente, os efeitos da remessa necessária são exatamente os mesmos da apelação.

Com a disseminação do instituto da tutela provisória, é muito comum que as mesmas sejam concedidas ou confirmadas no bojo das sentenças, sendo então imediatamente executadas, ainda que pendentes de apelação ou remessa necessária. Como manter então, diante deste cenário, a defesa de que a remessa necessária seria, por natureza, condição de eficácia das sentenças desfavoráveis ao ente público?

Como se verá adiante no tópico relativo aos negócios processuais, é de extrema relevância para a abertura das possibilidades cooperativas do Poder Público a constatação de que o reexame obrigatório é recurso.

4.2.5.2 *Fundamento de legitimidade*

A remessa necessária é prerrogativa da Fazenda Pública de controversa legitimidade, por instituir *a priori* um tratamento diferenciado entre as partes litigantes, tornando bem distintos os efeitos do comportamento omissivo consistente na não interposição do recurso a depender de quem seja o omitente.

Para parte da doutrina, a remessa necessária é um mecanismo de indisponibilidade processual em favor do ente público para protegê-lo da inércia dos seus advogados.²⁵⁷

Nessa perspectiva, a remessa necessária visaria à proteção do interesse público contra a má atuação processual da procuradoria. Todavia, não é bem assim que o instituto se encontra atualmente contornado. Sendo uma opção do ente público a interposição da apelação ou a omissão que causa a remessa necessária dos autos para confirmação ou não da sentença pelo tribunal, nada obsta a que a procuradoria responsável pela defesa do ente público opte pela remessa necessária. Tratar-se-ia de uma opção consciente e estratégica pela inércia. Não estaria, nessa situação, o instituto servindo a uma proteção do erário contra a atuação omissiva defeituosa dos seus procuradores.

Então, não é fundamento da remessa apenas a necessidade de proteger o ente público de maus representantes judiciais. Pelo menos não se trata disso na nova conformação dada à matéria pelo CPC/15. Caso fosse esse o fundamento, estar-se-ia negando ao advogado

²⁵⁷ “[...] essa indisponibilidade processual pode ser definida nos seguintes termos: não é dado ao agente público incumbido da defesa do interesse público indiretamente dispor de bens abrangidos por tal interesse, através de sua simples inércia no curso do processo.” (TALAMINI, 2017, p. 90).

público a opção estratégica pela mesma. Seria a remessa necessária, nessa perspectiva, sempre fruto de um equívoco, de uma má atuação. E não é assim.

Na verdade, a remessa necessária não se justifica senão em situação de evidente risco de prejuízo grave ao Poder Público, seja em razão do valor econômico, seja em razão da relevância do que foi sentenciado. Tanto é assim que, sendo pequeno o valor do prejuízo a ser suportado pelo ente público, a remessa é legalmente dispensada (art. 496, § 3º, do CPC/15).

Nessas situações entendeu o legislador não ser necessário fornecer ao advogado público as duas alternativas – a apelação e a remessa necessária. Obviamente não se nega que, vindo o advogado público a, por desleixo ou excesso de trabalho, perder o prazo da apelação, a remessa salvaguardará os interesses do ente público, levando a sentença à reapreciação por órgão superior ao prolator da sentença. Mas não é para isso exclusivamente que está estabelecida, e sim para conferir, em situações de risco de prejuízo relevante, duas alternativas àquele que faz a defesa do interesse público.

Na vigência do CPC/73, quando a remessa ocorria havendo ou não apelação (art. 475, § 1º, do CPC/15), certamente a preocupação do legislador era com a má atuação do representante judicial do Poder Público. Não havia que se falar em estratégia, pois a remessa ocorria independentemente da vontade do procurador. Num contexto de inúmeras demandas e de desorganização das procuradorias, além de um menor controle da atuação dos seus membros, a preocupação era salutar.²⁵⁸ Mas a modernização da Administração Pública também chegou aos seus órgãos jurídicos. Nesse contexto, assim como ocorreu com a redução do prazo para contestar, era natural que também a remessa necessária tivesse seu espectro de incidência diminuído. E o CPC/15 foi atento a essa necessidade de adequação do instituto ao novo cenário.

Com efeito, o CPC/15 ampliou significativamente os casos em que não ocorrerá a remessa dos autos ao tribunal quando da prolação de sentenças contra o ente público. O CPC/73 previa, já em virtude da reforma processual de 2001 (Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001), que a remessa necessária não se aplicaria quando a condenação ou o direito controvertido fosse de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos (art. 475, § 2º, do CPC/15).

²⁵⁸ Vale registrar que já no contexto do CPC/73 a diminuição do alcance do instituto era reclamada: “É chegado o momento, até para assegurar a própria validade e razão de ser da medida (proteger interesses maiores), de relativizá-la, retirar-lhe seu caráter absoluto, diminuir-lhe suas hipóteses de cabimento, deixando-a somente para situações em que esteja envolvido de fato o interesse público primário.” (VIANA, 2003, p. 135).

A inclusão de tal exceção à remessa necessária refletiu, naquele diploma, o resultado da modernização da defesa estatal, que não mais necessitava de tão ampla prerrogativa. Nas condenações de pequeno valor, não se mostra razoável que, na ausência de recurso do ente público, os autos necessariamente subam para confirmação pelo tribunal.

Nessa toada, o art. 496, § 3º, do CPC/15²⁵⁹, aprofundou o movimento de redução da prerrogativa. O teto dos valores da condenação ou proveito econômico para a dispensa da remessa necessária foi aumentado estrondosamente. Essa alteração reduziu drasticamente as hipóteses em que haverá o reexame obrigatório. Mas o legislador foi além.

Em virtude da inutilidade da subida dos autos quando já pacificada a matéria jurídica nos tribunais superiores, o § 3º do art. 475 do CPC/73 previu a inaplicabilidade da remessa necessária quando a sentença estivesse fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula deste ou do tribunal superior competente.

No art. 496, § 4º, do CPC/15²⁶⁰, houve uma ampliação das hipóteses de dispensa de remessa em virtude da pacificação da matéria jurídica, prevendo-se mais situações que as descritas no art. 475, § 3º, do CPC/73.

Também os acórdãos proferidos pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos e o entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (incisos II e III) serviriam para justificar a ausência de remessa necessária, no caso de a sentença estar conforme essas decisões.

Por fim, também seria hipótese de não incidência da remessa necessária o entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público (art. 496, § 4º, IV, do CPC/15), consolidado em manifestação, parecer ou súmula administrativa. Trata-se, neste último caso, do intuito de evitar contradição sistêmica de envio de sentença para revisão na situação de a mesma estar conforme orientação do próprio ente público.

²⁵⁹ Art. 496, § 3º, CPC/15: “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.” (BRASIL, 2015a, *online*).

²⁶⁰ Art. 496, § 4º, CPC/15: “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.” (*Ibid.*).

Houve, portanto, um movimento intenso de aumento das exceções à remessa necessária, o que reduziu drasticamente o alcance da prerrogativa. Tal movimento é legítimo, porque baseado na realidade das procuradorias, que, como toda a máquina administrativa, modernizou-se, sendo, nesse contexto, desnecessária proteção tão ampla.

O alargamento das decisões, súmulas e entendimentos que autorizam a dispensa da remessa é exigência ainda da necessidade de manutenção da coerência do sistema processual (proibição do comportamento contraditório), tendo em vista que o advento da vinculação de determinados precedentes (art. 927 do CPC/15) significou uma sinalização legislativa de intolerância com mecanismos inúteis de revisão judicial.

Portanto, e finalizando este tópico, é de reconhecer-se que, diante da redução do alcance da prerrogativa frente à modernização da Advocacia Pública e à ampliação de seus quadros, não se mostra a mesma desarrazoada ou como privilégio desnecessário. Muito pelo contrário, se são as peculiaridades da atividade estatal que legitimam as prerrogativas, sempre que a situação alterar, como vem ocorrendo com a reforma administrativa, que óbvia e felizmente atingiu as procuradorias estatais, estará justificada a ampliação, redução ou até extinção das prerrogativas.

4.2.5.3 Alcance da norma contida no art. 496, § 4º, IV, do CPC/15

Ao prescrever no art. 496, § 4º, IV, do CPC/15, que a remessa necessária não se daria no caso de sentença fundada em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, estava o legislador a valorizar a autorregulação da Administração.

As súmulas, pareceres e demais orientações vinculantes das procuradorias e de outros órgãos da Administração passariam então a fundamentar a não incidência de remessa necessária, desde que as sentenças contrárias ao ente público tivessem adotado o mesmo entendimento daquelas manifestações.

Portanto, se a própria Administração, interna e espontaneamente, resolve consolidar em manifestação vinculante seu entendimento sobre determinada matéria, não há razões para que as sentenças que estejam de acordo com o mesmo entendimento subam necessariamente ao tribunal para verificação da correção do seu conteúdo.

Ocorre, todavia, que as súmulas produzidas muitas vezes pelas procuradorias dizem respeito não especificamente ao direito material, mas à estratégia processual que pode ou deve ser adotada pelos procuradores em determinadas ações (ex.: dispensa de recurso ou

determinação de sua não interposição).²⁶¹ Não há em tais atos uma renúncia da tese de defesa adotada em âmbito judicial pelo Poder Público, nem uma orientação vinculante para os demais órgãos da Administração Pública quanto ao direito material. Trata-se, na verdade, de estratégia montada pela procuradoria, levando-se em consideração os riscos da via recursal, especialmente com a possibilidade de agravamento da verba sucumbencial (horários recursais – art. 85, § 11, do CPC/15). Desta forma, não significam um reconhecimento do direito material pela Administração.

É possível ainda que, em virtude do volume de trabalho, e confiando-se a procuradoria na prerrogativa da remessa necessária, dispense a atuação dos advogados públicos na seara recursal, para que otimizem sua atuação em outros feitos prioritários. Entendimento no sentido de que tais orientações da procuradoria aos seus advogados públicos afastariam a remessa necessária nas ações acerca da matéria de fundo poderia ocasionar na Advocacia Pública o justo temor de prejuízo ao interesse público na sua edição, fazendo com que fossem suspensos esses importantes mecanismos de atuação cooperativa por parte do Estado. Para agir cooperativamente, o Estado e seus representantes (advogados públicos) não podem estar atemorizados pelo prejuízo ao erário decorrente da má interpretação de suas orientações.

Ademais, tendo o art. 496, § 4º, IV, do CPC/15 tratado especificamente da sentença “em conformidade com entendimento vinculante”²⁶², tal entendimento apenas pode dizer respeito ao direito material, vez que seria improvável que a sentença – que julgou o direito material e condenou o Poder Público – estivesse em conformidade com entendimento acerca de direito processual.

Portanto, o entendimento vinculante no âmbito da Administração apto a afastar a prerrogativa da remessa necessária é aquele relativo ao direito material debatido na sentença, e não aquele apto a orientar a procuradoria na sua atuação procedimental (dispensa de recurso ou determinação de sua não interposição ou desistência dos já interpostos, por exemplo).

²⁶¹ A Súmula nº 1 da AGU aborda exclusivamente estratégia processual, sem reconhecimento do direito material, não se prestando aos fins do art. 476, § 4º, inciso IV, do CPC/15 (BRASIL. Advocacia-Geral da União. Súmula nº 1, de 27 de junho de 1997. A decisão judicial que conceder reajustes referentes à URP de abril e maio de 1988 na proporção de 7/30 (sete trinta avos) de 16,19%, incidentes sobre a remuneração do mês de abril e, no mesmo percentual, sobre a do mês de maio, não cumulativos, não será impugnada por recurso. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30/06, 1º/07 e 02/07/1997a, Seção I). Já a Súmula nº 4 trata diretamente acerca do direito material, podendo sim ser utilizada para impedir a incidência da remessa necessária (BRASIL. Advocacia-Geral da União. Súmula nº 4, de 5 de abril de 2000. Salvo para defender o seu domínio sobre imóveis que estejam afetados ao uso público federal, a União não reivindicará o domínio de terras situadas dentro dos perímetros dos antigos aldeamentos indígenas de São Miguel e de Guarulhos, localizados no Estado de São Paulo, e desistirá de reivindicações que tenham como objeto referido domínio. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26/07, 27/07 e 28/07/2004a, Seção I).

²⁶² *Id.*, 2015a, *online*.

4.2.5.4 Remessa necessária nas decisões parciais de mérito

Nos termos do art. 356 do CPC/15, o juiz decidirá parcialmente o mérito, quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles mostrar-se incontroversa ou estiver em condições de imediato julgamento. Questão que se coloca é: Haverá remessa necessária da decisão parcial de mérito, apesar de o art. 496 referir-se apenas às “sentenças”?

A decisão parcial de mérito equipara-se a sentença, na medida em que resolve definitivamente a questão nela versada. Portanto, ainda que o art. 496 preveja remessa necessária apenas para sentenças (e não decisões interlocutórias) proferidas em desfavor do ente público, é de pontuar-se que, tendo conteúdo definitivo, na medida em que a questão ali resolvida o foi definitivamente, não será a parcela do mérito ali decidida sequer novamente mencionada na futura sentença que resolverá a fase de conhecimento. A questão é nova, pois, na vigência do código anterior, não havia respaldo para a solução definitiva de parcela do objeto do processo fora da sentença. Portanto, a tal decisão aplicam-se as disposições do art. 496 do CPC/15.

A conclusão acima não encerra a discussão acerca da submissão da decisão parcial de mérito à remessa necessária. Há situações em que a decisão parcial de mérito proferida contra a Fazenda Pública não se enquadra em hipótese de necessidade da remessa em virtude do valor da condenação ou do proveito econômico. Não interposto recurso, e não havendo remessa necessária, pode haver o trânsito em julgado e a execução definitiva, inclusive com expedição de precatório. Todavia, se, com a prolação da sentença, constatar-se que o valor total da condenação (soma do valor da condenação na decisão parcial de mérito e na sentença) é superior ao teto para dispensa da remessa (art. 496, § 3º, do CPC/15), é mister reconhecer que, caso o juiz tivesse optado por resolver todo o mérito numa única decisão (sentença), haveria aplicação do art. 496. Seria então nula a execução da decisão parcial de mérito, por não ter havido o seu trânsito em julgado? A solução seria então sempre submeter a decisão parcial de mérito à remessa? O “teto” para a não incidência de remessa necessária deve ser aplicado isoladamente à decisão parcial de mérito e à sentença? Ou à soma das duas?

Caso a soma das duas fosse considerada para fins de remessa necessária, seria inafastável a conclusão de que não se poderia executar a decisão parcial de mérito contra a Fazenda, ainda que a condenação não ultrapassasse o teto legal do art. 496, § 3º, do CPC/15, nas situações em que houvesse probabilidade de a soma dessa condenação com a que sobreviria da sentença ultrapassar o teto. O trânsito em julgado ficaria suspenso, aguardando

uma definição do valor total da condenação. Isso retiraria toda a utilidade da decisão parcial de mérito.

Desta forma, a solução mais razoável parece ser aquela que considera a finalidade da prerrogativa. Veja-se. A remessa necessária visa proteger o ente público de indevida condenação de alto valor. O duplo grau serviria como uma defesa contra a arbitrariedade, no caso de ausência de recurso judicial por parte da Advocacia Pública. Todavia, nas hipóteses em que ao juiz é dado decidir parcela do mérito em decisão anterior à sentença, é mister reconhecer que há aí mais de um objeto da demanda, e que os dois ou mais pedidos feitos poderiam ter sido apresentados em ações distintas, dando origem a processos distintos, muito embora pudesse haver conexão. A reunião de tais pedidos num único processo foi opção da parte autora. Ora, se poderia ter proposto duas ou mais ações ao invés de uma só, é razoável a interpretação de que o teto para a não incidência de remessa necessária seja aplicado a cada uma das decisões definitivas de mérito, seja a parcial de mérito, seja a sentença.

Todavia, no caso de cumulação de pedidos decididos em único ato (todos na sentença), para fins de verificação de extrapolação do teto do art. 496, § 3º, do CPC/15, deve-se considerar o valor total da condenação ou do proveito econômico.²⁶³

4.2.5.5 Remessa necessária na tutela antecipada antecedente

O CPC/15 inovou com a previsão de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente na hipótese de não interposição do recurso cabível (art. 304, *caput*, do CPC/15). Introduziu-se assim no sistema processual pátrio a estabilização da tutela antecipada, algo diverso da coisa julgada.

Caso não haja recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente, o processo será extinto (art. 304, § 1º, do CPC/15), tendo as partes, caso não se

²⁶³ Observe-se que, no caso das requisições de pequeno valor (RPV) (art. 100, § 3º, da CF), o que importará para a verificação de encaixe no teto (como obrigação de pequeno valor) para esta forma de pagamento é o valor total da condenação, e não o de cada pedido. É por processo, já que o art. 100 fala genericamente em “[...] pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas [...], em virtude de sentença judiciária” (BRASIL, 1988, p. 67). Mas é interessante que se destaque também que, apesar de a apuração do valor para fins de expedição de RPV ser por processo, e não por pedido, é também por parte do processo. Ou seja, considera-se isoladamente cada credor, e não em conjunto, de maneira que num mesmo processo podem ser expedidas diversas RPVs de valores que, somados, ultrapassariam o teto previsto para o afastamento do pagamento por precatório. O mesmo não ocorre quanto à remessa necessária. Caso o valor total da condenação ou proveito econômico ultrapasse os limites previstos no art. 496, § 3º, do CPC/15, ainda que o valor devido a cada litisconsorte que litiga contra o Poder Público não ultrapasse, haverá a remessa necessária. Portanto, o regramento do precatório requisitório de pagamento não se aplica à remessa necessária. Lá, a preocupação é com a organização financeira do ente público. Aqui, trata-se de evitar condenação arbitrária de grande monta contra o Poder Público sem controle da matéria por outra instância.

conformem com a estabilização, dois anos para propor ação para revisão, reforma ou invalidação da medida estabilizada (art. 304, §§ 2º e 5º, do CPC/15). Apenas a tutela antecipada (e não a cautelar), porque satisfativa, tem o condão de estabilizar-se quando concedida em caráter antecedente e sem impugnação.

Partindo do pressuposto de que é possível a estabilização da tutela antecipada antecedente concedida contra a Fazenda Pública,²⁶⁴ cabe averiguar acerca da (des)necessidade de remessa necessária como condicionante da estabilização. Com a estabilização da tutela antecipada antecedente, consolida-se uma situação desfavorável ao ente público e, passados os dois para a propositura de ação que vise à desestabilização, a situação equivale à coisa julgada. Ter como desnecessária a remessa necessária equiparar-se-ia a admitir decisão contrária ao ente público com força equivalente à de uma sentença transitada em julgado sem confirmação da mesma pelo tribunal de apelação, como ordinariamente ocorre com sentenças.

Portanto, é mister que, não estando a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente dentre as exceções à remessa necessária (art. 496, §§ 3º e 4º, do CPC/15), sejam os autos remetidos ao tribunal para confirmação. Mas qual seria o objeto da estabilização? A decisão concessiva da estabilização ou a sentença de extinção do processo?

A sentença que extingue o processo, no caso de ter havido estabilização, proclama a estabilização da medida. Este seria, portanto, o ato judicial sujeito à remessa necessária. A remessa necessária é condição de eficácia das sentenças proferidas contra o Poder Público (art. 496 do CPC/15), exatamente o caso desta sentença que denuncia a estabilização da

²⁶⁴ De ressaltar-se a opinião de Rodrigues no sentido de ser inaplicável a estabilização à Fazenda Pública, ainda que não recorra da concessão de tutela antecipada. Para o autor, tendo em vista que o art. 345, II, do CPC/15 não admite a produção dos efeitos materiais da revelia no caso de lides sobre direitos indisponíveis, seria ofensivo ao dispositivo admitir a estabilização, pois, dessa forma, estar-se-ia indiretamente admitindo-se a veracidade do alegado pelo autor (RODRIGUES, 2016, p. 109). Acerca da polêmica: “Ocorre que, numa interpretação sistemática do código, é possível extrair-se a possibilidade de aplicação das técnicas de monitorização do processo contra o Poder Público. Tornando letra de lei o que já estava sumulado (Súmula 339 do Superior Tribunal de Justiça), o CPC/15 expressamente prevê a possibilidade de ação monitoria em face do ente público (artigo 701, § 4º, do CPC/15). Lá, a ausência de manifestação (embargos) da Fazenda conduz à imediata formação do título judicial, consequência indiscutivelmente mais grave que a estabilização prevista no art. 304. É bem verdade que lá, ao determinar a expedição do mandado monitorio, o juiz está respaldado num ‘quase título’ (documento escrito comprobatório da dívida), constituindo a medida uma tutela da evidência. Na concessão da tutela antecipada, por outro lado, não é necessário que haja evidência, bastando a mera aparência. Essa constatação não serviria, todavia, para infirmar a conclusão de que é possível a estabilização contra a Fazenda Pública. É que, enquanto, na ação monitoria, o ‘quase título’ respalda a grave consequência da formação do título executivo judicial; no novel procedimento da tutela antecedente, a mera fumaça do bom direito respalda algo bem menos grave, que seria a mera estabilização. Bem menos grave porque facilmente reversível. Para ser realmente grave a estabilização, seria necessário que a Fazenda Pública, além de não recorrer da decisão, se mantivesse inerte por dois anos, prazo legal para desestabilizar a medida. Então, o que gera o grave efeito da ‘estabilização eterna’ não é a ausência do recurso, mas a inércia da Fazenda nos dois anos seguintes à prolação da sentença de extinção do processo (art. 304, § 5º, CPC).” (CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. A Fazenda Pública e a estabilização da tutela antecipada antecedente. **Processualistas**, 22 ago. 2016. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/375821484/a-fazenda-publica-e-a-estabilizacao-da-tutela-antecipada-antecedente>>. Acesso em: 10 set. 2017).

tutela antecipada. Mesmo não sendo sentença condenatória, declara a estabilização, devendo ser confirmada pelo tribunal para produzir seus efeitos.²⁶⁵

O que será analisado na remessa necessária não é a possibilidade abstrata de estabilização, que aqui já se defendeu. Trata-se de analisar a possibilidade concreta de estabilização, ou seja, o conteúdo da decisão interlocutória concessiva da tutela de urgência é revisado também. Portanto, conquanto o objeto da remessa seja a sentença (de extinção do processo), a mesma não será analisada senão conjuntamente com a decisão concessiva da tutela. É o acerto ou equívoco dessa decisão interlocutória que se decidirá.

Caso o tribunal não confirme a sentença, estará revogando a tutela concedida e prescrevendo que o processo continue seu curso. Não se trata de desprezar as regras acerca da preclusão, especificamente a preclusão da decisão interlocutória não agravada. É que a sentença tratou da matéria constante da interlocutória ao declarar a estabilização. Declarou estável a tutela concedida na interlocutória. Daí ser forçoso reconhecer que uma reforma dessa sentença que confirma (ou declare estabilizada) tutela antecipada impacta diretamente na medida. O tribunal, ao assim proceder, estará então cancelando a sentença e, por conseguinte, seu conteúdo declaratório da estabilização, o que equivale a reformar a interlocutória.

²⁶⁵ Apesar de considerar inaplicável a estabilização à Fazenda Pública, Rodrigues entende que, a aplicar-se o entendimento contrário, é mister reconhecer que a sentença que extingue o procedimento necessariamente estaria submetida à remessa necessária (RODRIGUES, 2016, p. 109-111). Costa entende que a remessa necessária somente deveria ocorrer para evitar a “superestabilização”, ou seja, após o transcurso *in albis* dos dois anos para a propositura de ação prevista no artigo 304, § 5º, do CPC/15) (COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 304. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 433-434).

5 NOVAS PRÁTICAS COOPERATIVAS DO PODER PÚBLICO

Já há algum tempo a legislação move-se no sentido do estímulo à solução pacífica dos conflitos. E não se trata apenas do alcance do consenso no bojo do processo judicial. Algumas leis têm trazido previsões tendentes à pacificação extrajudicial. Visto ser dever do Estado a busca da consensualidade, analisar-se-ão algumas dessas práticas cooperativas que se impõem a partir de novidades do sistema jurídico, como as câmaras de mediação e conciliação, os negócios processuais e os precedentes judiciais obrigatórios.

5.1 Câmaras administrativas de mediação e conciliação

O art. 174 do CPC/15²⁶⁶ previu a criação pelos entes públicos de todos os níveis da federação de câmaras de mediação e conciliação para a solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. Especificou nos incisos do dispositivo em que consistiria a competência desses órgãos: dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração; utilizar a conciliação para a resolução de conflitos no âmbito da Administração; e promover, quando cabível, celebração de termo de ajustamento de conduta.

Pouco tempo depois da promulgação do CPC/15, e tendo entrado em vigor antes mesmo daquele em virtude de *vacatio legis* menor (180 dias, ao invés de 1 ano), a Lei nº 13.140/2015, em seu art. 32, tratou especificamente da possibilidade de criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública. Foram repetidas as competências elencadas pelo art. 174 do CPC/15, deixando claro, todavia, para que nenhuma dúvida pairasse acerca disso, que os conflitos que se visariam resolver por meio dessas câmaras não seriam apenas aqueles entre órgãos/entidades administrativas, mas também entre particulares e as pessoas jurídicas de direito público.²⁶⁷

²⁶⁶ Art. 174, CPC/15: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; **II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;** III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.” (BRASIL, 2015a, *online*, grifo nosso).

²⁶⁷ Art. 32, Lei nº 13.140/2015: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; **II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;** III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.” (BRASIL, 2015c, *online*, grifo nosso). Comparando a redação do inciso II do art. 174 do CPC/15 (vide nota anterior) com a do inciso II do art. 32 da Lei nº 13.140, é possível confirmar a preocupação em deixar claro que também conflitos entre particulares e Administração poderiam ser solucionados nessas câmaras.

Câmaras para resolução de litígios entre órgãos ou entidades de direito público, inclusive por meio de arbitragem, já existem. No âmbito da AGU, por exemplo, em 2007 foi instituída a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) por meio do Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007. O Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, definiu sua estrutura e competência.²⁶⁸ A referida câmara, todavia, não possui dentre suas atribuições a de solucionar conflitos entre particulares e a Administração, mas apenas entre órgãos ou entidades da Administração federal entre si ou com outros órgãos ou entidades das demais pessoas jurídicas de direito público.

A novidade instituída pela Lei nº 13.140/2015 está em prever a atuação dessas câmaras também para a solução de conflitos entre particulares, além de traçar normas gerais de atuação, corretamente deixando amplo espaço para regulamentação da estrutura, competência e procedimento por cada ente federado.²⁶⁹ É louvável a iniciativa legislativa, que, todavia, para ser bem sucedida muito dependerá da forma como serão administradas as referidas câmaras e de como serão cumpridas as obrigações reconhecidas pelo ente público ou pelo particular após mediação exitosa.

É primordial para o sucesso das câmaras administrativas que o cumprimento das obrigações de qualquer espécie, inclusive as de pagar, ocorra em âmbito administrativo, e não na via judicial por meio de precatório requisitório de pagamento. A adoção desse entendimento muito estimulará a busca dos interessados por esse mecanismo alternativo de resolução de conflitos. Obviamente, não havendo o cumprimento da obrigação, e estando previsto no parágrafo único do art. 20 da Lei nº 13.140/2015 que o termo de mediação

²⁶⁸ Art. 18, Decreto nº 7.392/2010: “A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete: I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União; II - requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação; III - dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios; IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial; V - promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório; VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e VII - orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.” (BRASIL. Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Procuradoria-Geral Federal e remaneja cargos em comissão para a Advocacia-Geral da União e para a Procuradoria-Geral Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 dez. 2010a, Seção 1, p. 1).

²⁶⁹ Art. 32, § 1º, Lei nº 13.140/2015: “O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o *caput* será estabelecido em regulamento de cada ente federado.” (BRASIL, 2015c, *online*). No âmbito da AGU, além do Decreto nº 7.392/2010, que estabelece a competência da CCAF, há ainda uma cartilha que detalha todo o procedimento de instauração e processamento da conciliação (BRASIL. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. **Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF**: cartilha. 3. ed. Brasília: AGU, 2012a. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/16042687>>. Acesso em: 12 jul. 2017).

constitui título executivo extrajudicial ou judicial, neste último caso desde que homologado em juízo, caberá a execução extrajudicial ou o cumprimento de sentença. Mas estas deveriam ser as últimas alternativas, sendo desejável então que os conflitantes, após a transação, tenham a disposição ao cumprimento das obrigações sem o recurso à via judicial. Aliás, o não cumprimento espontâneo de obrigação após a celebração de acordo é ofensivo ao princípio da boa-fé processual, sendo de esperar-se, portanto, que a Administração cumpra exemplar e fielmente suas obrigações tão logo celebrado o ajuste.

Críticas no sentido de que tal prática (pagamento administrativo das dívidas) ofenderia a sistemática dos precatórios não se sustentam minimamente. O art. 100 é expresso ao exigir a sistemática dos precatórios apenas nos pagamentos devidos pela Fazenda Pública “em virtude de sentença judiciária”²⁷⁰. Mesmo que o termo de mediação seja homologado judicialmente, a fim de que constitua título executivo judicial (art. 20, parágrafo único, da Lei nº 13.140/2015), isso não afasta o fato de que o reconhecimento da obrigação deu-se extrajudicialmente, em procedimento administrativo, havendo dever de pagamento pela Fazenda Pública desde então. Ademais, a homologação judicial não é o mesmo que a judicialização do litígio, de maneira que o pagamento que venha a ser feito pelo ente público não decorreu de sentença judiciária. A sentença apenas homologou o que já produzira todos os efeitos no mundo das obrigações.

Situação diversa, todavia, é a da transação no bojo de litígio já judicializado. O Tribunal de Contas da União (TCU), analisando recentemente consulta feita pela AGU acerca da possibilidade de quitação direta, ou seja, sem precatório requisitório de pagamento (no caso, com emissão de títulos da dívida pública) de obrigação de pagar reconhecida pela União em transação judicial, entendeu pela impossibilidade, sob pena de ofensa grave aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da isonomia.²⁷¹ Todavia, a situação aqui analisada é diversa, tendo em conta que a transação ocorrida nas câmaras de mediação e

²⁷⁰ BRASIL, 1988, p. 67.

²⁷¹ “[...] 9.2.2. é incompatível com a Constituição Federal interpretação de que a obrigação de pagar quantia certa pela União, em razão de transação promovida entre as partes, em processo judicial de qualquer natureza, inclusive executivo, poder ser quitada por meio da emissão de títulos da dívida pública, com fundamento no art. 1º, inciso VIII, da Lei 10.179/2001, porque tal ato representa grave violação aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da isonomia, que, no caso de pagamento de dívida, se materializa pela igualdade de todos os credores perante a Administração Pública, consagrada no art. 100 da Carta da República, ressalvada, apenas, a possibilidade de a União emitir títulos da dívida pública para pagar obrigação financeira por ela assumida, em decorrência de expressa disposição legal, após a realização de transação judicial em ação aforada pelo credor em razão da resiliência da Administração, observado o que dispõem a legislação específica, a Lei de Responsabilidade Fiscal e o art. 1º, inciso VIII, da Lei 10.179/2001, quando a assunção constituir meio à consecução de finalidade pública prescrita na mesma lei; [...]” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 489/2017. Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Número da ata: 9/2017. Data da sessão: 22/03/2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 mar. 2017c, Seção 1, p. 135).

conciliação é extrajudicial. Não se trata de transacionar acerca de matéria já judicializada, mas de transacionar exatamente para evitar a via judicial, resolvendo administrativamente a controvérsia. Não haveria, nessa perspectiva, qualquer ofensa à regra do art. 100 da CF.

Obviamente o pagamento de tais valores na seara administrativa implicaria previsão de verba destinada a esse fim no orçamento das pessoas jurídicas de direito público. É possível um controle da verba destinada a esse fim, na medida em que é o próprio ente público que seleciona os assuntos que serão trabalhados nessas câmaras (art. 32, § 2º, da Lei nº 13.140/2015²⁷²), como se demonstrará a seguir. Ora, se o próprio Poder Público seleciona os casos que podem ser submetidos às câmaras, caso analise que não há verba orçamentária suficiente para a submissão de determinado assunto, é suficiente que não o preveja ou o retire do rol de casos apontados em regulamento. O referido dispositivo, além de prever que o próprio ente federado indicará em regulamento os casos que pretende ver submetidos às câmaras, estabeleceu a não obrigatoriedade da submissão prévia dos conflitos a essas câmaras. Trata-se de faculdade, portanto. O administrado pode, caso prefira não se submeter às câmaras administrativas, valer-se da via judicial como primeira alternativa.

A cautela do legislador ao optar pela facultatividade deve-se possivelmente à novidade do tema. Não que já não existissem câmaras como essas no âmbito de procuradorias país afora. A novidade está no tratamento por lei federal do assunto. Tentou o legislador evitar ataques à novel legislação, especialmente a acusação de ofensa à garantia constitucional do acesso à justiça.

Infelizmente o legislador, ao contrário do que estabeleceu quanto à audiência de conciliação ou de mediação do art. 334 do CPC/15 (obrigatoriedade, salvo nas situações elencadas no § 4º), aqui atuou de forma mais tímida. Não seria irrazoável imaginar a passagem por tais câmaras como condição de admissibilidade de ações judiciais contra o Poder Público. Isso certamente fortaleceria esses órgãos e desafogaria a máquina judiciária.

Veja-se. Se cabe ao próprio ente federado, por meio de regulamento, estabelecer quais os tipos de controvérsia que podem ser trabalhados nas câmaras, a seleção dos assuntos observará certamente a disposição do ente público à solução consensual. Assuntos que entenda o órgão da Advocacia Pública de improvável conciliação não serão selecionados.²⁷³

²⁷² Art. 32, § 2º, Lei nº 13.140/2015: “A submissão do conflito às câmaras de que trata o *caput* é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.” (BRASIL, 2015c, *online*).

²⁷³ De observar-se que, no que diz respeito aos conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares, a prevenção e resolução dos mesmos está compreendida, por força de lei (art. 32, § 5º, da Lei nº 13.140/2015), na competência das câmaras administrativas, independentemente de previsão em regulamento do ente federado.

Portanto, tendo o ente público externado sua intenção de conciliar acerca de determinada controvérsia, não se mostra razoável que se despreze essa atuação de boa-fé e se leve diretamente à via judicial a apreciação do conflito de interesses.

Nas câmaras, as vantagens para o particular são muitas. Primeiramente, não se tratando de dívida judicial, não estaria eventual pagamento pela Administração submetido à sistemática dos precatórios judiciais, nada impedindo que se quitasse de imediato a dívida ou conforme os termos da transação.

Além disso, espera-se que o procedimento nessas câmaras, que lidarão com demandas repetitivas, já que a seleção dos assuntos é feita previamente pelo ente público, seja mais célere que na via judicial. Por fim, não haveria o risco de perda da pretensão, tendo em vista a previsão do art. 34 da Lei nº 13.140/2015 no sentido de que a instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da Administração Pública suspende a prescrição.²⁷⁴

Somente essas vantagens descritas já seriam suficientes para a defesa da obrigatoriedade de submissão prévia dos litígios às referidas câmaras. Como antecipado acima, o intuito do legislador ao não prever tal obrigatoriedade foi certamente o de evitar questionamentos acerca da constitucionalidade de tal previsão, vez que as câmaras, em tese, não poderiam substituir a máquina judiciária ou dificultar o acesso à mesma. Noutras palavras, temeu-se o questionamento acerca de possível ofensa à garantia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF).

Cabe lembrar que a norma constitucional veda que lei exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A sugestão aqui feita é a de que a passagem prévia por tais câmaras administrativas seja condição para a propositura de ação judicial. Não se trata, portanto, de exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário. É de destacar-se que o acesso a tais câmaras já pode ser entendido como acesso à justiça em sentido amplo, pois se trata de um órgão estatal de resolução de conflitos.

O receio legislativo mostra-se descabido. É admissível a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação, não atentando contra o art. 5º, XXXV, da CF. Assim já se pronunciou inclusive o STF, no Recurso Extraordinário (RE) nº 631.240/MG, no qual entendeu pela falta de interesse de agir do autor da ação, e, portanto, falta de condição para o regular exercício do direito de ação, em virtude da ausência de prévio requerimento

²⁷⁴ O § 1º do referido dispositivo prevê ainda que a suspensão da prescrição retroage à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito, desde que tenha sido emitido juízo de admissibilidade, quando então se considera instaurado.

administrativo do interessado. O caso analisado dizia respeito à ausência ou não de interesse de agir por parte do segurado que busca a via jurisdicional sem antes tentar a satisfação do seu interesse na seara administrativa, em consulta à autarquia previdenciária.²⁷⁵

Ademais, citando-se exemplo de condição legal de admissibilidade de ação judicial, o próprio art. 39 da Lei nº 13.140/2015 previu condição para a propositura de ação em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público da Administração federal, qual seja a autorização prévia do Advogado-Geral da União, que certamente não autorizará a judicialização do conflito sem antes buscar a solução no âmbito administrativo.²⁷⁶ De ressaltar-se que, caso a controvérsia seja somente jurídica, ao invés da propositura de ação judicial, será dirimida a controvérsia pelo Advogado-Geral da União (art. 36 da referida lei). Portanto, a ação judicial referida no art. 39 diz respeito à controvérsia fática, não havendo espaço para ação judicial no caso de controvérsia jurídica entre órgãos/entidades de direito público federais.

A Constituição também prevê condição de admissibilidade para as ações judiciais relativas à disciplina e às competições desportivas, qual seja o esgotamento das instâncias da justiça desportiva, órgão alheio à máquina judiciária (art. 217, § 1º, da CF).

Outra crítica que se faz ao tratamento legislativo das câmaras de prevenção e resolução administrativa dos conflitos é o fato de que, nos termos do art. 32, § 3º, da Lei nº 13.140/2015²⁷⁷, o acordo entre as partes reduzido a termo tem eficácia apenas de título extrajudicial. O título judicial goza de maiores garantias, tendo em vista a redução das matérias alegáveis em defesa pelo executado. Embora o título tenha sido produzido fora do Poder Judiciário, essa característica não foi empecilho a que se reconhecesse como título judicial a sentença arbitral (art. 515, VII, do CPC/15). O intuito do legislador, ao conferir à sentença arbitral a força de título executivo judicial, foi certamente o de estimular a confiança na resolução de litígios por meio daquela via alternativa. Aqui, nas câmaras administrativas, deveria ter havido a mesma preocupação, mormente porque o resultado da atividade de tais

²⁷⁵ “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. [...]” (STF, RE 631240/MG, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 03/09/2014, Tribunal Pleno, DJe de 10/11/2014c).

²⁷⁶ Art. 39, Lei nº 13.140/2015: “A propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União.” (BRASIL, 2015c, *online*).

²⁷⁷ Art. 32, § 3º, Lei nº 13.140/2015: “Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.” (*Ibid.*).

órgãos consiste no consenso. Ademais, a submissão das controvérsias às câmaras é facultativa (art. 32, § 2º, da Lei nº 13.140/2015), assim como o é a celebração da cláusula arbitral.

O art. 33 da Lei nº 13.140/2015, na ânsia de permitir a imediata submissão de conflitos selecionados pelo órgão da Advocacia Pública à tentativa de consensualidade, previu a possibilidade de adoção do procedimento de mediação previsto na mesma lei (Subseção I da Seção III do Capítulo I) enquanto não criadas as câmaras de mediação. Trata-se de tentativa de concretizar a busca da consensualidade, desvinculando a viabilidade do procedimento conciliatório à iniciativa legislativa do ente federado. Noutras palavras, já poderiam as diversas procuradorias imediatamente adotar o procedimento de mediação descrito na lei mesmo sem a criação expressa das câmaras administrativas.

E, como um dos objetivos das câmaras é desafogar a máquina judiciária, a instauração de ofício do procedimento de mediação coletiva de conflitos foi autorizada pelo § 3º, do art. 33, da Lei nº 13.140/2015²⁷⁸, mas desde que relacionados à prestação de serviços públicos.

5.1.1 Transação por adesão

Importante inovação legislativa foi o instituto da transação por adesão (art. 35 da Lei nº 13.140/2015), a ser instrumentalizada por resolução administrativa, que estabelecerá seus requisitos e condições (art. 35, § 1º). A sistemática é interessante pela simplicidade. Para a iniciativa, exige-se autorização do Advogado-Geral da União, baseada na jurisprudência pacífica do STF ou de tribunais superiores; ou parecer do Advogado-Geral da União, neste caso desde que aprovado pelo Presidente da República (art. 35, incisos I e II, da Lei nº 13.140/2015).

A previsão de necessidade de aprovação do parecer do Advogado-Geral da União pelo chefe do Poder Executivo bem demonstra como a Advocacia Pública ainda está vinculada a um dos poderes no ordenamento brasileiro. E tal vinculação vai de encontro ao ideal de uma Advocacia de Estado, desvinculada dos governos de ocasião. A Advocacia Pública é a voz jurídica do Estado, não sendo minimamente razoável que o chefe de um dos poderes assessorados por essa instituição extrapoder tenha em suas mãos a atribuição de aprovar pareceres jurídicos. A decisão acerca da celebração de acordos que envolvam

²⁷⁸ Art. 33, parágrafo único, Lei nº 13.140/2015: “A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.” (BRASIL, 2015c, *online*).

matéria jurídica deve ser de atribuição do próprio órgão de Advocacia Pública, que, todavia, não poderá descurar da necessidade de diálogo com os diversos órgãos/entidades da Administração envolvidos nos litígios, bem como com os órgãos (Ministério/Secretaria do Planejamento e da Fazenda) responsáveis pela organização financeira e orçamentária do ente público. É que os termos da quitação das obrigações decorrentes dessas transações por adesão devem ser estipulados de acordo com a capacidade financeira do Poder Público, sendo mister sacrificar minimamente as políticas públicas em curso.

Talvez a previsão legal de mera consulta a esses órgãos, ao invés da autorização do Presidente da República, satisfizesse mais eficazmente ao intento de evitar a irresponsabilidade financeira. Ademais, tais consultas deveriam ser permanentes, não se dispensando nem mesmo no caso do art. 35, inciso I, da Lei nº 13.140/2015, quando o Advogado-Geral da União estaria respaldado em jurisprudência pacífica do STF ou de tribunais superiores.

Apesar de a previsão dirigir-se especificamente às pessoas jurídicas de direito público federais, nada impede que os demais entes federados adotem idêntico modelo, sendo inclusive recomendável que o façam, dadas a praticidade e a viabilidade da medida para alcance da finalidade de desobstrução da máquina judiciária. Essa finalidade inclusive fundamentou a previsão do § 4º do art. 35, no sentido de que

[...] a adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.²⁷⁹

Nada mais óbvio. No caso de o interessado ser parte em ação coletiva, a renúncia ao direito sobre que se funda a ação deverá ser expressa, nos autos do processo judicial (art. 35, § 5º, da Lei nº 13.140/2015).

A fim de evitar grave prejuízo ao erário com possível entendimento de que a resolução administrativa destinada à transação por adesão constituiria um reconhecimento da dívida e, portanto, interromperia a prescrição, teve o legislador o zelo de formular previsão em sentido oposto (art. 35, § 6º²⁸⁰). A preocupação legislativa é razoável, pois entendimento diverso poderia desencorajar a edição de resoluções. Com efeito, quando se espera que o Estado adote atitudes cooperativas como as aqui prescritas, não se pode pretender puni-lo pelo ato praticado, caso não venha a produzir efeitos práticos. Noutras palavras, àquele que não

²⁷⁹ BRASIL, 2015c, *online*.

²⁸⁰ Art. 35, § 6º, Lei nº 13.140/2015: “A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.” (*Ibid.*).

aderiu à transação não servirá a invocação da atitude cooperativa do Estado como reconhecimento do pedido.

A MP nº 1704-1, de 30 de julho de 1998, previu algo comparável à transação por adesão. O art. 1º estendeu aos servidores públicos civis federais do Poder Executivo Federal a vantagem de 28,86% (vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento), objeto da decisão do STF assentada no julgamento do Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 22.307-7/DF.

A implantação deu-se imediatamente, mas os valores referentes às competências anteriores, segundo seu art. 6º, *caput*, seriam pagos administrativamente apenas aos servidores que firmassem acordo até 19 de maio de 1999.²⁸¹ Como não havia possibilidade de alteração dos termos do acordo, já que a Medida Provisória previa inclusive vencimento das parcelas e índices de correção aplicáveis, o servidor simplesmente aderiu ao acordo.

À época, considerou-se nas ações judiciais em curso que a edição da MP teria interrompido o prazo prescricional. Como se viu, a previsão do art. 35, § 6º, da Lei nº 13.140/2015, afasta expressamente tal efeito (interrupção da prescrição) quando da edição de resolução destinada à transação por adesão.

5.1.2 Resolução de controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público da Administração federal

O art. 36 da Lei nº 13.140/2015²⁸² prevê a atribuição da AGU para realizar composição extrajudicial dos conflitos sobre controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública federal. Caso não se chegue a uma solução consensual, o Advogado-Geral da União deve dirimir a controvérsia (§ 1º). A redação

²⁸¹ Arts. 1º e 6º, MP nº 1.704-1/1998: “Art. 1º Fica estendida aos servidores públicos civis da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo Federal a vantagem de vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento, objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal assentada no julgamento do Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 22.307-7 - Distrito Federal, com a explicitação contida no acórdão dos embargos de declaração. [...]. Art. 6º Os valores devidos em decorrência do disposto nos arts. 1º ao 5º, correspondentes ao período compreendido entre 1º de janeiro de 1993 e 30 de junho de 1998, serão pagos, a partir de 1999, em até sete anos, nos meses de maio e dezembro, mediante acordo firmado individualmente pelo servidor até 19 de maio de 1999.” (BRASIL. Medida Provisória nº 1.704-1, de 30 de julho de 1998. Estende aos servidores públicos civis do Poder Executivo Federal a vantagem de vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento, objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 31 jul. 1998c, Seção 1, p. 14).

²⁸² Art. 36, § 1º, Lei nº 13.140/2015: “No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. § 1º Na hipótese do *caput*, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.” (*Id.*, 2015c, *online*).

do dispositivo transmite um poder-dever da AGU, e não uma faculdade. Ou seja, a AGU deve intervir no conflito e buscar a autocomposição. Não sendo alcançado o consenso, deve o chefe da instituição arbitrar uma solução jurídica.

Todavia, caso o conflito seja entre entidades de direito público federais de um lado e entidades de direito público estaduais, municipais ou distritais do outro, estes têm opção entre submeter ou não a questão à AGU para fins de composição extrajudicial do conflito. O mesmo ocorre nos conflitos entre entidades de direito público (União, autarquias e fundações) e entidades de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista) da Administração federal. Neste caso, estas últimas têm também a faculdade, e não o dever, de submeter a controvérsia à AGU (art. 37 da Lei nº 13.140/2015²⁸³).

A fim de não interferir nas atribuições do Poder Judiciário ou do TCU, caso a matéria objeto do litígio esteja em discussão nos autos de ação judicial de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do TCU, deverá haver a anuência expressa daqueles órgãos para a celebração da conciliação (art. 36, § 4º, da Lei nº 13.140/2015).

Por fim, e a fim de encorajar a postura conciliatória dos servidores e empregados públicos envolvidos na composição extrajudicial, o art. 40 da Lei nº 13.140/2015 blindou-os, ao prever que somente responderão civil, administrativa ou criminalmente se agiram dolosa ou fraudulentamente, recebendo vantagem patrimonial indevida, permitindo ou facilitando sua recepção por terceiro, ou para tal concorrendo.

5.2 Negócios processuais

Vistas as premissas para a adoção de postura cooperativa pelo Poder Público, cabe analisar se este pode celebrar os chamados negócios processuais. Não se trata de negócios acerca do direito material em litígio, mas acerca de aspectos procedimentais e ônus, poderes, faculdades e deveres processuais dos convenientes.

Para Cabral, o negócio abrangeria também declarações unilaterais de vontade. Desta forma, negócios processuais seriam expressão mais ampla, a abranger “declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais admitidas pelo ordenamento jurídico como capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais ou alterar o procedimento”²⁸⁴.

²⁸³ Art. 37, Lei nº 13.140/2015: “É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.” (BRASIL, 2015c, *online*).

²⁸⁴ CABRAL, 2016, p. 49.

Ademais, o legislador, no parágrafo único do art. 190 do CPC/15, fez expressa referências às “convenções”²⁸⁵, negócios plurilaterais.

Nessa toada, as convenções processuais seriam espécie de negócio processual. Interessará aqui o tratamento tanto das convenções processuais, ou seja, negócios processuais plurilaterais, como dos negócios unilaterais, que há muito já vinham sendo praticados e regulados nos diplomas processuais (ex.: desistência da ação, renúncia ou desistência do recurso), não constituindo novidade do sistema processual brasileiro.

Na verdade, apesar de alardeadas como novidade, também as convenções processuais já ocorrem há bastante tempo. A possibilidade de estipulação de cláusula de eleição de foro em contrato, por exemplo, referida já pelo art. 118, § 1º, do CPC/73, é o exemplo mais comum dessa espécie de negociação. Também os protocolos institucionais entre procuradorias e Poder Judiciário acerca do momento e forma como se dá a carga dos autos são exemplo ordinário e antigo desse tipo de negócio. Ademais, previa o *caput* do art. 158 do CPC/73 que “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”²⁸⁶.

Conforme aponta Barreiros, todavia, a postura publicista da doutrina processual brasileira não permitiu reconhecer no dispositivo uma cláusula geral de negociação, em virtude do desprezo à vontade das partes em matéria processual.²⁸⁷

Foi necessário então, para escapar ao “dogma da irrelevância da vontade das partes”²⁸⁸, que o legislador fosse mais direto, estipulando uma cláusula aberta, assim possibilitando, respeitados os limites legais, diversos outros acordos no campo processual.

Por tal razão, considerou-se insuficiente para a mudança de postura dos operadores do direito a reprodução de texto anterior ao do *caput* do art. 158 do CPC/73 no *caput* do art. 200 do CPC/15. Fez-se mister, para que houvesse realmente um rompimento com o sistema em que prevalecia o desprezo ao autorregramento, dispositivo específico acerca dos negócios processuais (art. 190 do CPC/15, abaixo analisado).

²⁸⁵ Art. 190, parágrafo único, CPC/15: “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” (BRASIL, 2015a, *online*).

²⁸⁶ *Id.*, 1973, *online*.

²⁸⁷ BARREIROS, 2017, p. 194.

²⁸⁸ BARREIROS, 2017, *loc. cit.*

A cláusula geral de negociação está intimamente relacionada ao princípio da cooperação e ao princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo²⁸⁹. O ente estatal, detentor de vontade que é, aferível mediante investigação do que seja o interesse público, como visto anteriormente, pode e deve submeter-se aos negócios jurídicos processuais (unilaterais ou bilaterais).

Os negócios processuais típicos sempre foram celebrados pelo Poder Público, assim como a delimitação do objeto litigioso do processo e do recurso e a renúncia e a desistência recursais. Já antes se afirmou, quando se referiu ao conteúdo da previsão do art. 6º do CPC/15, sua plena aplicabilidade às pessoas jurídicas de direito público. Portanto, é possível a afirmação de que ao Estado aplicam-se as regras e princípios integrantes do microsistema de proteção do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo.

Não há razão alguma para pôr em xeque a possibilidade de as pessoas de direito público celebrarem negócios processuais unilaterais ou bilaterais (convenções), cabendo, todavia, uma investigação sobre o que pode ser negociado (objeto) e quais os limites dessa negociação. Haveria limitações além daquelas aplicáveis aos particulares? O art. 190 do CPC/15 assim regulou a matéria:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.²⁹⁰

Cabe destacar que os direitos que não admitem autocomposição não se confundem com os direitos indisponíveis. A regra é que os direitos, inclusive os indisponíveis, admitam autocomposição.²⁹¹

²⁸⁹ “O art. 190 do CPC/15 integra o microsistema de proteção do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, ao lado de outros dispositivos, a exemplo dos que estabelecem o estímulo à autocomposição como forma de solução do litígio (arts. 165 a 175, 334, 515, II e § 2º, 695 e 725, VIII); a primazia da vontade da parte na delimitação do objeto litigioso do processo e no objeto do recurso (arts. 141, 490, 1002 e 1013); a previsão de inúmeros negócios processuais típicos (ex.: arts. 63, 65, 191, 225, 313, II, 337, § 6º, 357, § 2º, 362, I, 373, §§ 3º e 4º, 471, 775, 998, 999 e 1000); e a consagração do princípio da cooperação (art. 6º)” (BARREIROS, 2017, p. 189).

²⁹⁰ BRASIL, 2015a, *online*.

²⁹¹ Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “(art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.” (ENUNCIADOS..., 2017, p. 24).

Há de pontuar-se, todavia, que foi mal o legislador ao restringir tais negócios aos processos que versem sobre direitos que admitem autocomposição. Afinal, não se trata de negociar o direito material, mas meramente aspectos (prazos, por exemplo) e situações (ônus, poderes, deveres e faculdades) processuais. Os negócios processuais não terão por objeto o direito material debatido em juízo. Portanto, trata-se de equivocada restrição à autonomia da vontade das partes.

Mesmo que o direito não admita autocomposição, o que é raríssimo, já que mesmo direitos indisponíveis geralmente a admitem, não deveria ter o legislador estipulado regra genérica de proibição de negócios processuais. A regra é a autonomia da vontade das partes. Impedir que possam ajustar o procedimento às peculiaridades do caso, qualquer que seja o direito material guerreado, é ofensivo ao conjunto de regras e princípios implantados pelo sistema cooperativo de processo para proteção do autorregramento da vontade.

A resistência dos advogados públicos à prática de atos dispositivos, amplamente debatida nos tópicos anteriores, é barreira que deve ser enfrentada mediante a regulamentação, pelas procuradorias, da prática de tais atos, de forma a garantir ao membro da instituição maior segurança. Além disso, o referido regramento, na medida em que diminui a discricionariedade do advogado público, com a estipulação de critérios objetivos, diminui o temível risco de ofensa ao princípio da impessoalidade. Não é descabida a preocupação com a má utilização dos mecanismos de solução consensual dos conflitos e de negociação processual para satisfação de interesses particulares contrários ao interesse público.

Obviamente que a regulamentação exaustiva da matéria retiraria a desejável margem de discricionariedade do advogado público ou mesmo serviria de argumento técnico à resistência de tais profissionais a uma postura conciliatória. O objetivo da regulamentação não seria o de incutir temor ao advogado. Muito pelo contrário. Objetivaria garantir-lhe maior margem de segurança quanto a possíveis questionamentos futuros acerca da postura adotada. A ausência de regulamentação da matéria é sem dúvida a pior das alternativas²⁹². O meio termo é o que se deve buscar.

Não se mostra indispensável, todavia, autorização legislativa de cada ente federado para que os advogados públicos possam celebrar negócios processuais. A cláusula

²⁹² “Mostra-se adequado que as procuradorias que representam as Fazendas Públicas nos feitos judiciais regulamentem a atividade dos seus representantes, demonstrando os limites do seu campo de atuação na celebração dos negócios processuais. Não se pode, todavia, impedir a realização destes negócios processuais, que podem, inclusive, servir como mecanismos para, no caso concreto, reduzir prerrogativas processuais que se mostram desnecessárias para o ente fazendário.” (TEIXEIRA, 2016, p. 291).

geral do art. 190 é suficiente para respaldar a conduta negocial do advogado público.²⁹³ Ressalte-se mais uma vez que o que será negociado são aspectos do procedimento, bem como faculdades, poderes, ônus e deveres, e não o direito material debatido. A estratégia processual é componente da autonomia funcional do advogado público. A subordinação administrativa do advogado público, entretanto, fá-lo vinculado ao que regulamentado internamente, sendo mister que haja uma uniformidade de atuação, que não constitui afronta à prerrogativa, mas requisito indispensável à atuação isonômica e impessoal daquele profissional.

Tal regulação no âmbito das procuradorias não se trata, portanto, de autorização para realização do negócio processual pelo advogado público, pois tal autorização é dispensável diante de sua autonomia funcional, mas do estabelecimento de critérios objetivos para aferição da viabilidade do negócio. Afinal, em todas as carreiras jurídicas deve ser buscada tal uniformidade, sendo a previsão legal de vinculação dos órgãos judiciais aos precedentes do art. 927 do CPC/15 exemplo disso.

O parágrafo único do art. 190²⁹⁴ prevê o controle judicial da validade das convenções processuais nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Teixeira admite a possibilidade de o juiz declarar a nulidade de negócio processual no caso de considerar que houve ofensa ao interesse público. A primeira hipótese levantada pelo autor é a de negócios que atinjam o próprio direito material.²⁹⁵ Elenca ainda outra situação em que deveria haver a decretação de invalidade do negócio processual que envolva o ente público, qual seja a conduta dolosa do advogado público com vistas a

²⁹³ No sentido de que o advogado, por possuir autonomia técnico-funcional para eleger a forma de atuação judicial, pode celebrar diretamente negócios jurídicos: “O advogado público, por gozar de independência funcional na condução do processo; por lhe competir concretizar os princípios constitucionais, inclusive o da eficiência, possui, ínsita à sua atuação (e, pois, independentemente de delegação específica), a competência para celebração de negócios processuais” (BARREIROS, 2017, p. 313). Em sentido contrário, entendendo pela necessidade de regulamentação no âmbito de cada ente federativo para que possa o advogado público iniciar a realização de negócios processuais, sendo insuficiente a previsão do art. 190 do CPC/15: “[...] é preciso que no âmbito de cada esfera federativa haja a regulamentação dos poderes de cada advogado público para a celebração de negócios processuais, pois o artigo 190 configura regra geral para a celebração das convenções atípicas, não se constituindo em previsão que atribui competência aos membros da Advocacia Pública para que celebrem tais negócios” (RODRIGUES, 2016, p. 382).

²⁹⁴ Art. 190, parágrafo único, CPC/15: “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” (BRASIL, 2015a, *online*).

²⁹⁵ “Mas, neste plano, contudo, dois problemas nos apresentam possíveis. O primeiro deles é o risco de uma inadequada celebração de negócio processual envolvendo assim a violação do verdadeiro interesse público. Em outros termos, um negócio processual em que não há pela Fazenda Pública uma negociação de uma prerrogativa processual que altere apenas o procedimento, que lhe restrinja um privilégio desnecessário, mas que vá além e agrida o próprio direito material. Assim, por exemplo, um acordo processual para não interpor recurso quanto este é cabível e existe chance de êxito pela Fazenda Pública” (TEIXEIRA, 2016, p. 291).

favorecer a parte adversa.²⁹⁶ Outra situação admitida por Teixeira como autorizativa da decretação judicial de invalidade seria a de ausência de efetiva atuação do procurador em defesa da Fazenda Pública.²⁹⁷

Na primeira hipótese levantada pelo autor, o mero atingimento do direito material pelo negócio (que, nesse caso, passaria a ser misto) não constitui causa de sua invalidade, desde que o direito material admita autocomposição. Não é condição de validade da convenção processual que ele não reflita no direito material. Ademais, no exemplo dado por Teixeira (negócio para não interposição de recurso no qual existiria chance de êxito para o ente público), não cabe ao juiz a averiguação de viabilidade de eventual recurso a ser interposto pela Fazenda Pública, a fim de analisar a validade da negociação, mormente quando se trata de recurso contra decisão por ele proferida. Seria até um contrassenso que o magistrado negasse validade à negociação por ser provável a reforma da sua própria decisão.

A segunda hipótese é inusitada. Quem forneceria ao magistrado os elementos para que o mesmo declarasse a invalidade da convenção por colusão entre as partes? Seria necessária a participação de um terceiro na hipótese, que fornecesse ao magistrado os dados necessários à caracterização da fraude. Ademais, se o ente público, por meio de seu advogado, quis assumir prejuízo para favorecer a parte contrária, na verdade reconheceu o direito sobre que se funda a ação, o que não é vedado.

Repudia-se a ideia de que possa o juiz negar validade a negócio (unilateral ou bilateral) por suposta ofensa ao interesse público. A pretensa defesa do interesse público pelo juiz, autorizando-o à decretação de nulidade do negócio processual, constituiria ofensa à regra da imparcialidade, indispensável para a concretização do devido processo legal. Não cabe ao juiz a defesa do interesse público ou privado. Na verdade, não é papel do juiz a defesa de interesses, quaisquer que sejam. Tal defesa é tarefa das partes, por meio dos seus representantes. No caso da Fazenda Pública, são os advogados públicos seus legítimos representantes, cabendo a estes, portanto, a defesa do interesse do ente estatal.

Ademais, a lei autoriza o controle *ex officio* da validade das convenções processuais somente nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou nos casos em que alguma parte se encontra em manifesta vulnerabilidade.

²⁹⁶ “O outro problema é o risco de mau trato com a coisa pública. A celebração de negócio processual quando é sabido que a Fazenda Pública sofrerá prejuízo para favorecer a parte adversa. Neste caso, diferente do anterior, o agente público não seria apenas descuidado, agiria de forma dolosa, visando favorecer a parte adversa.” (TEIXEIRA, 2016, p. 291).

²⁹⁷ “Fato é que nestas hipóteses é possível que o magistrado perceba a ausência de uma efetiva atuação do procurador na defesa do ente público e, em assim ocorrendo, poderá o juiz decretar a invalidade do negócio processual em razão da manifesta situação de vulnerabilidade.” (*Ibid.*, 2016, p. 292).

Vale ressaltar que a vulnerabilidade a que alude o legislador é a técnica. Na lição de Nogueira, “o assessoramento do advogado, procurador, defensor ou membro do Ministério Público, sujeitos com qualificação técnica para o tipo de ato jurídico, é indicativo de ausência de vulnerabilidade”²⁹⁸. Com efeito, não há que se falar, no que diz respeito ao negócio celebrado por advogado público, em vulnerabilidade. E é de ressaltar-se que somente por meio de advogado público o ente público manifesta-se em juízo. A má qualidade do profissional que esteja advogando para qualquer das partes também não constitui justificativa para a decretação de nulidade do negócio, se preenchidos todos os pressupostos legais. Esse zelo com a qualidade do patrocínio das partes não cabe ao magistrado. Por fim, ainda que se trate de negócio pré-processual, sendo a Advocacia Pública o órgão de assessoramento da autoridade pública, também não há que se falar em vulnerabilidade.²⁹⁹

No que diz respeito ao particular que negociará com o Poder Público, o simples fato de não estar assistido por advogado não leva necessariamente à caracterização da hipossuficiência jurídica. Trata-se de mero indício, a ser confirmado mediante análise de outros aspectos do caso concreto, não se podendo descartar a possibilidade de ter havido livre e consciente manifestação de vontade na convenção.³⁰⁰ Ou seja, é apenas indício, sendo possível e devido ao magistrado averiguar a plena caracterização da vulnerabilidade³⁰¹.

Portanto, sendo as partes capazes e não havendo vulnerabilidade das partes convenientes, não há como pretender-se que o juiz aja flagrantemente em defesa dos interesses de qualquer das partes, invalidando convenções sob a alegativa de que estariam sendo ofendidos.

Cabral aponta, além da ausência de vulnerabilidade, outros três limites gerais para o controle do objeto do negócio processual. Seria o primeiro deles a reserva de lei, ou seja, nas hipóteses em que o legislador estabeleceu reserva de lei para a norma processual, não poderá haver negócio que vise derrogar a regra legal. É o caso dos recursos. Podem as partes

²⁹⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Art. 190. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 594.

²⁹⁹ Aqui somente se está a tratar de negócios celebrados por advogados públicos. Contudo, é de registrar-se que os negócios processuais prévios podem ser celebrados por outros agentes públicos. A Lei nº 9.307/96, em seu art. 1º, § 2º (redação dada pela Lei nº 13.129/2015) prevê, por exemplo, que a convenção de arbitragem, típico negócio processual, pode ser celebrada pela autoridade/órgão competente para a realização de acordos e transações. Todavia, tais autoridades são assessoradas por advogados públicos.

³⁰⁰ “É possível até que se considere que, não havendo assistência técnica de um profissional versado em Direito, haveria *indício* de vulnerabilidade. Mas nada impede, sobretudo nos acordos pré-processuais, que uma convenção seja celebrada sem advogados e que os convenientes estejam plenamente cientes do conteúdo das obrigações assumidas, manifestando sua vontade livremente no sentido de assumirem aqueles vínculos entre si” (CABRAL, 2016, p. 321, grifo do autor).

³⁰¹ O Enunciado nº 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) é no mesmo sentido: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica” (ENUNCIADOS..., 2017, p. 9).

convencionar a não interposição de recurso, por ser faculdade, mas não podem acordar a criação de novas espécies recursais, ou mesmo ampliar as hipóteses de cabimento das já existentes.³⁰² Com efeito, há previsão constitucional de competência legislativa exclusiva da União acerca do direito processual (art. 22, inciso I). Também elenca Cabral como limites à negociação processual a boa-fé e a cooperação.³⁰³ Os vícios de vontade e os vícios sociais realmente dão ensejo também à invalidação dos negócios processuais.³⁰⁴

Por fim, para o autor, seria também a vedação de transferência de externalidades limite geral das convenções. Terceiros e máquina judiciária não devem ser atingidos economicamente pelos efeitos do pacto celebrado.³⁰⁵ Tal limite será de extrema relevância para a análise de algumas espécies de convenções processuais mais à frente. Terceiros (não convenientes, portanto) que venham a ser prejudicados pela negociação processual de que não participaram têm interesse, inclusive, a partir da celebração do negócio, a intervir no feito para pedir a anulação da avença.

Ainda quanto aos limites dos negócios celebrados pelo Poder Público, Rodrigues, demonstrando preocupação com possível ofensa ao princípio da impessoalidade, recomenda que sejam feitos entre instituições, por meio dos protocolos institucionais.³⁰⁶ Não descarta o autor, todavia, a possibilidade de celebração de tais negócios em processos específicos, desde que haja regulamentação no âmbito de cada ente federativo.³⁰⁷

Não há razão, todavia, para que se considere condição indispensável à celebração de tais negócios a existência de lei autorizativa específica para este tipo de convenção. Outros atos dispositivos praticados em âmbito processual já ocorrem há muito tempo, como a

³⁰² CABRAL, 2016, p. 316.

³⁰³ “Acordos celebrados com dolo ou simulação afiguram-se como patentes violações à boa-fé, podendo ser anulados se foram firmados com o intuito oculto de ludibriar terceiros ou para obter resultados não permitidos pela lei. Acordos processuais com finalidade nitidamente protelatória também podem ser invalidados.” (*Ibid.*, p. 318).

³⁰⁴ Enunciado 132 do FPPC: “(art. 190) Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190.” (ENUNCIADOS..., 2017, p. 23).

³⁰⁵ “Não se pode permitir, portanto, que os acordos e contratos gerem externalidades, transferindo ao Judiciário ou a terceiros o impacto econômico da litigância. Assim, as disposições negociais sobre o processo são válidas se as partes internalizam apenas prejuízos que elas mesmas teriam que suportar.” (CABRAL, *op. cit.*, p. 329).

³⁰⁶ “Por isso, parece-nos que são recomendáveis, de modo a assegurar a impessoalidade, os negócios processuais celebrados entre instituições – os chamados protocolos institucionais –, de modo a promover adequações procedimentais em diversos casos de uma mesma matéria em que também atue aquele que pactuou com o Poder Público. Por exemplo, poderia uma Procuradoria de Estado ou Município firmar um protocolo institucional com a Defensoria Pública, de modo que, nas ações que cuidem de prestações de saúde, a Defensoria apresente como prova documental o laudo médico que informa a doença do assistido e o tratamento necessário lavrado em hospital estadual ou municipal, respectivamente, evitando discussões quanto a uma eventual inidoneidade de laudo médico particular.” (RODRIGUES, 2016, p. 382).

³⁰⁷ “Isso não exclui, todavia, que haja a celebração de negócios processuais por cada advogado público, no âmbito dos feitos em que atue, justificado o interesse público em tal pacto, especialmente demonstrando-se o possível benefício à efetividade daquele processo.” (RODRIGUES, 2016, *loc. cit.*).

renúncia e a desistência recursais (negócios unilaterais). As mesmas leis que autorizam a prática desses atos serviriam como respaldo legal de negócios processuais bilaterais que tenham para o ente público as mesmas consequências daqueles atos que já praticava. Assim, se o advogado público, em determinado processo, é autorizado por lei e por regras internas da procuradoria em que atua a não interpor ou a desistir de recurso, não há empecilho a que celebre convenção processual por meio da qual a consequência seja a mesma. Dá-se um exemplo: prolatada sentença, poderia ser celebrado negócio por meio do qual ambas as partes renunciassem ao recurso, desde que o advogado público estivesse autorizado a renunciar (unilateralmente) ao recurso na hipótese.

Em outras palavras, as atuais leis autorizativas da prática por advogados públicos de atos dispositivos (renúncia ao direito, reconhecimento do pedido, entre outros), inclusive processuais (renúncia e desistência recursais, por exemplo), servem de fundamento legal dos negócios processuais que tenham por consequência os atos que poderiam ser praticados sem a convenção, como manifestação unilateral do ente público. Quem pode o mais (praticar ato dispositivo sem qualquer contrapartida) pode o menos (convencionar a prática do mesmo ato com contrapartida).

A regulamentação interna atual das procuradorias da prática de atos dispositivos também se aplica imediatamente, no que couber, aos negócios processuais bilaterais. Ou seja, desde que em vigor a cláusula geral de negociação processual do art. 190 do CPC/15, podem os advogados públicos, a partir do arcabouço legislativo acerca da prática de atos dispositivos, celebrar convenções processuais.

5.2.1 Negócios processuais sobre prerrogativas da Advocacia Pública e da Fazenda Pública

O Fórum Permanente de Processualistas Civis editou dois enunciados com extenso rol de exemplos de negócios processuais:

19. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de

depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal.
[...].

21. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.³⁰⁸

Todos esses negócios, no que cabem, podem sim ser celebrados pelo ente público. E não se faz necessária autorização legislativa específica. Mister se faz todavia, como já antes colocado, que haja uma regulação da matéria no âmbito das procuradorias, de modo a garantir uma uniformidade de atuação. Mas não se trata de requisito para que se iniciem tais práticas, e sim de medida salutar para que se evitem possíveis violações ao princípio da impessoalidade, além de respaldar a atuação do procurador, com a estipulação de critérios aferíveis objetivamente.

Mas poderia o ente público negociar, por exemplo, suas prerrogativas?

Como antes analisado, apesar de afastada a existência de um pretense princípio da supremacia do interesse público, o interesse público é uma realidade a ser permanentemente buscada pelo Estado. Nessa perspectiva, as prerrogativas do Poder Público são instrumentais. Noutras palavras, legitimam-se na sua serventia para o alcance do interesse público. A aferição do que seria de interesse público deve ser feita caso a caso, sendo possível, portanto, que se afaste motivada e pontualmente determinada prerrogativa, quando, por seus advogados, entender a Fazenda Pública pela prescindibilidade da mesma no caso concreto.

E podendo abdicar temporariamente das prerrogativas, necessariamente poderá também acordá-las, assim obtendo vantagens à plena realização do interesse público. Mas haveria prerrogativas irrenunciáveis e, portanto, inegociáveis? É o que se analisará a seguir.

5.2.1.1 *Negócio sobre prazo diferenciado*

Visando a prerrogativa do prazo diferenciado evitar que a Fazenda Pública, em virtude da sua burocracia intrínseca, perca o prazo para a prática de atos processuais, caso esta

³⁰⁸ ENUNCIADOS..., 2017, p. 9-10. Apesar da previsão legal de desistência e renúncia do recurso, ainda não é pacífica a possibilidade de ser negociada sua não interposição antes da prolação da decisão (pacto de decisão de única instância). Para Oliveira, na cláusula compromissória as partes afastam todo o litígio da via judicial, sendo lícito, portanto, que afastem apenas a via recursal. Afinal, quem pode o mais pode o menos: “Se é possível afastar todo o litígio da apreciação judicial, não poderia o legislador conferir às partes a possibilidade de suprimirem a fase recursal, no intuito de abreviar o trâmite recursal e o estado de incerteza a ele inerente?” (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 438). De destacar ainda que, nos termos do art. 632 do CPC Português (Lei nº 41/2013), a renúncia antecipada ao recurso só tem validade se feita por ambas as partes (PORTUGAL, 2013).

entenda pela dispensabilidade do prazo diferenciado em determinado(s) processo(s), com vistas a acelerar o resultado da prestação jurisdicional, não haveria óbice a que negociasse o benefício. Se o próprio ente entende-o desnecessário naquele contexto (inexistência, portanto, de ofensa ao interesse público), e se a parte contrária ou outros não estão sendo prejudicados pela negociação da prerrogativa, o negócio é possível sim. Pode ser feito inclusive sob a forma de protocolo institucional (ou seja, negócio entre instituições, mais especificamente entre o órgão da Advocacia Pública e outras instituições, como o Poder Judiciário, o Ministério Público ou a Defensoria Pública), abrangendo diversos processos.

Dá-se o exemplo de força-tarefa para agilizar o andamento de processos judiciais em um determinado juízo, comarca ou seção judiciária. De ressaltar-se que a abdicação da prerrogativa na hipótese, mediante a celebração do protocolo institucional, para considerar-se válida, deve ter prazo certo ou, não havendo expresso termo *ad quem*, deve vigor até que a Fazenda Pública ou a outra instituição manifestem interesse no fim da cláusula. Não seria necessária a motivação do abandono do protocolo, mas sua mera comunicação, sendo razoável que se sinalize anteriormente à outra instituição data futura a partir da qual deixará de produzir efeitos a tratativa, de maneira a preservar a confiança depositada na convenção (princípio da proteção da confiança). A renúncia *ad eternum* de uma prerrogativa por meio do referido instrumento não se mostra minimamente viável, vez que equivaleria a revogação de lei por instrumento inferior.

5.2.1.2 *Negócio sobre intimação pessoal*

No CPC/15, como visto anteriormente, a intimação pessoal passou a ser oficialmente o meio de comunicação dos atos processuais ao Poder Público. Nada obstaria, no entanto, mediante avaliação de conveniência e de oportunidade, que, por meio de protocolos institucionais, ou mesmo mediante negócio processual em específicos processos, embora não seja de fácil visualização a vantagem na celebração casuística da medida, a Fazenda Pública abdicasse da prerrogativa da intimação pessoal. Tal qual a prerrogativa do prazo diferenciado para prática de atos processuais, a medida deveria ter prazo certo ou, não havendo, poderia ser a qualquer momento desfeita, bastando para isso comunicação do ente público, que, em respeito ao princípio da proteção da confiança, deveria sinalizar a sua saída da avença, a fim de que os demais envolvidos pudessem organizar-se para as mudanças vindouras.

Dá-se um exemplo: após celebração de protocolo institucional entre determinada procuradoria e determinado juízo, por meio do qual se estipulou que as intimações do ente

público seriam feitas por meio de determinado endereço de correio eletrônico sem a remessa dos autos físicos ou envio da cópia digitalizada, a procuradoria passa a ter dificuldades de acompanhamento do andamento dos processos e resolve ser necessário o retorno da prerrogativa nos moldes legais. É mister que se conceda prazo para que o juízo possa organizar-se internamente para as alterações, tendo em vista que haverá uma alteração na rotina de trabalho (e possivelmente um aumento no volume) não programada para ocorrer imediatamente.

5.2.1.3 Negócio sobre sistemática de pagamento das dívidas judiciais por precatório

A Constituição Federal, em seu art. 100, com vistas a evitar a ofensa ao princípio da impessoalidade no pagamento de dívidas judiciais, criou a regra da ordem cronológica dos pagamentos e a proibição de designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. Como já visto, a regra do pagamento por precatório visa proteger toda a coletividade de credores judiciais do Poder Público. Apesar de ser considerada uma prerrogativa do Poder Público, o maior beneficiário direto da regra é o credor, pois terá a segurança da observância de critérios objetivos para pagamento das dívidas do ente público, evitando-se assim a preterição.

O CPC/15, então, não poderia deixar de prever a sistemática do pagamento por meio de precatório nos cumprimentos de sentença e execuções de títulos extrajudiciais em face da Fazenda Pública. Assim, os arts. 535 e 910 preveem a intimação/citação do ente público para impugnar/embargar o cumprimento de sentença/execução, e não para pagar. O pagamento somente se fará por meio de precatório judicial ou requisição de pequeno valor (art. 100, § 3º, CF).

É vedado ao ente público, mesmo que com isso concorde a parte contrária, renunciar ou negociar a sistemática de pagamento por precatório, seja em processo específico, seja por meio de protocolo institucional. É que a sistemática constitui ao mesmo tempo prerrogativa da Fazenda Pública e garantia de todos os credores judiciais, e não somente daquele determinado credor de específico processo judicial. O afastamento da sistemática para permitir, por exemplo, o pagamento imediato a determinado credor significaria ofensa direta ao comando constitucional do art. 100, significando, noutras palavras, preterição dos credores que se encontram em fila de espera de recebimento do que lhes é devido.

Tal negócio encontraria barreira na vedação de transferência de externalidades e custos, antes analisada como limite geral das convenções processuais. A quebra da ordem de

pagamento das dívidas judiciais pelo afastamento da regra do precatório tornaria o negócio nulo de pleno direito, sem que fosse sequer necessário que terceiros prejudicados viessem aos autos alegar o vício. A preterição direta que significaria tal cláusula negocial autorizaria o juízo a declarar de ofício a invalidade do acordo.

A justificativa, portanto, para a impossibilidade de renúncia ou negociação da sistemática de pagamento de dívidas judiciais do art. 100 da CF é a impossibilidade de negócio processual causar lesão direta a terceiros. Quando o art. 190 do CPC/15 autorizou que se negociassem ônus, poderes, deveres e faculdades, obviamente não autorizou ali a ofensa direta a garantias constitucionais de terceiros. Negócio com esse conteúdo seria claramente nulo.

Também não é possível negócio que tenha por fim o afastamento da regra do art. 100, § 8º, da CF³⁰⁹. O referido dispositivo visa evitar que, em burla à regra do precatório, se fracione, reparta ou quebre valor de execução a fim de enquadrá-lo no *quantum* legal para o encaixe do pagamento por meio de requisição de pequeno valor. Ora, o afastamento da regra proibitiva do § 8º constituiria clara ofensa à regra da ordem cronológica de pagamento, que ela visa proteger.³¹⁰

5.2.1.4 *Negócio sobre dispensa de preparo e depósito na ação rescisória*

Outra situação diversa da analisada anteriormente é a da dispensa de preparo de recursos (art. 1007, § 1º, do CPC/15) e de depósito prévio para propositura de ação rescisória (art. 968, § 1º, do CPC/15). Neste caso, não se trata de pagar posteriormente mediante precatório, mas de estar isento do recolhimento. Também não se mostra viável aqui a negociação. Se o legislador, sensível à calamitosa situação do Poder Público em juízo, maior litigante do país, resolveu reconhecer-lhe dispensa do pagamento de determinadas verbas em juízo, e não acenou para uma disponibilidade de tal prerrogativa, é de ser observada a legalidade, constituindo qualquer ato contrário ao que disposto em lei em pagamento a particular ou ao próprio Poder Judiciário (no caso do preparo) de quantia indevida, em contrariedade ao que disposto em lei.

³⁰⁹ “Art. 100, § 8º, CF: “É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.” (BRASIL, 1988, p. 68).

³¹⁰ “Nesse sentido e tanto mais porque se trata de exigência constitucional, as hipóteses em que cabível o pagamento por precatório não podem ser objeto de negociação processual pelas partes, tratando-se de norma cogente não passível de exceção negocial. Será ilícito o objeto do negócio processual ajustado para afastar a utilização de pagamento por precatório, quando exigível, ainda que por via transversa (parcelamento do crédito).” (BARREIROS, 2017, p. 342).

Sabendo-se que a legalidade é princípio da Administração Pública, não se mostra lícito que o ente público resolva pagar o que não é devido, situação totalmente diversa do reconhecimento de dívidas existentes. Não se trata de defesa de postura antiooperativa.

O que se vem defendendo na presente tese é que o interesse público é atendido quando o ente público espontaneamente reconhece suas dívidas, em juízo ou fora dele. E isso vai ao encontro da legalidade, pois não há nenhum ato normativo que prescreva a resistência do Estado ao reconhecimento de direitos.

Nada disso corresponde minimamente a renúncia de prerrogativas que equivalha a pagar o que não é devido. E seria exatamente o que ocorreria (pagamento de quantia indevida), caso o ente público negociasse (unilateral ou bilateralmente) as dispensas dos arts. 1007, § 1º, e 968, § 1º, do CPC/15.

5.2.1.5 Negócio sobre juízo privativo da Fazenda Pública

A competência em razão da pessoa, segundo previsão do art. 62 do CPC/15, é inderrogável por convenção das partes, razão por que não poderia ser objeto de negociação o juízo privativo da Fazenda Pública. Seria possível, todavia, um afastamento indireto de tal juízo mediante a eleição de foro em que não haja vara especializada.³¹¹

A competência territorial prevaleceria, na hipótese, mesmo que o foro eleito não tenha vara privativa para julgamento dos conflitos da Fazenda Pública. Ademais, de acordo com a Súmula 206 do STJ, “A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis do processo”³¹².

5.2.1.6 Negócio sobre percentual diferenciado de honorários nas condenações do ente público

Anteriormente foi analisada a prerrogativa do intervalo de percentual de honorários sucumbenciais diferenciado. Os percentuais de honorários sucumbenciais para o ente público decrescem na medida em que sobe o valor da condenação ou do proveito

³¹¹ “Não haverá, entretanto, ilicitude na celebração de convenção processual pelo Poder Público com cláusula de eleição de foro, deslocando-se a demanda de Comarca onde exista juízo privativo para outra que não o possua. A modificação da competência territorial por acordo entre as partes pode afastar, indiretamente, a atuação de juízo privativo, se escolhido foro onde não exista.” (BARREIROS, 2017, p. 344).

³¹² STJ, Súmula 206. A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo. Corte Especial, julgado em 01/04/1998, DJ de 16/04/1998d, p. 44.

econômico obtido, e são quase sempre menores do que os fixáveis aos particulares. Somente equivalem aos percentuais fixados aos particulares (10-20%), quando a condenação ou o proveito econômico for de até 200 (duzentos) salários mínimos (art. 85, § 3º, inciso I, CPC/15). Acima desse valor, os percentuais regridem gradualmente.

Negociação que visasse ao aumento os percentuais previstos em lei não seria possível, pois, ao celebrar tal negócio estaria o advogado público impondo ao ente público uma obrigação não prevista em lei. Como já visto ao tratar da impossibilidade de negociar dispensa de preparo e de depósito prévio na ação rescisória, a atitude em nada se compara com o espontâneo reconhecimento de dívidas existentes, pois a dívida não existe.

Tal negociação equivaleria à assunção espontânea de dívida pelo ente público sem qualquer respaldo legal. Seria outra, contudo, a situação de negócio para diminuir os percentuais de cada faixa prevista no art. 85, § 3º, do CPC/15, vez que seria a parte contrária que estaria dispondo de créditos, o que não é vedado pela legislação.³¹³

Ressalte-se que não se trataria propriamente de negócio processual, se for levado em conta que os honorários sucumbenciais compõem o montante da condenação, constituindo, nessa perspectiva, o mérito da demanda.

5.2.1.7 *Negócio sobre remessa necessária*

Prevalece na doutrina o entendimento de que é inadmissível o negócio processual para afastamento da remessa necessária.³¹⁴ Não se mostra possível, realmente, o negócio que vise a uma ampliação das situações em que ocorrerá a remessa necessária, pois se trata de

³¹³ “Não poderá haver negócio jurídico processual que estabeleça elevação do valor percentual máximo de cada faixa estabelecida no art. 85, § 3º, do CPC/2015 ou que amplie o valor limite de incidência dos percentuais de cada faixa, ou, ainda, que estabeleça qualquer outro critério de que resulte possível majoração da condenação em honorários a ser sofrida pela Fazenda Pública. Por outro lado, é possível convenção processual que estabeleça, por exemplo, a redução dos limites percentuais mínimo e máximo de honorários previstos em cada faixa ou outro acordo que não implique possível majoração da condenação em honorários a ser sofrida pela Fazenda Pública.” (BARREIROS, 2017, p. 344-345).

³¹⁴ “Do mesmo modo, a prerrogativa de submissão de determinadas sentenças ao duplo grau de jurisdição obrigatório (remessa necessária), prevista no art. 496 do CPC/2015 e em leis esparsas (art. 28, § 1º, da Lei nº 12.016/2009), não pode validamente ser objeto de negociação processual. A remessa necessária é fruto de ponderação em abstrato feita pelo sistema processual entre os escopos jurídico e social do processo, conferindo-se primazia ao primeiro em detrimento do segundo.” (*Ibid.*, p. 342). “Requisitos adicionais podem ser impostos, a depender do ato ou posição jurídico-processual a respeito de que se pretenda convencionar. Por exemplo, nas causas que admitam autocomposição, em regras as partes podem celebrar negócio jurídico prevendo julgamento em um único grau de jurisdição – suprimindo, portanto, o cabimento da apelação. Mas essa modalidade de negócio processual submete-se a um requisito específico: ela não será admissível em causas que se submetem ao duplo grau obrigatório (remessa ou reexame necessário – CPC/2015, art. 496).” (TALAMINI, 2017, p. 103).

matéria processual, reservada ao legislador.³¹⁵ Diferente é a situação, todavia, de negócio para dispensa de remessa necessária, que se mostra plenamente possível a partir da constatação de que se trata de recurso, como se demonstrou anteriormente, no subtópico 4.2.5.1 da quarta seção (acerca das prerrogativas da Fazenda Pública). Ora, a entender-se como recurso a remessa necessária, evidente fica sua disponibilidade, vez que a ela se aplicaria o regramento da parte especial dos recursos, incluindo-se os artigos que tratam da possibilidade de renúncia ou desistência dos recursos (arts. 998 e 999, do CPC/15), atos dispositivos não sujeitos a qualquer condição, nem mesmo à homologação judicial. Sendo recurso, é, portanto, abdicável.

Ademais, como visto, o CPC/15 deu à remessa necessária tratamento diverso do que lhe conferira o CPC/73. Além de caracterizar-se como recurso, outros fatores demonstram a sua disponibilidade, apesar de ser de escolha do legislador suas restritas hipóteses de incidência e de dispensa. Como pontuado, o CPC/73 estabelecia que, no caso de sentenças sujeitas à remessa necessária, o juiz ordenaria a remessa dos autos ao tribunal, houvesse ou não apelação. Portanto, naquela sistemática, ainda que o ente público não recorresse, ou recorresse parcialmente, todo o conteúdo da sentença desfavorável seria devolvido à apreciação do tribunal por meio da remessa necessária. No CPC/15, a questão foi disciplinada diferentemente, dispondo o art. 496, § 1º, que “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”³¹⁶. Portanto, somente subirão os autos para exame de remessa necessária no caso de não ser interposta apelação pelo ente público. Ou seja, a remessa necessária passa a ser subsidiária e disponível. Subsidiária, porque somente ocorrerá na não interposição de apelação. Disponível porque, caso a Fazenda Pública interponha a apelação, estará dela abdicando.

Caso o ente público, após a interposição da apelação, ou seja, após a abdicação da remessa necessária, venha a desistir do recurso interposto, ocorrerá o trânsito em julgado. O mesmo ocorrerá na hipótese de a apelação não ser admitida. Veja-se que então, na nova sistemática, é possível ao ente público, processualmente, por uma sucessão de atos espontâneos (interposição e desistência do recurso), abrir mão da prerrogativa da remessa

³¹⁵ Didier Jr. e Cunha adotam tal posicionamento, ao tempo em que não admitem que se negocie a dispensa: “Logo, não parece possível negócio processual que imponha remessa necessária. Esta depende de previsão em lei, pois se trata de matéria sujeita à reserva legal, estando afastada do âmbito de disponibilidade das partes. De igual modo, não parece possível negócio processual que dispense reexame necessário nas hipóteses em que não há dispensa legal.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Remessa necessária. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (Coords.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016b, v. 3, p. 188).

³¹⁶ BRASIL, 2015a, *online*, grifo nosso.

necessária. A partir de tal constatação, é mister admitir que aquilo que o ente público alcança por mecanismos processuais também pode ser alcançado mediante expressa manifestação do órgão de Advocacia Pública. Não faz sentido que, para alcançar o fim (abdição da remessa necessária), tenha o ente público que simular a intenção de recorrer e posteriormente desistir. Se pode a Fazenda Pública abdicar da remessa necessária, esta pode também ser objeto de negócio jurídico processual.

Portanto, é possível que o procurador se manifeste nos autos de determinado processo judicial no sentido de que não tem o ente representado interesse no recurso e na remessa necessária (que também é recurso). Tal manifestação judicial produzirá efeitos exclusivamente em relação àquele processo, não se estendendo a outros casos. É possível ainda, nessa toada, que celebre convenção processual na qual se estipule o trânsito em julgado em primeira instância, ainda que em situação não enquadrada como exceção à remessa necessária. Não há óbice também a que se faça a negociação por meio de protocolos institucionais, hipótese em que poderiam ser estipulados os assuntos em que a procuradoria entende desnecessária a prerrogativa.

De destacar-se que, na abdição expressa da remessa necessária, todavia, não há inércia da Advocacia Pública, mas atuação positiva, no sentido de espontaneamente dispor daquele mecanismo. Portanto, se pretendia o legislador com a remessa necessária a proteção do interesse público contra a inércia de seus agentes na defesa do ente público, a atuação positiva de abdição do mecanismo não contrariaria os fins legislativos do instituto. Desta forma, o reconhecimento dos fins legislativos expostos acima não inviabiliza a conclusão de que é possível negociar acerca da matéria.

E qual seria a vantagem para o ente público na abdição da remessa necessária? Primeiramente, é mister pontuar que não se faz necessário que haja vantagem para o ente público, bastando que haja análise prévia pela procuradoria da viabilidade do reexame pelo segundo grau. Ficando constatado que é inócuo diante de pacífica jurisprudência daquele órgão, ainda que não elencada nas hipóteses legais de dispensa da remessa do art. 496, § 4º, III e V, do CPC/15 (entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência ou orientação do plenário ou do órgão especial), não somente é possível como é desejável que a Fazenda Pública, além de dispensar o recurso, abdique da remessa necessária.

Mas na celebração de convenção processual é possível que haja sim vantagens para o ente público em abrir mão da remessa necessária. Basta visualizar a sentença de parcial procedência, com parcela condenatória contra a Fazenda Pública sujeita a remessa necessária.

Nada impediria que, por meio de negócio processual, o ente público dispensasse o recurso e a remessa necessária, enquanto o particular dispensaria recurso. Pode ponderar o órgão da Advocacia Pública que, diante da alta probabilidade de provimento de eventual recurso da parte contrária e baixa probabilidade de provimento de eventual recurso do ente público e da remessa necessária, o negócio seria benéfico aos interesses da pessoa jurídica de direito público.

A visualização da conveniência da celebração do negócio somente se mostra viável diante das situações concretas. O que não se pode é, *a priori*, estabelecer uma ofensa ao interesse público na negociação ou abdicação da remessa necessária. Somente diante do caso concreto será possível ao órgão da Advocacia Pública analisar o que melhor atende ao interesse público.

Outro importante argumento em favor da aceitação de negócios sobre remessa necessária é que foi o próprio legislador quem previu como hipótese de dispensa de remessa o fato de a sentença estar fundada em “entendimento coincidente com orientação vinculante firmado no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”³¹⁷. Tais orientações devem ser publicizadas³¹⁸, o que é de grande importância para que tanto as partes como o Poder Judiciário tenham conhecimento, a fim de evitar uma equivocada subida dos autos.

Ora, tal hipótese de dispensa depende de ato de vontade da própria procuradoria, que elaboraria então manifestação (em sentido amplo, englobando parecer, súmula administrativa, nota técnica etc.) favorável à tese firmada na sentença. Se a procuradoria tem o poder de produzir o ato que torna inaplicável a remessa, é porque a mesma é disponível, abdicável por ato unilateral que não necessita de homologação judicial. Trata-se de ato da Administração que produz efeitos nos processos judiciais em curso e vindouros.

Dúvida que se coloca é a seguinte: a resolução acerca de transação por adesão (art. 35 da Lei nº 13.140/2015) equivale a orientação vinculante capaz de excepcionar a remessa necessária (art. 496, § 4º, IV, do CPC/15)?

Ao exigir-se um comportamento cooperativo por parte do ente público, é mister encorajá-lo a isso, o que implica que se evitem interpretações no sentido de que quaisquer atos cooperativos sejam tidos como reconhecimento de direitos. Do contrário, o receio de

³¹⁷ Art. 496, § 4º, IV, CPC/15 (BRASIL, 2015a, *online*).

³¹⁸ O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, em seu Enunciado nº 433, entendeu pelo dever de publicidade da Administração Pública às orientações vinculantes: “(arts. 496, § 4º, IV, 6º, 927, § 5º). Cabe à Administração Pública dar publicidade às suas orientações vinculantes, preferencialmente pela rede mundial de computadores.” (ENUNCIADOS..., 2017, p. 55).

como serão interpretados tais atos de busca da consensualidade pode tornar muito burocrática sua análise, com consulta prévia a diversos órgãos acerca de impacto financeiro, dentre outros aspectos. O art. 496, § 4º, IV, do CPC/15, nada dispôs acerca das resoluções administrativas a que se refere o art. 35 da Lei nº 13.140/2015. Não se encaixaria a resolução da transação por adesão em nenhuma das espécies de atos ali discriminados (manifestação, parecer ou súmula administrativa).

Ademais, o próprio nome do instituto (transação por adesão) deixa claro que seus efeitos somente se produzirão para os que aderirem aos termos da resolução, o que inclui, inclusive, a renúncia aos direitos sobre o qual se fundamenta eventual ação ou recurso judicial (art. 35, § 4º, da Lei nº 13.140/2015). Não se trata, portanto, de ato de reconhecimento de direitos genérico³¹⁹, mas de mecanismo de pacificação de conflitos que produz efeitos exclusivamente nos casos tempestivamente habilitados. Por fim, cabe lembrar que nem mesmo efeitos sobre a prescrição (renúncia tácita, interrupção ou suspensão) haverá com a resolução (art. 35, § 6º, da Lei nº 13.140/2015).

Não há dúvidas, todavia, de que, havendo a adesão, também os recursos eventualmente interpostos pela Fazenda Pública e a remessa necessária estarão prejudicados nos processos em que litigam os aderentes. A transação em questão tem efeitos processuais, mas isso não autoriza classificá-la como um negócio processual, já que tem por objeto o próprio direito material controvertido.

5.3 Precedentes judiciais vinculantes e Administração Pública

Um sistema de precedentes bem estruturado é fundamental para a desejável segurança jurídica advinda da previsibilidade das decisões judiciais. Nesse sentido, o CPC/15 avançou bastante, pois prevê súmulas e decisões judiciais que vinculam os órgãos do Poder Judiciário (art. 927). Se bem implementada a sistemática dos precedentes judiciais, constituirá certamente um mecanismo de combate ao voluntarismo judicial, tão criticado nos dias atuais, como visto anteriormente na segunda seção, subtópico 2.3.2, destinado à análise do ativismo judicial.

Todavia, não há qualquer enfraquecimento do Poder Judiciário com a adoção do sistema de precedentes judiciais obrigatórios. Há, na verdade, uma redistribuição de funções,

³¹⁹ A previsão do § 3º do art. 35 – “A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia” (BRASIL, 2015c, *online*) – é bem clara quanto aos efeitos gerais apenas aos casos em que houve pedido deferido de adesão.

permanecendo as instâncias inferiores como juízes do fato, enquanto as questões jurídicas repetitivas seriam pacificadas nos degraus seguintes da pirâmide judiciária, vinculando os que os antecedem. A aplicação desordenada da matéria jurídica é prática odiosa, porque ofensiva ao princípio da isonomia, no que diz respeito ao tratamento igualitário de casos idênticos. Ademais, a própria estrutura hierárquica do Poder Judiciário, opção constitucional, resta maculada quando as instâncias inferiores podem livremente desconsiderar o entendimento das instâncias superiores acerca do direito.

Por fim, a incerteza quanto ao resultado da atividade jurisdicional é causa de aumento da litigiosidade. Sabedor o advogado da ausência de chances do cliente diante da pacificação da matéria, desestimula-o à propositura de ação judicial. De igual modo, o advogado de cliente réu que pretende resistir a pretensão já pacificamente reconhecida como legítima, em virtude de estar respaldada em precedentes obrigatórios, diante da derrota certa, orientará o reconhecimento do pedido ou a busca de uma solução consensual. Por todos os ângulos então o sistema de precedentes obrigatórios previne o litígio judicial ou evita a resistência desarrazoada a pretensão já respaldada em entendimento pacificado. A longo prazo, espera-se, portanto, que a nova sistemática tenha impactos positivos na postura demandista da advocacia brasileira. Postura esta, repita-se, estimulada pela não uniformidade de tratamento judicial de matérias jurídicas. Está o legislador a tentar “combater o mal pela raiz”.

Colocações no sentido da impossibilidade de a lei obrigar à aplicação do precedente, quando a vinculação deste, nos países que adotam o *common law*, é costumeira, e não imposta pela legislação, parecem desconhecer a realidade judiciária brasileira, marcada pelo descompromisso dos magistrados com a adoção do entendimento firmado em patamares mais elevados da estrutura judiciária, e, pior, descompromisso dos órgãos colegiados com a manutenção de sua jurisprudência íntegra, estável e coerente. Daí a previsão exatamente neste sentido do art. 926 do CPC/15.

No Brasil, diversos comportamentos são estimulados pela legislação. Não há razão para descreer no potencial estímulo à alteração da realidade jurisprudencial brasileira advinda da adoção legislativa de um sistema de precedentes obrigatórios. Todavia, a legislação está longe de ser suficiente para que a vinculação e o respeito aos precedentes seja realidade no Brasil, sendo mister um esforço conjunto de operadores do direito.³²⁰

³²⁰ “Quanto ao *stare decisis*, é necessário que haja uma mobilização da comunidade jurídica, e especialmente dos próprios juízes, para que ele seja institucionalizado de forma eficiente.” (MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 225).

O que se analisará aqui não é a eficiência do sistema de precedentes em âmbito judicial, mas a postura a ser adotada pela Administração Pública diante dos precedentes obrigatórios previstos nos incisos do art. 927, tendo em vista o dever de cooperação e a boa-fé que deve reger suas ações. O Estado-Administração, ainda que não esteja em juízo, e diante da formação de precedentes obrigatórios, poderá/deverá adotá-los mesmo nas situações ainda não judicializadas? Tais precedentes terão impacto sobre a postura da Administração fora dos processos judiciais?

O legislador infraconstitucional, intentando uniformizar o entendimento do Poder Judiciário em matéria jurídica, previu, no art. 927 do CPC/15, um rol de decisões e enunciados de súmula a serem obrigatoriamente observados pelos órgãos judiciais (precedentes obrigatórios aos órgãos do Poder Judiciário). Eis o texto da norma:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.³²¹

Os dois primeiros incisos do art. 927 do CPC/15 elencam situações em que, já antes da edição da norma, havia a vinculação da Administração Pública. Senão vejamos.

As decisões do STF no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, previstas como vinculantes dos órgãos do Poder Judiciário no inciso I do art. 927, vinculam a Administração Pública de todas as esferas, conforme previsto expressamente na Constituição Federal (art. 102, § 2º, da CF³²²). O efeito vinculante de tais decisões atinge, portanto, o Poder Judiciário e a Administração Pública, mas não em virtude do disposto no art. 927, inciso I, do CPC/15. A vinculação tem natureza constitucional, sendo o referido dispositivo infraconstitucional uma excrescência.

As súmulas vinculantes, também previstas no art. 927 do CPC/15 (inciso II) como vinculantes dos órgãos do Poder Judiciário, foram incluídas no texto constitucional

³²¹ BRASIL, 2015a, *online*.

³²² Art. 102, § 2º, CF: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” (BRASIL, 1988, p. 70).

(art. 103-A, *caput*, da CF/88³²³) pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Trata-se, na verdade, de um dos primeiros passos rumo ao sistema de precedentes obrigatórios. Produzidas exclusivamente pelo STF no exercício do seu papel de guardião da Constituição (tratam somente de matéria constitucional), possuem efeito vinculante a partir da publicação. E vinculam não somente os demais órgãos do Judiciário, mas também Administração Pública em todos os níveis da federação. Ou seja, as súmulas vinculantes vão além do Poder Judiciário, que as produziu, para regular também a atividade do Estado-Administração.

É então facilmente extraível do texto constitucional, em virtude de previsão expressa (arts. 102, § 2º, e 103-A, *caput*), que as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes vinculam não só os órgãos do Poder Judiciário, mas também a Administração.

Importa observar que o STF, por previsão expressa no art. 103-A da CF/88, pode proceder ao cancelamento ou revisão de súmulas vinculantes. Já no que diz respeito às decisões proferidas em controle concentrado, é possível sua revisão, mas somente se não tiverem sido expulsas do ordenamento (declaradas inconstitucionais)³²⁴. O STF tem revisado decisões do controle concentrado por meio de reclamação constitucional³²⁵.

Portanto, os precedentes previstos nos incisos I e II do art. 927 (decisões do STF no controle concentrado e enunciados de súmula vinculante, respectivamente) já vinculavam

³²³ Art. 103-A, CF: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.” (BRASIL, 1988, p. 71).

³²⁴ “É preciso sublinhar que a possibilidade de modificação ocorre exclusivamente quando a decisão anterior houver sido no sentido da *constitucionalidade* da norma. Isso porque a decisão que decreta inconstitucional a norma tem como eficácia a sua exclusão do ordenamento jurídico, o que torna extinta a relação continuada entre as normas. Portanto, diante da eficácia constitutiva negativa da decisão em controle concentrado que decreta a inconstitucionalidade, não se torna possível revolver seu sentido, mesmo que ocorra alguma modificação fática, já que a norma analisada acaba por ser excluída do sistema jurídico, dando-se fim à relação entre normas” (DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da Reclamação n. 4.374/PE. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, n. 110, p. 584, 2015, grifo do autor).

³²⁵ Na Reclamação nº 4.374/PE (STF, Rcl 4374/PE, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/04/2013, Tribunal Pleno, DJe de 04/09/2013c), o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS pleiteava a cassação de decisão judicial que teria deixado de adotar o entendimento firmado pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.232/DF (STF, ADI 1232/DF, Relator: Min. Ilmar Galvão, julgado em 27/08/1998, Tribunal Pleno, DJ de 01/06/2001e). Nesta ação do controle concentrado, o STF declarou a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, a Lei de Organização da Assistência Social – LOAS, que estabelece critérios para o recebimento do benefício assistencial de um salário mínimo para a pessoa portadora de deficiência e para o idoso que comprovem não possuir, eles mesmos ou sua família, recursos financeiros para sua manutenção (art. 203, V, da CF/88). Na Reclamação, ao invés de julgá-la procedente, confirmando o entendimento anteriormente firmado na ADI nº 1.232/DF, o STF procedeu à revisão da coisa julgada do controle concentrado, reconhecendo uma omissão inconstitucional do art. 20, § 3º, da LOAS. Ou seja, a norma teria passado por um processo de “inconstitucionalização”, tendo ocorrido, desta forma, uma mutação constitucional.

antes da previsão no CPC/15, e não apenas os órgãos do Poder Judiciário, mas toda a Administração Pública, sendo mesmo desnecessária sua previsão no rol infraconstitucional dos precedentes judiciais obrigatórios. O ponto controvertido que aqui se pretende esclarecer diz respeito, assim, aos demais incisos (III a V). Esses precedentes vinculam a Administração, ainda quando não esteja em juízo?

A análise descontextualizada da redação do *caput* do art. 927 do CPC/15 aponta para uma resposta negativa. Ali, a prescrição de observância obrigatória daqueles precedentes é direcionada aos juízes e tribunais. Ao contrário da previsão constitucional dos arts. 102, § 2º, e 103-A, antes analisados, não fez o legislador infraconstitucional referência expressa acerca da obrigatoriedade de observância desses precedentes pela Administração.

Outro argumento reforça a resposta negativa (não vinculação da Administração aos precedentes do art. 927, incisos III a V): a localização topográfica do dispositivo. É que seria vedada, em ambiente diverso da Constituição, previsão normativa que implica interferência de um poder em outro (tensão entre os poderes). Normas regulamentadoras de vinculação de um poder a decisões tomadas por outro impactam no princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88). Devem, portanto, ter previsão constitucional. Partindo de tal lógica, o fato de ser o art. 927, incisos III a V, do CPC/15 norma infraconstitucional revelaria a impossibilidade de vinculação da Administração Pública às decisões ali elencadas.

Todavia, um tal entendimento de que a Administração Pública não tem qualquer obrigação de observar precedentes obrigatórios advindos do Poder Judiciário, com exceção das súmulas vinculantes e das decisões do controle concentrado, é fruto de uma análise superficial da questão.

5.3.1 Fundamentos da vinculação da Administração Pública

Embora os órgãos da Administração não estejam expressamente vinculados aos precedentes do art. 927, incisos III a V, isto não exclui o dever moral de observá-los. É que a moralidade administrativa, como já visto, é princípio balizador da atividade administrativa (art. 37, *caput*, da CF/88). Portanto, em âmbito administrativo, o moral é também o jurídico. Não há dever moral para o Estado que não seja exigível. A moral do Estado não é a comum, imune à legislação e não exigível juridicamente, mas a administrativa, que inclusive encontra previsão expressa na CF, como antes pontuado, sendo o comportamento moral do Poder Público juridicamente exigível. Para fins desta tese, adota-se, como já antes anunciado, a visão de moralidade administrativa como boa-fé administrativa, que, por sua vez, engloba a

ideia de proteção da confiança. Mas em que medida há dever moral da Administração na rendição ao entendimento constante de precedente obrigatório?

É evidente que confia o administrado em que haverá um tratamento igualitário de casos idênticos. Portanto, se determinado tratamento será dado fatalmente na via judicial, em virtude da formação de precedente obrigatório, é justa a expectativa do administrado de que a Administração sucumba àquele entendimento. De atentar-se para o fato de que, resistindo a Administração Pública à adoção do entendimento firmado no precedente, o administrado, ao recorrer à via judicial, terá tutelado o seu direito, inclusive por meio de tutela da evidência (art. 311, II, do CPC/15)³²⁶. Ofende os princípios da proteção da confiança e da boa-fé administrativa a conduta do Estado de resistir a tais precedentes, mesmo ciente de que, levado o conflito à via judicial, experimentará derrota, não deixando ao administrado outra alternativa.

Ademais, como visto, há dever do Estado de cooperação e de busca da solução consensual dos conflitos, conforme previsão do art. 3º, § 2º, do CPC/15. Tal dever de cooperação traduz-se na necessidade de não resistência àquilo que pacificamente está sedimentado na via judicial, de modo a evitar deixar ao administrado como única via para solução da controvérsia a judicial.

Não se mostra razoável, todavia, que o Estado adote automaticamente em âmbito administrativo os entendimentos constantes de precedentes obrigatórios produzidos pelo Judiciário, sem que haja uma investigação razoável pelo setor de inteligência jurídica do Estado (Contencioso das procuradorias) acerca de reais chances de reversão do precedente. Reconhecer que o Estado deve cooperar não significa negar-lhe atuação estratégica, o que corresponderia a limitar-lhe a ampla defesa. Aliás, a atuação estratégica pode e deve ser sempre buscada pelo Estado³²⁷.

³²⁶ Apesar de o dispositivo legal fazer referência apenas à tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante como autorizativa de concessão de tutela da evidência, qualquer precedente obrigatório serviria a tal intento. Neste sentido: “Propõe-se, contudo, interpretação sistemática, teleológica e extensiva da regra, para que se entenda que deve ser possível a concessão de tutela de evidência também quando houver tese jurídica assentada em outros precedentes obrigatórios, tais como aqueles previstos no art. 927, CPC.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2, p. 625).

³²⁷ No âmbito da AGU, tal iniciativa já ocorreu: “A Advocacia-Geral da União (AGU) criou um grupo especializado para monitorar o andamento de casos repetitivos com potencial para gerar elevado impacto negativo para os cofres da União. É o Núcleo de Atuação Estratégica em Casos Repetitivos (Nucre) da Procuradoria-Geral da União (PGU), instituído pela portaria nº 04/2016 da AGU. A criação da equipe foi estimulada pela entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, que ampliou as possibilidades das decisões judiciais se revestirem de efeitos vinculantes, ou seja, de que o julgado em um caso tenha que ser obrigatoriamente observado em outros semelhantes.” (BRUNO, Raphael. Criado núcleo para acompanhar casos repetitivos com potencial para impactar erário. **Notícias da AGU**, Brasília, 18 ago. 2016b. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/440009>. Acesso em: 29 nov. 2017).

É do interesse público que o Estado tutele a justa expectativa de seus administrados. Nessa perspectiva, o interesse público é fundamento da submissão da Administração Pública ao precedente, e não um seu empecilho. No dizer de Talamini, “As constatações a respeito da indisponibilidade do interesse público não afetam outra diretriz fundamental da atuação pública: A Administração, uma vez constatando que não tem razão em dado conflito, tem o dever de submeter-se aos parâmetros da legalidade”³²⁸. Aplica-se o mesmo raciocínio ao precedente obrigatório, pois compõe a ideia de juridicidade.

Mas se poderia contra argumentar que, ciente da caótica situação do sistema judiciário brasileiro, o administrado poderia acabar desistindo de enfrentar a via judicial. Nesse contexto, a negativa fornecida pelo Estado, ainda que diante de precedentes obrigatórios em sentido oposto, reverter-se-ia em vantagem econômica para o Estado. A questão é: a vantagem econômica que experimentaria o Estado legitimaria a resistência ao precedente?

Aqui já não se trata de legítima atuação estratégica, mas de má-fé do ente público. A vantagem econômica que o Estado experimentaria jamais legitimaria a resistência ao precedente obrigatório. Não está o Estado legitimado a buscar vantagem econômica como fim último de sua atividade. Não se trata, todavia, de negar a importância da responsabilidade financeira estatal. O que não se pode admitir é que a vantagem econômica balize as decisões estatais em prejuízo de direitos pacificamente admitidos pelo Poder Judiciário. Portanto, a estratégia de ganho financeiro a partir da judicialização do conflito é ofensiva ao princípio da moralidade administrativa.

Ademais, sendo o Poder Judiciário parte integrante da máquina estatal, a ineficiência daquele poder é mácula estatal, não se podendo olvidar de que são os entes públicos os maiores litigantes do país, como visto anteriormente. Assim, a postura litigiosa e não cooperativa do Estado é uma das causas do mau funcionamento da máquina judiciária.

Nenhuma estratégia que considere como vantagem a ineficiência do Poder Judiciário (seja pela demora da prestação jurisdicional a retardar o cumprimento de obrigações, seja pelo desestímulo do administrado à busca daquela via) pode-se dizer legítima, pois aproveitar-se dessa ineficiência para não cumprir ou adiar o cumprimento de obrigações constitui ofensa clara ao princípio da boa-fé. Afinal, a ninguém é dado locupletar-se da própria torpeza. Estando a máquina estatal ciente de que o Poder Judiciário integra sua engrenagem, sendo o mau funcionamento desse poder vício estatal, não é moral

³²⁸ TALAMINI, 2017, p. 85.

que judicialize seus conflitos com o único intuito de adiar ou evitar o cumprimento das obrigações tidas como devidas por meio de precedentes obrigatórios.

Vale destacar o desinteresse dos governos na quitação de dívidas contraídas durante gestões anteriores, tendo em vista que significa inevitavelmente uma menor disponibilidade orçamentária para a realização das políticas públicas, o que impacta negativamente na imagem da gestão atual. Não rara é, nesse cenário, a utilização do aparato da Advocacia Pública para empurrar para futuras gestões o cumprimento de obrigações.

Fica evidente, nesse contexto, a imprescindibilidade da consolidação das procuradorias como órgãos de Advocacia de Estado, como visto no subtópico 3.3 da terceira seção, com carreiras públicas portadoras de prerrogativas necessárias ao afastamento de interesses ilegítimos de governos. Somente assim será possível à Advocacia Pública uma defesa da sociedade e do Estado contra interesses governamentais imediatos. Uma Advocacia Pública cooperativa não se faz sem uma carreira munida de prerrogativas indispensáveis à resistência à pressão dos gestores pela satisfação de interesses não estatais, mas de governos de ocasião.

Poder-se-ia ainda levantar, em favor da estratégia de ganho financeiro por parte do Estado, que os valores poupados (em virtude da não adoção administrativa dos precedentes obrigatórios) seriam revertidos à sociedade na consecução de políticas públicas. Ora, nenhuma política pública, por mais importante que seja, justifica o não cumprimento dos deveres do Estado perante seus administrados. Os fins não justificam os meios.

Por fim, a defesa de um interesse econômico da Administração também não legitimaria a prática, pois, cedo ou tarde, o cumprimento das obrigações viria. E as dívidas seriam pagas com juros e correção monetária. Não teria então havido benefícios financeiros ao Estado ou à sociedade. O único beneficiário da falida estratégia de judicializar potenciais derrotas judiciais teria sido o grupo político detentor de mandato, que contaria com maior disponibilidade orçamentária imediata.

Mas, além da moralidade administrativa, também o interesse público justifica a vinculação da Administração aos precedentes obrigatórios.

Primeiramente é salutar lembrar, como visto na segunda seção, subtópico 2.2.2.2, que não há que se falar em interesse da Administração como “interesse público secundário”. O interesse público não comporta a divisão em interesse da sociedade (pretenso “interesse público primário”) e interesse da pessoa jurídica de direito público (“interesse secundário”). Portanto, o que deve guiar o administrador e o advogado público sempre

é o interesse público, inclusive para decidir acerca da aplicação de determinado precedente judicial.

Também como já antes visto, o interesse público não se confunde com o interesse coletivo, embora às vezes com o mesmo se identifique. O ordenamento jurídico fornece ao administrador diretrizes para a identificação do interesse que deve prevalecer na atuação estatal em determinadas situações, devendo o Estado, por seus gestores, portanto, buscar na lei a resposta ao questionamento: o que é o interesse público na presente situação?

Na perspectiva cooperativa, e a fim de evitarem-se equívocos quanto ao real significado do termo, seria então mais adequado falar em interesse público, e não interesse da Administração, como premissa para adoção administrativa de precedentes judiciais.³²⁹ E, como já antes abordado ao tratar do tema, muita vez é do interesse público a satisfação do interesse individual. O Estado não pode descurar da necessária observância dos direitos e garantias individuais.

O estudo das repercussões econômicas advindas da adoção do precedente obrigatório pela Administração Pública é extremamente recomendável. Deve ser levado a efeito por setor especializado no âmbito das procuradorias para a coleta de dados numéricos e estatísticos, com vistas à demonstração do ganho/prejuízo para a Administração na rendição ao precedente. A conclusão de tal estudo – indispensável para o planejamento financeiro do ente público, diga-se – todavia, não pode inviabilizar a rendição da Administração Pública a um precedente obrigatório, mas tão somente nortear a operacionalização do cumprimento da obrigação dali advinda. O Poder Público não pode tomar um quadro de prejuízo financeiro para o erário como obstáculo à adoção de postura pacificadora.

Então, em que medida tais estudos seriam úteis na tomada de decisões pela Administração? Ora, seriam tais dados indispensáveis, por exemplo, para a formulação de propostas administrativas de pagamento parcelado de dívidas. Valor das parcelas e prazo para cumprimento total da obrigação relativa a débitos pretéritos somente podem ser estipulados a partir de um panorama econômico. Afinal, é do interesse público que a assunção de dívidas pelo Estado não inviabilize suas políticas públicas.

Aliás, poderia até mesmo o ente público conseguir, mediante acordo com o administrado, prazo superior ao previsto no art. 100 da CF para a quitação dos débitos

³²⁹ “[...] o interesse da administração pública na aplicação de precedentes judiciais também deve ser pautado de forma objetivamente aferível diante de determinada matéria jurídica, com eleição de parâmetros de litigiosidade, de custos administrativos e de otimização do serviço público direcionado à coletividade.” (OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes judiciais na Administração Pública**: limites e possibilidade de aplicação. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 191-192).

judiciais, evitando-se ainda o pagamento de despesas sucumbenciais pelo erário, além de indevida movimentação da máquina judiciária. Por todos os ângulos a postura pacificadora mostra vantagens. Sendo dever do Estado a promoção, quando possível, da solução consensual dos conflitos (art. 1º, § 2º, do CPC/15), tal dever inclui obviamente o de evitar a via judicial sempre que viável, ainda quando pareça financeiramente vantajoso resistir à pretensão respaldada em precedente obrigatório. Qualquer estratégia em sentido contrário não condiz com um modelo cooperativo de Estado.

Portanto, a menos que se visualize a possibilidade de inversão do quadro jurisprudencial que lhe é desfavorável, deve o ente público evitar a judicialização do litígio, e lançar mão de outros mecanismos, como as câmaras de conciliação previstas no art. 174, II, do CPC/15. Também será de grande serventia o instituto da transação por adesão, regulado no art. 35 da Lei nº 13.140/2015 e já analisado neste mesma seção, no subtópico 5.1.1. Aliás, é salutar que se utilizem os precedentes obrigatórios do art. 927 como indicativos dos casos que devem ser submetidos à transação por adesão.

Não é demais frisar novamente que a conclusão acima não menospreza os estudos de impacto financeiro a serem realizados pelas procuradorias e outros órgãos públicos. Até porque tais estudos serão de grande valia para a organização financeira e a elaboração de propostas de cumprimento não imediato (como o pagamento parcelado do débito) no âmbito da Administração.

É dever do Estado, em observância ao princípio da eficiência, levantar dados e elaborar estudo de impacto financeiro. O que aqui se coloca é que uma previsão de prejuízo financeiro para o ente público em tais estudos não legitima a não adoção de política pacificadora, sob o argumento de que é financeiramente mais vantajoso para o Estado enfrentar judicialmente a questão.

Apesar do dever estatal de busca permanente pelo equilíbrio financeiro em suas despesas, a realização do interesse público é premissa de qualquer atuação do ente público, ainda quando isso signifique a assunção de prejuízo econômico relevante.

Nessa toada, cabe à Advocacia Pública (“voz jurídica” do ente público), após a análise da situação jurídico-processual, como se verá a seguir, decidir em conjunto com os administradores públicos se deve haver a submissão ao precedente e, em caso positivo, como se deve proceder para o cumprimento das obrigações dali advindas, em virtude de haver uma expectativa social na adoção administrativa daquele posicionamento judicial. Fala-se aqui não numa vinculação automática, portanto.

Adiante demonstrar-se-á que nem mesmo sob a perspectiva da boa-fé administrativa seria possível falar numa automática vinculação do ente público aos precedentes judiciais obrigatórios.

5.3.2 Não vinculação imediata: análise da situação jurídico-processual

O dever moral do Estado de observar os precedentes obrigatórios foi demonstrado no tópico anterior. Restou demonstrado que o entendimento corrente na doutrina de que o moral e o jurídico não compartilham o mesmo lugar não se aplica na seara administrativa, tendo em vista a eleição da moralidade como princípio da Administração Pública (art. 37 da CF/88). Para o Estado, ser moral é dever jurídico. Confia (ou deveria confiar) o administrado em que a Administração atuará conforme a moralidade. Na seara administrativa, o comportamento imoral, ainda que não vedado expressamente pela lei, é antijurídico, já que viola norma jurídica, qual seja o princípio da moralidade.

É fácil identificar o antijurídico. O mesmo não se dá com o imoral. Não se divagará aqui a respeito de eventuais métodos para identificação de imoralidades estatais. É suficiente para a presente tese a demonstração feita anteriormente de que o Estado age imoralmente quando, ciente de precedente obrigatório irreversível que lhe seja desfavorável, opta pela não resolução administrativa do conflito, forçando o administrado à via judicial. Uma tal atitude seria antijurídica. Daí poder-se afirmar que, em decorrência do dever de agir conforme os ditames da moral, os precedentes obrigatórios do art. 927 do CPC/15 em regra vinculam a Administração.

Tal asserção, contudo, merece ponderações. A vinculação não se daria como a que decorre das súmulas vinculantes ou de decisões do controle concentrado. Não seria automática. Far-se-ia mister uma avaliação por parte das procuradorias públicas sobre as chances reais de reversão do entendimento judicial contrário ao Poder Público. Como dito acima, somente seria ofensiva à boa-fé a resistência do ente público ao precedente judicial obrigatório quando fosse este irreversível. Sendo reversível, cabe às procuradorias analisar a conveniência da rendição imediata. Resistir e tentar reverter, todavia, não é a única alternativa, mormente quando são pequenas as chances de reversão.

A análise dos incisos III a V do art. 927 do CPC/15 permite afirmar que é possível sim a reversão, em determinadas situações, de entendimentos eleitos pelo legislador como obrigatórios.

Para o STJ, as decisões proferidas em sede de recurso especial repetitivo não necessitam transitar em julgado para serem adotadas as teses ali firmadas³³⁰. Uma leitura do art. 927 do CPC/15 deixa clara a inexistência de qualquer condição para que as decisões e súmulas lá elencadas vinculem os órgãos judiciais. A vinculação dos precedentes ali previstos então se daria imediatamente após a sua prolação.³³¹ Todavia, não se está nesta tese a discutir a partir de qual momento os órgãos judiciais estão vinculados aos precedentes obrigatórios do art. 927 do CPC/15, mas, partindo da conclusão de que a Administração Pública tem o dever moral de submeter-se a esses mesmos precedentes, a partir de quando nasceria para ela esse dever.

Não nasceria o dever moral/jurídico da Administração Pública à adoção dos precedentes vinculantes dos incisos III a V do art. 927 do CPC/15 no mesmo momento em que estes vinculariam os órgãos judiciais. É que não se pode negar à Administração Pública a análise da viabilidade do precedente. Em outros termos, caso o órgão da Advocacia Pública entenda pela probabilidade de reversão do precedente, que já vincula, todavia, órgãos judiciais, não se lhe pode deixar de reconhecer o direito a aguardar uma definitividade da matéria ali debatida em âmbito judicial antes da espontânea adoção administrativa. Ao falar-se aqui em “espontânea adoção” não se está a negar o dever moral de sucumbir administrativamente ao precedente, mas apenas que não se trata de adoção em virtude de determinação judicial, mas em razão do reconhecimento do dever. Portanto, a procuradoria pode e deve analisar estrategicamente se há possibilidade de inversão do cenário jurisprudencial.

³³⁰ “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO DE TESE FIRMADA EM RECURSO REPETITIVO. DESNECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO. É desnecessário o trânsito em julgado da decisão proferida em recurso especial submetido ao rito do art. 543-C do CPC para a adoção da tese nele firmada. Precedentes citados: AgRg no REsp 1.218.277-RS, DJe 13/12/2011; AgRg no REsp 1.095.152-RS, DJe 27/9/2010, e AgRg no AREsp 175.188-SC, DJe 22/8/2012. EDcl no AgRg no Ag 1.067.829-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 9/10/2012.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 507**. Brasília: STJ, 2012c, p. 8. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0507.rtf>. Acesso em: 16 nov. 2017). Ressalte-se que o entendimento do STJ foi adotado ainda na vigência do CPC/73, quando as decisões em recursos repetitivos ainda não vinculavam os demais órgãos do Poder Judiciário.

³³¹ “Sendo assim, apresenta-se como desnecessário o trânsito em julgado do caso concreto, ou mesmo a publicação da decisão para a sua atuação como precedente, já podendo ser utilizada como suporte fático para as normas do sistema que permitem a racionalização das causas repetitivas, tais como o art. 285-A e o art. 557 do CPC.” (PEIXOTO, Ravi de Medeiros. A posição dos Tribunais Superiores e a eficácia dos precedentes nas causas repetitivas. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 119, p. 106, fev. 2013). O Supremo Tribunal Federal também possui idêntico entendimento: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO - SEGUIMENTO - PRECEDENTE DO PLENÁRIO. O fato de o precedente do Plenário ainda não se mostrar coberto pelo manto da coisa julgada não obstaculiza a aplicação, pelo relator do extraordinário, do disposto nos artigos 38 da Lei n. 8.038/90 e 21, par. 1., do Regimento Interno visando a tranca-lo.” (STF, RE 166897 AgR/RS, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 30/05/1995, Segunda Turma, DJ de 30/06/1995).

5.3.2.1 Precedentes obrigatórios produzidos em incidente de resolução de demandas repetitivas e em incidente de assunção de competência

O art. 987 do CPC/15³³² prevê expressamente o cabimento de recurso especial ou extraordinário do julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Prevê ainda que os referidos recursos, nesses casos, excepcionalmente, terão efeito suspensivo (§ 1º), e que a tese jurídica adotada pelos tribunais superiores aplicar-se-á em todo território nacional a todos os processos (individuais ou coletivos) que versem sobre idêntica questão de direito (§ 2º). Portanto, ao ser prolatado acórdão em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, deve a procuradoria averiguar a viabilidade do provimento de eventual recurso para a instância extraordinária. Interposto(s) recurso(s), não adotará o entendimento ali firmado até o julgamento definitivo dos recursos excepcionais. Pode-se dizer, inclusive, nestes casos, que não há executividade do precedente, diante da previsão de efeito suspensivo ao recurso. Todavia, ainda que se entenda que o precedente imediatamente vincula os órgãos judiciais, mesmo na pendência do recurso excepcional com efeito suspensivo (é uma possibilidade), para a Administração não é assim. Qualquer comportamento do ente público deve ser analisado estrategicamente pela procuradoria a partir das possibilidades de alteração do quadro judicial.

Ainda após o julgamento dos recursos excepcionais, ou não tendo sido interpostos, não deverá ser automática a adoção do precedente na seara administrativa, vez que possível a revisão da tese jurídica pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III, do CPC/15 (Ministério Público ou Defensoria Pública), conforme previsão do art. 986³³³ do mesmo diploma.

De ressaltar-se o entendimento de Didier Jr. e Cunha no sentido de que o pedido de revisão previsto no art. 986 do CPC/15 pode ser feito também pelas partes e pelo tribunal que o julgou, de ofício. Neste caso, a prevalecer tal entendimento, caso a Fazenda Pública interessada fosse parte do IRDR, poderia ela própria pedir a revisão, não estando a mercê dos legitimados previstos no art. 986 c/c art. 977, inciso III, do CPC/15³³⁴.

³³² Art. 987, §§ 1º e 2º, CPC/15: “Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. § 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. § 2º Apreciação do mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.” (BRASIL, 2015a, *online*).

³³³ Art. 986, CPC/15: “A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.” (*Ibid.*).

³³⁴ DIDIER JR.; CUNHA, 2016a, p. 614.

Importante frisar que, havendo ações coletivas ou número expressivo de ações individuais que sofrerão a incidência do entendimento firmado em IRDR, o amplo espectro de incidência (grande número de pessoas atingidas/beneficiadas) do precedente na esfera judicial é fator que deve ser levado em consideração pela Fazenda Pública no estudo da rendição ao precedente, vez que se cria a justa expectativa/confiança no administrado de tratamento igualitário (princípio da proteção da confiança).

O fato de um grande contingente de administrados, com litígio judicializado, ter determinado tratamento decorrente da aplicação de precedente obrigatório é sem dúvidas fator que deve influenciar a tomada de decisão da procuradoria acerca da rendição administrativa ao referido precedente, evitando-se o tratamento desigualitário, que fatalmente “empurraria” os administrados à via judicial.

Quanto ao precedente firmado em incidente de assunção de competência (IAC), apesar de não expressa no art. 947 do CPC/15 a possibilidade de interposição de recurso para a via extraordinária, é óbvio seu cabimento, vez que se trata de julgamento de única/última instância de tribunais (arts. 102, III, *caput*, e 105, III, *caput*, da CF). Os recursos excepcionais aqui não terão efeito suspensivo, por ausência de previsão legal neste sentido, não se aplicando a regra do art. 987, § 1º, do CPC/15 acerca do efeito suspensivo do recurso excepcional, em virtude de tratar-se de regra de gestão de casos repetitivos, aplicável somente aos precedentes integrantes do microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos.

De ressaltar-se que a superação do precedente firmado em incidente de assunção de competência dar-se-á da mesma forma que no incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme descrito no art. 986 do CPC/15. É que o incidente de assunção de competência, apesar de não integrar o microssistema de gestão e julgamento de casos repetitivos, compõe o que a doutrina tem convencionado chamar de microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios.³³⁵

Diante da inexistência de norma jurídica que prescreva a imediata adoção de tais precedentes na seara administrativa, e ficando constatada pela procuradoria a real possibilidade de reversão do precedente em grau recursal, a Administração pode desprezar o

³³⁵ “Em outras palavras, existe um microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, formado pelo incidentes de assunção de competência e pelo julgamento de casos repetitivos. Suas respectivas normas intercomunicam-se e formam um microssistema, garantindo, assim, unidade e coerência.” (DIDIER JR.; CUNHA, 2016a, p. 658). No que diz respeito especificamente à aplicação do procedimento do art. 986 do CPC/15 ao incidente de assunção de competência, afirmam os autores: “A revisão do entendimento adotado pelo tribunal pode fazer-se do mesmo modo, ou seja, pelo incidente de assunção de competência, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Aplica-se, no particular, o texto do art. 986 do CPC, com as devidas adaptações” (*Ibid.*, p. 662).

precedente (obviamente não nos casos judicializados com decisão já proferida no sentido do precedente obrigatório).

A análise das chances de êxito da Fazenda Pública é feita pelos advogados públicos, sendo medida que se impõe logo que prolatados os acórdãos. Tal análise deverá ser feita pelas procuradorias que atuam no contencioso, e não no consultivo, pois não se trata de análise apenas acerca do direito em litígio, mas também acerca das chances de sucesso de eventual recurso a ser interposto pela Fazenda Pública.

5.3.2.2 Precedentes obrigatórios produzidos no julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos

A Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016³³⁶, que alterou o CPC/15 em diversos dispositivos, veio tornar bastante difícil a possibilidade de reversão do entendimento adotado pelo STF em regime de repercussão geral e pelo STJ e STF no julgamento de recursos repetitivos. Explica-se. Atualmente, caso o recurso (especial ou extraordinário) seja inadmitido na origem por confrontar com tais precedentes, o recurso cabível contra a decisão monocrática de inadmissibilidade será o agravo interno, e não o agravo para os tribunais superiores (arts. 1030, § 2º, e 1042 do CPC/15). E não há previsão legal de recurso contra o acórdão que julga o agravo interno³³⁷. Ou seja, após o pronunciamento dos tribunais superiores, a matéria não mais voltaria a ser ali debatida na esfera recursal.

É tão claro o objetivo do legislador reformista de que os tribunais superiores, após julgar recursos excepcionais repetitivos, não voltem a lidar com a matéria, nem para garantir a observância, nem para permitir superação, que nem mesmo reclamação caberá. A referida lei alterou o inciso IV do art. 988, para excluir o cabimento de reclamação aos tribunais superiores para garantir a observância de precedente firmado em julgamento de recursos repetitivos. Além disso, incluiu o inciso II ao § 5º, estabelecendo ser incabível reclamação

³³⁶ BRASIL. Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 fev. 2016a, Seção 1, p. 1.

³³⁷ De ressaltar-se entendimento de Câmara, no sentido de serem cabíveis novos recurso especial ou extraordinário contra acórdão do tribunal de origem no julgamento do agravo interno contra decisão da Presidência/Vice-Presidência que inadmitiu o REsp ou RE fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos (CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. **Revista Consultor Jurídico**, 12 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>>. Acesso em: 21 jun. 2017). O STJ, todavia, já pacificou o entendimento de que contra o acórdão que julga o agravo interno (contra a decisão de inadmissibilidade do recurso especial) não cabe nenhuma irrisignação dirigida ao tribunal superior. Neste sentido: STJ, AREsp 1.170.332/SP, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/10/2017, DJe de 07/11/2017b.

“proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, se não esgotadas as instâncias ordinárias”³³⁸.

Portanto, no caso de acórdãos do STJ e do STF prolatados em sede de recursos repetitivos, é recomendável que as procuradorias orientem imediatamente a adoção dos referidos precedentes em âmbito administrativo, salvo se pendente, por exemplo, julgamento de embargos de declaração acerca da modulação dos efeitos da decisão (art. 927, § 3º, do CPC/15³³⁹) ou uma ação do controle concentrado de constitucionalidade, hipótese em que é salutar que se aguarde o seu desfecho, pois este prevalecerá sobre o entendimento adotado em sede de julgamento de repetitivos (superação de precedente).

Também seria o caso de não adotar imediatamente o precedente se vislumbrar a procuradoria possibilidade de revisar o mesmo por meio do procedimento previsto no art. 986 do CPC/15, que, apesar de referir-se ao IRDR, aplica-se a qualquer julgamento de casos repetitivos, pois integram o microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos³⁴⁰.

5.3.2.3 Súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional

As súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (art. 927, inciso IV, do CPC/15) não vinculam expressamente a Administração Pública, no que diferem das súmulas vinculantes. Também diferem dos acórdãos adotados pelo STJ e pelo STF em sede de recursos repetitivos, pois não impedem a subida de recursos especiais ou extraordinários, o que facilita eventual tentativa de superação do entendimento constante das mesmas na via recursal.

Ademais, assim como as súmulas vinculantes, as demais súmulas podem ser revistas de ofício ou a requerimento. Portanto, se as procuradorias constatarem a possibilidade real de vitória da Fazenda Pública na tentativa de superação desses enunciados, não há razão para que orientem a adoção em âmbito administrativo do entendimento lá firmado. Antes devem buscar a alteração do quadro jurisprudencial.

³³⁸ BRASIL, 2016a, p. 1.

³³⁹ Art. 927, § 3º, Lei nº 13.129/2015: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.” (BRASIL, 2015b, p. 1).

³⁴⁰ No sentido de que o procedimento para revisão de tese jurídica do art. 986 aplica-se a todos os julgamentos prolatados no microsistema de julgamento de casos repetitivos, que engloba o julgamento de IRDR e dos recursos repetitivos: “A tese firmada no julgamento de casos repetitivos pode ser objeto de revisão. O art. 986 do CPC cuida do tema em relação ao IRDR, mas é aplicável, com o apelo ao microsistema, ao julgamento de casos repetitivos.” (DIDIER JR.; CUNHA, 2016a, p. 614).

5.3.2.4 Orientação do plenário ou do órgão especial a que vinculados os juízos ou tribunais

Quanto à orientação do plenário ou do órgão especial, que é obrigatória aos órgãos a eles vinculados (art. 927, inciso V, do CPC/15), aqui também cabe ao contencioso das procuradorias a análise da viabilidade de alteração daquele entendimento. Por exemplo, se há recursos para os tribunais superiores sobre a matéria, e se é provável seus provimentos, é interessante que se aguardem seus julgamentos.

De ressaltar-se que, no caso de precedente obrigatório firmado em incidente de arguição de inconstitucionalidade, a decisão do pleno ou do órgão especial é irrecorrível, sendo recorrível apenas a decisão do órgão ao qual retornarão os autos para julgamento da questão principal (e eventualmente outras incidentes)³⁴¹.

Todavia, como ainda cabe recurso contra a decisão do órgão que julga a questão principal, e neste recurso pode ser questionada a questão incidente resolvida no pleno ou órgão especial, seria o caso de a Fazenda Pública aguardar o julgamento de eventual recurso excepcional interposto com viabilidade de provimento antes da rendição ao precedente.

No caso de não haver recursos disponíveis para a via extraordinária ou outra maneira de revisar o entendimento do pleno ou órgão especial, é salutar que se acate o precedente.

Como o precedente obrigatório do art. 927, V, do CPC/15, compõe o microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, e havendo entre todos os que o compõem uma intercomunicação de normas, no caso de o precedente obrigatório previsto no art. 927, inciso V, do CPC/15 formar-se em julgamento de incidente de arguição de inconstitucionalidade, seria possível a aplicação do procedimento de revisão previsto para o IRDR no art. 986 do CPC/15.

A prevalecer tal entendimento, seria hipótese de a Fazenda Pública, antes de render-se administrativamente ao precedente judicial, averiguar a viabilidade de um pedido de revisão do entendimento firmado.

³⁴¹ Neste sentido, a Súmula 513 da jurisprudência dominante do STF: “A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do pleno que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 513. A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do pleno que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000513&base=baseSumulas>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

5.3.3 *Desnecessidade de lei autorizativa da adoção administrativa do precedente vinculante*

Oliveira cita a autorização legislativa com uma das premissas para a adoção administrativa de precedente judicial obrigatório. Para o autor,

Inicialmente, deve ser afastada, de pronto, a possibilidade de adoção de precedentes por meio de atos decorrentes diretamente do próprio Poder Executivo, principalmente por ofensa ao princípio da legalidade e da separação dos poderes; haveria, aqui, afastamento da lei por ato administrativo, além da não participação do legislador, é dizer, participação popular, no estabelecimento de parâmetros de atuação do administrador, não sendo demais destacar que o Brasil é uma república, não uma monarquia.³⁴²

Ora, parte o autor da premissa de que há o afastamento da aplicação de lei em todos os precedentes obrigatórios. E não é assim. Avalia, nessa perspectiva, como enfraquecedor do princípio democrático que o administrador deixe de aplicar a lei sem qualquer interferência do Legislativo, poder cujos membros foram democraticamente eleitos para o mister legiferante. Olvida o autor que muitos precedentes obrigatórios não tratam da constitucionalidade de leis ou atos normativos, mas tão somente de sua interpretação.

Se fosse verdadeiro que somente mediante lei autorizativa do acolhimento de precedentes pela Administração seria constitucional a conduta do administrador nesse sentido, as súmulas administrativas da AGU e de procuradorias estaduais e municipais, nas quais é reconhecido o próprio direito material do administrado em virtude de entendimento judicial consolidado (muitos dos quais nem se encaixam no rol do art 927 do CPC/15, não sendo, portanto, obrigatórios) seriam inconstitucionais. Não se exige autorização legislativa para que o administrador altere seu entendimento jurídico. Deve apenas, ao fazê-lo, em observância ao princípio da proteção da confiança, respeitar situações consolidadas (direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos).

O quadro judicial é uma das várias possíveis motivações do administrador para espontânea alteração de entendimento jurídico. Aliás, é legítimo e esperado que esteja o administrador atento à forma como a matéria está sendo tratada pelo Judiciário. A sociedade espera que o Estado atue uniformemente em relação aos litígios em que é parte, estejam ou não judicializados. Trata-se de conferir efetividade ao princípio da boa-fé.

Portanto, a exigência de lei autorizativa para que a Administração Pública pudesse adotar internamente a razão de decidir de precedentes obrigatórios equivale à negação da

³⁴² OLIVEIRA, 2017, p. 193.

discricionariiedade do administrador na avaliação da conduta que melhor concretiza o interesse público, ferindo ainda de morte o princípio da eficiência.

Outra é a situação caso o precedente, proferido em controle difuso de constitucionalidade, conclua pela retirada da lei do ordenamento (inconstitucionalidade), não havendo resolução do Senado suspensiva do ato (art. 52, X, da CF/88³⁴³). Ora, compete à Administração Pública cumprir as leis vigentes, e compete à Advocacia Pública a defesa da constitucionalidade destas. Em tal contexto, e em razão da insegurança gerada pela declaração de inconstitucionalidade (no controle difuso) de lei ainda vigente, já que somente no controle concentrado ocorre a retirada da norma do ordenamento, cabe à Advocacia Pública a análise da viabilidade de propor, na condição de representante da chefia do Executivo (no caso de União e Estados – art. 103, I e V, da CF/88³⁴⁴), ação com vistas à declaração de constitucionalidade da norma (Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC). O julgamento de ação desse tipo ou mesmo a edição de súmula vinculante muito colaborariam para a estabilidade das relações jurídicas, já que vinculariam até mesmo os órgãos da Administração Pública.

Somente após julgamento de improcedência da ADC, seria possível à Administração Pública orientar o descumprimento da norma, que, neste caso, teria sido expurgada do ordenamento. A desconsideração do conteúdo da norma ainda vigente significaria ofensa ao princípio democrático e à separação dos poderes, pois ato do Legislativo (que representa a vontade popular) estaria sendo afastado pelo administrador. Cabe à Administração Pública a obediência aos comandos legais enquanto ainda integrantes do ordenamento.

³⁴³ Art. 52, X, CF: “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...]” (BRASIL, 1988, p. 48).

³⁴⁴ Art. 103, I e V, CF: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; [...] V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; [...]” (*Ibid.*, p. 71).

6 CONCLUSÕES

A colaboração estatal e a busca da consensualidade têm respaldo constitucional, na medida em que decorrem do princípio da busca da solução pacífica dos conflitos (preâmbulo e art. 4º, VII, da CF), aplicável ao Estado em sua atuação interna e externa. A participação popular na gestão da coisa pública é imposição do Estado Democrático e do regime democrático, diversas vezes referidos no texto constitucional (arts. 1º, *caput*; 5º, LXIV; 17, *caput*; 34, VII, “a”; 91, *caput* e IV; 127, *caput*; e 134, *caput*). A reforma gerencial da Administração Pública, iniciada na década de 90, vem modernizando o agir estatal e tornando evidentes os benefícios da consensualidade, indubitavelmente a forma mais eficiente de lidar com conflitos.

Nos últimos tempos, a legislação tem sido fortemente incrementada com a previsão de novas práticas cooperativas. A Lei nº 13.129/15 (que incluiu os §§ 1º e 2º ao art. 1º da Lei nº 9.307/96, para prever a possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública), a Lei nº 13.140/15 (que previu as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos em todos os níveis da federação) e o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) foram frutos recentes de tal movimento legislativo.

Fundamentam a cooperação estatal os princípios da moralidade, da boa-fé administrativa e da proteção da confiança. O princípio da moralidade possui guarida na Constituição (art. 37, *caput*), mas tem sua aplicação dificultada pelo subjetivismo carregado pelo signo. A moralidade exige do administrador comportamentos muitas vezes não expressos em lei, sendo então guiado por valores éticos como veracidade, confiança, lealdade e honestidade. Em suma, é a boa-fé aplicável à Administração (boa-fé administrativa).

O interesse público é também fundamento da cooperação estatal. É do interesse do Estado democrático a efetivação de direitos mediante atuação estatal em que haja ampla participação dos interessados. A supremacia do interesse público é comumente utilizada como fundamento do sacrifício de interesses particulares e de não colaboração estatal ativa na resolução de conflitos. Todavia, não é possível extrair da Constituição qualquer norma nesse sentido, tendo em vista que há naquela carta a previsão exaustiva de direitos individuais, sendo excepcionais suas restrições para prevalência do interesse da coletividade. Ademais, não se pode considerar norma principiológica, por natureza ponderável, algo que prescreve a prevalência *a priori* de um interesse sobre outro.

São equivocadas a classificação do interesse público em primário (da sociedade) e secundário (do ente estatal) e a constatação de que deve prevalecer o primeiro quando em confronto com o segundo. É que não há legitimidade na busca pelo Estado da satisfação de interesses próprios. O que se costuma apontar como interesse secundário são interesses ilegítimos do ente público. O interesse público deve ser buscado por todos que atuam em funções públicas, não sendo rara, todavia, a divergência de instituições acerca de qual seja o interesse público em determinadas situações. A Advocacia Pública, na representação judicial do ente público, está a defender o interesse público, e não um interesse secundário, ilegítimo, do ente estatal.

O CPC/15 trouxe diversas regras tendentes ao fortalecimento da participação dos litigantes na atividade jurisdicional. O modelo cooperativo de processo, que se pretendeu implantar com tal diploma, aponta para a necessidade de intensificação do contraditório e para o dever de cooperação do agente estatal (juiz) com as partes do processo. Significa, nessa perspectiva, uma tentativa de superação das falhas cometidas por legislações inspiradas em teorias processuais que, ainda que involuntariamente, acabaram respaldando o crescente ativismo judicial a que se assiste na atualidade.

Aplicam-se ao Estado em sua atuação dentro e fora do processo judicial as balizas do cooperativismo ou neoprocessualismo (nova fase teórica do direito processual), em especial a valorização das manifestações de todos os envolvidos na atividade estatal e a intensificação do contraditório.

Os equívocos legislativos cometidos no bojo do CPC/15, que acabaram por fornecer ainda mais mecanismos de atuação judicial ativista, fortalecendo o protagonismo judicial, como é o art. 139, IV (previsão de medidas executivas atípicas para satisfação de quaisquer obrigações, inclusive pecuniárias), não são atribuíveis, todavia, ao neoprocessualismo, sendo procedentes as críticas que se fazem a essas regras. Trata-se de dispositivos inspirados em outras visões teóricas.

A Fazenda Pública é o maior litigante do país, segundo dados do CNJ, e as causas do lamentável quadro são diversas, podendo-se apontar como principais o extenso rol de atribuições constitucionais do Estado, o ativismo judicial (que tem como maior vítima o ente público) e a ausência de cooperação estatal. A Advocacia Pública tem potencial para alterar em parte tal quadro, atuando para a mudança de postura estatal perante os conflitos que protagoniza. As duas primeiras causas apresentadas, todavia, não podem ser trabalhadas pela Advocacia Pública, vez que não têm relação direta com um comportamento equivocado da máquina administrativa.

A Advocacia Pública é instituição prevista constitucionalmente para assessorar e representar judicialmente os entes públicos da Administração direta e indireta. Atualmente, padece a Advocacia Pública de exposição institucional em virtude de tratamento desigualitário em relação às demais funções essenciais à justiça componentes do Estado (Ministério Público e Defensoria Pública). É mister a correção das distorções, garantindo-se ao advogado público prerrogativas mínimas para o afastamento da exposição a que está sujeito no exercício do seu mister, especialmente quando atua cooperativamente.

Não se confunde a Advocacia Pública com a advocacia de governo, embora lhe caiba sim a defesa de atos de governo. É que a defesa das políticas públicas elaborados pelos governantes eleitos pelo povo é a defesa do Estado democrático. Todavia, deve a Advocacia Pública recusar a defesa do ato governamental se houver claro desvio ético e disparidade com a ordem jurídica.

A autonomia funcional do advogado público não significa autorização para agir segundo sua vontade, o que seria arbitrário e ofensivo à igualdade e à impessoalidade. Por dever de observância à uniformidade de atuação e em virtude da sua subordinação administrativa à procuradoria, deve o advogado público orientar-se no seu mister pelo que prescrito uniformemente pela instituição que integra. Não se trata de subordinação hierárquica, vez que não há qualquer restrição a que a representação do ente público seja feita por procuradores de qualquer nível da carreira nos mais diversos órgãos judiciais ou administrativos, sendo suficiente que esteja lotado no órgão competente para o assessoramento ou representação.

Há previsão constitucional de livre nomeação do Advogado-Geral da União pelo Presidente da República (art. 131, § 1º, da CF). O referido dispositivo não prevê qualquer limite à sua exoneração, nem que seja membro de uma das carreiras da AGU. O tratamento é flagrantemente distinto do conferido ao chefe do MPU. Faz-se mister reforma constitucional que corrija tal discrepância, tendo em vista que, assim como no Ministério Público (art. 128, § 1º, da CF), é preciso blindar a chefia da instituição de pressões exercidas por autoridades governamentais. Somente se consolidará a Advocacia Pública como órgão de Advocacia de Estado, instituição extrapoder, evitando-se a submissão da chefia da instituição à chefia do Poder Executivo, que nada mais é que um dos poderes a serem assessorados.

A Advocacia Pública integra o controle interno de legalidade dos atos estatais. Daí a importância da exclusividade da função por membros de carreira, cujo ingresso far-se-ia por meio de concurso público de provas e títulos. Do contrário, admitindo-se a indiscriminada

nomeação de não concursados para cargos em comissão no âmbito da Advocacia Pública, o controle converte-se em externo, em subversão da sistemática prevista constitucionalmente.

Conforme se extrai de uma interpretação sistemática dos arts. 37, inciso II, 131 e 132 da Constituição Federal, é inconstitucional a contratação de advogados privados para o exercício da Advocacia Pública. Cabe a todos os entes federados a criação de cargos efetivos de advogado público. Não obsta a que já se exija na atualidade tal postura, inclusive dos entes municipais, o fato de não ter sido ainda aprovada a PEC 17/2012, que objetiva inserir no texto constitucional regra de necessidade de criação de cargos públicos de procurador municipal de carreira, pois a imposição de criação de tais cargos já é atualmente extraível das normas em vigor. A questão orçamentária não pode ser alegada como argumento contrário, tendo em vista que já na atualidade os municípios têm gastos com a contratação de advogados privados.

A contratação de advogados privados para os misteres da Advocacia Pública não se justificaria nem mesmo para atuar em causas em que haja interesse de toda a categoria de advogados públicos aptos a atuar no feito. A fim de afastar suspeitas de advocacia contra os interesses do Estado, seria suficiente a atuação no caso pela cúpula da instituição.

As prerrogativas da Advocacia Pública e da Fazenda Pública somente são legítimas quando necessárias à satisfação do interesse público diante das peculiaridades da atividade estatal, dentre elas a ampla documentação e registro dos atos praticados pelos agentes públicos (burocracia estatal).

São prerrogativas da Advocacia Pública, e não da Fazenda Pública, a dobra de prazo e a intimação pessoal. A prerrogativa do prazo diferenciado, atualmente dobra de prazo (art. 183, § 2º, do CPC/15), igualou o tratamento da Advocacia Pública com o conferido à Defensoria Pública e ao Ministério Público. A redução da burocracia estatal em virtude da modernização da máquina pública levada a efeito pela reforma gerencial já surtiu efeitos na extirpação da contagem do prazo em quádruplo para contestar (art. 188 do CPC/73).

A intimação pessoal da Advocacia Pública (art. 183, *caput*, do CPC/15) já era uma realidade na esfera federal (arts. 38 da LC nº 73/93 e 17 da Lei nº 10.910/04). Houve então uma uniformização do tratamento em todos os níveis da federação. Os meios de comunicação que caracterizam a intimação pessoal são carga, remessa ou meio eletrônico. Não se admite a expedição de mandado de intimação desacompanhado dos autos físicos. A intimação por meio do Diário da Justiça Eletrônico não substitui a intimação ou vista pessoal. A intimação pessoal em autos físicos via correio eletrônico somente pode ser aceita se dirigida para endereço eletrônico cadastrado para a procuradoria junto à administração do tribunal (arts. 246, § 1º e 1050, do CPC/15), fazendo-se acompanhar da íntegra digitalizada do

processo correspondente (art. 9º, § 1º, da Lei nº 11.419/2006). Os protocolos institucionais entre as procuradorias e as varas especializadas da Fazenda Pública são uma alternativa para facilitar a comunicação dos atos processuais ao ente público, podendo por meio desses instrumentos haver a abdicação total ou parcial da prerrogativa pelo órgão de Advocacia Pública.

O pagamento das dívidas judiciais por precatório (art. 100 da CF) é uma garantia dos credores do Estado contra possíveis violações ao princípio da igualdade e da impessoalidade. Não afronta o dever de cooperação estatal, desde que satisfeitas as dívidas no prazo e forma previstos. Também visa proteger o interesse público, no que diz respeito à disponibilidade orçamentária para a consecução das políticas públicas. A dispensa de adiantamento das despesas processuais (art. 91 do CPC/15) é também decorrência dessa necessidade de planejamento tributário.

A prerrogativa do critério diferenciado e mais benéfico para fixação de honorários de sucumbência (art. 85, § 3º, do CPC/15) justifica-se diante da situação do Poder Público como maior litigante do país. Os percentuais ali previstos, inferiores aos aplicados aos particulares em situação idêntica, decrescem à medida que aumenta o valor da condenação ou do proveito econômico. Já se trata de diminuição de prerrogativa prevista no sistema revogado (art. 20, § 4º, do CPC/73), que permitia a fixação pelo órgão judicial por equidade, pois, na prática, os valores que se fixavam eram bem inferiores aos que agora são fixados com base na tabela legal.

A remessa necessária é das prerrogativas mais criticadas, e, talvez em função disso, tenha sido bastante reduzida em alcance no CPC/15. Apesar de polêmica sua natureza jurídica, no atual sistema vigente é recurso, inclusive reveste-se de voluntariedade, em virtude da disponibilidade que a caracteriza, que se infere da leitura conjunta dos §§ 1º (somente haverá remessa se não interposta a apelação) e 4º, inciso IV (entendimento vinculante no âmbito do ente público, se com ele sentença coincidir, exclui a remessa necessária), do art. 496 do CPC/15. Aplica-se a remessa necessária às decisões parciais de mérito, bem como às sentenças de extinção do processo no caso de estabilização da tutela antecipada antecedente.

Novas práticas cooperativas foram inseridas no sistema jurídico brasileiro nos últimos tempos, e a Advocacia Pública tem fundamental papel na consolidação dessas medidas. As câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública, previstas nos arts. 32 e seguintes da Lei nº 13.140/2015, têm competência para resolver conflitos entre particulares e as pessoas jurídicas de direito público. Nas câmaras administrativas, não há óbice a que o cumprimento das obrigações de qualquer

espécie, inclusive as de pagar, ocorra em âmbito administrativo, e não na via judicial por meio de precatório requisitório de pagamento, já que não se trata de pagamento em virtude de sentença judiciária, conforme dispõe o art. 100 da CF, ainda que o termo de mediação venha a ser homologado judicialmente, pois não se trata de transação no bojo de litígio já judicializado, hipótese em que o TCU entende indispensável o cumprimento da obrigação de pagar por meio de precatório.

O não cumprimento da obrigação na seara administrativa, levando o administrado à via judicial, é ofensivo ao princípio da boa-fé processual. O pagamento de tais valores na seara administrativa implicaria previsão de verba destinada a esse fim no orçamento das pessoas jurídicas de direito público. O controle da verba destinada a esse fim seria do próprio ente público, na medida em que este seleciona os assuntos que serão trabalhados nessas câmaras, conforme previsão do art. 32, § 2º, da Lei nº 13.140/2015. O legislador, no mesmo dispositivo, estabeleceu a facultatividade da submissão prévia dos conflitos a essas câmaras. Todavia, fortaleceria esses órgãos e desafogaria a máquina judiciária a previsão legal da passagem por tais câmaras como condição de admissibilidade de ações judiciais contra o Poder Público, já que teria o ente público externado sua intenção de conciliar acerca de determinada controvérsia, não sendo razoável que se despreze essa atuação de boa-fé, levando-se o caso diretamente à via judicial.

A transação por adesão (art. 35 da Lei nº 13.140/2015) constitui importantíssimo mecanismo para resolução imediata de conflitos de massa que envolvam a Administração. O legislador optou por condicionar a edição da resolução administrativa à autorização do Advogado-Geral da União (desde que baseada na jurisprudência pacífica do STF ou de tribunais superiores) ou ao parecer do Advogado-Geral da União, neste caso desde que aprovado pelo Presidente da República (art. 35, incisos I e II, da Lei nº 13.140/2015), neste último caso uma demonstração de que a Advocacia Pública ainda está infelizmente vinculada a um dos poderes no ordenamento brasileiro.

É mister o permanente diálogo com órgãos/entidades da Administração envolvidos nos litígios e com órgãos responsáveis pela organização financeira e orçamentária do ente público para a seleção dos assuntos que serão objeto da resolução acerca da transação por adesão. Apesar de a previsão do art. 35 da Lei nº 13.140/15 dirigir-se especificamente às pessoas jurídicas de direito público federais, nada obsta a que os demais entes federados adotem idêntico modelo, sendo inclusive recomendável que o façam.

A previsão de que a resolução administrativa destinada à transação por adesão não interrompe a prescrição (art. 35, § 6º, da Lei nº 13.140/15) é fundamental para não

desencorajar a medida. Quando se espera que o Estado adote atitudes cooperativas, não se pode pretender puni-lo pelo ato praticado, caso não venha a produzir efeitos práticos.

É louvável a previsão legal de que servidores e empregados públicos envolvidos na composição extrajudicial dos conflitos sobre controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública federal somente responderão civil, administrativa ou criminalmente se agirem dolosa ou fraudulentamente, recebendo vantagem patrimonial indevida, permitindo ou facilitando sua recepção por terceiro, ou para tal concorrendo (art. 40 da Lei nº 13.140/15). Somente a blindagem dos servidores contra más interpretações acerca das posturas conciliatórias adotadas é capaz de encorajar tão desejáveis práticas.

A cláusula geral de negociação (art. 190 do CPC/15) relaciona-se intimamente com os princípios da cooperação e do respeito ao autorregramento da vontade no processo.

As convenções processuais em que é parte o ente público já ocorrem há bastante tempo. É o caso da cláusula de eleição de foro em contrato e os protocolos institucionais entre procuradorias e Poder Judiciário acerca do momento e forma como se dá a carga dos autos.

Ao Poder Público aplicam-se as regras e princípios integrantes do microsistema de proteção do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo. A previsão do art. 190 do CPC/15 de que somente podem ocorrer convenções processuais em processos nos quais se discutam direitos que admitem autocomposição não afasta a conclusão de que tais avenças são plenamente aplicáveis aos entes públicos, já que a regra é que os direitos, inclusive os indisponíveis, admitam autocomposição.

A resistência dos advogados públicos à prática de atos dispositivos, que se deve à insegurança quanto a possíveis questionamentos futuros acerca da postura adotada, deve ser combatida mediante a regulamentação, pelas procuradorias, da prática de tais atos, de forma a garantir ao membro da instituição maior segurança, o que não dispensa, obviamente, o fortalecimento de prerrogativas institucionais como a autonomia técnica. A regulamentação interna, no âmbito das procuradorias, também diminui a discricionariedade do advogado público, com a estipulação de critérios objetivos, diminuindo o risco de ofensa ao princípio da impessoalidade.

Não é necessária autorização legislativa de cada ente federado para que os advogados públicos possam celebrar negócios processuais, sendo suficiente a cláusula geral do art. 190 do CPC/15, já que a estratégia processual é componente da autonomia funcional do advogado público.

Sendo o negócio celebrado por advogado público, não há que se falar em vulnerabilidade para anulação do ato. A reserva de lei seria limitação aos negócios celebráveis pelo Poder Público, não podendo ser convencionada, por exemplo, a criação de novo recurso ou ampliação das hipóteses de cabimento dos já existentes. Cabe, todavia, negócio para afastar a possibilidade de recorrer, já que a interposição é mera faculdade. Também seriam limitadores dos negócios envolvendo o ente público os princípios da boa-fé e da cooperação, ensejando sua anulação os vícios de vontade e os vícios sociais. Por fim, a vedação de transferência de externalidades é limite geral das convenções, pois somente os que participam da avença devem ser atingidos.

Sendo as prerrogativas do Poder Público instrumentais, legitimadas na sua serventia para o alcance do interesse público, é possível que, entendendo o órgão de Advocacia Pública que são dispensáveis, abdique das mesmas ou as negocie.

Se a procuradoria entende desnecessária a dobra de prazo, e se a parte contrária ou outros não se prejudicam pela abdicação (sempre temporária) da prerrogativa (vedação de transferência de externalidades a terceiros), é plenamente viável a negociação, que pode ser feita sob a forma de protocolo institucional.

É possível também, de preferência por meio de protocolos institucionais, que a Advocacia Pública negocie acerca da prerrogativa da intimação pessoal. Tal acerto deve ter prazo certo. Não tendo, pode ser desfeito a qualquer tempo, bastando comunicação da procuradoria, que, em respeito ao princípio da proteção da confiança, deve sinalizar o desfazimento da avença, a fim de que os envolvidos possam organizar-se para as mudanças procedimentais daí decorrentes.

Não é possível negócio para afastamento da sistemática de pagamento das dívidas judiciais por precatório, em virtude da vedação de transferência de externalidades a terceiros, limite geral das convenções processuais. É que os credores judiciais que se encontram em fila de espera de recebimento do que lhes é devido seriam preteridos na ordem de pagamento. Também não é possível negócio para permitir que se fracione, reparta ou quebre valor de execução a fim de enquadrar tal valor no *quantum* legal para o encaixe do pagamento por meio de requisição de pequeno valor (art. 100, § 8º, do CPC/15), por constituir burla à regra constitucional do precatório, significando ofensa clara à regra da ordem cronológica de pagamento, que ela visa proteger. Também não é possível negociar a dispensa de adiantamento de despesas processuais em processo judicial (art. 91 do CPC/15), já que, pela regra do precatório, qualquer dívida decorrente do processo judicial será paga ao final, mesmo as relativas a despesas processuais.

São inegociáveis também as prerrogativas da dispensa de preparo de recursos (art. 1007, § 1º, do CPC/15) e da dispensa de depósito prévio para propositura de ação rescisória (art. 968, § 1º, do CPC/15), pois negócios com tal teor significariam pagamento a particular ou ao próprio Poder Judiciário (no caso do preparo) de quantia indevida, em contrariedade ao que disposto em lei.

Se a existência de juízo privativo da Fazenda Pública não altera a competência territorial (Súmula 206 do STJ), é possível que cláusula de eleição de foro em contrato celebrado pela Administração preveja a opção por foro no qual não há vara da Fazenda Pública, em detrimento de foro onde há.

Não seria válido negócio processual para reduzir a prerrogativa legal de percentuais diferenciados de honorários de sucumbência fixados contra o ente público, porque tal negociação equivaleria à assunção espontânea de dívida pelo ente público sem qualquer respaldo legal.

Pela nova conformação da remessa necessária no CPC/15, que tornou clara sua disponibilidade ao prever que somente haverá remessa no caso de não interposição de apelação, é possível a negociação da prerrogativa. Poderia ser feita por protocolo institucional ou no bojo de processos específicos, hipótese em que produziria efeitos exclusivamente em relação a esses processos. O negócio poderia então prever o trânsito em julgado em primeira instância, ainda que em situação não enquadrada como exceção à remessa necessária.

A hipótese de dispensa da remessa necessária prevista no art. 496, § 4º, IV, depende de ato de vontade do ente público, que ocorrerá provavelmente por meio de manifestação da procuradoria favorável à tese firmada na sentença. Tendo a procuradoria em suas mãos a produção de ato que inviabiliza remessas necessárias, pode-se concluir que esta é sim abdicável por ato unilateral.

A atuação positiva de abdicação da remessa necessária não viola o objetivo de proteção do interesse público contra a inércia dos seus advogados. Na negociação, não há inércia da Advocacia Pública, mas atuação positiva de espontânea disposição da prerrogativa. Ademais, como recurso, é passível de desistência e renúncia.

É dispensável a verificação de vantagem para o ente público na abdicação da remessa necessária. Caso constate o órgão de Advocacia Pública a inocuidade da remessa diante de pacífica jurisprudência da segunda instância, ainda que não elencada na hipótese legal de dispensa da remessa, é desejável que se dispensem recurso e remessa necessária.

A resolução da transação por adesão não se encaixa nas manifestações previstas pelo art. 496, § 4º, IV, do CPC/15, não eliminando, portanto, a remessa necessária. Caso haja

adesão, todavia, recursos eventualmente interpostos e remessa necessária estarão prejudicados nos processos em que litigam os aderentes.

Devem ser evitadas interpretações no sentido de que quaisquer atos cooperativos correspondem ao reconhecimento de direitos, a fim de evitar que haja um desencorajamento do ente público à sua prática. Do contrário, receando a interpretação que será dada ao ato, é provável que não se o pratique ou que o caminho até sua produção seja elástico em virtude da necessidade de consulta prévia a diversos órgãos para apuração do impacto financeiro da medida.

Apesar de o *caput* do art. 927 do CPC/15 fazer referência apenas aos órgãos judiciais (juízes e tribunais) como destinatários da vinculação aos precedentes que elenca, extrai-se do texto constitucional a vinculação da Administração às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e às súmulas vinculantes (arts. 102, § 2º, e 103-A, *caput*). A Administração também está moralmente vinculada aos precedentes judiciais obrigatórios do art. 927, III a V, do CPC/15. Em âmbito administrativo, moral e jurídico se misturam, em virtude de ser o princípio da moralidade administrativa balizador da atuação estatal (art. 37, *caput*, da CF/88). Confia o administrado no tratamento igualitário de casos idênticos, estejam ou não judicializados, tendo em vista enxergar no Poder Judiciário um poder estatal. Há então uma justa expectativa do administrado de que a Administração sucumba ao precedente obrigatório, aplicável fatalmente aos casos que ingressarem na via judicial.

Antes da adoção do precedente pela Administração, deve a procuradoria respectiva investigar se há chances reais de reversão do entendimento desfavorável. Mesmo reconhecendo seu dever de cooperar, não se pode negar ao Estado atuação estratégica, sob pena de ser limitado seu direito à ampla defesa. A vantagem econômica a ser experimentada pelo Estado não torna legítima a resistência à adoção do precedente, se não fundada nas chances de reversão do mesmo. Tal resistência caracterizaria má-fé.

Sendo a postura litigiosa e não cooperativa do Estado um dos fatores que ocasionam o mau funcionamento da máquina judiciária, a indução da judicialização dos conflitos como estratégia de vantagem financeira é prática atentatória ao princípio da moralidade administrativa. A Advocacia Pública não pode servir aos interesses de governos, cuja intenção é comumente a de não quitação de dívidas contraídas durante gestões anteriores. Ademais, o adiamento do cumprimento das obrigações por parte do Estado não se mostra vantajoso a longo prazo, pois cedo ou tarde as dívidas serão quitadas com incidência de juros e correção monetária.

Estudos acerca das repercussões econômicas advindas da adoção de precedentes obrigatórios pela Administração Pública são extremamente recomendáveis, mas não podem ser condicionantes à rendição a tais precedentes. Fornecerão, contudo, subsídios valiosos para a formulação de propostas administrativas de pagamento parcelado de dívidas, por exemplo, de modo a que a assunção dessas dívidas pelo Estado não torne inviáveis as políticas públicas já programadas.

A vinculação dos órgãos judiciais aos precedentes previstos no art. 927, III a V, do CPC/15, dá-se imediatamente após a sua prolação. O dever moral da Administração de adotar tais precedentes, todavia, não se encontra presente no caso de ser viável uma superação do entendimento contrário ao ente público.

No caso de precedente proveniente de julgamento de IRDR ou IAC, deve ser averiguada a viabilidade de provimento de recurso eventualmente interposto para a instância extraordinária. Mesmo finalizado o julgamento dos recursos excepcionais, ou na hipótese de não terem sido interpostos, não é automática a adoção do precedente em âmbito administrativo, já que ainda há a possibilidade de revisão da tese jurídica pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados (art. 986 do CPC/15), não somente no âmbito do IRDR, mas também do IAC, vez que componente do microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios.

Havendo ações coletivas com muitos substituídos ou um grande número de ações individuais que sofrerão o impacto imediato do entendimento firmado em IRDR ou IAC, deve a procuradoria, ao analisar estrategicamente a atuação, levar em conta o número de beneficiados, o que fomentaria no administrado a justa expectativa/confiança de tratamento isonômico (princípio da proteção da confiança).

Tratando-se de acórdãos do STJ e do STF prolatados em sede de recursos repetitivos, as procuradorias devem orientar imediatamente a adoção dos precedentes na seara administrativa, salvo se pendentes embargos de declaração acerca da modulação dos efeitos da decisão ou uma ação do controle concentrado de constitucionalidade, vez que poderia haver nesta uma superação de precedente. Apesar de o art. 986 do CPC/15, que prevê a possibilidade de revisão do precedente, referir-se ao IRDR, também se aplica aos julgamentos de recursos repetitivos, que integram junto com o IRDR o microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos. Também aqui seria o caso de aguardar o desfecho do procedimento antes da rendição ao precedente.

Quanto às súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional, caso as procuradorias constatem a possibilidade de êxito na tentativa de

superação desses enunciados, não há razão para que se oriente a sua adoção na seara administrativa.

A orientação do plenário ou do órgão especial dos tribunais obriga os órgãos a eles vinculados, cabendo, contudo, às procuradorias analisar se, na hipótese de recursos para os tribunais superiores sobre a matéria, é provável seus provimentos. Aplica-se ao precedente obrigatório previsto no art. 927, V, do CPC/15, o procedimento de revisão previsto no art. 986 do CPC/15. A prevalecer tal entendimento, seria hipótese de a Fazenda Pública lançar mão do instrumento ou aguardar seu desfecho, caso pendente de julgamento.

Desde que observado o princípio da proteção da confiança e as situações jurídicas consolidadas, o administrador pode a qualquer tempo alterar seu entendimento jurídico, mormente se respaldado em precedentes judiciais obrigatórios, não sendo necessária autorização legislativa.

Caso o precedente proferido em controle difuso de constitucionalidade conclua pela inconstitucionalidade de determinado dispositivo de lei, e não havendo resolução do Senado suspensiva do ato, não poderia a Advocacia Pública simplesmente desprezar a lei, que ainda se encontra no ordenamento. A fim de amenizar a insegurança gerada, deveria o órgão de Advocacia Pública analisar a viabilidade de propor, na condição de representante da chefia do Executivo (no caso de União e Estados – art. 103, I e V, da CF/88), ação do controle concentrado com vistas à declaração de constitucionalidade da norma (ADC).

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de. O modelo cooperativo de processo e o projeto de lei do Novo CPC. *In*: CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto (Coord.). **O projeto do novo CPC: estudos em homenagem ao Professor Hugo Machado Segundo**. Fortaleza: Editora Din.ce, 2012. p. 45-60.
- AHRINGSMAN, Carlos *et al.* Prerrogativas processuais da Fazenda Pública. *In*: BRITTO, Alzemeris Martins Ribeiro de; BARIONI, Rodrigo Otávio (Coords.). **Advocacia Pública e o Novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 109-126.
- ALBARRAN, Michel Ivan Osandon. **A representação do Brasil em nível internacional: o lugar da Advocacia-Geral da União**. 2009. 66 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009.
- ALEMANHA. **Zivilprozessordnung (ZPO)**. 1950. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ZPO.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2017.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **A justiça administrativa**. 16. ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.
- ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, p. 1-30, set./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2017.
- _____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O dever de fundamentação, contraditório substantivo e superação de precedentes vinculantes (*overruling*) no Novo CPC – ou do repúdio a uma nova escola da exegese. *In*: FREIRE, Alexandre *et al.* (Orgs.). **Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2. p. 27-46.
- BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado. Processo nº 8001293-26.2015.8.05.0001. 1ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. **DJBA** de 25/04/2017. Disponível em: <<http://pje.tjba.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=7a15159e38a2bf70d13388e41bde0f2b4494e2f12287678e>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: JusPodivm, 2013.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, jan. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Advogado-geral da Itália apresenta as semelhanças entre a AGU e a advocacia pública italiana. **Notícias da AGU**, Brasília, 17 ago. 2007a. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/76770>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Advocacia-Geral da União. Consultoria-Geral da União. **Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF**: cartilha. 3. ed. Brasília: AGU, 2012a. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/16042687>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Advocacia-Geral da União. Portaria nº 109, de 30 de janeiro de 2007. Determina que nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais a União será representada pelas Procuradorias da União e, nas causas previstas no inciso V e parágrafo único do art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, pelas Procuradorias da Fazenda Nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 jan. 2007b, Seção 1.

_____. Advocacia-Geral da União. Portaria nº 990, de 16 de julho de 2009. Delega a competência prevista no art. 1º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, ao Advogado-Geral da União Substituto, ao Secretário-Geral de Contencioso, ao Procurador-Geral da União e ao Procurador-Geral Federal, na forma que especifica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 jul. 2009, Seção 1, p. 10.

_____. Advocacia-Geral da União. Súmula nº 1, de 27 de junho de 1997. A decisão judicial que conceder reajustes referentes à URP de abril e maio de 1988 na proporção de 7/30 (sete trinta avos) de 16,19%, incidentes sobre a remuneração do mês de abril e, no mesmo percentual, sobre a do mês de maio, não cumulativos, não será impugnada por recurso. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30/06, 1º/07 e 02/07/1997a, Seção I.

_____. Advocacia-Geral da União. Súmula nº 4, de 5 de abril de 2000. Salvo para defender o seu domínio sobre imóveis que estejam afetados ao uso público federal, a União não reivindicará o domínio de terras situadas dentro dos perímetros dos antigos aldeamentos indígenas de São Miguel e de Guarulhos, localizados no Estado de São Paulo, e desistirá de reivindicações que tenham como objeto referido domínio. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26/07, 27/07 e 28/07/2004a, Seção I.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2012. Altera o art. 132 da Constituição Federal. Brasília, 2012b. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105021>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Substitutivo adotado pela Comissão Especial à PEC nº 82-A, de 2007, e à Apensada, PEC nº 452-A, de 2009. Acresce o art. 132-A e altera o art. 168 da Constituição Federal de 1988. Brasília, 2014a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1251329>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília, mar. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 185, de 18 de dezembro de 2013. Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico – PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. **Diário da Justiça Eletrônico**, n. 241, 18 dez. 2013a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2492>>. Acesso em: 20 nov. 2017

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 96/2017 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

_____. Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Procuradoria-Geral Federal e remaneja cargos em comissão para a Advocacia-Geral da União e para a Procuradoria-Geral Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 dez. 2010a, Seção 1, p. 1.

_____. Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. Dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 18 jul. 2017a, Seção 1, p. 2.

_____. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 out. 1939, Seção 1, p. 24369.

_____. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 jun. 1998a, Seção 1, p. 1.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e

130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 31 dez. 2004b, Seção 1, p. 9.

BRASIL. Justiça Federal de Pernambuco. Processo nº 0015444-43.2011.4.05.8300. 33ª Vara Federal de Pernambuco. Disponível em: <<http://tebas.jfpe.jus.br/consultaProcessos/resconsproc.asp>>. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 fev. 1993c, Seção 1, p. 1797.

_____. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jan. 1994, Seção 1, p. 633.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1916, Seção 1, p. 133.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 jul. 1965, Seção 1, p. 6241.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 jan. 1973, Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 22 jun. 1993a, Seção 1, p. 8269.

_____. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 dez. 1993b, Seção 1, p. 18769.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 set. 1996, Seção 1, p. 18897.

_____. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jul. 1997b, Seção 1, p. 14704.

_____. Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 maio 1998b, Seção 1, p. 5.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 1º fev. 1999a, Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 nov. 1999b, Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 6 dez. 1999c, Seção 1, p. 2.

_____. Lei nº 10.179, de 6 de fevereiro de 2001. Dispõe sobre os títulos da dívida pública de responsabilidade do Tesouro Nacional, consolidando a legislação em vigor sobre a matéria. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 7 fev. 2001a, Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 13 jul. 2001b, Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 jan. 2002, Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 maio 2003, Seção 1, p. 2.

_____. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 20 dez. 2006a, Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 20 dez. 2006b, Seção 1, p. 2.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 mar. 2015a, Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 27 maio 2015b, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 jun. 2015c, Seção 1, p. 4.

_____. Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 fev. 2016a, Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 13.327, de 29 de julho de 2016. Altera a remuneração de servidores públicos; estabelece opção por novas regras de incorporação de gratificação de desempenho a aposentadorias e pensões; altera os requisitos de acesso a cargos públicos; reestrutura cargos e carreiras; dispõe sobre honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, suas autarquias e fundações; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 29 jul. 2016b, Seção 1, p. 111.

_____. Medida Provisória nº 1.704-1, de 30 de julho de 1998. Estende aos servidores públicos civis do Poder Executivo Federal a vantagem de vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento, objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 31 jul. 1998c, Seção 1, p. 14.

_____. Medida Provisória nº 2.165-36, de 23 de agosto de 2001. Institui o Auxílio-Transporte, dispõe sobre o pagamento dos militares e dos servidores do Poder Executivo Federal, inclusive de suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 ago. 2001c, Seção 1, p. 6.

_____. Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001. Dispõe sobre a criação, reestruturação e organização de carreiras, cargos e funções comissionadas técnicas no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 set. 2001d, Seção 1, p. 8.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1400238/RN 2013/0283944-4, Relator Min. Herman Benjamin, julgado em 05/05/2015, Segunda Turma, **DJe** de 21/05/2015d. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1403524&num_registro=201302839444&data=20150521&formato=PDF>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1170332/SP 2017/0226821-7, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/10/2017, **DJe** de 07/11/2017b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=77630636&num_registro=201702268217&data=20171107&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 507**. Brasília: STJ, 2012c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0507.rtf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 13861 DF 2008/0216189-4, Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 09/12/2009, Terceira Seção, **DJe** de 22/03/2010b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=928329&num_registro=200802161894&data=20100322&formato=PDF>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1330473/SP 2012/0128357-0, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12/06/2013, Primeira Seção, **DJe** de 02/08/2013b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1242831&num_registro=201201283570&data=20130802&formato=PDF>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1505356/MG 2013/0352814-2, Relator: Min. Herman Benjamin, julgado em 10/11/2016, Segunda Turma, **DJe** de 30/11/2016c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1554292&num_registro=201303528142&data=20161130&formato=PDF>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 206. A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo. Corte Especial, julgado em 01/04/1998, **DJ** de 16/04/1998d, p. 44. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula206.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 232. A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito. Corte Especial, julgado em 01/12/1999, **DJ** de 07/12/1999d, p. 127. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula232.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1232/DF, Relator: Min. Ilmar Galvão, julgado em 27/08/1998, Tribunal Pleno, **DJ** de 01/06/2001e. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inq 3074-SC, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 26/08/14, Primeira Turma, **DJe** de 02/10/2014b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283074.NUME.+OU+3074.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ztz59tb>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inq 3077-AL, Relator: Min. Relator Dias Toffoli, julgado em 29/03/2012, Tribunal Pleno, **DJe** de 24/09/2012d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283077.NUME.+OU+3077.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jb5utfu>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pauta de julgamentos previstos para a sessão plenária desta quarta-feira. **Notícias do STF**, 8 mar. 2016d. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=311553>>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4374/PE, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/04/2013, Tribunal Pleno, **DJe** de 04/09/2013c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 166897 AgR/RS, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 30/05/1995, Segunda Turma, **DJ** de 30/06/1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=329250>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 631240/MG, Relator: Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 03/09/2014, Tribunal Pleno, **DJe** de 10/11/2014c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 513. A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do pleno que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000513&base=baseSumulas>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2947/2016. Plenário. Relator: Min. Marcos Bemquerer Costa. Número da ata: 47/2016. Data da sessão: 16/11/2016. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 nov. 2016e, Seção 1, p. 66.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 489/2017. Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Número da ata: 9/2017. Data da sessão: 22/03/2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 mar. 2017c, Seção 1, p. 135.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 511/2006. Plenário. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Número da ata: 14/2006. Data da sessão: 12/04/2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 abr. 2006d, Seção 1, p. 134-135.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2211/2005. Plenário. Relator: Min. Lincoln Magalhães da Rocha. Número da ata: 49/2005. Data da sessão: 13/12/2005. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 jan. 2006c, Seção 1, p. 45.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação/Reexame Necessário nº 34359-PE (0015444-43.2011.4.05.8300), Relator: Des. Leonardo Carvalho, Segunda Turma, julgado em 28/08/2017d. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/data/2017/08/ESPARTA/00154444320114058300_20170825_7228371.pdf>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Burocracia pública e classes dirigentes no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 28, p. 9-30, jun. 2007.

_____. Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 50, n. 1, p. 112-116, jan./mar. 2010.

BRUNI, Alessandra; PALATIELLO, Giovanni. **La difesa dello Stato nel processo**. Turim: UTET Giuridica, 2011.

BRUNO, Raphael. AGU e STJ renovam acordo para funcionamento de escritório avançado. **Notícias da AGU**, Brasília, 15 dez. 2016a. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/483396>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Criado núcleo para acompanhar casos repetitivos com potencial para impactar erário. **Notícias da AGU**, Brasília, 18 ago. 2016b. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/440009>. Acesso em: 29 nov. 2017.

_____. Escritório da AGU na Câmara assegura importantes leis aprovadas pelos deputados. **Notícias da AGU**, Brasília, 4 set. 2015. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/350776>. Acesso em: 20 set. 2017.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. Tradução de: Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes. **Revista Consultor Jurídico**, 12 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. A Fazenda Pública e a estabilização da tutela antecipada antecedente. **Processualistas**, 22 ago. 2016. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/375821484/a-fazenda-publica-e-a-estabilizacao-da-tutela-antecipada-antecedente>>. Acesso em: 10 set. 2017.

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; ISHIKAWA, Liliane Ito. As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no Projeto do Código de Processo Civil (PLS n. 166, de 2010). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 190, p. 191-201, abr./jun. 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo: uma avaliação das críticas neoinstitucionais à teoria da instrumentalidade do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 18, n. 72, p. 127-141, out./dez. 2010.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 304. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: de acordo com a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 433-434.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. *In*: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Orgs.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 171-186.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa. Processo não pode sufocar os direitos que nele são discutidos. **Revista Consultor Jurídico**, 26 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opiniaao-processo-nao-sufocar-direitos-nele-sao-discutidos>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010a.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *In*: DIDIER JR., Fredie *et al.* (Coords.). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 207-217.

_____. Teoria do processo e teoria dos direitos: o neoprocessualismo. *In*: _____ (Coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010b. v. 2. p. 257-263.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016a. v. 3.

_____. Remessa necessária. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (Coords.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016b. v. 3. p. 169-192.

DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel de. Controle concentrado de constitucionalidade e revisão de coisa julgada: análise da Reclamação n. 4.374/PE. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, n. 110, p. 567-590, 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 353-368.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Fundamento do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DONIZETTI, Elpídio. Princípio da cooperação (ou da colaboração): arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC. **Jusbrasil**, 06 maio 2012. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/121940196/principio-da-cooperacao-ou-da-colaboracao-arts-5-e-10-do-projeto-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Civis. *In*: ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, VIII., 2017, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: CESUSC, 2017. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2017/05/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf?inf_contact_key=d7cef03802afe2c25acb93ce56a44e47>. Acesso em: 12 ago. 2017.

FACCI, Lucio Picanço. A proibição de comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas. **Revista Virtual da AGU**, ano X, n. 106, p. 1-26, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/2939152>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

_____. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo Código de Processo Civil. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (Coords.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 381-402.

FARIA, José Eduardo. Transformações do Judiciário. *In*: _____ (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 52-67.

FERNANDES, Edvaldo. **A institucionalização da Advocacia do Senado Federal como salvaguarda das competências constitucionais do Congresso Nacional**. Brasília: Centro de Estudos e da Consultoria do Senado, 2010. (Textos para Discussão n. 73).

FRANÇA. Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975. Instaurant un nouveau Code de Procedure Civile. **JORF**, 9 déc. 1975, p. 12521. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000507244>. Acesso em: 22 set. 2017.

FRANCO, Marcelo Veiga. Câmaras de mediação e conciliação na Fazenda Pública: o artigo 174 do Novo Código de Processo Civil como contribuição para o acesso à justiça “desjudicializado”. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). **Advocacia Pública**. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 3. p. 249-261.

FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo. O Novo CPC, a estrutura de incentivos do Advogado Público e a racionalização da Justiça na sindicabilidade das condutas estatais. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (Coords.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 27-36.

FREITAS, Gustavo Martins de. O princípio da colaboração no processo civil brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 931, 20 jan. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7850>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

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

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *In*: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 371-385.

GOVERNO nega exoneração do procurador-geral do estado Leonardo Espíndola. **O DIA**, 14 nov. 2017. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-11-14/governo-nega-exoneracao-do-procurador-geral-do-estado-leonardo-espindola.html>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HEADY, Ferrel. **Public Administration**: a comparative perspective. 2. ed. Marcel Dekker: New York, 1979.

HORA NETO, João. O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1016, 13 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8245>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Democracia no Poder Judiciário. **Revista Direito e Liberdade – ESMARN**, Mossoró, v.1, n. 1, p. 317-330, jul./dez. 2005.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2014.

MACEDO, Bruno Regis Bandeira Ferreira. As mudanças do CPC no papel da Fazenda Pública: considerações sobre a capacidade postulatória, prazo processual e o reexame necessário. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (Coords.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 49-66.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2015.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Interesse público e direitos do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2007.

MADUREIRA, Claudio. **Advocacia Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **A função social do processo no Estado Democrático de Direito**: à luz da Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin e da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O Plano Piloto de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição do Egrégio Tribunal de Justiça e São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 93, n. 820, p. 11-49, fev. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 541-574.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. Tradução de: Justiz as gesellschaftliches Über-Ich – Zur Funktion von rechtsprechung in de “vaterlosen Gesellschaft”.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTBRUN, Alberto; VALENZUELA, Edgardo. O perfil da “Fiscalía” de Estado no Direito Público Provincial Argentino. *In*: PEDRA, Adriano Sant’ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA, Pedro Gallo (Coords.). **Advocacia Pública de Estado**: estudos comparativos nas democracias euro-americanas. Curitiba: Juruá, 2014. p. 39-64.

MONTERO AROCA, Juan. **Evolución y futuro del derecho procesal**. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 5.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Art. 190. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 591-594.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coords.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: JusPodivm, 2007. p. 151-174.

_____. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.** Curitiba: Juruá, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In*: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil.** 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 151-172.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios Processuais.** Salvador: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes judiciais na Administração Pública: limites e possibilidade de aplicação.** Salvador: JusPodivm, 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. Supremacia do interesse público sobre o privado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47527>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. A posição dos Tribunais Superiores e a eficácia dos precedentes nas causas repetitivas. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 119, p. 99-107, fev. 2013.

PORTAL PLANALTO. Decreto presidencial simplifica atendimento em serviços públicos. **Portal Planalto**, 18 jul. 2017. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/07/decreto-presidencial-simplifica-atendimento-em-servicos-publicos>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 44 129, de 28 de dezembro de 1961. Aprova o Código de Processo Civil. **Diário do Governo**, Lisboa, 28 dez. 1961, I Série, n. 299, p. 1783-1962.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47 344, de 25 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. **Diário do Governo**, Lisboa, 25 nov. 1966, I Série, n. 274, p. 1883-2086.

_____. Lei nº 33/1995, de 18 de agosto. Autoriza o Governo a rever o Código de Processo Civil. **Diário da República**, Lisboa, 18 ago. 1995, I Série-A, n. 190, p. 5171-5174.

_____. Lei nº 41/2013, de 26 de junho. Aprova o Código de Processo Civil. **Diário da República**, Lisboa, 26 jun. 2013, I Série, n. 121, p. 3518-3665.

PROCURADOR-GERAL do estado é demitido. **O DIA**, 14 nov. 2017. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-11-14/procurador-geral-do-estado-e-demitido.html>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

RODRIGUES, Marcelino. 7 de março – Dia Nacional da Advocacia Pública: a importância da atividade essencial à Justiça. **Congresso em Foco**, 7 mar. 2017. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/7-de-marco-%E2%80%93-dia-nacional-da-advocacia-publica-a-importancia-da-atividade-essencial-a-justica/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ROVER, Tadeu. Juiz manda cortar energia para forçar estado nomear aprovada em concurso. **Revista Consultor Jurídico**, 8 out. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-08/juiz-manda-cortar-energia-forcar-estado-nomear-aprovada>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Pensar**, Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 162-172, abr. 2007.

SILVA, Almiro do Couto e. A responsabilidade do Estado no quadro dos problemas jurídicos resultantes do planejamento. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 39, v. 110, n. 2, p. 3-10, abr./jun. 1982.

_____. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, p. 1-48, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. A justiça administrativa no direito comparado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 38, n. 152, p. 55-62, out./dez. 2001.

SOUZA, Márcio Luís Dutra de. O princípio da boa-fé na Administração Pública e sua repercussão na invalidação administrativa. **Revista Virtual da AGU**, ano XII, n. 125, p. 1-29,

jun. 2012. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/10399422>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCP. **Revista Consultor Jurídico**, 19 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-npc>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 264, p. 83-107, fev. 2017.

TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (Coords.). **Fazenda Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 283-294.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. *In*: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coords.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 139-164.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

VIEIRA, Pedro Gallo; FARO, Julio Pinheiro. Um inventário sobre a Advocacia de Estado no Direito Comparado Sul-americano. *In*: PEDRA, Adriano Sant'ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA, Pedro Gallo (Coords.). **Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 21-35.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.