

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Stefany Fernanda de Siqueira Silveira

**O controle de juridicidade pelos advogados públicos e os novos parâmetros da
LINDB**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2019**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Stefany Fernanda de Siqueira Silveira

**O controle de juridicidade pelos advogados públicos e os novos parâmetros da
LINDB**

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO

Monografia apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Felipe Faiwichow Estefam.

**SÃO PAULO
2019**

Banca Examinadora:

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais, Sandra e Fernando, que com todo amor me auxiliaram e me incentivaram emocional e materialmente ao longo de todo o curso e durante a elaboração deste trabalho.

Agradeço aos meus colegas da Procuradoria Geral do Município de Jacareí, em especial às queridas Moyra e Nara, que muitas vezes viabilizaram o meu comparecimento às aulas, cobrindo-me em audiências e compromissos.

Agradeço ao meu noivo, Fábio, pelo amor e pela paciência, por estar sempre presente na minha vida e por topar todas comigo.

Agradeço ao meu professor orientador, Dr. Felipe Faiwichow Estefam, pelo auxílio no desenvolvimento do trabalho, pela sugestão do tema e principalmente por me inspirar nas aulas, compartilhando o seu conhecimento no exercício da docência.

Agradeço, por fim, a todas as pessoas que direta ou indiretamente me ajudaram a concluir mais esta etapa na minha vida, o meu muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo relacionar as funções da Advocacia Pública com as inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018, que acrescentou dez artigos à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Para tanto, serão analisados o contexto histórico e a atual posição da Advocacia Pública na Constituição Federal, assim como seu papel tanto no âmbito contencioso quanto no consultivo. Serão apresentados os artigos acrescentados à LINDB, as posições doutrinárias já existentes e as críticas que seguiram a elaboração da Lei e ainda persistem, principalmente advindas dos órgãos de controle. Será analisado o Decreto regulamentador, editado recentemente, e que teve por principal objetivo conceituar as expressões previstas na Lei para viabilizar a sua aplicação. Por fim, serão analisados os desafios a serem assumidos pela Advocacia Pública a partir dos novos parâmetros trazidos pela LINDB, e como o Órgão pode contribuir na efetivação dos objetivos de segurança jurídica na criação e interpretação das normas de direito público, assim como no aumento de transparência e planejamento na gestão pública.

Palavras-chave: advocacia pública; LINDB; segurança jurídica.

ABSTRACT

This graduation work has aims to relate the functions between of the Public Advocacy and the innovations of the law number 13.655 / 2018, which attached ten articles to the Law of Introduction to the Rules of Brazilian's Law. Therefore, was analyzed the historical context and the current Public Advocacy in the Federal Constitution, as well as its role in both litigation and advisory. Will be showing the articles added to the LINDB, the existing doctrinal positions and the criticisms that followed the drafting of the Law and still be persists, mainly from the control agency. Will be analyses he recently issued Regulatory Decree, this had the main objective, conceptualize the expressions provided for in the Law to enable its application. Finally, it will be analyzed the challenges to be assumed by the Public Law based on the new parameters brought by LINDB, and how the Agency can contribute to the realization of the objectives of legal certainty in the creation and interpretation of the rules of public law, as well as increasing transparency and planning in public management.

Keywords: public advocacy; LINDB; legal certainty

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 A ADVOCACIA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	9
1.1 Os papéis da Advocacia Pública.....	11
1.2. Atuação contenciosa	14
1.3 Atuação consultiva: o controle de juridicidade dos atos administrativos pelo advogado público.....	20
1.4 A responsabilidade do advogado público parecerista.....	26
2 AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.655/2018 NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO.....	32
2.1 A Lei nº 13.655/2018.....	32
2.2 O decreto regulamentador e a Advocacia Pública.....	44
3 NOVOS DESAFIOS: A IMPLEMENTAÇÃO DA LINDB PELA ADVOCACIA PÚBLICA.....	47
3.1 A conduta do Advogado Público perante os novos parâmetros da LINDB	47
3.2 Segurança jurídica, planejamento e consequencialismo: contributos a serem conferidos pela Advocacia Pública.....	49
CONCLUSÃO.....	53
BILIOGRAFIA.....	55

INTRODUÇÃO

A Advocacia Pública é órgão do Poder Executivo inserida no capítulo das Funções Essenciais da Justiça na Constituição Federal, que tem por atribuições a representação judicial, extrajudicial, a consultoria e o assessoramento jurídico do Estado, em todos os seus níveis.

Das carreiras jurídicas previstas na Constituição Federal, a Advocacia Pública é sem dúvida a menos uniforme no que diz respeito à sua organização e estrutura, pois sua presença ocorre nas três esferas da Administração Pública direta e indireta, cada qual com competência para definir o seu funcionamento. Apesar disso, a Advocacia Pública tem fundamental importância na orientação jurídica do ente que representa, funcionando verdadeiramente como instância de controle interno da Administração.

A atuação da Advocacia Pública se dá tanto no âmbito contencioso, que extrapola o conceito de atuação judicial, para compreender o exercício das atribuições de forma extrajudicial, como, por exemplo, nas câmaras de conciliação e mediação e nos procedimentos arbitrais, quanto no âmbito consultivo, em diversas funções em que o procurador é instado a fornecer o seu entendimento jurídico acerca de determinado tema.

A Lei nº 13.655/2018 promoveu mudanças significativas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro visando maior segurança jurídica e eficiência, incluindo artigos que preveem regras de criação e aplicação das normas de direito público.

Estas alterações, ao mesmo tempo em que exigem do Poder Judiciário e dos Órgãos de Controle maior segurança jurídica na análise dos atos do gestor, impõem a este um nível de motivação mais qualificado, maior planejamento das ações e também transparência das decisões.

O objetivo deste trabalho é analisar a postura a ser adotada pela Advocacia Pública frente aos novos comandos da LINDB, ou seja, quais os principais reflexos destas alterações na atuação das procuradorias.

O objetivo da lei, como dito, é promover o aumento na segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação das normas de direito público, o que deve ser estimulado pela Advocacia Pública.

E o Órgão tem papel de destaque neste mister, uma vez que compete à Advocacia Pública o auxílio na motivação do ato administrativo, mediante a emissão de

pareceres que contemplem as exigências previstas na LINDB, notadamente na análise da invalidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

No âmbito judicial, o procurador deve fornecer ao julgador as informações necessárias para que este possa avaliar as consequências jurídicas e administrativas de sua decisão, o que tem exigido no procurador cada vez mais aperfeiçoamento e especialização no desenvolvimento de suas funções.

Ao final, apresentaremos as conclusões sintetizadas acerca do desenvolvido ao longo do trabalho.

1 A ADVOCACIA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Os contornos mais nítidos da Advocacia Pública foram instituídos pela Constituição Federal de 1988, embora desde a Proclamação da República tenha havido a preocupação de se nomear uma autoridade responsável pela defesa judicial e a atuação consultiva da União.

No começo, porém, as funções eram exercidas pelo Ministério Público, e, nesse aspecto, as procuradorias estaduais avançaram mais rápido, criando órgãos de atuação judicial e consultiva próprios, desvinculados da atuação ministerial.

A confusão entre Ministério Público e Advocacia Pública no âmbito federal, que hoje beira ao absurdo diante da defesa dos interesses difusos e coletivos atribuída ao primeiro, que em grande parte das vezes são violados pelo próprio Estado, foi finalmente corrigida na Constituição Federal de 1988, com a criação da Advocacia-Geral da União, e o comando para instituição de Procuradorias nos Estados.

Quanto aos Municípios, a Constituição restou silente, fato que até hoje é objeto de bandeira das associações de procuradores municipais, as quais buscam alterar o art. 132 da Constituição Federal¹ por meio da aprovação da PEC 17/2012², a fim de incluir os Municípios no artigo, obrigando-os a implantar e organizar carreira própria da Advocacia Pública.

Embora seja alvo de reflexão a possível falta de estrutura de parcela dos municípios brasileiros para abrigar procuradorias municipais, talvez sejam nestas mesmas cidades onde reside a urgente necessidade de aprimoramento jurídico na formulação e aplicação das políticas públicas, na criação de leis sem vícios, na defesa de ações judiciais complexas, no resgate da dívida pública no âmbito judicial, dentre outras atribuições

¹ “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.”

² “Altera a redação do art. 132 da Constituição Federal para estender aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), com ingresso por concurso público com a participação da OAB em todas as suas fases, garantida a estabilidade dos procuradores após 3 anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho.”

realizadas pela Advocacia Pública.

Contudo, o 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil, produzido pela Associação Nacional dos Procuradores Municipais (ANPM)³, revelou que esta realidade ainda está distante, uma vez que apenas 34,4% dos municípios brasileiros conta com Procuradores concursados. Nos restantes 65,6% as funções da Advocacia Pública são exercidas por servidores comissionados, escritórios contratados, servidores em desvio de função, dentre outros.

Por sua vez, o Ministério da Justiça promoveu em 2011, 23 anos após a vigência da Constituição de 1988, o I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil⁴. Na apresentação do estudo, ponderou-se a insuficiência de informações do grau de conhecimento sobre o funcionamento e a forma de operação da Advocacia Pública na União, Estados e Municípios, além de suas autarquias e fundações.

A iniciativa integrou os estudos visando a Reforma do Judiciário, e reconheceu a relação intrínseca entre a necessidade de fortalecimento da Advocacia Pública e a democratização da justiça, seja em sua atuação judicial, ou em sua atuação prévia de controle de legalidade dos atos administrativos.

Pela leitura dos dados encontrados neste Diagnóstico, constata-se enormes discrepâncias entre as diversas Procuradorias do Brasil, demonstrando que não existe uniformidade na carreira em seus mais variados aspectos - a questão remuneratória, o quadro de apoio, a formação continuada, dentre outros.

Esta ausência de homogeneidade na carreira entre os entes da federação talvez seja hoje o fator que mais impede de enxergar a advocacia pública no grau de importância concebida pela Constituição Federal vigente, como ocorre, por exemplo, com a Defensoria Pública e o Ministério Público, que por existirem somente em nível federal e estadual, não contam com discrepâncias territoriais tão notáveis quanto a Advocacia Pública.

³ MENDONÇA, Clarice Corrêa de; VIEIRA. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil. 1. ed. Minas Gerais: Editora Fórum, 2017.

⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil. 2011. Disponível em <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/diagnostico-advocacia.pdf>>. Acesso em 10.6.2019.

1.1 Os papéis da Advocacia Pública

À Advocacia Pública foram delegadas as funções de representação judicial e extrajudicial, consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, conforme o texto do art. 131 da Constituição Federal:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

A União é representada pela Advocacia-Geral da União enquanto nos Estados-membros e no Distrito Federal, a Advocacia Pública é exercida pelos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Nos Municípios onde existem Procuradorias, o exercício da Advocacia Pública é confiado aos Procuradores Municipais.

A Advocacia Pública é órgão integrante do Poder Executivo, o que significa dizer que não dispõe de autonomia financeira e nem administrativa, conforme entendimento consolidado do STF, sendo traço mais característico desta ausência de autonomia a escolha da chefia competir ao Chefe do Poder Executivo, que pode nomear pessoa que estranha à carreira.

Podemos mencionar como precedentes que externam este entendimento as conclusões das ADI 217 e 291. Em relação a esta última, a Corte entendeu inconstitucional a norma estadual que garantia a autonomia financeira e administrativa da Advocacia Pública, que possibilitava a nomeação de Procurador-Geral apenas entre os membros da carreira e garantia a inamovibilidade dos membros da Advocacia Pública.

Vejamos a forma como decidiu a Suprema Corte:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MATO GROSSO. RESTRIÇÃO DO PODER DO CHEFE DO EXECUTIVO. PRERROGATIVAS AOS PROCURADORES DO ESTADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMAS DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. ACÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

A Constituição Estadual não pode impedir que o Chefe do Poder Executivo interfira na atuação dos Procurados do Estado, seus subordinados hierárquicos.

É inconstitucional norma que atribui à Procuradoria-Geral do Estado autonomia funcional e administrativa, dado o princípio da hierarquia que informa a atuação dos servidores da Administração Pública.

O cargo de Procurador Geral do Estado é de livre nomeação e exoneração pelo Governador do Estado, que pode escolher o Procurador Geral entre membros da carreira ou não. Precedentes. A garantia da inamovibilidade é conferida pela Constituição Federal apenas aos Magistrados, aos membros do Ministério Público e aos membros da Defensoria Pública, não podendo ser estendida aos Procuradores do Estado.

Em síntese, a autonomia conferida aos Estados pelo art. 25, caput da Constituição Federal não tem o condão de afastar as normas constitucionais de observância obrigatória. Precedentes. Ação direta julgada parcialmente procedente.

(ADI 291, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2010)

No que se refere à independência funcional, o STF tem entendimento que a rechaça, considerando a peculiaridade da atuação da Advocacia Pública, que é a parcialidade, em virtude de sua configuração constitucional de defesa dos interesses do Estado. Na fundamentação do julgamento da ADI 1246⁵, que tratava da previsão de inamovibilidade do Procurador do Paraná na Constituição Estadual, o Ministro Luís Roberto Barroso, relator da ação, assim ponderou:

Ressalvado o importante papel que desempenham no controle de juridicidade da Administração Pública, as Procuradorias frequentemente desempenham funções que podem exigir alguma parcialidade (e.g., na representação judicial da Fazenda), além de uma relativa afinidade de ideias, dentro da própria instituição e em relação à Chefia do Executivo. Naturalmente, como os advogados

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 291/MT. Rel Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. j. em 07/04/2010.

em geral, os Procuradores dos Estados, gozam da isenção técnica necessária ao exercício livre da sua elevada função. Garante-se mesmo o direito de se recusarem a defender certa pretensão em algumas hipóteses. Mas isso não lhes confere, em caráter geral, a independência funcional típica de quem deve contas apenas ao direito e à própria consciência quanto às providências que toma (a Magistratura e o Ministério Público). A inamovibilidade é uma garantia instrumental dessa expressão mais intensa de independência. No caso dos Procuradores, ausente a independência funcional, não há por que cogitar de inamovibilidade.

A legislação parece caminhar para o mesmo entendimento, demonstrado, quanto ao tema objeto deste trabalho, pela edição do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta os artigos acrescentados à LINDB, determinando, em seu art. 20, o caráter vinculante dos pareceres do Advogado-Geral da União quando aprovados pelo Presidente da República e publicados no Diário Oficial da União. O art. 21, que estabelece vinculação aos pareceres de consultorias jurídicas e dos órgãos de assessoramento jurídico quando aprovados pelo respectivo Ministro de Estado.

Algumas leis orgânicas de Procuradorias Gerais já previam a edição de súmulas ou outros atos normativos voltados à uniformização de entendimento, desde que aprovados pelo Chefe do Executivo. Por todas, podemos citar a Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 1.270/2015), que menciona: “Art. 3º. § 5º -As súmulas aprovadas pelo Procurador Geral passarão a vigorar após homologação pelo Governador e publicação no Diário Oficial do Estado.”

Apesar da pacífica orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido de negar a independência funcional da Advocacia Pública, é certo que na doutrina o assunto ainda rende posicionamentos favoráveis a tal condição, a maioria delas ressaltando a necessidade de independência dos Advogados Públicos para que estes possam exarar seus posicionamentos sem risco de retaliação, considerando os interesses políticos dos Administradores Públicos.

É necessário ressaltar, contudo, que a ausência de independência funcional, tal como a reservada aos membros da Magistratura e do Ministério Público, não retira a independência técnica do procurador, intrínseca, aliás, à sua condição de advogado amparado pelo Estatuto da OAB.

O conhecimento acerca das funções institucionais da Advocacia Pública de acordo com as funções definidas pela Constituição Federal é imprescindível para que

se possa compreender o seu papel nas suas diferentes áreas de atuação, incluindo os novos esforços a serem dispendidos pela procuradoria para a implementação das recentes inclusões que a Lei nº 13.655/2018 promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

1.2. Atuação contenciosa

A União, os Estados, os Municípios, e suas autarquias e fundações são representados⁶ judicial e extrajudicialmente pela Advocacia Pública.

O Código de Processo Civil de 1973, anterior à Constituição Federal de 1988, apenas fazia menção à representação judicial da União, dos Estados e dos territórios por procurador, e dos Municípios pelo Prefeito ou procurador (art. 12, incisos I e II⁷).

O CPC atual prevê expressamente a Advocacia Pública como órgão de representação da Administração Pública Direta e Indireta:

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.

Enquanto defensora do erário, a Advocacia Pública goza de algumas prerrogativas processuais, como o prazo em dobro para todas as manifestações processuais e a vista pessoal dos autos (art. 183⁸), que se somam às prerrogativas gozadas pela Fazenda Pública quando é parte na ação, tais como a remessa necessária (art. 496⁹)

⁶ Destaca-se o posicionamento de Leonardo Carneiro da Cunha, segundo o qual, citando Pontes de Mirante, entende que a Fazenda Pública se faz presente em Juízo por seus Procuradores, portanto os Advogados Públicos *presentam* a Fazenda Pública, não sendo correto o termo “representação”. (Fazenda Pública em Juízo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 7).

⁷ “Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores;

II - o Município, por seu Prefeito ou procurador;”

⁸ “Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.”

⁹ “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e

e o regime de cumprimento de sentença próprio (art. 535¹⁰).

Estas prerrogativas não constituem privilégios sem sentido. A Advocacia Pública defende em Juízo o interesse público, e para tanto depende de tramitação interna de informações entre os órgãos, o que nem sempre ocorre no tempo desejado.

O volume das ações, que certamente superam aos da advocacia privada, faz com que a Fazenda ocupe uma posição desfavorável no processo, fazendo jus às prerrogativas previstas no Código de Processo Civil.

A atuação contenciosa da Advocacia Pública, porém, não se limita à representação judicial pelo procurador, abrangendo hipóteses de solução de conflitos de interesses entre particulares e a Administração Pública que não são levados ao Poder Judiciário.

Aliás, o Código de Processo Civil de 2015 é vocacionado à conciliação entre as partes, e em diversos dispositivos é notável o incentivo para os métodos alternativos de solução de conflitos, sendo expressamente estimulado em seu art. 3º:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Nesta toada, o Código de Processo Civil determina a criação de câmaras de mediação e conciliação pela Administração Pública justamente para estimular as tratativas extrajudiciais do ente público, considerando que o Estado é o maior litigante do Poder Judiciário.

A redação do dispositivo é a seguinte:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições

fundações de direito público;”

¹⁰ “Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo: (...)”

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.

O abarrotamento dos processos nos Tribunais em que a Fazenda Pública é parte justifica essa preocupação em estimular a solução extrajudicial dos conflitos. Grande parte da demanda é de executivos fiscais cujas chances de recebimento do tributo são quase zero devido à dados insuficientes do devedor, ausência de localização deste, ausência de localização de bens penhoráveis, entre outros fatores.

Além disso, os custos envolvidos na tramitação de um processo judicial muitas vezes são superiores ao próprio valor perseguido por meio da cobrança, o que representa um enorme contrassenso.

Para a Fazenda Pública, a demora na tramitação das execuções fiscais é fator de ineficiência na recuperação do crédito tributário. Apesar da isenção do pagamento de custas processuais, ainda são despendidos valores com despesas processuais e mobilizados recursos humanos e materiais para fazer frente à movimentação de centenas de milhares de execuções fiscais.

Por isso, a adoção de medidas extrajudiciais, ou “pré-processuais” são bem-vindas, e constituem maneiras mais efetivas e menos onerosas para a cobrança da dívida ativa.

Contudo, a matéria tributária não é a única a ensejar a atuação extrajudicial da Advocacia Pública. As pretensões indenizatórias ganham destaque neste cenário conciliatório, pois existem casos de responsabilidade civil do Estado cujo desfecho já é conhecido pela Advocacia Pública, e a transação extrajudicial seria a solução mais adequada para menor impacto ao erário.

Junto com a conciliação e a mediação, a arbitragem é tema que tem sido objeto de atenção das procuradorias.

É notável que o Poder Judiciário não está tecnicamente preparado para lidar com situações complexas, que muitas vezes exigem um conhecimento

multidisciplinar inalcançável num processo cível comum, como em ações em que se discutem contratos de infraestrutura rodoviária, aeroportuária, entre outros.

A instituição da cláusula arbitral parece ser a saída para a Administração Pública nestes contratos administrativos cuja compreensão demanda uma qualificação técnica mais avançada, e, portanto, mais apta para dirimir conflitos entre as partes contratantes.

Embora a arbitragem na Administração Pública ainda encontre resistência em parte da doutrina, justificada principalmente pelo argumento da indisponibilidade do interesse público, o seu uso hoje possui previsão em diversos diplomas legais, a começar pela própria Lei de Arbitragem (nº 9.307/96), que, por meio da alteração promovida pela Lei nº 13.129/15 passou a prever expressamente a utilização da arbitragem na administração pública: § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Apesar de existirem normas anteriores à inclusão expressa da administração pública na Lei de Arbitragem¹¹, foi a partir desta inclusão que os debates acerca da constitucionalidade da arbitragem na Administração Pública se intensificaram.

Junto com eles, as Procuradorias passaram a questionar o seu papel nessa nova tendência, e os diplomas normativos regulamentando a atuação estatal e, principalmente, das procuradorias, nos procedimentos arbitrais, começaram a surgir.

No Rio de Janeiro, o tema foi tratado por meio do Decreto nº 46.245/18, o qual também definiu as atribuições a serem exercidas pela Procuradoria Geral do Estado no procedimento arbitral.

Mais recentemente, após intensos estudos e debates, foi editado o Decreto Estadual nº 64.356/19, conferindo à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo a competência para atuar em todas as fases dos procedimentos arbitrais.

Na verdade, o Decreto Estadual nº 64.356/19 confia todo o procedimento arbitral em que o Estado de São Paulo seja parte à Procuradoria Geral do Estado, como se depreende dos diversos dispositivos do Decreto que mencionam as atribuições da PGE:

¹¹ Como, por exemplo, a Lei Estadual de Minas Gerais nº 19.477/11, que *Dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências*.

Artigo 4º - A Procuradoria Geral do Estado será responsável pela redação das convenções de arbitragem a serem utilizadas pela Administração Pública direta e suas autarquias.

(...)

§ 3º - O Procurador Geral do Estado poderá celebrar compromisso arbitral para submeter divergências à arbitragem após o surgimento da disputa ou para esclarecer ou integrar lacuna de cláusula compromissória, independentemente de previsão no contrato ou edital de licitação.

Artigo 5º - Cabe à Procuradoria Geral do Estado, por meio de sua Assistência de Arbitragens, atuar em todas as etapas do procedimento arbitral.

Parágrafo único - A designação de árbitros pela Administração Pública direta e suas autarquias será precedida de aprovação pelo Procurador Geral do Estado.

Artigo 7º - Quando não houver indicação da câmara arbitral no instrumento obrigacional, caberá ao requerente da arbitragem escolher, no momento da apresentação de seu pleito, a câmara arbitral encarregada de administrar a arbitragem, dentre as cadastradas na forma da Seção V deste decreto.

Parágrafo único - Nos casos em que couber à Administração Pública direta e suas autarquias a escolha da câmara arbitral, tal ônus recairá sobre o gestor do instrumento obrigacional, ouvida a Procuradoria Geral do Estado.

Artigo 12 - Os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça.

(...)

§ 2º - A Procuradoria Geral do Estado disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores.

Artigo 14 - A criação do cadastro das câmaras arbitrais se efetivará mediante resolução do Procurador Geral do Estado, contendo as regras aplicáveis e os requisitos exigidos.

Artigo 15 - Poderá ser incluída no cadastro da Procuradoria Geral do Estado a câmara arbitral, nacional ou estrangeira, que atender ao menos aos seguintes requisitos:

(...)

Parágrafo único - O Procurador Geral do Estado poderá, mediante resolução, estabelecer critérios adicionais para o cadastramento de câmaras arbitrais, considerando a experiência decorrente de procedimentos arbitrais enfrentados, e criar mecanismo de avaliação e exclusão do cadastro.

Artigo 18 - Fica o Procurador Geral do Estado autorizado a expedir normas complementares necessárias à adequada execução deste decreto.

Importante salientar que a regulamentação normativa da atuação da Advocacia Pública nos métodos alternativos de resolução de conflitos que envolvam a Administração Pública, o que abrange tanto as câmaras de conciliação e mediação quanto os procedimentos arbitrais são imprescindíveis, porque exigirá do procurador uma

margem de negociação cujos limites devem estar inteiramente previstos em lei, uma vez que, em regra, o procurador não tem este poder de disposição do interesse público.

Na atuação contenciosa, outra forma de efetivar a busca pela eficiência e prestigiar a segurança jurídica na aplicação do direito público no âmbito judicial, é a edição de normas que permitam ao Procurador o não ajuizamento de ações ou a desistência de recursos quanto a tese a ser discutida possui entendimento pacífico nos Tribunais.

Neste espírito, o Advogado-Geral da União editou em 27/07/2016 a Portaria nº 488/16¹², que traz um extenso rol de hipóteses em que é permitido o reconhecimento da procedência do pedido, a abstenção de contestação e de recurso e desistência de recurso já interposto. Vejamos algumas das possibilidades:

Art. 2º Os Procuradores Federais ficam autorizados a reconhecer a procedência do pedido, a abster-se de contestar e de recorrer e a desistir dos recursos já interpostos quando a pretensão deduzida ou a decisão judicial estiver de acordo com:

I - súmula da Advocacia-Geral da União ou parecer aprovado nos termos dos artigos 40 ou 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993;

II - súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal;

III - acórdão transitado em julgado, proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade;

IV - acórdão transitado em julgado, proferido em sede de recurso extraordinário representativo de controvérsia, processado nos termos do artigo 1.036 do CPC;

V - acórdão transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário em incidente de resolução de demandas repetitivas, processado nos termos do artigo 987 do CPC;

VI - acórdão transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de incidente de assunção de competência, processado nos termos do artigo 947 do CPC; e

VII - acórdão transitado em julgado proferido pelo plenário e súmula do Supremo Tribunal Federal, caso a controvérsia sobre matéria constitucional seja atual.

Normas semelhantes já existem em diversas Procuradorias Estaduais e

¹² BRASIL. Advocacia-Geral da União. Portaria nº 488, de 27 de julho de 2016. Estabelece procedimentos a serem adotados em caso de reconhecimento da procedência do pedido, abstenção de contestação e de recurso e desistência de recurso e dá outras providências no âmbito da Procuradoria-Geral Federal. Diário Oficial da União. 28 jul. 2016.

Municipais, e não sem razão, considerando que o CPC atual consagrou a força dos precedentes, atribuindo caráter vinculante a diversas hipóteses de decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, o que deve ser acatado também pela Administração Pública.

A atuação da Advocacia Pública perante o Tribunal de Contas também pode ser considerada contenciosa, pois apesar de se tratar de procedimento administrativo, trata-se de conflito de interesses em que será exercido o contraditório por parte da Administração Pública para a defesa das contas, por meio da Advocacia Pública, ainda que de forma diferida.

A atuação contenciosa da Advocacia Pública tem exigido das Procuradorias cada vez mais aperfeiçoamento e formação voltada à gestão pública.

A judicialização das políticas públicas e o ambiente de ativismo judicial tem demandado do Procurador expertise para elaboração de defesas em ações que afetam a vida da sociedade como um todo, como nas ações que versam sobre Planos Diretores, Planos de Mobilidade Urbana, Saneamento Básico, entre outros.

Sob a brecha da ineficácia de determinada política pública, o que autorizaria a atuação judicial para fazer cumprir os direitos fundamentais previstas na Constituição Federal segundo o STF, os Juízes e Tribunais têm se imiscuído nas funções de Administrador, para determinar a realização de obrigações de fazer dissociadas das prioridades e dos programas de Governos vigentes e, na maioria das vezes, das próprias leis orçamentárias.

O procurador deve demonstrar em Juízo as razões fáticas e jurídicas para a defesa de determinada conduta, e muitas vezes sua atuação exige o comparecimento em audiências ou sustentações orais onde o procurador fala pelo Gestor, e, portanto, deve estar munido de todo o conhecimento acerca da matéria.

São nestes casos, a título de exemplo, que o apelo do Procurador aos ditames da LINDB se faz necessário, levando ao Juízo as informações acerca das dificuldades reais do Gestor e das alternativas possíveis e proporcionais para solução da demanda, da necessidade de modulação de efeitos de determinada decisão, tudo isso para que o propósito de segurança jurídica seja efetivamente cumprido no âmbito contencioso.

1.3 Atuação consultiva: o controle de juridicidade dos atos

administrativos pelo advogado público

A Constituição Federal delega à Advocacia Pública a atribuição consultiva e de assessoramento jurídico da União, dos Estados, dos Municípios, suas autarquias e fundações.

No exercício deste mister, o procurador deve atuar visando assegurar o interesse público, que nem sempre se confunde com os interesses do gestor, os quais naturalmente mudam a cada quatro anos. A Advocacia Pública é Advocacia de Estado, e não de Governo.

Não pode, por outro lado, atuar contra o gestor, se opondo a todos os atos de governo e se portando como verdadeiro órgão acusatório, pois presume-se que o governante tenha sido democraticamente eleito para exercer o seu mandato e deve contar com o apoio do corpo técnico- jurídico a que a Constituição Federal designou para tanto.

É por isso que o procurador deve estar alinhado com o programa de governo do gestor, a fim de que possa conhecer a vontade do administrador na formação e execução das políticas públicas e orientar os caminhos mais condizentes com a ordem jurídica na tomada das decisões.

Explicando melhor este posicionamento, leciona André Cyrino:

Nesse sentido, o advogado do Estado contemporâneo deve, ao mesmo tempo, falar em nome do direito e da vontade política daqueles que foram escolhidos para chefiar a Administração Pública. Sua missão, portanto, é advogar pelo avanço dos interesses políticos, nos limites da racionalidade jurídica. Negar tal presença política – enquanto vontade democrática – é ignorar que a Chefia dos órgãos de Advocacia de Estado, no Brasil, como regra, é nomeada pelo Chefe do Poder Executivo de cada ente federativo. É fechar os olhos para o fato de que tal Chefia da advocacia tem status de ministro de Estado, ou de Secretário, nos mais variados entes. É desconsiderar que inúmeros cargos de livre nomeação e exoneração são voltados a satisfazer vontades políticas, bem como não levar em conta que a estrutura orgânica das diversas procuraturas de Estado são extremamente hierarquizadas e sujeitas a vontade de agentes ligados ao universo político¹³.

¹³ CYRINO, André. Advocacia pública. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo).

Isso não significa, contudo, que o procurador deva seguir a mesma orientação *política* do Administrador, mas sim conhecer o “móvel” do agente, ou, nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁴, a “*intenção*, propósito do agente que praticou o ato”.

O Procurador do Estado Derly Barreto e Silva Filho, em notável artigo acerca da contribuição da Advocacia Pública no aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito¹⁵, explora esta ideia da necessidade de conhecimento da política pública implantada traduzindo-a no seguinte trecho:

É certo que a Advocacia Pública deve colaborar com a função de governo, mas não detém nem exercita juízos de conveniência e oportunidade, que são, por mandato constitucional expresse, da alçada exclusiva dos governantes. Assim, cabe aos Advogados Públicos consultores jurídicos e assessores técnico-legislativos tão somente viabilizar, na medida do juridicamente possível, as políticas públicas, apontando alternativas quando cabíveis.

Para o bom desempenho dessa tarefa, é de extrema importância a estreita interlocução dos órgãos de Advocacia Pública com as autoridades, os técnicos e os formuladores de políticas públicas em áreas juridicamente sensíveis, como saúde, educação, segurança pública, tributação, finanças, orçamento, serviços públicos, organização administrativa e contratos, ainda na fase genética de projetos, com o objetivo de capacitar e qualificar os Advogados Públicos, com o aporte intelectual e com as informações necessárias, para assim poderem exercer as funções de consultoria e assessoria jurídicas com a máxima proficiência.

Nada pior do que uma «instituição satélite», cujos membros, responsáveis pela orientação jurídica do Estado, mantêm-se (ou são mantidos) alheios ao que se passa em seu redor. Nada mais incompreensível do que um advogado que não dialoga com o seu cliente, não conheça a sua causa e não reúna condições para bem desempenhar o seu múnus.

A Advocacia Pública tem importante função de verificação da conformidade do ato administrativo com o ordenamento jurídico, exercendo o controle

1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/25/edicao-1/advocacia-publica>>. Acesso em 29.4.2019.

¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016 - São Paulo: Malheiros, 2016. p. 411.

¹⁵ SILVA FILHO, Derly Barreto e, A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Advocacia Pública – RBAP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 45-72, jul./dez. 2015. p. 53.

de juridicidade, o que abrange não só a legalidade, mas também à observância de todo o contexto normativo.

Aliás, a Advocacia Pública foi erigida a “Função Essencial à Justiça” na Constituição Federal para garantir à Administração Pública a existência de um órgão comprometido com a submissão desta à lei e aos princípios jurídicos.

Pertinente a visão do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello, ao comentar o princípio da legalidade:

No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões. É, aliás, o que convém a um país de tão acentuada tradição autocrática, despótica, na qual o Poder Executivo, abertamente ou através de expedientes pueris - cuja pretensa juridicidade não iludiria sequer a um principiante -, viola de modo sistemático direitos e liberdades públicas e tripudia à vontade sobre a repartição de poderes¹⁶.

Assim, o exame de conformidade efetuado pelo membro da Advocacia Pública por meio de sua atuação consultiva tem importante papel na preservação e reafirmação do Estado Democrático de Direito.

Vale mencionar o posicionamento de Diego de Figueiredo Moreira Neto, segundo o qual o dever primário do Advogado Público é com a ordem jurídica, e apenas secundariamente com as “atividades-meio”:

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

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

¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. op. cit. p. 105.

direção de corpos jurídicos etc.¹⁷

A atuação consultiva da advocacia pública pode ocorrer por expressa previsão legal, por exemplo nas hipóteses em que a lei condiciona a realização de um ato ou o deferimento de um direito ao prévio parecer jurídico, como nos casos previstos na Lei de Licitações ou na legislação tributária dos entes, nas quais a concessão de benefícios fiscais deve ser precedida da manifestação do membro da Advocacia Pública.

Esta função consultiva pode consistir ainda na assessoria técnico-legislativa do ente, cuja gama de atribuições do Procurador é ampla, e abrange a elaboração de anteprojetos de lei, de minutas de decreto, de mensagens, de justificativas de veto, a análise da constitucionalidade das propostas, dentre outros.

Ressaltando a importância da atuação da Advocacia Pública na produção legislativa, o já citado Derly Barreto e Silva Filho dispõe:

Na ambiência de um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, cabe à Advocacia Pública a função social e o dever constitucional de viabilizar juridicamente as políticas públicas não só sob aspectos formais (redacionais), mas, também, materiais. Compete-lhe escrutinar tecnicamente as proposições, a fim de possibilitar a produção de normas justas e, na medida do possível, harmonizar *juridicamente* as distintas pretensões e forças sociais e políticas que, a partir de suas próprias perspectivas, têm, cada qual, uma concreta ideia de justiça¹⁸.

O procurador pode ainda ser instado a se manifestar nos expedientes em geral, nos casos de dúvida acerca da legalidade de determinada conduta administrativa, ou mesmo como já dito, orientar o Administrador na formulação e execução das políticas públicas, nas diversas situações cuja lei não regula e ao Administrador é garantida uma margem de discricionariedade.

Enfim, as hipóteses da atuação consultiva da Advocacia Pública são amplas, assim como os temas a serem enfrentados numa gestão pública. A título

¹⁷ MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. A Advocacia De Estado Revisitada: Essencialidade ao Estado Democrático de Direito. Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União, São Paulo, ano 4, n. 4, p. 36-65, out./2005.

¹⁸ SILVA FILHO, Derly Barreto. op. cit. p. 66.

exemplificativo, e sem esgotar as possibilidades, vejamos as atribuições definidas na Lei Complementar Estadual nº 1.270/15 - Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo acerca das Consultorias Jurídicas:

Artigo 44 - São atribuições das Consultorias Jurídicas:

I - exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico em assuntos de interesse dos órgãos e das entidades atendidos, incluindo a participação em reuniões, realização de estudos, formulação de propostas e elaboração de instrumentos jurídicos;

II - opinar em procedimentos disciplinares quando provocadas pela autoridade competente e obrigatoriamente nos casos em que houver recurso;

III - manifestar-se sobre minutas de atos convocatórios de licitação, contratos, convênios e demais instrumentos de ajuste de interesse da Administração Estadual, cabendo-lhes, a critério da autoridade competente, opinar sobre recursos interpostos em certames licitatórios;

IV - manifestar-se sobre a constitucionalidade e a legalidade de atos administrativos e de anteprojetos de lei de interesse dos órgãos e entidades atendidos;

V - prestar assessoramento aos órgãos vinculados às respectivas Pastas, em procedimentos administrativos em tramitação junto ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas, sempre que necessário à tutela dos interesses da Administração Estadual;

VI - elaborar minutas de informações em mandados de segurança e em mandados de injunção impetrados contra ato de autoridade administrativa dos órgãos e entidades atendidos, no âmbito de sua competência;

VII - encaminhar, prioritariamente, expedientes relativos a ações judiciais, mantendo controle até sua devolução ao órgão requisitante;

VIII - examinar e encaminhar os autos de processos relativos à cobrança de débitos ao órgão de execução competente;

IX - propor ao Subprocurador Geral da Consultoria Geral a fixação de diretrizes e a uniformização de entendimento jurídico entre os órgãos consultivos.

(...)

Artigo 45 - Será obrigatória a manifestação prévia das Consultorias Jurídicas nos expedientes que versem sobre:

I - licitação, contratos administrativos e convênios;

II - anteprojetos de lei e minutas de decretos regulamentares;

III - procedimentos disciplinares no âmbito da Administração Direta e Autárquica, ressalvado o disposto no inciso II do “caput” do artigo 44 desta lei complementar;

IV - edição de súmulas para uniformização da jurisprudência administrativa e extensão administrativa de decisões judiciais reiteradas.

No exercício da função consultiva e de assessoramento jurídico, a Advocacia Pública pode ser considerada uma instância de controle interno, diante de sua atuação na verificação prévia de legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos, evitando que atos administrativos em desacordo com a lei sejam praticados.

Compete ao procurador a análise formal da adequação daquele ato, decisão ou política pública à Constituição Federal e às normas em sentido amplo, sempre visando o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, como já afirmado anteriormente.

Trata-se de missão que exige do procurador um contínuo aperfeiçoamento e especialização, afinal, no exercício de suas funções, o advogado público deverá lidar com questões variadas e de grande complexidade, muitas vezes defendidas, do outro lado, por advogados de alto gabarito e experiência.

1.4 A responsabilidade do advogado público parecerista

A necessidade de qualificação adequada do procurador foi potencializada pela edição de diplomas legais, inclusive da Lei objeto deste estudo, e de decisões judiciais acerca da responsabilidade civil do parecerista.

Embora não seja o ponto central deste estudo, para explorarmos as novas exigências da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro no que diz respeito à segurança jurídica na aplicação das normas de direito público, é interessante conhecermos como a legislação e o STF se posicionam acerca da responsabilidade do advogado público parecerista.

Lembramos, de partida, que o parecer jurídico em regra não possui cunho decisório, ou seja, trata-se de uma opinião jurídica acerca do assunto levado ao procurador, o qual tem a liberdade de posicionamento diante de sua independência técnica, que é garantida a qualquer advogado.

O que podemos extrair das decisões do STF sobre o tema é que a Corte possuía o entendimento de que a responsabilidade civil do parecerista poderia ser imputada apenas nos casos em que o parecer se qualificasse como vinculante, ou seja, não deixasse outra opção ao agente público senão decidir com base no parecer ou não

decidir.

Destaca-se como precedente o MS n. 24.584-1/DF, no qual procuradores federais pretendiam a concessão da segurança para que não fossem responsabilizados por manifestações jurídicas proferidas no exercício da advocacia pública.

No caso, o Tribunal de Contas da União realizava auditoria no ajuste firmado entre o INSS e a Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social - DATAPREV, no qual a segunda teria prestado serviços à primeira, e convocou os procuradores para prestarem esclarecimentos acerca da irregularidade da contratação, visando a responsabilização solidária dos procuradores.

Em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa faz a distinção entre a consulta facultativa e a vinculativa, propondo, para análise do caso, as seguintes premissas:

A) No silêncio da lei, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera, em princípio, responsabilidade do parecerista. A contrário senso, e a bem da coerência do sistema, não cabe extrair dessa conclusão que o administrador também se isenta da responsabilidade, pois se a lei lhe reconhece autoridade para rejeitar entendimento da consultoria, também lhe imputa as eventuais irregularidades do ato. (...)

B) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim o parecerista responde conjuntamente com o administrador, pois é também administrador nesse caso.

Com base nestes pressupostos, por maioria de votos o Tribunal entendeu que o advogado público não está imune à responsabilização neste segundo caso, e, portanto, poderia ser responsabilizado solidariamente com o administrador, embora no caso analisado o Tribunal de Contas apenas determinou a convocação dos profissionais para prestar informações. O acórdão ficou assim ementado:

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.

(MS 24584, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007)

Em outro precedente, no qual o parecer elaborado pelo procurador era meramente opinativo, as mesmas premissas foram utilizadas, tendo a Corte decidido que a responsabilização do procurador por sua emissão dependia da demonstração de erro grosseiro ou culpa:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.

(MS 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007)

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma novidade acerca da responsabilidade civil do advogado público, que pode envolver a hipótese de emissão de pareceres por se tratar de norma de natureza material inserida no diploma processual. O dispositivo diz o seguinte: “Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas

funções.”

O dispositivo encontra fundamento na própria noção de responsabilidade objetiva do Estado inserida no art. 37, §6º da Constituição Federal¹⁹, que já prevê o direito de regresso contra o agente público nos casos de dolo e também de culpa, de maneira que o chamamento direto do Advogado Público ao processo para responder por danos causados ao Estado pela emissão de pareceres, salvo melhor juízo, não encontra amparo na Carta Maior.

Acerca do acionamento do agente público para responsabilização apenas de forma regressiva, o Supremo Tribunal Federal firmou tese recentíssima em sede de repercussão geral no julgamento do Tema 940, assentando o entendimento nos seguintes termos:

A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.²⁰

O art. 184 do Código de Processo Civil ainda deixou de prever a responsabilização do membro da Advocacia Pública por culpa, ainda que grave, exigindo a caracterização de dolo ou fraude.

Alterando este panorama, o art. 28 da LINDB, incluído pela Lei nº 13.655/18, previu a responsabilidade civil específica do parecerista, dispondo no seguinte sentido: “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”

Como se vê, diferente do Código de Processo Civil, o art. 28 da LINDB retorna à noção de “erro grosseiro”, abrindo o caminho para a responsabilização do advogado público no caso de culpa grave.

O tema, porém, carece de definição no Supremo Tribunal Federal. A corte

¹⁹ § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.027.633/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. j. em 23/03/2017.

ainda está em processo de construção do posicionamento a seguir no que tange à responsabilidade civil do parecerista.

Em dois mandados de segurança recentes, o STF suspendeu multa aplicada pelo Tribunal de Contas da União ao advogado parecerista sob o fundamento de inexistência de entendimento consolidado na Corte acerca da responsabilização civil do parecerista por danos causados ao erário²¹. No MS 35.815²², em decisão monocrática datada do dia 16/08/2019, o Ministro Edson Fachin assim ponderou:

A questão relativa à responsabilização do parecerista por danos causados ao erário ainda não restou solvida definitivamente por esta Corte, merecendo apreciação mais aprofundada. Sendo assim, entendo que a pendência de exame, pelo Supremo Tribunal Federal, da questão objeto deste mandado de segurança empresta plausibilidade às alegações da impetrante.

Não é demais ressaltar que a atuação diligente do advogado público, voltada à perseguição do interesse público primário e fruto de pesquisa acerca do assunto posto à sua consulta, cotejando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais existentes sobre o tema, evita que se cogite a possibilidade de responsabilização.

Em perfeita colocação, em artigo acerca da responsabilização do advogado público nos procedimentos licitatórios, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Fabrício Mota assim resumiram a ideia:

O papel do advogado público que exerce função de consultoria não é o de representante da parte. O consultor, da mesma forma que o juiz, tem de interpretar a lei para apontar a solução correta; ele tem de ser *imparcial*, porque protege a legalidade e a moralidade do ato administrativo; ele atua na defesa do interesse público primário, de que é titular a coletividade, e não na defesa do interesse público secundário, de que é titular a autoridade administrativa. O importante, para afastar a responsabilização, é a adequada fundamentação do parecer jurídico, que deverá sempre basear-se, não só no direito positivo, mas também nas lições da doutrina e na jurisprudência²³.

²¹ MS 35.815 e MS 36.385

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 35.815/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Decisão monocrática proferida em 16/09/2018.

²³ DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. MOTTA, Fabrício. Advocacia pública e sua atuação no procedimento licitatório: fundamentos, limites e responsabilização. RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set/dez. 2015.

Portanto, o advogado público não deve jamais se distanciar da ordem jurídica ao emitir o seu parecer, para que seus posicionamentos não possam potencialmente causar prejuízo ao erário e culminar em sua responsabilização.

De toda forma, o tema não está suficientemente nem na legislação e nem na jurisprudência, merecendo acompanhamento das decisões dos Tribunais para que saibamos qual diploma legislativo sobre o tema prevalecerá.

2 AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.655/2018 NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

2.1 A Lei nº 13.655/2018

Em 25 de abril de 2018 foi publicada a Lei nº 13.655, que incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

A LINDB, como é cediço, é uma “norma de sobredireito”, que tem por objetivo orientar a aplicação de outras normas. A alteração feita em 2010, por meio da Lei nº 12.376, que modificou a nomenclatura de Lei de Introdução ao Código Civil para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, deixou claro a sua aplicação a todos os ramos do direito²⁴.

Agora, as alterações à LINDB são voltadas à interpretação e aplicação do direito público e vieram com o propósito de aumentar o nível de segurança jurídica e eficiência para a Administração Pública, ao prever a possibilidade da tomada da melhor decisão pelo Administrador considerando as consequências práticas e dificuldades reais na gestão da coisa pública, desde que motivadas em situações concretas.

A própria justificativa do Projeto de Lei que culminou na publicação da Lei nº 13.655/18, elaborada pelo Senador Antonio Anastasia, ressaltava a necessidade da existência da lei em virtude da disseminação de incerteza e da imprevisibilidade causados pelo aumento de regras sobre processos e controle da administração.

Devemos lembrar que, apesar da proposição datar do ano de 2015, a Lei somente foi efetivamente promulgada em 2018, num cenário de intensa movimentação social devido aos desdobramentos da “Operação Lava Jato”, deflagrada pela Polícia Federal e que se consagrou como maior investigação de crimes de lavagem de dinheiro e de corrupção do país²⁵.

²⁴ Lei nº 12.376/10. Art. 1º Esta Lei altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, ampliando o seu campo de aplicação.

²⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Grandes casos: Caso Lava Jato. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>>. Acesso em 15.07.2019.

Este contexto histórico pode ter intensificado a tendência punitiva dos órgãos de controle, o que já vinha ocorrendo, talvez como resposta inconsciente ao clamor da população.

Estes são alguns dos motivos que transformam a vigência da Lei nº 13.655/18 em grata inovação para a Administração Pública, merecendo o esforço dos destinatários para que seus ditames sejam cumpridos.

Como dito, o escopo da Lei nº 13.655/18 é garantir maior segurança jurídica e aumento da eficiência tanto na criação quanto na aplicação das normas de direito público, e é direcionada ao Gestor (na lei, “decisor”), ao Judiciário e aos órgãos de controle.

A Lei busca estabelecer limites ao subjetivismo fundamentado em conceitos abertos, aplicáveis a inúmeras situações, dando lugar a uma atuação ou decisão pensada, planejada, fundamentada e transparente.

A Lei n.º 13.655/2018 incluiu dez artigos na LINDB, os artigos 20 a 30.

Os artigos 20 a 22 tratam da impossibilidade de motivação da decisão na seara administrativa, controladora ou judicial meramente principiológica, baseadas em fatores retóricos, distante da realidade fática.

Traz ao decisor a responsabilidade em analisar os fatos de maneira concreta, preocupando-se em ponderar a escolha face às alternativas à disposição do Administrador de maneira realística, baseada nas dificuldades reais da gestão, e estabelece uma obrigação de relacionar a interpretação das normas de direito público e a gestão da coisa pública.

O art. 20 veda que sejam proferidas decisões baseadas unicamente em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

O prof. Felipe Faiwichow Estefam, em artigo elaborado mesmo antes da sanção presidencial à Lei n.º 13.655/2018, comentou acerca desta “principalização do Direito Administrativo” ocorrida em razão da inserção de valores e princípios democráticos na Constituição. Acerca dos seus efeitos negativos, pondera o autor²⁶:

²⁶ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. O Projeto de Lei 7.448/2017 e os novos paradigmas da administração

Nada obstante, dois são os efeitos colaterais negativos da principalização do Direito Administrativo, a saber: a) a frequência com que o administrador se basta em justificar a sua conduta com base em algum princípio constitucional, em desatenção ao que a legislação infraconstitucional dispõe e b) a tendência ampliada e desorganizada do exercício do controle da Administração.

Acerca das orientações veiculadas aos “decisores” por meio do art. 20 da LINDB, pertinente o comentário do saudoso prof. José dos Santos Carvalho Filho:

A intenção do legislador foi evitar que decisões se fundamentem exclusivamente em valores abstratos, usualmente contidos na Constituição, como dignidade da pessoa humana, moralidade administrativa, interesse público, valores sociais do trabalho, etc. No caso, busca-se atenuar a força normativa dos princípios realçada pelo pós-positivismo, dado que, por serem eles de grande amplitude, acabam propiciando um certo subjetivismo em sua aplicação, sobretudo porque, em última análise, quase tudo resta incluído em sua dimensão, algo que enseja insegurança jurídica²⁷.

O prestigiado autor aponta, contudo, que o art. 20 da LINDB, ao prever a impossibilidade de se decidir com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, não pretendeu aniquilar a utilização dos princípios na fundamentação jurídica da decisão:

É imperioso notar, contudo, que a norma não veda decisões fundadas em valores abstratos, mas sim que sejam proferidas de modo irresponsável, sem considerar as consequências práticas dela decorrentes. A *ratio* consiste em evitar o que não raras vezes ocorre - decisões que culminam por encerrar consequências desastrosas pelo fato de serem proferidas sem qualquer padrão de razoabilidade²⁸.

O parágrafo único do art. 20 indica a obrigação do decisor em justificar necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

pública. <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-projeto-de-lei-7-448-2017-e-os-novos-paradigmas-da-administracao-publica/>>. Acesso em 25.07.2019.

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 1210.

²⁸ Idem, *ibidem*. p. 1210.

Tal exercício é vantajoso pois pode levar o decisor a deixar de decretar a invalidade, caso a consequência seja negativa ao interesse público em vez da manutenção do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Um típico exemplo que pode ser dado deste dispositivo é a possibilidade de o gestor deixar de anular um contrato administrativo em que se tenha constatado falhas no procedimento licitatório que deu origem a ele, desde que a invalidação seja potencialmente prejudicial ao interesse público face às possíveis alternativas.

Acerca do assunto, destaca Marçal Justen Filho:

A preservação da validade ou dos efeitos do ato administrativo defeituoso não se destina a premiar aqueles que atuaram de modo defeituoso e reprovável. Trata-se de evitar os efeitos negativos inerentes à invalidação. Por isso, é imperioso que sejam adotadas providências destinadas a impor ao agente público e (ou) privado a obrigação de compensar os benefícios indevidos ou os prejuízos anormais ou injustos decorrentes de sua conduta²⁹.

O art. 21, *caput*,³⁰ praticamente repetiu o disposto no art. 20, ao atribuir ao decisor a obrigação de indicar na fundamentação as consequências jurídicas e administrativas da invalidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

O motivo da obrigação é evidente: mesmo os atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas inválidos geram efeitos tanto práticos quanto jurídicos, o que deve ser considerado pelo gestor na mesma decisão, obrigando-se a destacar quais as consequências derivam de sua decisão.

Por exemplo, a decisão que invalida um contrato de fornecimento de merenda escolar deve estabelecer como o serviço será prestado até que outro contrato seja firmado, o que normalmente ocorre após longo processo licitatório, bem como indicar eventual indenização a ser paga ao contratado de boa-fé.

Aliás, o parágrafo único do art. 21 indica o dever do decisor de promover a regularização proporcional do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa

²⁹ JUSTEN FILHO. Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 372.

³⁰ “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas.”

invalidada, complementando o *caput* do artigo.

O art. 22 prestigia a atenção às diversas realidades existentes em nosso país, principalmente em decorrência da organização político-administrativa prevista na Constituição Federal, que acaba por delegar aos Municípios competências onerosas, que nem sempre correspondem à divisão de arrecadação.

Isso faz com que Municípios enfrentem graves crises financeiras nas quais o Gestor se vê em situações aflitivas de ponderação das necessidades populacionais face à escassez de recursos, tendo que decidir as prioridades para onde será aplicado o dinheiro.

Neste contexto, a prof.^a Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que no art. 22³¹ incide o *princípio da realidade*, devendo o decisor considerar a heterogeneidade dos entes administrativos ao avaliar a regularidade ou validade de conduta, ato, processo ou norma³²:

Em nosso regime federativo, composto de unidade autônomas, há expressivas diferenças quanto à gestão dos administradores públicos, sendo indubitoso que a gestão da União ou de um Estado-membro poderoso não pode comparar-se à de um longínquo e isolado Município. E essa diferença tem que ser considerada pelos órgãos de controle, principalmente pelos Tribunais de Contas.

Típicos exemplos que podem ter pesado na edição deste artigo são os casos de judicialização da saúde, nos quais, a pretexto de garantir o direito à saúde de um, condenando um pequeno município a fornecer medicamentos ou cirurgias de altíssimos custos, o Judiciário acaba por comprometer todo ou grande parte do orçamento destinado à saúde de toda a população daquele território.

Os artigos 23 e 24 tratam da possibilidade de alteração na interpretação normativa e a imposição de regime de transição caso isto aconteça, sendo a manifestação maior do objetivo da lei de assegurar a segurança jurídica na aplicação das normas de direito público.

³¹ “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.”

³² DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1211.

A norma é voltada principalmente aos administrados que postulam direitos perante à Administração Pública e muitas vezes enfrentam diversidades de entendimentos e de decisões sem qualquer motivação para tanto, ou mesmo das bruscas mudanças de entendimentos que ocorrem costumeiramente nos Tribunais de Contas.

Sobre a imposição de regime de transição, o prof. José dos Santos Carvalho Filho³³ comenta:

Embora se reconheça o direito de instituições públicas de proceder a tais mudanças, a ideia que mobilizou o legislador foi a de que elas, quando pertinentes a normas de conteúdo indeterminado, não podem simplesmente descartar os efeitos de relações jurídicas legítimas constituídas anteriormente. É o que veicula o princípio segundo o qual “*tempus regit actum*”. Urge que se crie um regime de transição, a fim de que haja a oportunidade de adequação às mudanças, de acordo com parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, obstando a ocorrência de indesejável regime de incerteza jurídica.

Para exemplificar, o autor compara este regime de transição com a modulação de efeitos promovida pelos Tribunais quando declarada a inconstitucionalidade de determinada norma.

O Código de Processo Civil de 2015 adotou a teoria dos precedentes judiciais obrigatórios, prevendo o fenômeno do *overruling*, ou seja, a superação de precedentes. Nestes casos, o CPC possibilita a modulação dos efeitos da alteração no interesse social e na segurança jurídica (art. 927, §3º).

O §4º do mesmo artigo exige a necessidade de fundamentação adequada e específica na ocorrência de *overruling*, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. Este dispositivo está em consonância aos objetivos perseguidos pela previsão na LINDB.

Sobre a questão da modulação dos efeitos no âmbito judicial (“regime de transição”, na LINDB), precisos os comentários do prof. Daniel Amorim Assumpção Neves³⁴:

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. p. 1212.

³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 1505.

A partir do momento em que o precedente passa a ser obrigatório e a súmula a ter eficácia vinculante, cria-se uma expectativa de comportamento em todos, que confiantes no entendimento consolidado e vinculante fixado pelos tribunais passam a pautar sua conduta no plano material da forma como entende adequada os tribunais. Cria-se, dessa forma, uma previsibilidade de conduta conforme a interpretação da lei consolidada pelos tribunais em suas súmulas e precedentes, gerada pela expectativa legítima de que o Poder Judiciário continuará a decidir conforme seus precedentes e súmula. Conforme ensina a melhor doutrina, a vinculação da superação dos entendimentos consagrados pelos tribunais ao princípio da irretroatividade é decorrente da atuação dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva.

O art. 26³⁵ possibilita a tomada de compromisso de conduta na hipótese de situações irregulares, incertas ou contenciosas, garantindo ao administrador a possibilidade de firmar compromisso com o interessado, desde que se afigure útil ao interesse geral. Ou seja, o artigo permite a negociação entre o Poder Público e particulares, prestigiando a consensualidade administrativa.

Para que esta saída consensual não seja vulgarizada, os incisos do §1º deste artigo elenca os requisitos que o compromisso deverá conter. Acerca de cada um dos incisos, destaca-se os comentários da prof.^a Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁶:

Além disso, o §1º impõe a observância de outros requisitos para a celebração do compromisso: a) ele deverá buscar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; revela-se, com essa exigência, preocupação com os princípios da proporcionalidade, eficiência e interesse público; b) o compromisso não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; o objetivo é o de impedir soluções isoladas, que contrariem

³⁵ “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.

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;

II – (VETADO);

III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;

IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.”

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. p. 90.

interpretação adotada em caráter geral, para situações semelhantes, o que contrariaria o princípio da isonomia; c) o compromisso deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento; a preocupação, no caso, é com a eficácia do compromisso.

O art. 27 trata da responsabilidade processual, prevendo a compensação por benefícios ou prejuízos anormais ou injustos resultantes de um processo tanto no âmbito judicial quanto no administrativo ou controlador.

Não é preciso pesquisar muito para encontrar exemplos de ações coletivas, na maior parte das vezes propostas pelo Ministério Público, que geram ao Poder Público despesas altas, como o custo de perícias complexas ou cumprimento de ordens liminares, e que causam desgaste na imagem da Administração Pública para, ao final, serem julgadas improcedentes, deixando o requerido com o prejuízo causado pela aventura jurídica.

Sobre este dispositivo, com muita propriedade, explicam e exemplificam Carlos Ari Sundfeld e Alice Voronoff³⁷:

Com frequência, propiciar a instauração de processo ou a expedição de medida processual com efeitos danosos para outrem é alternativa de risco assumida por quem, no interesse próprio ou de terceiros, a provoca ou adota de ofício. Como no caso de vizinhos que, tende interesse em manter desocupada uma área privada cujas árvores embelezam e valorizam o bairro e suas propriedades, resolvem arriscar a sorte em ação judicial para suspender liminarmente, e depois anular, a licença de construir deferida de forma regular ao proprietário da área.

Se as regras jurídicas não forem capazes de, em caso de obtenção da liminar seguida da improcedência dos pedidos, garantir a compensação plena - até mesmo exemplar - dos custos e externalidade que a decisão provisória e o processo tiverem gerado para o vencedor, o direito material estará parcialmente comprometido; *i.e.*, onerado sem causa jurídica justa. E o que é mais grave: tudo isso para propiciar que certas partes tentem lucros eventuais em jogos com a Justiça.

Destaca-se que muitas vezes a multa por litigância de má-fé prevista no Código de Processo Civil não é suficiente para cobrir os prejuízos gerados à parte

³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB: Quem paga pelos riscos dos processos?. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 171-201, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77654>>. Acesso em 21.9.2019.

prejudicada em decorrência de um processo infundado, mesmo porque o entendimento dos Tribunais é o de que o mero ajuizamento de ação não induz necessariamente à litigância de má-fé, em razão da inafastabilidade da jurisdição, motivo pelo qual o instituto é reconhecido em raras hipóteses.

Deste modo, o artigo em questão objetiva a redistribuição dos custos diretos e indiretos envolvidos em um processo, assim como das externalidades geradas, reafirmando a importância da responsabilidade processual.

O art. 28 trata da responsabilidade civil em casos de dolo ou erro grosseiro do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas, o que significa dizer que o agente não será punido por culpa leve.

A responsabilidade civil do advogado público parecerista em casos de dolo ou erro grosseiro já foi analisada no tópico 1.4 acima.

A previsão de responsabilidade não se limita ao parecerista, e atinge também o decisor. É certo, porém, que o dispositivo ainda vai gerar debate na doutrina e nos Tribunais, até mesmo na definição do destinatário da norma, considerando que as alterações são dirigidas aos decisores do âmbito administrativo, judicial e controlador.

Sobre o tema, a prof.^a Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁸ entende que se trata de norma restritiva da responsabilização e é dirigida aos Órgãos de controle em relação ao gestor:

Trata-se de norma limitadora dirigida aos órgãos de controle: eles somente podem responsabilizar pessoalmente o agente público se a decisão ou opinião técnica for emitida com dolo (intenção de praticar ato ilícito) ou erro grosseiro (que não admite qualquer dúvida sobre a sua ocorrência, como a aplicação de dispositivo legal já revogado ou decisão em afronta a súmula administrativa ou jurisprudencial de amplo conhecimento na esfera administrativa). O objetivo evidente da norma é o de impedir que os órgãos de controle responsabilizem os agentes públicos por decisões ou opiniões que sejam aceitáveis ou defensáveis diante de divergências de divergências doutrinárias ou jurisprudenciais sobre a mesma matéria. A simples divergência de opinião em relação à adotada pelo órgão de controle não pode servir de fundamento para a responsabilização do agente público.

Ressaltando a busca pela transparência entre o Poder Público e o cidadão,

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. p. 90-91.

o art. 29 traz a possibilidade de participação popular na edição de atos normativos, mediante consulta pública preferencialmente eletrônica. Interessante notar que o artigo se refere a qualquer órgão ou Poder, aplicando-se aos Poderes Legislativo e Judiciário no exercício da função administrativa atípica.

Por fim, o art. 30 reitera o objetivo da lei, rogando aos seus destinatários esforços para atingir uma esfera de maior segurança jurídica e eficiência, inclusive com a utilização de instrumentos que visem padronizar os entendimentos na aplicação da norma.

Referente a este dispositivo, pertinentes são os comentários de José dos Santos Carvalho Filho³⁹:

O intuito da lei é louvável, dada a quantidade infinita de normas que regulam as relações de direito público e pelas dificuldades próprias do regime federativo, com tantas unidades autônomas idôneas à produção de suas próprias normas. Não obstante, os gestores devem estimular a elaboração de súmulas para indicar a orientação dominante no órgão e torna-las acessíveis aos administrados.

Antes da promulgação da lei que alterou a LINDB, o Código de Processo Civil de 2015 já surgiu com a preocupação de consagrar a segurança jurídica no Poder Judiciário mediante a uniformização da jurisprudência dos Tribunais:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Além disso, a Advocacia-Pública da União e diversas Procuradorias já contam com mecanismos de consolidação de entendimentos, como já mencionado neste trabalho, tais como súmulas e resoluções.

Os esforços, embora louváveis, ainda merecem aprimoramento. A preocupação com a estabilização das decisões judiciais e administrativas deve ser

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. p. 1217.

constante, para que cada vez mais diminua o espaço da incerteza e da segurança.

Embora nobre os objetivos da lei que alterou a LINDB, são certo que ela não é imune a críticas.

Mesmo antes da Lei ser aprovada, o Tribunal de Contas da União elaborou um documento denominado “Análise Preliminar do PL 7448/2017”⁴⁰ por meio de sua Consultoria Jurídica, no qual identifica diversos obstáculos para aplicação da lei, chegando a mencionar que o então PL impunha ao órgão julgador o exercício da “futurologia” ao exigir a indicação expressa das consequências jurídicas e administrativas da decisão.

Como resposta, um grupo de renomados juristas elaborou uma Resposta⁴¹, rebatendo item a item as críticas feitas, defendendo o projeto de lei. Ao final, concluíram:

O PL n° 7.448/2017 figura como um grande avanço para a melhoria da qualidade decisória nacional, não havendo quaisquer ilegalidades ou inconstitucionalidades. Na verdade, ele apenas consagra melhores práticas em matéria de controle da administração pública, em grande parte já utilizadas no Brasil e no plano internacional por órgãos controladores.

Antes e após a publicação da lei, órgãos e entidades do Ministério Público, do Tribunal de Contas e do Poder Judiciário elaboraram notas técnicas e cartas abertas em desfavor das alterações. Após a sua entrada em vigor, inclusive, já houve o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade⁴² contra os seus dispositivos, subscrita pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA.

O argumento principal das críticas advém da redação dos artigos 20 a 23

⁴⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Consultoria Jurídica. Análise Preliminar do PL 7448/2017.

Disponível em

<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162D40B8CB632CC&inline=1>. Acesso em 18.09.2019.

⁴¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. et. al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em 23/05/2019.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.146/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Sem decisão proferida.

da LINDB. Na inicial da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada, a ANAMATRA pretende que o STF dê interpretação conforme a Constituição a estes artigos, defendendo que as orientações contidas neles ferem os princípios da inércia de jurisdição, do devido processo legal, da separação de poderes e da independência do Judiciário.

Verifica-se, então, que as normas que visam aumentar a segurança jurídica no direito público não possuíram aceitação pacífica na comunidade jurídica, principalmente nas instâncias de controle.

Após a promulgação da Lei, a Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União elaborou um “Parecer do Projeto de Lei nº 7.448/2017, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto em relação à análise preliminar que esta Consultoria havia realizado”⁴³ prosseguindo com ácidas críticas que outrora embasaram a análise preliminar já mencionada.

É curioso notar, porém, que tem surgidas decisões judiciais tratando o art. 20 da LINDB como sinônimo de proporcionalidade, aplicando-o a casos em que se discutem interesses individuais e patrimoniais, como no aresto cuja ementa pedimos vênha para transcrever, que versa sobre mandado de segurança criminal:

MANDADO DE SEGURANÇA – Veículo automotor utilizado para a prática de tráfico de entorpecentes – Apreensão – Terceiro de boa-fé proprietário do veículo, ora impetrante – Pedido de restituição – Indeferimento – Decretado o perdimento na sentença penal condenatória – Não apreciadas as manifestações do impetrante pela autoridade coatora – Informações acerca da irrelevância da propriedade do bem, bastando que seja utilizado para a prática dos crimes previstos na Lei de Drogas – Interpretação desconexa com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a qual determina que as decisões judiciais se embasem em atendendo aos fins sociais e às exigências do bem comum, não se decidindo com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão – Aplicabilidade do art. 119 do CPP ao tráfico de entorpecentes por analogia, porquanto omissa a Lei de Drogas – Determinada a restituição do veículo ao impetrante – Ordem concedida.

(TJ-SP - MS nº 2047070-18.2019.8.26.0000, Relator: Alberto

⁴³TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Consultoria Jurídica. Parecer do Projeto de Lei nº 7.448/2017, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto em relação à análise preliminar que esta Consultoria havia realizado. PROCESSO TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5. Consultor Jurídico Odilon Cavallari de Oliveira. 20/04/2018. Disponível em <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>>. Acesso em 20.09.2019

Anderson Filho, Data de Julgamento: 03/04/2019, 7ª Câmara de Direito Criminal) (grifo nosso)

Acreditamos que o entendimento dos Tribunais e Juízes de primeira instância acerca dos objetivos das alterações da LINDB passará por um processo de amadurecimento, a fim de compreender que os interesses tutelados superam a esfera individual, para atingir os grandes problemas de uma gestão pública.

Embora o cenário de aplicação dos artigos acrescentados à LINDB ainda seja indefinido, devido à resistência apresentada por algumas instituições antes e depois da promulgação da lei, é preciso esforço para que os seus objetivos sejam cumpridos, pois representam um propósito desejado por todos, mas principalmente pelos administrados e jurisdicionados.

2.2 O decreto regulamentador e a Advocacia Pública

Apesar da Lei da Segurança Jurídica pretender afastar os posicionamentos principiológicos, baseados unicamente em valores jurídicos abstratos, não há como negar que a lei traz em seu bojo alguns conceitos jurídicos indeterminados e, portanto, efeito diverso à desejada segurança jurídica.

Para aclarar a interpretação dos artigos acrescentados à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, foi editado o Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamentou estes artigos e trouxe contornos jurídicos concretos aos dispositivos.

No que se refere aos “valores jurídicos abstratos”, por exemplo, o Decreto nº 9.830/19 conceitua-os como *aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração* (art. 3º, §1º).

Da leitura do Decreto nº 9.830/2019 verifica-se que o seu texto é amplamente conceitual, ou seja, traz definições das expressões mencionadas pela LINDB e a forma como aplicá-las.

O Decreto previu que a exigência de motivação da decisão administrativa deve indicar “as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram”.

Tal esforço sem dúvida deverá ser exercido pela Advocacia Pública, único

órgão constitucionalmente previsto para assessorar juridicamente o Administrador.

O gestor, em geral, não é tecnicamente capacitado para conhecer o posicionamento dos Tribunais acerca de determinado tema, ou saber a divergência doutrinária existente em torno do mesmo, isto é, a pessoa do Administrador não tem a expertise necessária para motivar a decisão no grau exigido no Decreto regulamentador, motivo pelo qual deve ser naturalmente auxiliado pelo corpo jurídico formado pelos membros da Advocacia Pública.

O Decreto nº 9.830/19 traz ainda a necessidade de motivação jurídica quando da análise das consequências práticas da decisão. Vejamos:

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

Nesta toada, não restam dúvidas de que as alterações da LINDB devem ser observadas pelos procuradores por ocasião da consultoria jurídica e do assessoramento do Órgão, inclusive no que toca à análise jurídica das consequências práticas da decisão.

Um último ponto merece destaque no Decreto regulamentador nº 9.830/2019.

Trata-se da regulamentação da responsabilidade civil por erro grosseiro ou dolo previsto no art. 28 da LINDB, na qual, além de definir o que seria erro grosseiro, houve clara intenção de atenuação da responsabilidade do Gestor (ou, conforme o Decreto, “decisor”), dissociando-o da pessoa que emitiu a opinião técnica:

Art. 12. § 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

A redação do dispositivo levanta questionamentos, pois, num primeiro momento, não haveria que falar em responsabilização por opinião técnica sem cunho decisório. A opinião técnica somente terá relevância quando adotada pelo “decisor” como razão de decidir, ou seja, não há como analisar isoladamente a responsabilidade do agente

que emitiu a opinião técnica sem que seja primeiro analisado a conduta do causador direto do dano.

Além disso, ao contrário do posicionamento do STF de outrora, o dispositivo não diferencia a opinião técnica facultativa da obrigatória.

De toda forma, conforme exposto anteriormente, o assunto ainda não está suficientemente debatido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mais ainda por se tratar de inovação legislativa que fomentará o processo de análise do tema.

3 NOVOS DESAFIOS: A IMPLEMENTAÇÃO DA LINDB PELA ADVOCACIA PÚBLICA

3.1 A conduta do Advogado Público perante os novos parâmetros da LINDB

Como visto no capítulo anterior, o Decreto que regulamentou os acréscimos promovidos pela Lei 13.655/2018 à LINDB determinou que o nível de motivação esperada do “decisor” exige a análise jurídica do posicionamento adotado, papel que naturalmente é exercido pela Advocacia Pública.

Lembramos, entretanto, que a exigência de motivação é implícita ao Estado Democrático de Direito, e, como explica o prof. Celso Antonio Bandeira de Mello:

O fundamento constitucional da obrigação de motivar está - como se esclarece de seguida - implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só tem que se conformar às que forem ajustadas às leis⁴⁴.

Logo, neste particular, a lei somente evidenciou uma imposição que já era implícita no plano constitucional quanto ao Administrador Público, e explícita quando aos Juízos e Tribunais (art. 93, IX).

No âmbito federal, a Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, já impunha esta observância no âmbito federal no plano infraconstitucional.

É possível afirmar, contudo, que as alterações da LINDB trouxeram

⁴⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. op. cit. p. 115-116.

exigências de motivação mais aprimoradas ao decisor, voltadas à uma atuação planejada, com avaliação das consequências, e, acima de tudo, transparente e evidenciada.

As alterações promovidas na LINDB exigem que o Administrador, ao impor alguma medida ou decidir invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deve demonstrar que a decisão tomada é necessária e a mais adequada, justificando, inclusive, as razões pelas quais não são cabíveis outras possíveis alternativas.

Sendo a Advocacia Pública o Órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, deve o Procurador se atentar para os novos vetores de interpretação incluídos na LINDB, a fim de que a atividade consultiva também não se limite a conceitos abertos, aplicação de princípios de forma genérica, sem análise e reflexão específica do caso concreto.

A análise jurídica não deve ser abstrata e genérica, fundamentada em princípios e conceitos jurídicos indeterminados e sem contextualização. Deve considerar os dados concretos e ser o mais realística possível.

Lembramos que o Decreto nº 9.830/19, que regulamentou os dispositivos inseridos na LINDB, para considerar a obrigação de motivar cumprida, previu a possibilidade do decisor apenas emitir uma “declaração de concordância” com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão, o que torna o papel consultivo da Advocacia Pública ainda mais relevante.

No âmbito judicial, e sobretudo no âmbito da atuação da Advocacia Pública nos Tribunais de Contas, compete ao Procurador o ônus de levar ao conhecimento do decisor todas as variáveis ponderadas pelo Gestor para a tomada de determinada decisão administrativa, munindo-o com informações para que a decisão judicial ou controladora se aproxime da realidade enfrentada por aquele no momento da expedição do ato.

Além disso, é preciso que as procuradorias se atentem para a necessidade de assegurar a esperada segurança jurídica aos administrados, mediante a consolidação de entendimentos por meio de súmulas ou resoluções, a fim de que se garanta a uniformidade e impessoalidade nos posicionamentos administrativos.

O membro da Advocacia também deve desenvolver o potencial

conciliatório que a Lei impõe, avaliando a possibilidade de tomada de compromissos com os envolvidos, desde que isto se afigure útil ao interesse público.

É preciso ainda que o procurador não se distancie dos objetivos de primar pela segurança jurídica e pela eficiência na criação e na interpretação das normas de direito público, adotando práticas como a conciliação e mediação, arbitragem, ou seja, de desjudicialização, como os exemplos que foram mencionados ao longo do trabalho.

Compreendendo a importância da Advocacia Pública dentro do Estado, é possível chegar à conclusão que o aparelhamento e o aperfeiçoamento do Órgão estarão diretamente relacionados com a implementação dos objetivos empreendidos pela Lei da Segurança Jurídica.

3.2 Segurança jurídica, planejamento e consequencialismo: contributos a serem conferidos pela Advocacia Pública

Nos últimos tempos, tem sido proferidas relevantes decisões judiciais voltadas à implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, fundamentadas essencialmente em princípios ou em normas com alto grau de abstração.

Podemos citar como exemplo os precedentes o RE 592.581/RS, que tratou da condenação do Poder Público na realização de obras emergenciais em estabelecimento prisional e o RE 429.903/RJ, que determinou a manutenção de estoque mínimo de determinado medicamento no Estado, de maneira a evitar novas interrupções no tratamento.

O primeiro, inclusive, assentou no Supremo Tribunal Federal a seguinte tese de Repercussão Geral (Tema 220):

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Trata-se de exemplos de expressões típicas de “ativismo judicial”, o que, na doutrina do Ministro Luís Roberto Barroso⁴⁵, não deve ser visto em uma perspectiva negativa porque:

(...) a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em algumas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

Todavia, não há dúvidas que existem decisões judiciais proferidas típicas de ativismo judicial que verdadeiramente se embasam em valores jurídicos abstratos e, a pretexto de assegurar a aplicação de direitos fundamentais do cidadão previstos na Constituição, acabam por causar um impacto na gestão de grandes proporções, obrigando o Administrador a produzir gastos não previstos nas leis orçamentárias e rever as políticas públicas em processo de implantação para remanejamento da verba.

No exercício do contraditório, o Advogado Público deve provocar a reflexão do Poder Judiciário e dos Órgãos de Controle, ao pleitear uma análise mais realística do caso concreto, avaliando as consequências práticas das decisões.

O “consequencialismo”, tão criticado pelos órgãos de controle, e que tem sido chamado de “exercício de futurologia” ou de “consequenciachismo”, em verdade não exige a emissão de decisões com base em suposições, mas em elementos trazidos aos autos pelas partes.

Essa ideia foi muito bem defendida pelos juristas que rebateram as críticas elaboradas pela Consultoria Jurídica do TCU acerca do Projeto de Lei que antecedeu as alterações à LINDB⁴⁶:

O dispositivo não exige conhecimento extra processual do julgador, mas sim que concretize sua função pública com responsabilidade. Veda, assim, motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos. Obriga

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 434.

⁴⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. et, al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em 23/05/2019. p. 4.

o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão. E, claro, esse dever se torna ainda mais importante quando há pluralidade de alternativas. Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como 'interesse público', 'princípio da moralidade' e outras. É preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias.

Melhor explicando este ponto, o prof. Felipe Faiwichow Estefam⁴⁷ assim resumiu:

Nesse vezo, pensar nas consequências práticas nada mais é do que determinar que as decisões públicas sejam compatíveis com a realidade dos fatos, racionalmente viáveis e coerentes com um específico planejamento. Assim, as decisões públicas – sobretudo aquelas sobre problemas complexos, por exemplo, com grandes projetos de infraestrutura, crises de imigração, ações preventivas na área da saúde, combate a questões climáticas etc. – não podem ser tomadas sem a realização de um processo de avaliação de seus impactos na vida pública.

Deste modo, o Procurador deve cumprir este papel de levar aos autos todas as informações necessárias para que o julgador tenha todos os elementos necessários para avaliar as consequências práticas de sua decisão.

Compete à Advocacia Pública, ainda, demonstrar em Juízo a ausência de proporcionalidade das decisões judiciais que impuserem obrigações desmedidas, quando existentes possíveis alternativas (art. 20, parágrafo único, LINDB), bem como pleitear a regularização de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa em vez de sua invalidade, demonstrando que as consequências com a invalidação serão mais nefastas do que a sua regularização.

Enfim, em Juízo, à Advocacia Pública caberá o ônus da argumentação, munir o Juízo ou o Órgão de Controle com informações concretas visando evitar por parte destes o conforto de uma decisão principiológica.

⁴⁷ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Princípios jurídicos e a LINDB. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-des-valorizacao-dos-principios-juridicos/>. Acesso em 25.07.2019.

É por isso que, voltamos a dizer, o Procurador deve estar inteirado das políticas públicas planejadas e executadas pelo gestor eleito, a fim de que possa ter conhecimento das alternativas e prospectar as possíveis consequências jurídicas da decisão, e poder ter argumentos para exigir dos decisores a segurança jurídica e a eficiência perseguidas pela LINDB.

Por sua vez, em sua atuação consultiva, o procurador deve estimular o planejamento administrativo do Gestor, a fim de que as decisões administrativas sejam fruto de uma análise ativa e consciente das consequências da medida face às alternativas possíveis e viáveis, afastando a decisão baseada exclusivamente em valores jurídicos abstratos.

O procurador deve indicar em seu parecer as normas e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, se existirem, que o gestor deve levar em conta para decidir acerca da conduta mais razoável a ser tomada.

O procurador pode, ainda, apontar a insuficiência da motivação do gestor para determinado ato, por exemplo, ou mesmo complementar essa motivação, trazendo elementos que somem ou confirmem que a decisão é a melhor, face às alternativas viáveis.

A atuação da procuradoria a partir dos novos parâmetros trazidos pela LINDB certamente resultará no incremento do planejamento das políticas públicas a serem traçadas e implantadas pelo gestor, uma vez que exigirá deste o esforço para avaliar as consequências de seus atos e justificá-los.

CONCLUSÃO

Os artigos acrescentados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que trouxeram parâmetros para criação e interpretação de normas voltadas ao direito público, constituíram grata inovação no sistema normativo, sentido de objetivar o aumento da segurança jurídica e da eficiência não só aos gestores públicos, mas também aos particulares que tratam com a Administração Pública.

Neste estudo procuramos demonstrar a aplicação dos novos dispositivos da LINDB a partir da atuação da Advocacia Pública.

Para tanto, vimos o contexto histórico e normativo da Advocacia Pública, os principais entendimentos acerca do funcionamento da instituição e os papéis constitucionalmente deferidos a ela, tanto no âmbito contencioso quanto no consultivo, mencionando ainda o atual panorama de responsabilização do membro da Advocacia Pública.

Em seguida, aprofundamos nas inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018, que acrescentou dez artigos à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, destacando alguns posicionamentos doutrinários já existentes sobre as novas disposições, bem como a resistência quanto a promulgação da lei, quando ainda se tratava de projeto de lei, críticas estas que partiram principalmente dos Tribunais de Contas, do Judiciário e do Ministério Público,

Os artigos foram regulamentados pelo recente Decreto nº 9.830/2019, que trouxe o conceito das expressões abertas previstas na LINDB, bem como consolidou a necessidade de envolvimento da Advocacia Pública no auxílio à motivação do ato administrativo, ao exigir na motivação a menção às normas, à interpretação jurídica, a jurisprudência e a doutrina que a embasaram, função que naturalmente será exercida pela Advocacia Pública.

Analizou-se a postura a ser adotada pelos membros da Advocacia Pública perante os novos mandamentos, exemplificando através de casos julgados pelo STF baseados em normas principiológicas que impuseram obrigações concretas e custosas ao Estado, típicas de ativismo judicial.

Perante o Poder Judiciário, a Advocacia Pública pode e deve estimular a

aplicação da LINDB fornecendo informações que demonstrem as consequências práticas de uma decisão, bem como o acerto da escolha administrativa efetuada pelo gestor que possa estar sendo questionada.

No âmbito consultivo, as procuradorias devem auxiliar o gestor na motivação adequada do ato administrativo de acordo com os novos preceitos trazidos pela LINDB, sem se distanciar, por evidência, da necessidade de apontar o substrato legal do assunto objeto da consulta, bem como eventuais posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários.

Além disso, cabe às Procuradorias estimular o planejamento administrativo, para que as decisões de gestão sejam fruto de uma atuação pensada e transparente do Gestor.

Relacionando a atuação da Advocacia Pública com os novos parâmetros de criação e interpretação do direito público trazidos pela LINDB, constatou-se que as Procuradorias, enquanto órgão exclusivo de representação e assessoria jurídica do Poder Executivo, tem grande responsabilidade no cumprimento de seus comandos pelo Gestor público, uma vez que competirá às Procuradorias a motivação qualificada dos atos administrativos exigida pela LINDB.

Em conclusão, acreditamos que em ambiente de ativismo judicial e de tendência punitiva dos órgãos de controle, a compreensão acerca das opções concretas e viáveis à disposição do gestor no momento da decisão certamente incrementará a perseguida segurança jurídica, cabendo à Advocacia Pública tanto auxiliar o gestor na motivação adequada de suas escolhas quanto estimular a aplicação da LINDB pelos órgãos decisores.

BILIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. O princípio da unicidade da Advocacia Pública Estadual e os limites à sua alteração por emenda constitucional. *Revista Brasileira de Advocacia Pública – RBAP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 11-37, jan./jun. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BENNINI, Antonio Augusto. O empoderamento da Advocacia Pública a importância de iniciativas interinstitucionais de recuperação de ativos e de combate à corrupção. *Revista Brasileira de Advocacia Pública – RBAP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 135-158, jan./jun. 2017.

BEZNOS, Clovis. Uso de "conceitos jurídicos indeterminados" na nova LINDB. *Revista Consultor Jurídico*, 6.12.2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-06/clovis-beznos-uso-conceitos-juridicos-indeterminados-lindb>>. Acesso em 27.8.2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil*. 2011. Disponível em <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/diagnostico-advocacia.pdf>>. Acesso em 10.6.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 217/PB. Rel. Min. Ilmar Galvão. Tribunal Pleno. j. em 28/02/2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 291/MT. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. j. em 07/04/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1246/PR. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno. j. em 11/04/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.584/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. j. em 09/08/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 24.631/DF. Rel. Min.

Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. j. em 09/08/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.027.633/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. j. em 23/03/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 35.815/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Decisão monocrática proferida em 16/09/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 36.385/DF. Rel. Min. Carmen Lúcia. Decisão monocrática proferida em 15/08/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.146/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Sem decisão proferida.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Mandado de segurança nº 2047070-18.2019.8.26.0000. Rel. Des. Alberto Anderson Filho. 7ª Câmara de Direito Criminal. j. em 03/04/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592.581/RS. Rel. Min. Ricardo Levandowski. Tribunal Pleno. j. em 13.08.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 429.903/RS. Rel. Min. Ricardo Levandowski. 1ª Turma. j. em 25/06/2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Aspectos fundamentais do regime jurídico da advocacia pública estadual: exclusividade das funções, competências, independência e controle. Revista Brasileira de Advocacia Pública – RBAP, Belo Horizonte, ano 2, n. 03, p. 11-102, jul./dez. 2016.

COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. A autonomia funcional da advocacia pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no estado democrático constitucional brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, aet. 2009. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62506>>. Acesso em: 12 abr.

2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CYRINO, André Rodrigues. *Advocacia pública*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/25/edicao-1/advocacia-publica>>. Acesso em 29.4.2019.

DI PETRO, Maria Sylvia Zanella. MOTTA, Fabrício. *Advocacia pública e sua atuação no procedimento licitatório: fundamentos, limites e responsabilização*. RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set/dez. 2015.

_____. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *O Projeto de Lei 7.448/2017 e os novos paradigmas da administração pública*. <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-projeto-de-lei-7-448-2017-e-os-novos-paradigmas-da-administracao-publica/>>. Acesso em 25.07.2019.

_____, Felipe Faiwichow. *Princípios jurídicos e a LINDB*. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-des-valorizacao-dos-principios-juridicos/>. Acesso em 25.07.2019.

GONÇALVES, Alexsander Aparecido. *A advocacia pública e suas funções institucionais*. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 10, n. 108, fev. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=65463>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MADUREIRA, Claudio. O problema da autonomia técnica da Advocacia Pública. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 179-207, out./dez. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. et. al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em 23/05/2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 33. ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016 - São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDONÇA, Clarice Corrêa de; VIEIRA. Raphael Diógenes Serafim; PORTO, Nathália França Figuerêdo. 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil. 1. ed. Minas Gerais: Editora Fórum, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Grandes casos: Caso Lava Jato. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>>. Acesso em 15.07.2019.

MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. A Advocacia De Estado Revisitada: Essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União*, São Paulo, ano 4, n. 4, p. 36-65, out./2005.

NERY JUNIOR, Nelson. Constituição Federal comentada. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Advocacia Pública - RBAP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 45-72, jul./dez. 2015.

SOUZA, Robson Soares de. O controle de juridicidade exercido pela advocacia pública

como requisito de eficácia do ato administrativo. *Revista Brasileira de Direito Municipal - RBDM*, Belo Horizonte, ano 14, n. 50, p. 59-74, out./dez. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. VORONOFF, Alice. Art. 27 da LINDB: Quem paga pelos riscos dos processos? *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 171-201, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77654>>. Acesso em 21.9.2019.

TAVARES, Luiz Marcelo Cabral. A utilização pela Advocacia Pública dos meios alternativos de resolução de conflitos como ferramenta de reafirmação do protagonismo na formulação das políticas públicas e de coautoria na busca pelo acesso ao direito e à justiça. *Revista Brasileira de Advocacia Pública – RBAP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 41-70, jan./jun. 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Consultoria Jurídica. Análise Preliminar do PL 7448/2017. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162D40B8CB632CC&inline=1>. Acesso em 18.09.2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Consultoria Jurídica. Parecer do Projeto de Lei nº 7.448/2017, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto em relação à análise preliminar que esta Consultoria havia realizado. PROCESSO TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5. Consultor Jurídico Odilon Cavallari de Oliveira. 20/04/2018. Disponível em <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>>. Acesso em 19/09/2019.

VALLE, Luísa. Estudo revela que apenas um terço dos municípios do país possuem procuradores concursados. *Jornal O Globo*. 07/03/2018. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/estudo-revela-que-apenas-um-terco-dos-municipios-do-pais-possuem-procuradores-concursados-22462190>>. Acesso em 10/06/2019.

VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim. O exercício das funções da Advocacia Pública

como atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos: uma releitura da Proposta de Súmula Vinculante nº 18 do STF à luz dos dados publicados no 1º Diagnóstico de Advocacia Pública Municipal no Brasil (2018). Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 167-204, mar./abr. 2019. Disponível em <<https://sp01.mgniers.com/anpm/2S/o-exercicio-das-funcoes-da-advocacia-publica-como-atividade-exclusiva-dos-advogados-publicos-efetivos-releitura-da-psv-18-raphael-serafim.aspx-2.pdf>>. Acesso em 29.4.2019.