

NOVOS PARADIGMAS PARA A ADVOCACIA DE ESTADO: DA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CONSENSUALIDADE E DE RESPEITO AOS PRECEDENTES NA ADVOCACIA CONTENCIOSA.

Filipe Bezerra de Menezes Picanço*

Sumário – 1. Introdução; 2. Da Superação do Princípio da Supremacia do Interesse Público; 3. Do Dever de Respeito aos Precedentes Vinculantes; 4. Da Possibilidade de Acordos Judiciais; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. Introdução

Desde o advento da Constituição de 1988 o direito brasileiro tem experimentado uma evolução sem precedentes em sua história. Os processos de reconhecimento da força normativa da constituição e de constitucionalização do direito tem provocado uma verdadeira revolução em todos os campos do direito, sobretudo e particularmente no direito público. Por isso:

Entendemos que a noção da supremacia do interesse público, que serve de base, juntamente com a da indisponibilidade do interesse público, para a definição do conteúdo do regime jurídico-administrativo, precisa ser entendida em seu exato sentido, à luz da mais autorizada doutrina em torno do tema, ante as modernas tendências democratizantes do direito administrativo; ante o conteúdo da Constituição de 1988; e ante as perspectivas histórico-sociológicas da realidade que atravessamos em nosso País.¹

Os velhos paradigmas da supremacia do interesse público e das nefastas razões de estado, insindicáveis, foram aos poucos superados. A Administração Pública, buscando acompanhar as mutações e evoluções da sociedade, vem sendo modernizada e hoje é guiada por novos paradigmas, como a legitimidade, a finalidade, a eficiência e os resultados².

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

¹ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, maio/junho/julho, 2011. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>>. Acesso em 07 de setembro de 2015.

² Vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizontes: Fórum, 2008.

Fartamente propagada na doutrina, essa mutação tem transformado a Administração Pública, mas, no que toca à Advocacia de Estado, parece ter se limitado a sua atuação consultiva. Nós da advocacia pública brasileira evoluímos sobremaneira no que toca a advocacia consultiva, buscando formas modernas e inovadoras de atender ao interesse público e realizar os fins sociais a que estamos vinculados. Nos esquecemos, contudo, de levar essa evolução para o campo da advocacia contenciosa, sobretudo quando lidamos com o contencioso de massa.

É estranho, e diria até esquizofrênico, defendermos uma administração consensual, que busca legitimidade no diálogo com o administrado, que admite sujeitar-se a cláusulas arbitrais, mas que em sede judicial diz que a indisponibilidade do interesse público nos impede de realizar acordos ou de participar de audiência de conciliação.

Por outro lado, vimos o nosso direito tradicionalmente vinculado ao sistema romano-germânico ser profundamente influenciado pelo sistema da *common law*. O princípio da legalidade transmutou-se em princípio da juridicidade. Hoje estamos vinculados não mais apenas à lei, mas ao Direito. E, em um momento de emergência da jurisprudência vinculante, com a proliferação em nosso direito de institutos como a Súmula Vinculante, a Repercussão Geral e os Recursos Repetitivos, não podemos mais admitir uma advocacia pública contenciosa alheia a essa realidade.

Este é o enfoque deste estudo, iniciar um debate sobre novos caminhos para a advocacia contenciosa de Estado, focando sobretudo na aplicação dos paradigmas da consensualidade e da observância dos precedentes em sede de litígios judiciais envolvendo a Administração Pública.

2. Da Superação do Princípio da Supremacia do Interesse Público

Se em sede doutrinária e consultiva, mesmo no interior das Procuradorias e Advocacias Públicas, já aceitamos a relativização da Supremacia do Interesse Público, no campo do contencioso judicial não nos cansamos de invoca-la.

Quando nos faltam argumentos fáticos ou jurídicos invocamo-la como uma espécie de “*katchanga real*”³, que nos levaria a inescapável vitória em qualquer litígio.

Hoje, contudo, não admitimos mais que o Estado tenha comportamentos utilitaristas e veja as pessoas como um meio para a persecução de determinados fins públicos. Desde a “virada kantiana”, de corte antiutilitarista, o homem passou a ser visto como um fim em si mesmo, dotado de dignidade e titular de direitos inalienáveis, que, por isso, não pode ser reduzido a condição de meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais.

A dignidade exige o respeito por si mesmo – e consequentemente o respeito a todos os outros seres humanos – e a responsabilidade de escolher os critérios de sucesso da sua própria vida (autenticidade), com o consequente dever de deferência às escolhas de terceiros sobre as suas próprias vidas⁴.

³ Warat contou a estória para metaforizar (e criticar acidamente) a dogmática jurídica. Afinal, dizia “a dogmática jurídica é um jogo de cartas marcadas”. E quando alguém consegue entender “as regras”, ela mesma, a própria dogmática, tem sempre um modo de superar os paradoxos e decidir a “coisa” ao seu modo...”. STRECK, Lênio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. Consultado em 08/09/2015 no site <http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>.

⁴ DWORKIN, Ronald. A raposa e o porco-espinho: justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

No Brasil, em particular, a dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CRFB), juntamente com outros valores como o pluralismo político, a cidadania e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que parecem afastar um princípio que estabelece a prevalência em qualquer caso do interesse público sobre o interesse privado.

Não se está aqui a dizer que o interesse particular deverá sempre prevalecer sobre o público. “*Podem existir casos nos quais o interesse público ainda hoje receba a supremacia. Decisivo é apenas que os tribunais fundamentem normativamente essa superior hierarquia e não sucumbam a fórmula tradicional ou a postulados em vez de dar uma fundamentação*”⁵.

Tal dever de fundamentação e observância do postulado normativo da proporcionalidade deve ser aplicado tanto para se decidir em favor do interesse público, como contrariamente a ele. E, note-se, a jurisprudência vem afastando a supremacia do interesse público em muitos casos, como nas ações de fornecimento de medicamentos, nas quais chega-se ao ponto de admitir o sequestro de verbas públicas, superando princípios e regras relativos ao orçamento público. Vejamos acórdão do STJ em sede de recurso repetitivo:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5º. DO CPC. *BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE*. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ.

1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ. (REsp 1069810 / RS - Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Primeira Seção - DJe 06/11/2013, RSTJ vol. 233 p. 40)

Esse entendimento vem sendo observado pelos Tribunais estaduais, como podemos ver no seguinte acórdão do TJRJ:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Decisão que negou seguimento ao recurso do agravante. Ação de obrigação de fazer. *Fornecimento de medicamento. Bloqueio*

⁵ HABERLE, Peter. Cit in: ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 195.

de verba pública. Direito à Saúde e à Vida. Nas hipóteses em que haja o descumprimento da obrigação estatal de fornecer os medicamentos necessários ao tratamento de saúde da parte, cuja ausência possa gerar grave dano ou por em risco sua vida, o art. 461, § 5º, do CPC autoriza a aplicação de medidas variadas, como o bloqueio e sequestro de valores à disposição do ente público, sem com isso vulnerar o princípio da supremacia do interesse público. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Aplicação da Súmula nº 178 do TJRJ. Decisão do Relator que se confirma por seus próprios fundamentos. Agravo interno a que se nega provimento. (Agravo de Instrumento 0019385-41.2014.8.19.0000 - DES. JOSE ROBERTO P COMPASSO - Julgamento: 20/05/2014 - Nona Câmara Cível)

Note-se que embora a decisão afirme que o sequestro de verbas públicas no caso não vulnera o princípio da supremacia do interesse público, o que temos é justamente essa suposta supremacia sendo posta de lado em favor de um direito individual.

Ao invés de uma regra de prevalência absoluta, impõe-se ao aplicador do direito um percurso ponderativo que, considerando a pluralidade de interesses em jogo, proporcione uma solução capaz de melhor realizar o interesse público e demais interesses.

Não há, destarte, uma supremacia inerente do interesse público sobre o particular. Minimamente devemos admitir, como fez o Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO⁶, a distinção, levada a cabo por RENATO ALESSI, entre interesses públicos primários e secundários, sendo o primeiro a razão de ser do Estado, sintetizando-se nos fins que cabem a ele promover, como justiça, segurança e bem estar social, e o segundo o interesse da pessoa jurídica de direito público, que pode ser identificado como o interesse do Erário, para concluir que o interesse público secundário jamais desfrutará de supremacia abstrata e *a priori*, e que o interesse público primário deve ser visto não como um princípio, mas sim como um postulado normativo que não deve ser ponderado, mas ser de parâmetro da ponderação. Ou seja, o interesse público primário não será pesado na “balança” da ponderação, ele é parte da “balança”.

Com isso, desmistifica-se o conceito positivista de interesse público, antes formulado em termos absolutos (supremos), admitindo-se que se considerem ponderadamente, caso a caso, a concorrência de outros valores juridicamente protegidos.

Fixada tal premissa, a de que não há uma supremacia absoluta do interesse público e de que ele deve ser ponderado em cada hipótese, partimos para a sua aplicação em dois casos emblemáticos da atuação contenciosa das advocacias públicas, a resistência à realização de acordos judiciais e à submissão aos precedentes.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p.vii-xviii.

3. Do Dever de Respeito aos Precedentes Vinculantes

Nunca se discutiu a aplicação do princípio da legalidade à Administração Pública. A nossa Constituição, em seu art. 37, consignou de forma expressa o dever que a Administração Pública tem de observar e obedecer tal princípio.

Este princípio, contudo, deve ser tomado em seu sentido mais amplo, de juridicidade, que impõe a submissão do Estado não apenas à Lei, mas ao Direito. Tal vinculação consta de forma expressa do art. 103, 1, da Constituição Espanhola de 1978⁷, bem como do art. 20, §3º, da Lei Fundamental de Bonn⁸. No Brasil, o princípio da legalidade, entendido como princípio da juridicidade, que impõe a submissão da Administração Pública à Lei e ao Direito, pode ser inferido implicitamente da Constituição da República e foi expressamente positivado na Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999), que em seu art. 2º, parágrafo único, inciso I, exige a “*atuação conforme a lei e o Direito*”.

Por outro lado, não há como negar a jurisprudência como fonte do direito. Para o Ministro GILMAR MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO a “*jurisprudência, em especial a do Supremo Tribunal Federal, também é fonte, embora complementar, do Direito Constitucional (...)*”⁹. Ao interpretar o enunciado normativo o juiz extrai a norma do texto legal, sendo partícipe de sua criação. Assim, temos que admitir que:

Numa compreensão concreta da experiência jurídica, como é a da teoria tridimensional do Direito, não tem sentido continuar a apresentar a Jurisprudência ou o costume como fontes acessórias ou secundárias.¹⁰

Ora, se a jurisprudência é fonte do direito e a Administração Pública deve se guiar pelo princípio da legalidade, que impõe o dever de obediência à lei e ao Direito, uma simples interpretação silogística nos leva a infórmável conclusão de que a Administração Pública deve atuar conforme a jurisprudência.

Não há que se discutir o dever de observância das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou das Súmulas Vinculantes, uma vez que a Constituição expressamente lhes atribui eficácia contra todos e efeito vinculante em relação à Administração Pública (vide arts. 102, §2º e 103-A, da CRFB). Cabe analisar que outras jurisprudências, como fonte do direito, devem vincular a Administração Pública.

Exigir da Administração Pública a observância obrigatória de qualquer jurisprudência seria o mesmo que lhe destituir por completo de suas atribuições constitucionalmente impostas. Estar-se-ia, assim, entregando ao Judiciário a função de administrar o estado. Isto não se pode admitir.

⁷ Artículo 103. 1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

⁸ Artigo 20. (3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58.

¹⁰ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 160.

Não se quer aqui colocar a Administração Pública em uma posição de mera cumpridora de decisões judiciais. Uma submissão completa a quaisquer decisões judiciais estimularia uma administração omissa, não representativa, descumpridora do seu dever de responsividade para com o Estado Democrático.

Embora o princípio da segurança jurídica imponha que um Poder dê a palavra final sobre a interpretação normativa - e tal função foi atribuída ao Judiciário - sou a favor de um modelo dialógico que permita que os poderes sejam constantemente “desafiados” pelos demais e chamados ao diálogo para a construção de soluções costuradas entre Legislativo, Executivo e Judiciário. A teoria dos diálogos institucionais não afasta, contudo, o dever de vinculação a determinados precedentes. Esses precedentes deverão ser observados até que ocorra a sua superação jurisprudencial.

Voltemos a questão acerca de qual jurisprudência é vinculante.

Entendo absolutamente inviável não conciliar a técnica de seleção de casos com Repercussão Geral nos processos submetidos a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal - STF com o efeito vinculante. Se o Supremo seleciona questões caracterizadas pela relevância e transcendência, não se pode admitir que estas questões sejam tratadas de forma diversa pelos Tribunais inferiores e pela Administração Pública.

A mesma lógica se aplica à sistemática dos Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça – STJ. Decidida uma questão na forma do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973 – CPC/73, tal precedente deve ter força vinculante, devendo ser observado pelos Tribunais inferiores e pela Administração Pública.

Note-se que o CPC/15, em seu art. 1.040, incisos II e III fala que o órgão que proferiu o acórdão o “reexaminará” sua decisão contrária ao precedente firmado, e que os processos suspensos “retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior”. O enunciado deixa claro que não há uma opção, o precedente vincula e deve ser aplicado obrigatoriamente.

Por fim, a Administração Pública, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15, deverá observar os precedentes fixados em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Afinal, se a decisão proferida neste incidente deverá ser aplicada a todos os processos em curso e aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito (art. 985 do CPC/15), seria contraproducente e injurídico a Administração Pública não os observar em sua atuação.

Os casos citados acima podem ser identificados como decisões que formam precedentes. E o precedente judicial deve ser entendido como “*fonte de direito: isto é, toma-se a decisão como ato jurídico que tem por eficácia (anexa) lançar-se como texto do qual se construirá uma norma*”¹¹. Os precedentes são normas jurídicas.

A jurisprudência produzida pelo STF em casos com Repercussão Geral, pelo STJ nos Recursos Repetitivos e pelos Tribunais em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto no CPC/15, configura Direito, tem natureza de precedente vinculante, ou seja, natureza normativa, e, como tal, se impõe à Administração Pública em virtude do princípio da legalidade/juridicidade.

De se destacar que mesmo antes de tais institutos terem sido positivados no

¹¹ MACEDO, Lucas Buril de. O Regime dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Ano 39, vol. 237. Editora Revista dos Tribunais, nov. 2014, p. 371.

direito brasileiro, a ilustre Procuradora do Estado do Rio de Janeiro PATRÍCIA PERRONE já defendia que a jurisprudência dominante ou sumulada dos tribunais superiores, que autorizava os relatores a negar ou dar provimento monocraticamente na forma do art. 557, *caput* e §1º do CPC/73, possuía eficácia impositiva intermédia, não configurando uma jurisprudência meramente persuasiva¹².

A advocacia pública, destarte, quando pacificada uma questão discutida em Juízo em alguma dessas hipóteses, deve acatar tal decisão.

Tal prática, contudo, não vem sendo adotada com frequência nas advocacias públicas. É comum a proliferação de impugnações e recursos em clara e franca oposição à jurisprudência vinculante dos tribunais.

A insistência na apresentação de teses defensivas contrárias a precedentes vinculantes viola o Direito não apenas por desrespeito aos precedentes, mas também por violação a princípios constitucionais e legais como o da segurança jurídica, da isonomia, da celeridade processual, da boa-fé e da lealdade processual.

O exercício abusivo do direito de defesa configura ato ilícito, conforme preceitua o art. 187 do Código Civil–CC/02, e viola a função social do processo, qual seja, “*obter em prazo razoável a solução integral do mérito*” (art. 4º do CPC/15).

Nesse ponto, cumpre frisar que o CPC/73 em seu art. 17, VII, (correspondente ao art. 80, VII, do CPC/15) considera litigante de má-fé aquele que interpõe recurso manifestamente protelatório. Ora, não há como se negar que um recurso que se propõe a discutir questões de direito já pacificadas em sede de jurisprudência vinculantes deve ser entendido como ato meramente procrastinatório, que viola a função social do processo, devendo ser penalizado pelo magistrado, independente do dano efetivo ao *ex adverso*¹³.

E, diga-se de passagem, de pouco pode adiantar que, com o mérito nos sendo desfavorável, nos alonguemos em infundas discussões de preliminares processuais, pois, a obtenção de uma decisão de mérito é um direito das partes (art. 4º, CPC/15) e todos os sujeitos do processo devem cooperar para a sua obtenção em tempo razoável (art. 6º, CPC/15). Ademais, o Juiz deve, antes de proferir decisão sem resolução de mérito, oportunizar à parte que corrija o vício. O objetivo do processo e o princípio da justiça impõe que procuradorias cooperem para obtenção de uma decisão de mérito.

O que foi dito já seria suficiente para impor à Advocacia Pública uma atuação judicial mais consentânea com os precedentes vinculantes. Contudo, tal situação é agravada quando se tem em mente um dispositivo específico do CPC/15, ao qual a Administração Pública deverá se adaptar, a sucumbência recursal.

Os §§ 1º e 11, do art. 85, do CPC/15 preveem a possibilidade da sucumbência recursal ou a possível majoração dos honorários anteriormente fixados, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau de recurso. Em suma, a insistência na interposição de recursos contrários às teses jurídicas fixadas em precedentes vinculantes, para além de violar o interesse público primário da realização da Justiça e configurar abuso do direito de defesa, ocasionará prejuízos ao interesse público secundário, pois a majoração dos honorários de sucumbência irá onerar ainda mais os cofres públicos.

¹² MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 107.

¹³ SAMPAIO, Melissa di Lascio. O princípio da celeridade e a responsabilidade do Estado pela delonga na prestação jurisdicional. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 72, jul./dez. 2010, p. 276.

Sob esta ótica, há de se concluir que, diante do panorama apresentado acima, de releitura do princípio da supremacia do interesse público e de entendimento do princípio da legalidade como dever de submissão à lei e ao Direito, a Advocacia Pública não deverá recorrer – em verdade sequer impugnar – nos casos em que a demanda se amoldar a um precedente vinculante que lhe é desfavorável.

O ordenamento impõe essa espécie de “dispensa genérica” automática, afinal, sendo o precedente norma e, portanto, Direito, a Administração Pública deve obediência a ele. Haveria, assim, uma inversão do ônus argumentativo, presumindo-se que a realização do interesse público não reside mais na reforma da decisão, mas sim em acatá-la e executá-la, pois que realizadora da justiça e da juridicidade.

Cabe, nesses casos, à Advocacia Pública respeitar o que consta do precedente. Caso entenda não ser aplicável o precedente ao caso, seja por necessidade de superação (*overruling*), seja pela distinção entre o caso concreto e o precedente (*distinguishing*), o procurador do feito deveria requerer autorização da sua chefia ou do Procurador Geral para interpor recurso.

Ou seja, a lógica se inverteria. Se, em regra, o procurador deve ter autorização para deixar de recorrer (dispensa), nos casos em que o julgamento se fundar em precedentes vinculantes, a autorização seria necessária para a interposição do recurso.

Essa é uma leitura consentânea com uma cultura dos precedentes, institucionalizada aos poucos no direito brasileiro, que deve ser implementada pela Advocacia Contenciosa de Estado, para adequá-la aos novos paradigmas acima apresentados.

4. Da Possibilidade da Realização de Acordos Judiciais

Sob alegação genérica de indisponibilidade do interesse público, é comum ver as advocacias públicas pleitearem a dispensa de comparecimento às audiências de conciliação, bem como aduzirem a impossibilidade da realização de acordos. A resistência à realização de acordos é tamanha que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro afirmou que:

(...) A PRAXE PERMITE CONCLUIR SER MUITO PEQUENA - PARA NÃO DIZER, NENHUMA - A POSSIBILIDADE DE ACORDO, COMO ACONTECE NAS DEMANDAS DE MEDICAMENTOS EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA, DEMANDAS ESSAS EM CUJAS AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÃO A FAZENDA SEQUER COMPARECE (...). (Agravado e Instrumento 0026648-27.2014.8.19.0000 - DES. JUAREZ FOLHES - Julgamento: 03/12/2014 - Vigésima Sexta Câmara Cível)

É fora de dúvida que o interesse público secundário, na já citada classificação de RENATO ALESSI, que não goza de supremacia abstrata, não é indisponível e, portanto, pode ser objeto de acordos. Nesse caso não estão envolvidos os fins que compete o Estado promover, mas o mero interesse do Erário.

Note-se que mesmo em casos que envolvem o interesse público primário a

concretização de um acordo pode melhor realizá-lo do que configurar uma indevida disposição do interesse público. Essa a conclusão a que chegou DIOGO DE FIGUEIREDO:

Afastadas as convicções ideologizadas pelo tempo e pela inércia, a objeção central técnica remanescente se prendia à interpretação dada ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Segundo a ótica então dominante, na esfera administrativa seria impossível negociar com o interesse público, o que proscreveria o emprego de todos os instrumentos do gênero, incluindo-se os de composição extrajudicial de conflitos, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e os ajustamentos de conduta.

Ora, distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos que envolvam a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, *jamaís se cogita de negociar o interesse público, mas, sim, de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência.*

*É que coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. (...)*¹⁴(grifei).

À mesma conclusão chegou o STF:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, *há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse.* Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. (RE 253885/MG - Relatora: Min. ELLEN GRACIE - Primeira Turma - DJ 21-06-2002 PP-00118) (grifei)

A possibilidade de a Administração Pública transacionar direitos é, portanto, inequívoca. De se destacar o Convênio de Cooperação nº 003/504/2012, que criou a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde na Capital do Estado do Rio de Janeiro, iniciativa indicada ao Prêmio Innovare de 2014.

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Reforma do Estado – problemas fundamentais. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século. In: Mutações de Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 77.

A Câmara de resolução de litígios de saúde - CRLS, criada por ato assinado em maio de 2012 (Convênio de Cooperação nº 003/504/2012), reúne Procuradores do Estado, Procuradores do Município, Defensores Públicos do Estado e da União e representantes da Secretaria de Estado de Saúde e da Secretaria Municipal de Saúde, com o escopo de promover o atendimento de partes assistidas pela DPGE e pela DPU e que demandem prestação de serviço de saúde, de modo a evitar o ajuizamento de ações, buscando solução administrativa para oferta de medicamento, agendamento de procedimento cirúrgico ou clínico, internação ou exame médico.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro destaco ainda a Lei nº 7.020/2015, que ao prever a possibilidade de celebração de Termo de Ajuste de Conduta Tributária com contribuinte, trouxe à baila uma solução consensual que tem realizado o interesse público com o incremento expressivo da arrecadação.

Saudadas e premiadas as iniciativas que buscam a resolução consensual de conflitos na esfera pública extrajudicial, é preciso transpor tais conceitos para o seio dos processos judiciais, buscando soluções consensuais também em litígios submetidos ao Poder Judiciário.

RODRIGO MAZZEI e BÁRBARA SECCATO RUIS CHAGAS¹⁵, citando DANIEL GOMES DE MIRANDA, afirmam que o princípio da cooperação deve ser um dos pilares do processo no século XXI, a fim de estimular os atores a participarem, de maneira ativa e isonômica, da consecução de uma decisão justa. A busca da conciliação é uma das formas de realizar o dever de cooperação e a advocacia pública contenciosa deve engajar-se nela.

O legislador pátrio parece a todo momento tentar estimular a busca de soluções conciliatórias no processo civil. Basta analisar o CPC/15, que determinou logo em seu art. 3º, § 2º que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Já no art. 334 o novo Código deixa expressa a obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação no procedimento comum do processo de conhecimento.

Sobre esse tema a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM aprovou enunciado 61 do Seminário “O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil”, com o seguinte teor:

Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8º.

Aos olhos do Judiciário parece, ao menos *a priori*, que a Fazenda Pública não poderá alegar a indisponibilidade do interesse público para deixar de comparecer a tal audiência, pois esta somente poderá ser dispensada se de comum acordo com a outra parte da demanda. O Legislador não fez qualquer ressalva quanto a aplicação de tal regra à Administração Pública, o que denota o seu desejo de que o Poder Público também participe do processo de soluções consensuais de litígios.

¹⁵ MAZZEI, Rodrigo e CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breves diálogos entre negócios jurídicos processuais e a arbitragem. Revista de Processo. Ano 39, vol. 237. Editora Revista dos Tribunais, nov. 2014, p. 226.

Nesse sentido, a vontade do legislador foi inequivocamente expressa no art. 8º da Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, dispositivo que tenta estimular a conciliação ou transação no âmbito das causas de competência dos Juizados Especiais. Assim, segundo BALTAZAR RODRIGUES¹⁶, ao tratar de premissas dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, como a possibilidade de conciliação, inexistência de prazos diferenciados, necessidade de apresentação de documentos e inexistência de reexame necessário:

Ainda que se reconheça plenamente que o interesse público é indisponível, é certo que as demandas submetidas ao procedimento especial dos Juizados devem sempre ser tratadas e pensadas estrategicamente, considerando-se tais premissas.

Tal observação, com o início da vigência do CPC/15, deverá ser transposta também para o procedimento comum. A Advocacia Pública deverá tratar e pensar estrategicamente os processos, entendendo que, por vezes, um acordo pode ser a melhor solução, sobretudo no contencioso de massa.

Há de se considerar, especialmente, os custos decorrentes da manutenção de uma demanda, muitas vezes fadada ao insucesso, bem como os gastos financeiros e de pessoal, com a movimentação das máquinas administrativa e judicial.

É preciso ter em mente que uma Administração Pública orientada pelo princípio da juridicidade não está imune aos princípios da razoável duração do processo e da cooperação. Compete, portanto, à Advocacia Pública Contenciosa abandonar as práticas protelatórias que buscavam postergar ao máximo a resolução do litígio, e centrar seus esforços na pacificação social célere.

Note-se que, conforme já dito, a realização de um acordo pode, para além de “encurtar” o processo, melhor realizar o interesse público. Quando, por exemplo, houver a respeito da matéria posta em juízo precedente vinculante, a transação judicial poderia servir à busca de melhores formas de pagamento, com possibilidade de parcelamento do débito, compensação com créditos da Fazenda contra o autor da ação, redução dos honorários de sucumbência e até mesmo do débito principal, ou fixação de índices de atualização da dívida mais favoráveis ao Poder Público, entre outras possibilidades.

A Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, ao aprovar com as ressalvas do então Procurador Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos, FLAVIO WILLEMANN, o Parecer nº 01/2008-FLW, do Procurador FERNANDO LEME WEISS, entendeu ser possível a celebração de acordo judicial que envolva o pagamento de valores pelo Poder Público, independente da expedição de precatório, desde que: não haja decisão judicial transitada em julgado; que o acordo envolva direitos patrimoniais disponíveis do poder público; e que a transação revele verdadeiro negócio para extinguir o litígio e não apenas uma antecipação do pagamento que se sabe devido.

A realização de acordos judiciais, em determinados momentos, pode impedir que causas ainda não maduras do ponto de vista da Administração Pública sejam

¹⁶ RODRIGUES, Baltazar José Vasconcelos. Os juizados especiais da fazenda pública no Estado do Rio de Janeiro: A união entre a efetividade da tutela diferenciada e a celeridade do processo eletrônico sob o enfoque da defesa do interesse público. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº. 67, 2013, p. 67.

levadas aos tribunais e acabem por formar precedentes vinculantes. Propõe-se aqui que a Advocacia Pública pense estrategicamente a condução do processo, considerando o efeito multiplicador que um precedente desfavorável pode acarretar.

Em suma, a busca por soluções consensuais é um imperativo do Estado Democrático e de uma Administração fundada na legitimidade e responsividade, pois a conciliação pode ser um caminho para realizar a justiça, de forma mais célere, e, ao mesmo tempo, melhor realizar o interesse público.

Destarte, a Advocacia Pública deve dar aos procuradores que atuam no contencioso judicial maior autonomia negocial para a procura de soluções consensuais, e deve regulamentar casos e hipóteses em que a conciliação deva ser efetivamente buscada.

O Legislador e o Judiciário veem na resolução consensual de conflitos uma solução para o congestionamento da Justiça. A Administração Pública não pode ficar à margem desse processo.

5. Conclusão

O presente estudo não se propôs a apresentar soluções finais para as questões aqui tratadas. O que se pretendeu foi trazer a lume uma nova realidade que impõe à Advocacia Pública a necessidade de se reinventar.

O moderno entendimento acerca do interesse público não como uma regra de supremacia absoluta, mas como um postulado normativo que impõe o dever de, caso a caso, buscar a sua melhor concretização, abre espaço para que a Administração Pública se adeque a novas realidades.

Destacamos, então, dois paradigmas do direito que, nos últimos anos, sofreram profundas transformações, às quais a Administração Pública deve se adaptar. O paradigma da vinculação aos precedentes e o paradigma da consensualidade.

Os precedentes vinculantes são uma realidade. Sendo eles fonte de direito, a Advocacia Pública, em razão do princípio da juridicidade, deve, em certo grau, submissão a eles, devendo a sua atuação se pautar também por estas decisões.

Quanto à consensualidade, foi demonstrado que a possibilidade de realização de acordos judiciais pode se apresentar como uma solução para o super congestionamento do Judiciário, além de, casuisticamente, poder se apresentar como uma melhor forma de se alcançar o interesse público.

A vigência do novo Código de Processo Civil se avizinha e este diploma deu grande ênfase a essas duas questões. Assim, não há tempo a perder, a Advocacia de Estado precisa se adaptar a estes novos paradigmas.

6. Bibliografia

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 26, maio/junho/julho, 2011. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>>. Acesso em 07 de setembro de 2015.

- BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial *versus* diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- MACEDO, Lucas Buril de. O Regime dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Ano 39, vol. 237. Editora Revista dos Tribunais, nov. 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. O Projeto de CPC: crítica e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MAZZEI, Rodrigo e CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breves diálogos entre negócios jurídicos processuais e a arbitragem. Revista de Processo. Ano 39, vol. 237. Editora Revista dos Tribunais, nov. 2014.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes - O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Reforma do Estado - problemas fundamentais. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século. In: Mutações de Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- RODRIGUES, Baltazar José Vasconcelos. Os juizados especiais da fazenda pública no Estado do Rio de Janeiro: A união entre a efetividade da tutela diferenciada e a celeridade do processo eletrônico sob o enfoque da defesa do interesse público. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº. 67, 2013.
- SAMPAIO, Melissa di Lascio. O princípio da celeridade e a responsabilidade do Estado pela delonga na prestação jurisdicional. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 72, jul./dez. 2010.
- SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos *versus* Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- STRECK, Lênio Luiz. A Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil. Consultado em 08/09/2015 no site <http://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>