

Notas sobre mediação, conciliação e as funções da Advocacia Pública: uma perspectiva à luz do Direito Administrativo contemporâneo

Notes on mediation, conciliation and the functions of Public Advocacy: a perspective in the light of contemporary Administrative Law

Flávio Amaral Garcia¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo abordar o impacto da consensualidade como modo de agir da Advocacia Pública. Pretende-se demonstrar que existe um enorme espaço para que as técnicas de mediação e negociação, por exemplo, sejam expandidas como forma de solucionar os conflitos. A judicialização dos conflitos envolvendo os entes públicos reclama urgente reversão. Propugna-se, no presente texto, a retomada do papel de centralidade do processo administrativo como forma de endereçar e solucionar os conflitos e litígios. A Advocacia Pública do século XXI deve ser preventiva e não meramente reativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; consensualidade; Advocacia Pública; negociação; mediação; arbitragem.

1 Professor de Direito Administrativo da FGV-RJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Sócio do Escritório Juruena & Associados.

ABSTRACT: The present article aims at addressing the impact of the consensuality as a conduct of the State Attorneys. We intend to demonstrate the existence of plenty of room for mediation and negotiation techniques, for instance, to be expanded as a way of settling disputes. The judicialization of conflicts involving the Federal Government, the States and the Municipalities requires urgent reversal. In this text, we defend the resumption of the central role of the administrative procedure as a means of addressing and resolving disputes. The State Attorneys' activity in the 21st century must be preventive; not merely reactive.

KEYWORDS: Administrative Law; consensual methods; Public Advocacy; negotiation; mediation; arbitration.

1 O DIREITO ADMINISTRATIVO, O PRINCÍPIO DA JURISDIÇÃO UNA E O EXCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO

No Brasil, de um modo geral, a construção do Direito Administrativo foi essencialmente doutrinal.² Na origem, os administrativistas buscavam beber na fonte da jurisprudência firmada no Conselho de Estado e na

2 Conforme anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Enquanto, no Direito Francês, o direito administrativo era de formação pretoriana, jurisprudencial, adaptável de forma mais flexível ao interesse público sempre cambiante, pelo trabalho criativo da jurisprudência, no Brasil essas mesmas teorias e princípios foram incorporados ao direito positivo.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 anos de Direito Administrativo brasileiro*. In: Cadernos de Direito e Cidadania II (IEDC). São Paulo: Artchip, 2000, p. 62). No mesmo sentido leciona Fernando Dias Menezes de Almeida: “De um lado, os autores brasileiros – isso se aplica particularmente ao caso da teoria do contrato administrativo – fundamentam-se em doutrina e jurisprudência francesas. De outro, em um momento posterior, tal teoria foi sendo progressivamente cristalizada na legislação brasileira.” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 41).

própria doutrina francesa. Esse aspecto histórico é deveras relevante para compreender a formação dos nossos institutos.

Algumas características bastante relevantes dessa origem francesa ainda se apresentam marcantes na nossa práxis administrativa: (i) assimetria em relação ao Direito Privado; (ii) princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado; (iii) princípio da Indisponibilidade do Interesse Público; (iv) imperatividade.

Bem verdade que, se antes tais premissas eram consideradas absolutas, hodiernamente essas características vêm sendo temperadas por visões mais contemporâneas e revisitadas por meio de estudos e investigações doutrinárias que lançam um olhar próprio do Direito Administrativo do século XXI e das suas constantes mutações.³

O ponto a ser abordado aqui, no entanto, é de outra natureza. Não obstante ter importado o arcabouço dogmático do Direito Administrativo francês, o Direito Administrativo brasileiro não importou o sistema administrativo para solucionar os litígios e o exercício do controle dos atos e contratos da Administração Pública.

Como notório, no Brasil, adota-se o princípio da jurisdição una⁴,

3 Nesse sentido, estão algumas obras como: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos institutos consensuais da ação administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, pp. 129-156, jan. 2003. ISSN 2238-5177; SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo em debate*. 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado, v. 59, 2005; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

4 Confira-se o conceito de jurisdição una formulado por Hely Lopes Meirelles: “O sistema judiciário ou de jurisdição única, também conhecido por sistema inglês e, modernamente, denominado sistema de controle judicial, é aquele em que todos os litígios – de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados – são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário.” (MEIRELLES, Hely

previsto expressamente no XXXV do art. 5º da Constituição da República, segundo o qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Significa dizer que todos os conflitos – administrativos ou entre particulares – somente poderão ser solucionados com caráter de definitividade pelo Poder Judiciário. Isso quer dizer, *a contrario sensu*, que as questões resolvidas em sede administrativa não ganham o revestimento da *res iudicata*.

O regime francês, ao contrário, adotou o sistema de dualidade de jurisdição, caracterizado por admitir a coexistência, ao lado da jurisdição comum, de uma estrutura de contencioso administrativo na solução dos conflitos que envolvam a Administração Pública. Existem, portanto, tribunais administrativos que solucionam os litígios estabilizando-os com a definitividade própria da coisa julgada. Isso não ocorre no Brasil.

Em certa medida, o fato de a Administração Pública não contar com uma estrutura própria de Justiça Administrativa acarretou, ao menos, duas consequências importantes: (i) um certo descaso com as estruturas administrativas para resolver os conflitos nas mais diversas áreas (tributária, previdenciária, pessoal, contratual etc.), já que, ao fim e ao cabo, qualquer decisão administrativa poderia ser mesmo revista pelo Poder Judiciário; (ii) obrigou a levar para o Judiciário questões altamente complexas e sofisticadas, como é o caso, por exemplo, de conflitos envolvendo reequilíbrios econômico-financeiros em contratos de concessão, que apresentam uma série de componentes que escapam por completo do conhecimento tradicional dos contratos administrativos regidos pela Lei n. 8.666/93.

Durante um longo período, a solução dos conflitos tendo como sede o processo administrativo não assumiu o protagonismo que merecia, até

Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004).

mesmo em razão de uma postura pouco colaborativa dos entes públicos⁵, que, não raro, postergavam direitos, evitavam reconhecer os seus erros e preferiam endereçar os litígios para o Judiciário, na equivocada perspectiva do “*quanto mais demorar melhor*”. Prevalcia aqui uma lógica perversa de postergar eventual condenação para o outro agente político, o que configura um verdadeiro amesquinamento das funções públicas e da real compreensão do interesse público.

Como regra, os entes públicos não possuem estruturas definidas para o contencioso administrativo, especializadas no julgamento das ações que envolvam a Administração Pública, o que também concorre por repercutir diretamente no vertiginoso aumento dos litígios levados ao Poder Judiciário e na demora em serem solucionados.

Essa, contudo, não é a única causa da excessiva judicialização. Com efeito, a Constituição assegurou direitos sociais aos indivíduos, criando correlatos deveres aos entes públicos, além de facilitar o acesso à Justiça, conquistas que, inegavelmente, representam um enorme avanço para o Estado Democrático de Direito.

De um lado, a intensificação do acesso ao Judiciário é o resultado prático da maior conscientização da sociedade em relação aos seus direitos;

5 Evidente que essa é uma generalização que deve ser lida com os temperamentos necessários, seja em razão da postura de cada ente, seja em razão do fato de que em determinados setores o processo administrativo sempre assumiu uma relevância. É o caso, por exemplo, das questões tributárias que têm nos Conselhos de Contribuintes estruturas administrativas bem organizadas e tecnicamente aparelhadas. Em Nota Técnica de 2019, a OAB/RJ já se manifestou sobre a sua importância: “Importante ressaltar que o Conselho de Contribuintes, segundo grau criado com o intuito de trazer uma paridade no julgamento dos lançamentos efetuados pela Fazenda Estadual, é importante instrumento democrático, que reforça o princípio da autotutela e materializa o devido processo legal e todos os seus consectários, tais como ampla defesa e contraditório. Uma vez concedidos, estes não podem ser extirpados do contribuinte sob pena de vedação ao retrocesso em termos de direitos fundamentais.” Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-oab-rj-fim-conselho.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

direitos individuais e sociais são reconhecidos, e os conflitos que produzem são invariavelmente encaminhados aos Tribunais, sem qualquer triagem ou mesmo alguma tentativa de solução da questão pela via administrativa.

Também o acesso fácil pela via do processo eletrônico gera, não raro, uma massificação de processos e padronização da atividade intelectual, que acaba envolvendo advogados, públicos e privados, promotores, defensores e juízes, criando uma espiral de irracionalidade que leva à prevalência das atividades auxiliares, como as de técnicos, residentes, estagiários e secretários dessas carreiras, a ponto de as tornarem indispensáveis em suas respectivas estruturas, públicas e privadas, eis que a atividade intelectual torna-se reduzida e se amesquinha, diante da necessária gestão e administração de modelos e peças padronizadas de todo tipo, em ciclo que se autorreproduz e pouco ou nada concorre para que se realize, afinal, a desejada justiça.

Acresce que a falência na prestação de alguns serviços públicos, a incapacidade gerencial de Administrações Públicas ainda não estruturadas para o atingimento de resultados, pouco transparentes e excessivamente burocráticas, acarreta como consequência a indesejável cultura do litígio e da judicialização, em que o cidadão, como primeira alternativa, não busca a solução do seu problema pela via do processo administrativo, senão que deposita todas as esperanças no processo judicial.

De tudo isso, constata-se um Poder Judiciário completamente assoberbado de ações judiciais, impedindo que se dê solução com eficiência e rapidez às demandas levadas a sua apreciação.

Infelizmente, parcela relevante das demandas judiciais que sobrecarregam o Poder Judiciário envolvem os entes públicos.⁶ Isso se

6 Pesquisa de 2018 da Associação dos Magistrados Brasileiros demonstra que: “A administração pública lidera a disputa judicial no Primeiro Grau como parte ativa no universo dos 100 maiores litigantes nas seguintes unidades federativas: Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo

devia a um certo conformismo e a uma postura reativa das advocacias públicas, que insistiam em levar ao Judiciário demandas perdidas ou com a jurisprudência amplamente contrária.

A boa notícia é que esse quadro está em transformação.

2 A CONSENSUALIDADE E A MUDANÇA DE POSTURA DAS ADVOCACIAS PÚBLICAS

Atualmente, percebe-se que a maior parte das advocacias públicas mudou completamente essa postura. Há uma preocupação com o excesso de judicialização, com a massificação das demandas, com a perpetuação de recursos procrastinatórios, com o reconhecimento de que é preciso orientar os entes públicos na mudança dos seus comportamentos e, principalmente, que as próprias advocacias públicas podem ser importantes espaços para exercer a mediação de conflitos, evitando que todo e qualquer conflito seja encaminhado ao Poder Judiciário.

Na perspectiva do Direito Administrativo, essa mudança foi propugnada pela centralidade com que a temática da consensualidade foi alçada no campo das relações públicas.

A consensualidade é o modo de agir e de gerir a coisa pública que não se caracteriza pela imposição, pela verticalidade ou pela autoridade, mas pela possibilidade de negociação, de flexibilidade e de participação ativa do particular.

Um dos pioneiros da introdução da temática no Brasil foi Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO⁷, quando afirmava que “se tem somado aos

e Rondônia”. Disponível em: <<https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2018/05/Pesquisa-AMB-10.pdf>>. Acesso: em 18 mai. 2020.

7 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 107.

tradicionais pactos públicos – contratuais e não contratuais – uma profusão de novas relações negociadas em que se privilegia o consenso como método para o mais fácil, mais célere e menos dispendioso atingimento de interesses públicos específicos postos a cargo do Estado”.

O processo administrativo se apresenta como a matriz por excelência da participação administrativa, constituindo-se no meio adequado para identificar, articular, ponderar e arbitrar os distintos interesses que nele convergem, alterando profundamente o marco teórico do Direito Administrativo tradicional, estruturado, nos primórdios, a partir do poder da autoridade estatal. O eixo central da produção das decisões administrativas deixa de ser o ato (imperativo e unilateral) e passa a ser o processo (consensualizado e dialético), conforme percebido pela doutrina administrativista contemporânea.⁸

A despeito das ações unilaterais e imperativas continuarem a existir no cotidiano da atividade administrativa (vide as diversas ações estatais no combate ao Covid-19, como as requisições administrativas e diversas medidas restritivas de direitos), fato é que o pressuposto axiológico da consensualidade mudou completamente a forma do agir estatal. Cada vez mais é possível notar o espaço de ações, condutas e posturas dialógicas e alicerçadas na busca do consenso.

Sem qualquer pretensão de esgotamento, cabe anotar as seguintes manifestações de consensualidade que estão vivamente presentes no cotidiano do Direito Administrativo: (i) termos de ajustamento de condutas;

8 Ver CASSESSE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 1994; SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; NIGRO, Mario. *Diritto Amministrativo e Processo Amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*. In: ALLEGRETTI, Umberto; ORSO BATTAGLINI, Andrea; SORACE, Domenico. *Diritto Amministrativo e Giustizia Amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*. Rimini: Maggioli, 1987. t. II.

(ii) procedimento de manifestação de interesses; (iii) acordos de leniência; (iv) acordos substitutivos no Direito Sancionador; (v) a regra geral do art. 26 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB)⁹; (vi) mediação e conciliação; (vii) *dispute boards*; (viii) arbitragem.

Como se vê, em todos esses institutos a base valorativa – em maior ou menor medida – é a consensualidade. O impacto para a Advocacia Pública é imenso. E, seguramente, essa mudança de mentalidade está modificando profundamente a forma de agir dos entes públicos, seja no exercício da representação judicial, seja no exercício da atividade consultiva.

Interessa-nos aqui examinar, ainda que brevemente, a mediação e a conciliação e a sua repercussão na atividade das Advocacias Públicas.

Talvez a principal mudança seja a cultural. É cada vez mais crescente a percepção da importância da autonomia das partes para resolver os seus próprios conflitos. Em grande parte dos casos, não será necessário recorrer à tutela de um terceiro para dirimir os litígios.

3 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A mediação e a conciliação são funções que se impõem como consequência dos novos tempos de priorização de soluções e mecanismos extrajudiciais de conflitos. Conforme leciona Fredie DIDIER JR., a “mediação e a conciliação são formas de solução de conflito, pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar

9 “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.”

as partes a chegar à autocomposição”.¹⁰ No campo do Direito Público, trata-se de inegável espaço aberto ao desenvolvimento de uma Advocacia Pública proativa.

Geralmente tratadas de maneira semelhante, essas espécies podem ser diferenciadas em relação à técnica utilizada e ao papel do terceiro envolvido.

Na conciliação, o conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, sendo-lhe lícito sugerir soluções ao litígio. Logo, é a técnica mais indicada quando não houver vínculo anterior entre os envolvidos, conforme dispõe o Novo Código de Processo Civil no art. 165, § 2º.¹¹

Na mediação, por outro lado, cabe ao mediador o papel de servir de veículo de comunicação entre as partes. Por isso, cabe-lhe apenas auxiliar o diálogo entre os litigantes, sendo-lhe vedado propor soluções. Por conseguinte, o Novo Código de Processo Civil indica no art. 165, § 3º¹², que esta será a espécie a mais indicada quando houver vínculo anterior entre as partes, como é o caso dos conflitos societários e familiares.

A mediação e a conciliação podem ocorrer extrajudicialmente, por meio de Câmaras Públicas institucionais, que são vinculadas ao Tribunal

10 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento I. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.v. I.

11 “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.”

12 “(...) § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.”

ou aos órgãos de Advocacia Pública, ou em ambientes privados, tais como Câmaras Privadas.

Destaca-se que, conforme a recém-publicada Lei n. 13.140/15, denominada a nova Lei de Mediação, aos entes federados é permitida a criação de Câmaras Administrativas de prevenção e resolução de conflitos¹³, o que evidencia a intenção do legislador de corroborar com a ideia contemporânea de Administração Pública gerencial, não só permitindo como incentivando a solução de litígios extrajudicialmente.

Duas meritórias experiências merecem destaque: as Câmaras de Conciliação da Advocacia-Geral da União e a Câmara de Resolução de Litígios de Medicamentos do Estado do Rio de Janeiro.

A Câmara de Conciliação da Advocacia-Geral da União constitui uma eficiente tentativa de diminuição do número de litígios judiciais em matéria administrativa, reduzindo, com isso, a movimentação desnecessária do Poder Judiciário e, conseqüentemente, os gastos do Poder Público. Atua em diversos temas, tais como direitos possessórios, responsabilidade civil, créditos, tributos e questões indígenas, todos no âmbito da Administração Pública Federal.

Importa destacar o pioneirismo da Advocacia Geral da União, que vem colhendo excelentes resultados e acumulando experiências que têm sido generosamente partilhadas com as advocacias públicas dos demais entes federativos.

No Estado do Rio de Janeiro, vale destacar a Câmara de Resolução

13 “Art. 32. 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.”

de Litígios de Medicamentos (CRLS), fruto da união de diversas entidades públicas, visando à mediação de casos que envolvam a saúde da população fluminense.

A CRLS foi criada em 2012 por meio de convênio, celebrado pelo Estado do Rio de Janeiro (PGE, Secretaria de Saúde, Defensoria Pública, Tribunal de Justiça, Município do Rio de Janeiro, PGM, Secretaria Municipal de Saúde, União e Defensoria Pública da União).

O seu objetivo primário é o de promover o atendimento das partes assistidas pelas Defensorias Públicas (do Estado e da União) que demandem prestação de serviço de saúde, evitando o ajuizamento de ações e buscando solução administrativa para oferta de medicamento, agendamento de procedimento cirúrgico, exame médico, internações ou transferências.

É composta por uma equipe multidisciplinar formada por coordenadores, farmacêuticos, enfermeiros, médicos, nutricionistas, defensores, assessores administrativos, estagiários.

De modo bem genérico, o seu fluxo de atendimento consiste nas seguintes etapas: (i) o cidadão procura a CRLS para atendimento de situações que demandem prestação de serviços de saúde; (ii) é feita uma triagem e análise técnica: o primeiro atendimento é realizado por servidores administrativos, que encaminham a demanda para a equipe de análise técnica das Secretarias de Saúde do Estado e do Município (que verificará a existência de vagas nos hospitais ou mesmo se o medicamento demandado está disponível); (iii) quando não for viável uma solução administrativa, a demanda é encaminhada para as Defensorias do Estado ou da União; (iv) se o caso não for resolvido, a demanda do assistido é judicializada.

Um olhar mais apurado permite compreender que não se trata propriamente de mediação, mas de uma atuação coordenada, harmônica e concertada de todos os atores envolvidos, cujo principal propósito é resolver, em sede administrativa, a demanda de saúde do cidadão.

Também no Estado do Rio de Janeiro, outro exemplo é a Câmara Administrativa de Solução de Litígios (CASC), criada pelo Decreto n. 45.590/16, recentemente revogado pelo Decreto n. 46.522/18.

A CASC é a implementação concretizadora do art. 32 da Lei n. 13.140/15 e art. 174 do CPC. Foi concebida a partir de uma atuação conjunta entre a Procuradoria Geral do Estado e a Defensoria Pública. A CASC apresenta os seguintes objetivos: (i) autocomposição intra-administrativa; (ii) autocomposição com os Municípios; (iii) autocomposição com os administrados.

Um caso exitoso da CASC foi o da emissão dos diplomas da Secretaria de Estado de Educação. O Estado não emitia os diplomas dos alunos do terceiro ano do ensino médio. Milhares de ações eram ajuizadas (principalmente pela Defensoria Pública), requerendo a emissão dos diplomas e condenação por dano moral.

Foi criado um protocolo de procedimentos para que os servidores da Secretaria de Estado de Educação pudessem, de forma objetiva, atestar as situações nas quais caberia a emissão do diploma.

Nesses casos, certamente, o Estado seria condenado a emitir o diploma, correndo o risco, ainda, de arcar com o pagamento de dano moral. Criou-se um canal direto entre a Defensoria Pública e a Secretaria de Estado de Educação, tendo por base o protocolo de procedimentos previamente acordado. Quase 80% dos casos foram resolvidos administrativamente.

Para além disso, mudou-se a orientação jurídico-administrativa: o Diretor de Escola que não emite o diploma no prazo fixado fica sujeito à punição administrativa. Trata-se de solução preventiva, que evita no nascedouro o surgimento de novas demandas.

No rigor do exame, essas Câmaras nem sempre promoverão apenas mediação. A meu sentir, devem funcionar como centros administrativos que interagem com os órgãos e entes públicos, com proposições de alteração de rotinas e de comportamentos públicos geradores de demandas judiciais.

Podem funcionar, também, como verdadeiros organismos internos de inteligência no combate aos acervos de massa e às demandas repetitivas, tentando compreender, na origem, as causas de ações judiciais que se repetem a partir de posturas equivocadas dos gestores. Para tanto, será indispensável uma postura proativa e não meramente reativa.

Espera-se que, no futuro, possam atuar junto aos Tribunais de Justiça com sistemas avançados de Tecnologia de Informação, de Inteligência Artificial e de mediação *online*.

Muitos são os desafios da mediação e da conciliação na Administração Pública e, numa visão ampliada, de verdadeiros centros administrativos de prevenção de conflitos. Não devem ser encaradas como uma forma secundária de resolução de conflitos, mas compreendidas como um processo de composição de litígios que se subsume a uma racionalidade distinta daquela própria do processo judicial.

É preciso uma mudança de mentalidade, com a atuação de advogados públicos capacitados que tenham, como ponto de partida, a premissa de evitar a litigiosidade excessiva. Nas precisas palavras de Leila CUÉLLAR¹⁴:

Além de formação sólida e contínua, o profissional do Direito, sobretudo aquele que se dedica à advocacia (pública ou privada), tem o dever de ir além, transformando-se em “gestor de conflitos”, em “arquitetos de processos dinâmicos”, responsável não apenas pela solução do caso X ou Y, mas pela busca da prevenção, da melhor solução e da melhor forma de se chegar a tal solução. Deve o advogado buscar a concepção de um sistema eficaz de solução de controvérsias.

Não existem mais respostas prontas, mas os trabalhos são de alfaiataria: a busca contínua pela perfeição, respeitando sempre as particularidades – e as medidas – de cada cliente, em cada caso. Todos os conflitos, reais ou potenciais, exigem estudo minucioso de suas premissas normativas, em harmonia com as exatas perspectivas do cliente. As soluções não são estáticas, nem automáticas, mas demandam criatividade.

Nesse sentido, essas Câmaras devem ser encaradas como estratégicas e prioritárias pelas advocacias públicas e pelos entes federados, principalmente nas demandas de massa, assumindo o advogado público

14 CUÉLLAR, Leila. *O advogado como arquiteto de processos*. In: CUÉLLAR, Leila et al. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 20.

a função, como acima referido, de verdadeiro “gestor de conflitos” ou de “arquitetos de processos dinâmicos”.

Enfim, as Câmaras de Mediação e Conciliação podem ser um importante instrumento de gestão administrativa, sendo o primeiro passo de uma reestruturação de maior amplitude dos órgãos e entidades das distintas Administrações Públicas, que confirmam maior eficiência na atuação e no atendimento das demandas dos administrados.

4 A ADVOCACIA PÚBLICA DO SÉCULO XXI: DESAFIOS E PERSPECTIVAS¹⁵

No contexto ora apresentado, é imperioso que o modelo da atuação da Advocacia Pública considere os novos paradigmas e os renovados desafios na sua atuação e estruturação, alinhados com as demandas que decorrem de realidades cada vez mais globais, plurais e complexas.

A função de representação judicial é um dos pilares que sustentam a atuação das advocacias públicas, mas nela não se esgota. A Advocacia Pública compreende um conjunto de outras atribuições, que se alinham para o atendimento dos interesses públicos primários, tais como, destacadamente, a correta estruturação das políticas públicas, conformando o interesse público em modelos dotados de juridicidade, a atuação na prevenção dos conflitos, a consultoria jurídica (com a orientação de como fazer, o que não fazer e descrevendo cenários de riscos para cada situação) e o controle interno da legalidade (dotado de razoabilidade e com respeito às escolhas dos agentes democraticamente eleitos).

15 As reflexões constantes desse item foram desenvolvidas em conjunto com Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Aline Paola C.B.C de Almeida. Para maior aprofundamento ver: *O futuro da Advocacia Pública: a ação preventiva e proativa*. In: *Direito do Estado em Debate*. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, v. 1, pp. 11-36, 2016.

É preciso conferir a essas relevantíssimas funções o mesmo peso, esforço e dedicação que hoje são destinados à atuação das Advocacias Públicas na atividade contenciosa e na defesa em juízo dos entes federados.

A atuação proativa do Advogado Público pode e deve preceder à eclosão das demandas judiciais, empregando outros meios, mas igualmente dirigidos ao cumprimento da dupla missão: de zelar pelo erário e pela ética.

Esses meios, que são, genericamente, os preventivos de litígios judiciais, tanto podem preceder ao ajuizamento de ações quanto ter lugar, incidentalmente, em ações já iniciadas. Tais meios, no setor público, exigem formalização funcional, que no caso das modalidades de advocacia, portanto, incluída a pública, têm nível constitucional, indispensável para assegurar a sua independência em face de todas as demais funções estatais constitucionalizadas.

Várias medidas e providências práticas podem ser adotadas pelos órgãos responsáveis pela Advocacia Pública, com vistas a instituir uma atividade de advocacia preventiva e que não seja meramente reativa aos litígios que são levados ao Poder Judiciário.

Convém, a esta altura, em caráter exemplificativo, cogitar quais instrumentos podem contribuir para o desempenho do poder-dever dos Advogados de Estado nessa dupla missão que lhes toca de evitar danos ao erário público e violações à ética pública.

Não raro, a representação judicial dos interesses estatais em juízo se esgota na apresentação da sua defesa perante o Poder Judiciário.

Mas o fato é que as condutas administrativas que são noticiadas para a Advocacia Pública por meio dos litígios judiciais não podem ser ignoradas. Em outros termos: caberá sempre uma avaliação técnica acerca da sua juridicidade para a correção de eventuais erros ou omissões.

É dever ético do advogado público, diante de uma ação ou omissão estatal desconforme com o Direito, oficiar o administrador/gestor no exercício do controle interno da legalidade para que aquela postura não seja reproduzida.

Luciane Moessa de SOUZA¹⁶ pondera que “os fatos que chegam ao conhecimento do advogado público por meio de um litígio judicial não poderão ser por este ignorados para fins de atividade de consultoria jurídica, mas sim, nela utilizados”.

Eventual postura passiva da Advocacia Pública, que se limite a promover a defesa dos entes públicos em juízo, sem a devida orientação acerca da necessária correção de rumos, não se põe em linha de coerência com uma atuação eficaz e que cumpra a sua missão institucional de defender eficientemente o interesse público.

As ações judiciais devem ser o maior laboratório para o exercício de uma advocacia preventiva. Imagine-se, por exemplo, uma cláusula ilegal que conste em edital de concurso público. O potencial de demandas futuras é enorme, devendo a Advocacia Pública alertar os gestores sobre o risco na sua reprodução em outros editais.

Esse risco não se reduz apenas à adveniência de mais litígios, mas se estende à elevada probabilidade de não se alcançar o êxito esperado, além do custo na movimentação da máquina administrativa e judiciária.

A atuação pode e deve ser de ofício, sem necessidade de provocação ou, mesmo, de formulação de consulta específica. Obedecidos aos trâmites hierárquicos e procedimentos internos de cada órgão jurídico, a função da instituição envolve alertar o gestor para os erros cometidos nas suas condutas ativa ou passiva.

O gestor não poderá ser compelido a adotar a orientação fixada pelo órgão jurídico, mas, entretanto, assume as responsabilidades decorrentes

16 SOUZA, Luciane Moessa de. *Consultoria jurídica no exercício da Advocacia Pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia do Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 182.

da sua decisão. Existem aspectos políticos, administrativos, operacionais e, principalmente, financeiros, que são sopesados pelo agente público no momento da tomada da decisão. Mas o dado concreto é que o agente público precisa saber os riscos e as consequências da manutenção da sua decisão administrativa. O que não pode ocorrer é o agente público ignorar que aquela conduta, ação ou mesmo omissão é ilegal por não ter sido alertado pelo órgão jurídico.

Além de officiar formalmente o gestor, a Advocacia Pública pode e deve atuar – nos limites da sua competência – na construção jurídica de soluções administrativas que não agridam a ordem jurídica e o direito dos administrados.

Importante anotar que as situações que decorrem do conhecimento de condutas identificadas em ações judiciais são, evidentemente, as mais diversas, não se podendo cogitar de inconsequentes generalizações, sem o conhecimento do substrato fático de cada hipótese.

É preciso aperfeiçoar os mecanismos e instrumentos institucionais eficientes para criar uma saudável retroalimentação em relação à atuação no contencioso judicial e a necessária correção das condutas e ações administrativas.

Essa ainda não é uma cultura totalmente entronizada nas advocacias públicas, que se têm demonstrado eficientemente combativas e atuantes perante o Judiciário, mas excessivamente complacentes com eventuais correções de rumo das condutas e ações dos administradores públicos.

Todavia, esse quadro está sendo alterado, o que se percebe em função do consenso que tem naturalmente se formado na comunidade jurídica e, principalmente, no seio da própria Advocacia Pública. Atuar preventivamente e espontaneamente, a partir da identificação de condutas ilegais nos processos judiciais, é, a um só tempo, concretizar o atendimento aos princípios da juridicidade, eficiência e economicidade.

Um bom exemplo de uma lei-quadro sobre o tema da consensualidade é a recente Lei n. 17.324, de 18.03.20, do Município de São Paulo, que instituiu a Política de Desjudicialização no âmbito da Administração Pública Municipal Direta e Indireta, com os seguintes objetivos, a teor do

seu artigo 1º: (i) reduzir a litigiosidade; (ii) estimular a solução adequada de controvérsias; (iii) promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; (iv) aprimorar o gerenciamento do volume de demandas administrativas e judiciais.

A Política de Desjudicialização será coordenada pela Procuradoria Geral do Município, cabendo-lhe, dentre outras ações, conforme prevê o artigo 2º: (i) dirimir, por meios autocompositivos, os conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública Municipal Direta e Indireta; (ii) avaliar a admissibilidade de pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e a Administração Pública Municipal Direta e Indireta; (iii) requisitar, aos órgãos e entidades da Administração Pública Municipal, informações para subsidiar sua atuação; (iv) promover o arbitramento das controvérsias não solucionadas por meios autocompositivos, na hipótese do inciso I; (v) promover, no âmbito de sua competência e quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta nos casos submetidos a meios autocompositivos; (vi) fomentar a solução adequada de conflitos, no âmbito de seus órgãos de execução; (vii) propor, em regulamento, a organização e a uniformização dos procedimentos e parâmetros para a celebração de acordos envolvendo a Administração Direta; (viii) disseminar a prática da negociação; (ix) coordenar as negociações realizadas por seus órgãos de execução; (x) identificar e fomentar práticas que auxiliem na prevenção da litigiosidade; (xi) identificar matérias elegíveis à solução consensual de controvérsias.

Trata-se de uma legislação contemporânea e atualizada, que prepara a Advocacia Pública para os desafios complexos que se colocam hodiernamente, disciplinando os instrumentos viabilizadores da consensualidade, tais como os acordos, a mediação, a arbitragem, as transações tributárias, a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, ocupando-se, ainda, do gerenciamento do volume de processos administrativos e judiciais, fomentando que a Administração Pública Municipal Direta e Indireta programem mutirões de conciliação para a redução do estoque de processos administrativos e judiciais.

5 BREVES CONCLUSÕES

As conclusões serão realmente breves e bastante objetivas.

Tenho a firme convicção de que o advogado do futuro é aquele que previne os conflitos e não aquele que os estimula.

Tenho a firme convicção de que os métodos alternativos de resolução de conflitos entraram de forma definitiva na pauta da Advocacia Pública e que o interesse público poderá ser melhor atendido, em determinadas circunstâncias, por meio da mediação e da negociação.

Tenho a firme convicção de que as advocacias públicas devem estruturar centros de inteligência aptos a funcionar como mecanismos preventivos de litígios e imbuídos da cultura da mediação e da busca do consenso.

Tenho a firme convicção de que o processo administrativo precisa ocupar o papel de centralidade na solução dos litígios envolvendo os entes públicos e que as partes devem ter a percepção da sua autonomia para resolver os conflitos, recorrendo ao Judiciário apenas naqueles casos em que a solução administrativa seja realmente inviável.

Tenho a firme convicção de que determinados litígios – complexos e intrincados – envolvendo os entes públicos poderão ser endereçados de forma mais adequada pela via arbitral, sendo imperioso que as Advocacias Públicas se preparem para essa nova realidade. A arbitragem pode ser um instrumento de incremento da segurança jurídica nas relações jurídicas de natureza pública, atraindo novos investimentos para o país.

Tenho a firme convicção de que o gerenciamento de ações judiciais e demandas repetitivas não deve se limitar ao exercício da função de representação judicial, sendo dever do advogado público assumir uma postura proativa e preventiva de interagir com o gestor público e modificar os comportamentos públicos que, despidos de razão jurídica ou mesmo econômica, promovem uma enxurrada de ações judiciais repetitivas.

Tenho a firme convicção de que os advogados públicos devem se preparar para novas realidades, como a utilização da inteligência artificial na

gestão dos processos judiciais, otimizando as suas funções e racionalizando a sua atuação em prol da eficiência.

Tenho a firme convicção de que a Advocacia Pública, entre todas as funções essenciais à justiça, é aquela que tem maior potencial de crescimento, seja na estruturação das políticas públicas, seja no combate à corrupção e no controle interno da legalidade.

Tenho a firme convicção de que a consensualidade no Direito Administrativo não é mais uma cogitação doutrinária ou dogmática, mas uma realidade que se apresenta em várias dimensões no cotidiano da Administração Pública brasileira.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

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

CASSESE, Sabino. *Las bases del Derecho Administrativo*. Madrid: INAP, 1994.

CUÉLLAR, Leila. O advogado como arquiteto de processos. In: CUÉLLAR, Leila et Al. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. In: *Cadernos de Direito e Cidadania II* (IEDC). São Paulo: Artchip, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento I. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v. I.

GARCIA, Flavio Amaral; NETO MOREIRA, Diogo de Figueiredo; ALMEIDA, Aline Paola C.B.C de. O futuro da Advocacia Pública: a ação preventiva e proativa. In: *Direito do Estado em Debate*. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, v. 1, pp. 11-36, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

NIGRO, Mario. Diritto Amministrativo e Processo Amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza. In: ALLEGRETTI, Umberto; ORSO BATTAGLINI, Andrea; SORACE, Domenico. *Diritto Amministrativo e Giustizia Amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*. Rimini: Maggioli, 1987.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

SOUZA, Luciane Moessa de. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia do Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.