

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ADVOCACIA PÚBLICA: DA DEFESA AO CONTROLE INTERNO DO ESTADO

RODOLFO ALCANTELADO FURTADO BASTOS

RIO DE JANEIRO

2017/1

RODOLFO ALCANTELADO FURTADO BASTOS

ADVOCACIA PÚBLICA: DA DEFESA AO CONTROLE INTERNO DO ESTADO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Me. Thiago Guerreiro Bastos.

Rio de Janeiro

2017/1

RODOLFO ALCANTELADO FURTADO BASTOS

ADVOCACIA PÚBLICA: DA DEFESA AO CONTROLE INTERNO DO ESTADO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como parte dos requisitos necessários à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Data de aprovação: ___/___/_____

Banca Examinadora:

Prof.º Me. Thiago Guerreiro Bastos – UFRJ - Orientador

Nome completo do 2º Examinador
Prof. + titulação + Instituição a que pertence

Nome completo do 3º Examinador
Prof. + titulação + Instituição a que pertence

Rio de Janeiro

2017/1

RESUMO

BASTOS, Rodolfo Alcantelado Furtado. *Advocacia pública: da defesa ao controle interno do estado*. 56 páginas. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016/2.

O presente trabalho analisa a evolução da Advocacia Pública no Brasil, em especial, após a Constituição de 1988. Inicialmente, se perfaz o caminho do tratamento constitucional dado hoje à carreira e seus reflexos nas esferas federal, estadual e municipal. Após, se promove a releitura de institutos e princípios que organizam e regem o Direito Administrativo, dando foco àqueles que mais influenciam o atuar do Advogado Público. Encerrando, conceituam-se as funções típicas exercidas pela Advocacia Pública e demonstra-se o papel desses novos institutos no agir dos membros dessa carreira, correlacionando os avanços que essa nova abordagem deu a essa função essencial à justiça.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Advocacia Pública. Princípios Administrativos. Funções do Advogado Público. Controle Interno da Administração.

ABSTRACT

BASTOS, Rodolfo Alcantelado Furtado. *Advocacia pública: da defesa ao controle interno do estado*. 56 Páginas. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016/2.

This paper analyzes the evolution of Public Advocacy in Brazil, especially after the Constitution of 1988. Initially, the path of the constitutional treatment given to the career and its repercussions in the federal, state and municipal spheres is made. Afterwards, it is promoted the re-reading of institutes and principles that organize and govern the Administrative Law, giving focus to those that most influence the work of the Public Lawyer. In closing, the typical functions of Public Advocacy are conceptualized and the role of these new institutes is demonstrated in the actions of the members of this career, correlating the advances that this new approach has given to this essential function to justice.

Keywords: Administrative Law. Public Advocacy. Administrative Principles. Functions of the Public Lawyer. Internal Control of Administration.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. OS PRIMEIROS PASSOS DA CONSOLIDAÇÃO DA ADVOCACIA DO ESTADO	08
2.1 O ORDENAMENTO POLÍTICO-JURÍDICO BRASILEIRO NO PÓS SEGUNDA GEURRA E A CONSTITUIÇÃO DE 1967	08
2.1.1 A Advocacia Pública Federal na Constituição Federal de 1967	09
2.2 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	11
3. OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E AS ATIVIDADES DA ADVOCACIA PÚBLICA	14
3.1 OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO	14
3.1.1 Da Legalidade à Juridicidade	15
3.1.2 Ainda não se pode falar em Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado?.....	18
3.1.3 A eficiência Administrativa.....	21
3.1.4 A confiança legítima: uma garantia do administrado e um freio para a Administração	23
3.1.5 A Consensualidade Administrativa: um novo modelo de Estado	26
3.1.5.1 Audiências Públicas: a possibilidade de participação da população na tomada de decisões.....	28
3.1.5.2 As parcerias público privadas (PPPs).....	30
3.1.5.3 O Contrato de Gestão do art. 37, §8º da Constituição Federal	31
3.1.6 Um novo Direito Administrativo.....	32
4. AS FUNÇÕES TÍPICAS DA ADVOCACIA PÚBLICA	34
4.1 FUNÇÃO CONTECIOSA	38
4.2 FUNÇÃO CONSULTIVA	42
4.3 A ATUAÇÃO DO ADVOGADO DE ESTADO NO CONTROLE INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO	47
5. CONCLUSÃO	52
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição de 1988, e a conseqüente redemocratização do País, mudou-se a forma de realizar o direito nacional. O ordenamento jurídico veio a ganhar novos parâmetros, o Estado ganhou novos contornos e suas instituições novas faces. O Direito Administrativo não poderia ficar de fora dessa dança.

O império da estrita legalidade cedeu ao avanço da nova atuação centrada na realização das normas constitucionais e na realização dos Direitos Fundamentais. O que antes era do interesse público, agora não mais o era. O Estado se moderniza, se aperfeiçoa, busca novas fontes de legitimidade, essas que por anos foram desprezadas por governos autoritários. O Estado, aos poucos, se descobre democrático.

Desse avanço institucional, surgiram releituras dos mais diversos institutos. A constitucionalização do direito, ainda que tardia, concretiza-se cada vez mais por todos os ramos do direito. Do Direito Penal até o Direito Civil, a Constituição é fonte do direito, é norma a ser respeitada e observada na realização destes.

Nesse cenário, o Direito Administrativo resolveu se reformular. Decidiu reler antigos institutos, trazer novas ferramentas e, aos poucos, perder todo viés autoritário que antes possuía. Nessa monografia, em que pese a dificuldade em se tratar de forma completa dos mais variados institutos, buscou-se percorrer, da melhor forma, esses novos caminhos. Partindo desde o momento anterior à Constituição de 1988 até os dias atuais, pontuando os avanços e as conquistas do nosso tão aguardado Estado Democrático de Direito.

Aliado a essa exposição teórica, trago minha experiência pessoal junto à Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, de forma a tentar aliar o estudo teórico dos novos institutos com a realização prática do Direito Administrativo.

2 OS PRIMEIROS PASSOS DA CONSOLIDAÇÃO DA AVOCACIA DE ESTADO¹

Após o término da Segunda Grande Guerra Mundial, o mundo assistiu a dois fenômenos importantes para o cenário político-jurídico, que influenciaram não só a nossa formatação política interna como também o nosso próprio Estado de Direito, cada um no seu tempo e na sua medida. Os fenômenos são o início da Guerra Fria, trazendo consigo a polarização mundial, e por outro lado, a concepção da Constituição como norma jurídica.

Esses dois eventos foram fundamentais para influenciar o ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, seria impreciso delimitar o atual espaço da Advocacia Pública sem que se verificasse na história o quanto eles foram capazes de atuar sobre essa carreira, contribuindo, cada qual de forma negativa ou positiva, para a consolidação desta que hoje já se encerra como uma Função Essencial à Justiça.

2.1. O ordenamento político-jurídico brasileiro no pós-guerra e a Constituição de 1967

Não demorou para que a polarização do mundo e o medo da ameaça comunista impusesse ao Brasil um regime de exceção. Menos de 20 anos após o término da Segunda Guerra, os militares, no ano de 1964², tomaram o poder e instalaram um regime de exceção que viria a perdurar por longos 21 anos.

Como todo governo que pretende vestir um véu de legitimidade, ainda que seus contornos sejam claramente autoritários, os militares exerceram poderes constituintes, sejam por meio de Atos Institucionais ou mesmo pela promulgação³ de uma constituição. O presente trabalho não tem o objetivo de percorrer todo o período militar e seus excessos, de forma que, para demonstrarmos o avanço da Constituição de 1988, a análise será delimitada ao texto da Constituição de 1967⁴⁵ que foi imediatamente pretérita à Carta Cidadã.

¹ O termo Advogado do Estado, no presente trabalho, é utilizado de forma restritiva, comportando a expressão as carreiras que defendem o próprio Ente Federado, seus órgãos e entidades da Administração indireta, quando estas não possuírem em seu quadro membros que patrocinem seus interesses em juízo. Desta forma, busca-se excluir do objetivo deste trabalho, a figura do Defensor Público, ainda que este seja um advogado disponibilizado e remunerado pelo Estado.

² FAUSTO, Boris. História do Brasil. São Paulo: Edusp. 14 ed. 2012

³ A utilização do termo promulgação se faz de forma semelhante à adotada no período pelos militares, sem o anseio de legitimar a atuação antidemocrática do processo de elaboração da Constituição, o que por si só, já configuraria a Constituição como outorgada.

⁴ Existe profunda controvérsia no direito a respeito da Emenda nº 01 que veio a recriar a própria constituição de 1967. A doutrina majoritária considera essa emenda como a edição de uma nova constituição, sendo esta a Constituição de 1969. Para fins didáticos, cito somente a constituição de 1967 como pretérita à Constituição de 1988, fazendo os apontamentos conforme o texto consolidado pela emenda.

Conforme se observa da leitura da Constituição de 1967, esta, por influência do regime autoritário, não dava espaço a uma atuação mais incisiva das instituições que guarnecem uma verdadeira democracia, seja pela limitação de suas funções ou até mesmo pela eventual inexistência destas. Inúmeros foram os abusos do Governo Militar, temos como exemplos: o fechamento do Congresso Nacional; a cassação do mandato de parlamentares; a proibição da pluralidade partidária e do livre pensamento político; a outorga do AI-02 que aumentava, dentre outras disposições, o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal⁶ e uma hipertrofia do poder executivo sobrepujando os demais poderes e violando suas funções típicas.

Como consequência dessa postura autoritária, que via no controle interno ou externo de seus atos algo temerário, tivemos um nascimento pós-termo da Advocacia Geral da União (AGU), que veio a ser criada e consolidada como função essencial à justiça, junto com as demais carreiras da advocacia pública, após a Constituição de 1988.

Assim a Constituição de 1967 na sua inegável omissão quanto à necessidade de uma Advocacia Pública equipada e independente, deve ser o ponto de partida para explicar o avanço desta carreira no pós Constituição de 1988 e como ela foi responsável por mudanças não só na sua própria organização, como também na ampliação da atribuição constitucional de outros órgãos.

2.1.1. A Advocacia Pública Federal na Constituição Federal de 1967

A consolidação da advocacia pública é por demais recente no ordenamento jurídico brasileiro. Veio a ganhar protagonismo atual com a Constituição de 1988, de forma que antes a defesa do Estado, hoje em âmbito federal exercida pela Advocacia Geral da União (AGU),

⁵ Ainda na temática da Constituição de 1969, transcrevo as palavras do Ilustre Professor Daniel Sarmiento discorrendo sobre a controvérsia: “Discute-se se o texto em questão consubstanciou nova Constituição, ou se, ao contrário, representou simples emenda constitucional, como pareciam crer os seus autores. A segunda posição foi sustentada por alguns juristas mais próximos ao regime militar, mas a primeira é amplamente majoritária em doutrina. Entendemos que não se tratou de simples emenda, mas de Constituição – se é que merece esse nome uma norma editada de forma tão ilegítima. Isto não apenas pela extensão das mudanças promovidas, como também pelo seu fundamento de validade. É que as emendas, como emanção de um poder constituinte derivado, têm o seu fundamento na própria Constituição que modificam. Porém, a assim chamada Emenda nº 01 não foi outorgada com fundamento na Constituição de 1967, mas sim com base no suposto poder constituinte originário da “Revolução Vitoriosa”, que se corporificava, mas não se exauria, nos atos institucionais editados pelos militares.”

⁶ Art. 6º - Os arts. 94, 98, 103 e 105 da Constituição passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 98 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis Ministros.

Parágrafo único - O Tribunal funcionará em Plenário e dividido em três Turmas de cinco Ministros cada uma.”

era função atribuída ao Ministério Público Federal (MPF), conforme se extrai da leitura do §2º do Art. 138 da Constituição de 1967:

Art 138 - O Ministério Público Federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República, o qual será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos Indicados no art. 113, § 1º.

§ 1º - Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço.

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

Nesse cenário de dupla função da figura do Procurador da República, ou dependendo do caso, do Promotor público, dois problemas inevitavelmente surgiram, são eles: (i) a confusão causada quando da promoção de qualquer ação do MPF em face da União; (ii) o despreparo técnico da carreira para a infinidade de temas em que a União figurava como litigante.

O primeiro problema, hoje de muita mais fácil visualização tendo em vista a ampliação da atuação do Ministério Público pela Constituição de 1988, era que quando houvesse um interesse demandado em juízo pelo próprio MPF em face da União, aquele também seria o responsável por atuar em defesa desta. A consequência era que a atuação do MPF, hoje consagrado defensor dos interesses difusos e da própria probidade do Estado, restringia-se basicamente ao campo da persecução penal, tendo um espaço de atuação infinitamente mais restrito do que hoje a Constituição de 1988, nos Artigos 127 a 130, o atribui.

Em relação a esse primeiro problema, a criação da AGU, ainda que em sentido reflexo, permitiu uma maior atuação do MPF, tal qual vemos hoje e conforme foi enunciado pela Constituição de 1988. De nada adiantaria enunciar na CRFB/88 uma maior atribuição constitucional do MPF, como um proeminente guardião dos interesses difusos, que por muitas vezes se opõem ao interesse do Estado, se aquele também atuasse na defesa do Ente estatal.

Dessa forma, a resolução do primeiro problema com a criação de uma carreira independente e consolidada como função essencial à justiça, ajudou, ainda que de forma reflexa, a atuação do MPF que hoje se enxerga no nosso ordenamento jurídico.

O segundo problema apresentado é exclusivamente de ordem técnica, isto é, de impossibilidade de uma representação judicial, ou até mesmo extrajudicial, da União em igualdade com os outros agentes privados.

Na esfera judicial, por exemplo, podemos imaginar um conflito advindo da concessão de uma rodovia ou até mesmo um conflito sobre a impossibilidade de cobrança de algum tributo, ambos são campos de atuação difíceis e demandam dos patronos dos litigantes um conhecimento próprio dos institutos dessa matéria legal. Diante desses casos, na Constituição de 1967, tínhamos o seguinte cenário: Representando a União, algum membro do MPF desacostumado com a matéria, tendo em vista sua atuação quase que exclusiva na seara penal e processual penal, e do outro lado, promovendo a defesa do ente privado, uma banca de advogados especializada na matéria objeto da lide. É inegável a infinidade de prejuízos que essa defesa hipossuficiente causava.⁷

Obviamente, o prejuízo sofrido afastava a melhor consecução do interesse público pelo gestor. Acarretava prejuízos financeiros ao ente, que não raro sofria perdas judiciais por imperícia de seus defensores que estavam desacostumados com a matéria. O prejuízo se refletia nos cofres públicos e inevitavelmente no povo, que tem por função carrear os cofres do Estado por meio do pagamento de tributos. Em poucas palavras, a imperícia e a má gestão de um governo dominado por atitudes autoritárias, que via em qualquer instituição independente um sinônimo de desmando, acabava por irradiar por toda a população.

Assim, resumia-se a defesa da União na Constituição de 1967 como sendo precária em sentido técnico, pela falta de uma carreira organizada e estruturada de forma a atender a enorme complexidade de casos, e extremamente reduzida do ponto de vista de suas atribuições e possibilidades legais.

⁷ De forma a exemplificar o exposto, transcrevo as palavras do Consultor-Geral da República no Governo José Sarney, Saulo Ramos, escritas nas páginas 129 e 130 do livro Código da Vida de sua autoria:

“Em juízo, quem ia representar a União e defendê-la era um promotor público, um Procurador da República, de especialidade criminal junto às varas federais, em processos penais. Assim, o representante do Ministério Público Federal com essa função que hoje desenvolve com exclusividade de atuar em ações penais e no máximo em ações civis públicas era chamado a agir em todos os processos de interesse da União, nos mais variados e complexos assuntos jurídicos e para os quais não estava preparado. Nem podia estar, tamanha a variedade e a complexidade de assuntos tão distintos uns dos outros.

Aí vinha o deus-nos-acuda, pois os processos eram complicados. O pobre do promotor público federal, um criminalista acostumado a estudar direito penal e a lidar com o crime, tinha que enfrentar casos de contratos difíceis, que haviam sido descumpridos ou sofrido interpretações contraditórias nas respectivas execuções. Litígios sobre concessões públicas, licitações, obrigações administrativas, direito público, sonegação fiscal, cobrança de tributos, brigas nas exportações e importações, nas extrações de minérios, contratos cambiais. Uma infinidade de assuntos, em que enfrentava, do outro lado, escritórios de advocacia poderosos, de grande estrutura e altamente especializados.”

2.2 A força normativa da Constituição de 1988⁸

Como exposto no início do capítulo dois foram os fenômenos mais recentes que de alguma forma desenharam o nosso ordenamento. O efeito da polarização mundial e seus efeitos no ordenamento político-jurídico do Brasil já foram apresentados, tendo agora que cuidarmos da nova concepção constitucional experimentada na Europa do pós-guerra.

O término da Segunda Grande Guerra, aliado ao medo de ressurgimento de ideologias autoritárias, inaugurou na Europa um novo paradigma de modelo constitucional, voltado à viabilização da Constituição como norma jurídica e não mais apenas como norma política que apenas orientava o atuar dos agentes do poder.

Na vanguarda desse novo modelo constitucional temos a Alemanha, a qual, dentre as nações aliadas, fora a que mais sofrera com uma concepção puramente política da Constituição, que trouxe invariáveis violações à dignidade da pessoa humana e inescusáveis crimes contra a humanidade⁹. A ocorrência dessa barbárie engendrou um receio de ocorrência futuras de novas violações, dando origem ao surgimento da nova concepção de Constituição como norma jurídica.

Se na concepção política os dispositivos constitucionais dependiam da conformação do legislador ou da discricionariedade do administrador para se realizarem, agora seria inaugurada uma ordem completamente inversa. O legislador ou o administrador que outrora era facultado ao cumprimento e efetivação das normas constitucionais, agora se via vinculado e obrigado às disposições contidas na Constituição¹⁰. Essa nova concepção que garantia força normativa à constituição viria a ser grande modificação paradigmática ocorrida em seio constitucional no século XX.

Ao lado do surgimento e fortalecimento desse novo modelo por toda a Europa, tínhamos no Brasil a existência de um Estado autoritário que não permitiria uma constituição dotada de efetivos normativos. Se fosse dado ao Estado Brasileiro, à época da Constituição de

⁸ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. 1991.

⁹ Como exemplo de concepção política da Constituição, temos a elaboração teórica proposta pelo Jurista Alemão Carl Schmitt da Constituição como “Norma política fundamental”, que em certa medida, legitimou o atuar do Partido Nazista.

¹⁰ Nas exatas palavras do Exmo. Min. Luís Roberto Barroso: “Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.” (BARROSO, Luís Roberto. **Novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 522p. pág. 194.)

1967, o mínimo de normatividade aos dispositivos constitucionais, jamais teríamos abrigado inúmeras violações¹².

Um dos pressupostos de efetividade das normas constitucionais no Constitucionalismo Europeu nascido na Alemanha, é a possibilidade de controle judicial dos atos públicos que de qualquer forma contrariem a Carta Magna, sejam eles atos de caráter concretos ou abstratos. Na realidade constitucional de 1967, o controle judicial, se assim podemos chamá-lo, era por demais precário, seja pelo aparelhamento da própria estrutura judiciária, ou até pela impossibilidade legal diante dos mecanismos existentes. Tomemos como exemplo o monopólio da Ação Direta de Inconstitucionalidade na figura do Procurador Geral da República, que inviabilizava o conhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal de inúmeras ações diretas. Encerrando esse viés autoritário, a Constituição de 1988 no Art. 103¹³, em dispositivo digno de aplausos, amplia consideravelmente o rol de legitimados para o controle concentrado, sendo um dos melhores instrumentos do processo jurisdicional democrático e importante ferramenta na concretização dos direitos fundamentais.

Diante de uma indisposição do Poder Executivo em efetivar e garantir efeitos normativos à Constituição e, da inércia provocada e, por vezes da omissão, do Poder Judiciário, passamos a largo de experimentar mudanças semelhantes as que viriam a ocorrer em grande parte da Europa por um bom tempo. Teve assim a nossa realidade constitucional um vácuo de normatividade que só viria a ser suprido com a promulgação de nossa Constituição Cidadã.

¹² Exemplificando a ausência de normatividade da Constituição de 1967, temos o §8º do Art. 150: “*Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.*” É indubitável a existência de políticas repressivas do livre pensar e agir pelo Governo Militar, de forma que a par da existência de dispositivo constitucional, dele não se extraía qualquer efeito normativo.

¹³ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A nossa Constituição de 1988 veio então com grande expectativa. De um lado a esperança do renascimento da democracia, e do outro lado, a promulgação de uma nova constituição, dessa vez elaborada por uma Assembleia Constituinte verdadeiramente representativa e democrática. A grande questão era: Dessa vez teríamos uma Constituição pra “valer”?¹⁴

Passados quase 30 anos da Constituição de 1988, é imperioso afirmar que dentre as nossas constituições, foi sem dúvida a que teve maior aproveitamento normativo e maior eficácia perante o ordenamento político-jurídico do nosso país. Fruto dessa nova cultura constitucional experimentada no cenário brasileiro, tivemos um fortalecimento das nossas instituições democráticas, em especial, da Advocacia Pública nos três níveis federativos. Inaugurou-se então uma nova Advocacia Pública.

¹⁴ Utilização de expressão da lavra do Exmo. Min. Luis Roberto Barroso. (BARROSO, Luís Roberto. **A efetividade das normas constitucionais: por que não uma constituição para valer?**. In: Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 1986.)

3 OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO E AS ATIVIDADES DA ADVOCACIA PÚBLICA

A Advocacia Pública é exercida em três vertentes no âmbito administrativo e judicial. No âmbito judicial temos a representação do ente federado nos processos judiciais em curso, no exercício de atividade contenciosa, sendo tratada nesta obra como defesa, em sentido estrito, do Estado. É a atividade de mais fácil visualização social, seja por não raro ocupar as manchetes dos jornais os litígios envolvendo o Estado¹⁵ ou até por estar mais presente no cotidiano dos advogados que repetidamente litigam com o Ente Público¹⁶.

No âmbito administrativo temos duas atividades, sendo a primeira a atividade consultiva que envolve orientações jurídicas em sede administrativa basicamente de forma a orientar o atuar do agente público ou uniformizar entendimentos; a segunda atividade, que ainda não será tratada neste tópico, refere-se ao controle interno da Administração pública, esta ainda que exercida em sede administrativa, sofre bastante influência da atividade contenciosa e veio legitimada por uma mudança de paradigmas do Direito Administrativo.

Esses novos paradigmas do Direito Administrativo que deram espaço ao surgimento de um controle interno, influenciaram as duas outras atividades já citadas, de forma que antes de tratarmos especificadamente de cada uma dessas atividades, vamos percorrer o caminho dessa mudança.

3.1 Os novos paradigmas do Direito Administrativo¹⁷

A Constituição de 1988, acompanhada obviamente por uma tendência normativa antes jamais vista, operou no ordenamento jurídico brasileiro uma constitucionalização do direito, ou ainda uma filtragem constitucional, que em poucas palavras seria uma correta adequação das normas infraconstitucionais aos ditames do texto constitucional.

Essa constitucionalização do direito deu-se em duas frentes: i) As normas pré-constitucionais, que tenham sido recepcionadas pela Constituição de 1988 por não

¹⁵ Como exemplo: <<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-01-27/justica-nega-liminar-e-consorcio-maracana-tera-que-continuar-cuidado-do-estadio.html>>, acesso em 19/05/2017.

¹⁶ “O grande litigante do país é o poder público. O levantamento do CNJ mostra que 15% dentre 23,7 milhões de ações que ingressaram na Justiça se referem à matéria tributária, previdenciária ou de Direito Público, todas áreas que envolvem a Administração pública em seus diferentes níveis - federal, estadual e municipal”. Informação disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>, acesso em 19/05/2017.

¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

incompatibilidade com seu conteúdo, seriam relidas de forma a seus institutos adequarem-se ao exposto no texto constitucional. As normas infraconstitucionais deveriam, dentro da possibilidade textual¹⁸, encampar as teses constitucionais e, principalmente, orientarem-se pela concretização em maior grau possível dos direitos fundamentais; ii) As normas pós-constitucionais deveriam nascer com respeito ao texto constitucional garantindo-se a posição superior no ordenamento da nossa Constituição. Seria assim um comando direcionado primeiramente ao Legislativo, que deve legislar de forma a respeitar e adequar suas leis ao texto constitucional, evitando ao máximo a entrada em vigor de uma norma inconstitucional. Não havendo esse respeito por parte do legislativo, permite-se ao judiciário a declaração da inconstitucionalidade da norma, por via direta ou não, e ao Executivo, desde que devidamente motivado, a não aplicação da norma que este acredite ser inconstitucional.

Essa atuação mais proativa dos poderes para a concretização do fenômeno normativo da Constituição impôs a releitura de uma série de institutos, seja no campo do direito privado, com a própria releitura do conceito de autonomia da vontade, seja no campo do direito público, com a redefinição do interesse público. O Direito administrativo não poderia ficar inerte e reformulou seus institutos seculares, conforme vamos observar a seguir.

3.1.1 Da Legalidade à Juridicidade

O princípio da legalidade, insculpido no Art. 37 da CRFB/88, tem sua origem no liberalismo, tendo a figura do poder legislativo como seu marco de atuação, na medida em que esse poder veiculava a verdadeira vontade do povo por ser um poder de caráter representativo. Em breve síntese, sem adentrar nas diferentes posições existentes, basicamente o princípio da legalidade atua de duas formas, são elas: i) A supremacia da lei em face dos atos administrativos; ii) A reserva de lei.

O princípio da legalidade na concepção de reserva da lei ganhou mais relevo no atuar administrativo, sendo considerado uma vinculação positiva do administrador ao comando legal. Ou seja, o administrador poderia atuar somente nos limites de sua autorização legal. Não havendo lei o administrador não agia. Essa foi a concepção que prevaleceu e que deu

¹⁸ Essa nova interpretação das normas infraconstitucionais pretéritas deve ter como limite o texto da norma, sob pena do intérprete legislar por meio de ferramentas de interpretação. A interpretação deve ser entendida como a extração de um dos sentidos normativos possíveis, mas não de criação do direito além da possibilidade textual, pois assim teríamos uma violação da separação dos poderes e esvaziamento da função legislativa. No Brasil, algumas vezes, infelizmente, os intérpretes ignoram esta recomendação e geram o inacabado fenômeno da insegurança jurídica.

face ao princípio da legalidade, e conseqüentemente, a que mais viria a sofrer com a mutação do parâmetro de atuação.

Com a constitucionalização do direito, o parâmetro de atuação do administrador deixou de ser exclusivamente a lei, este agora teria sim que se vincular à lei, mas poderia na ausência desta, buscar fundamento de validade para sua atuação diretamente na Constituição. A ausência de dispositivo legal não é mais um impeditivo para o atuar administrativo¹⁹. A eficácia normativa que a Constituição de 1988 ganhou veio a irradiar efeitos por todo o ordenamento, de forma que o administrador deve buscar a legitimidade da sua conduta em todo o conjunto normativo existente e principalmente na norma de maior superioridade normativa que é a nossa Constituição.

Dáí surge a ideia de juridicidade, que é não mais a submissão do administrador ao crivo específico da lei, mas a todo um bloco jurídico conforme a precisa lição do Professor Alexandre Santos de Aragão:

Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à 'lei e ao Direito', o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (Art. 2º, parágrafo único, I). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo²⁰

O avanço do conceito de juridicidade no campo administrativo promoveu uma total reestruturação da atuação administrativa. De um lado, se permitiu uma ampliação da concretização dos direitos fundamentais em sede administrativa, permitindo um agir mais voltado à concretização de valores fundados diretamente no texto constitucional, e por outro lado, aos poucos e dentro dos limites da reserva do possível, restringiu-se a omissão estatal, pois se antes a ausência de lei justificaria uma posição omissiva, agora deve o administrador buscar fundamento diretamente na constituição para garantir o direito do administrado.

¹⁹ “*Em tempos de constitucionalização do ordenamento jurídico, a omissão legislativa não pode servir como mecanismo fraudulento para impedir a plena efetividade do texto constitucional*” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013)

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de Aragão. **A concepção pós-positivista do princípio da legalidade**. RDA. Rio de Janeiro: Renovar, n236, p.63, abr-jun. 2004.

Ainda nos efeitos desse avanço da juridicidade, temos a figura do controle do mérito administrativo por parte do Judiciário que também veio a sofrer modificações. Já não se permite hoje a ideia de agir discricionário, em um sentido clássico, isento do controle judicial. A promoção da juridicidade permitiu um maior avanço do judiciário no antes intangível mérito administrativo. O atuar do agente público agora encontra limites em todo o ordenamento jurídico e em toda carga principiológica que o pós-positivismo²¹ trouxe para a aplicação do direito, não se pode mais travestir o atuar arbitrário de discricionariedade, esta encontra limites, dentre eles o princípio da proporcionalidade²², os princípios do Art. 37 da CRFB e outros princípios específicos trazidos pela legislação infraconstitucional.²³

O controle judicial do agir administrativo deve ser um exercício de eterna cautela por parte do magistrado, pois este não pode, na ânsia de garantir o que suas próprias convicções lhe asseguram como certo, suprimir a vontade do administrador. Deve o juiz promover um exercício de constante reflexão, perguntando-se se sua decisão apenas atesta a violação ao ordenamento e, excepcionalmente a remedia, ou se está autoproclamando-se administrador e degolando a vontade administrativa. Agindo o juiz como administrador, o ato emanado será eivado de vício de inconstitucionalidade por violação a separação de poderes.

O mérito administrativo permanece vivo. A decisão política-administrativa ainda é exclusiva do administrador, este goza de legitimidade representativa para tomar decisões políticas, sejam estas agradáveis ou não aos olhos do magistrado. Negar a existência desse espaço decisório é encarcerar a figura do administrador e entregar a Administração nas mãos

²¹ “O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de trata-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente. Se é inegável a articulação complementar entre eles, a tese da separação, que é central ao positivismo e que dominou o pensamento jurídico por muitas décadas, rende tributo a uma hipocrisia. A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto.” (BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 282 - 283.)

²² A posição adotada é de correspondência entre o Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade conforme adota o Exmo. Min. Luís Roberto Barroso e majoritariamente o Supremo Tribunal Federal, variando somente o local de surgimento de cada qual. Destacamos a existência de respeitada doutrina que enxerga divergência entre ambos, porém não é o objetivo deste trabalho se aprofundar nas razões divergentes. Para uma exposição maior sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 289 - 296; e, contrariando a ideia de correspondência terminológica, v. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 94 - 103.

²³ Como exemplo de lei infraconstitucional que consagra uma série de outros princípios temos o Art. 2º da Lei 9.784/99: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”

de um órgão não eleito e que não detém estrutura técnica suficiente para decidir. Em poucas palavras, quando o juiz adentra no território da decisão administrativa, deve vestir o manto da cautela, sob pena da figura do juiz garantidor transformar-se na figura de um juiz arbitrário e ditador.

3.1.2 Ainda se pode falar em Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado?

A doutrina tradicional²⁴ do direito administrativo elenca o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, ao lado do princípio da legalidade, como um dos mais importantes para a formação do Direito Administrativo. O próprio surgimento do direito administrativo se confunde com ambos os princípios, no início os ideais liberais com o princípio da legalidade, e depois, com o avanço do Estado e a criação daquilo que seria o interesse público, e a consequente necessidade de sua prevalência sobre o direito dito comum, surge a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.²⁵

Nesse cenário de realizações do interesse público, o Estado deveria garantir interesses ditos coletivos que, naqueles tempos, entendiam-se superiores ao interesse individual comum. O interesse da maioria sobrepujava o interesse da minoria. Porém, o interesse público não é unívoco, de um lado atua em face da coletividade em sentido lato, e por outro lado atua no interesse da figura do próprio Estado.

Dessa dupla atuação do Estado na consecução do interesse público, surgiu uma divisão clássica do Interesse Público: i) Interesse Público Primário; ii) Interesse Público Secundário. O interesse público primário realiza-se quando da atuação do Estado em prol da coletividade, garantindo e satisfazendo direitos coletivos, seja pela promoção de serviços públicos ou pela atuação do poder de polícia. Em contrapartida, o interesse público secundário é aquele em que

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 32 ed, 2015 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

²⁵ A Prof^a. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citando também o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, trata ainda do princípio da indisponibilidade do interesse público que estaria interligado ao princípio da supremacia do interesse público, vejamos: “Ligado a esse princípio de supremacia do interesse público – também chamado de princípio da finalidade pública – está o da indisponibilidade do interesse público que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2004:69), “significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever - na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*”. Mais além, diz que “as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso, a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental.”

o Estado atua tendo em vista seu próprio interesse, não mais o interesse coletivo, mas sim o interesse da pessoa jurídica estatal portadora de direitos e obrigações.

Diante dessa concepção clássica, a doutrina e a jurisprudência advogavam no sentido da prevalência do interesse público primário sobre o interesse privado como característica do agir estatal, por vezes relativizando garantias individuais dos particulares, principalmente com relação à propriedade privada e às liberdades individuais. A prevalência dos interesses em conflito não se dava mediante um exercício de ponderação no caso concreto, mas sim em uma pré-concepção abstrata de prevalência daquilo que se convencionou chamar de interesse público primário.

Com o avanço da cultura constitucional e o grande salto dos direitos fundamentais no nosso ordenamento, houve uma profunda releitura e crítica ao conceito de interesse público²⁶. A concepção clássica criava uma dicotomia que não encontrava mais guarida em uma sociedade que pretendia estender o respeito e a concretização dos direitos fundamentais ao agir do próprio Estado, que não muito distante se mostrou como seu grande violador. Dessa forma, a noção de interesse público em contraposição ao interesse privado veio a perder força e abriu espaço para uma nova concepção do instituto.

A nova interpretação do interesse público pauta-se não pela prevalência em abstrato de um suposto interesse público primário, mas sim pela ponderação no caso concreto para resolução do conflito entre os interesses, prevalecendo aquele que melhor garantir a dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos fundamentais²⁷. Assim o conceito não se reflete em posições pré-concebidas, mas sim na criação do administrador voltada à realização de políticas públicas atentas aos ditames constitucionais. Não é possível extrair do texto constitucional uma necessária oposição de interesses entre o ente público e o ente privado, muito pelo contrário, hoje se entende que ambos se relacionam e se completam, pois onde há realização do verdadeiro interesse público, necessariamente haverá também a realização do interesse privado.²⁸

²⁶ “O problema ganha em complexidade quando há confronto entre o interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e o interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental. A liberdade de expressão pode colidir com a manutenção de padrões mínimos de ordem pública; o direito de propriedade pode colidir com o objetivo de se constituir um sistema justo e solidário no campo; a propriedade industrial pode significar um óbice a uma eficiente proteção da saúde; a justiça pode colidir com a segurança etc. Na solução desse tipo de colisão, o intérprete deverá observar, dois parâmetros: a dignidade da pessoa humana e a razão pública.” (BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96.)

²⁷ Para uma teoria crítica sobre o tema abordando essa nova concepção do interesse público, v. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2 ed. 2008. p. 29 – 34.

²⁸ A respeito dessa possibilidade de convergência entre o interesse público e os direitos fundamentais, ilustra o Prof. Dr. Daniel Sarmento: “E aqui é importante destacar que, com grande frequência, a correta inteligência do

Inclusive, o próprio constituinte por vezes aponta para uma sobreposição do interesse público, como seria no instituto da desapropriação, em que a propriedade do particular sofre a mais gravosa das intervenções na propriedade, a perda da propriedade, para que seja melhor articulado o interesse público²⁹. E outras vezes, consagra as liberdades particulares como superiores ao interesse do Estado, como, por exemplo, o direito ao sigilo profissional ou de comunicação³⁰, quando o Estado prioritariamente deve abster-se de violar tais garantias, somente podendo fazê-lo em casos específicos e por meio da tutela judicial.

Nessa esteira de realização do interesse público por meio de um exercício de ponderação, cresce a necessidade de legitimação do gestor. Esta só se realiza quando o administrador motiva e justifica o seu atuar, ficando exposto às críticas e ao julgo do povo, que decidirá nas urnas se as opções tomadas foram as que melhor atendiam ao interesse público. Assim, ganha força uma Administração mais discricionária no atuar administrativo, conferindo maior liberdade ao administrador na definição e consecução do interesse público, mas ao mesmo tempo, mais vinculada no sentido de justificação e motivação democrática/constitucional.

Respondendo ao questionamento propositalmente exposto no início do tópico, preserva-se ainda a supremacia do interesse público, desde que a própria noção de interesse público seja relida e delimitada conforme os novos ditames constitucionais. Só existindo interesse público legítimo quando, submetido o caso concreto ao crivo da ponderação, este é justificado e motivado como sendo o melhor diante da concretização dos direitos fundamentais, da valorização da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos dispositivos constitucionais em conflito.

que seja interesse público vai apontar não para a ocorrência de colisão, mas sim para este e os direitos fundamentais dos indivíduos. *Isto porque, embora tais direitos tenham valor intrínseco, independentemente das vantagens coletivas eventualmente associadas à sua promoção, é fato inconteste que a sua garantia, na maior parte dos casos, favorece, e não prejudica, o bem-estar geral.* As sociedades mais estáveis, seguras, harmônicas e prósperas do que aquelas em que tais direitos são sistematicamente violados.” (SARMENTO, Daniel. **Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade.** In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. P. 119.)

²⁹ Art. 5º Inciso XXIV da CRFB/88: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;”

³⁰ Art. 5º Inciso XII da CRFB/88: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;” e também o Art. 5º Inciso XIV da CRFB/88: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;”

3.1.3 A eficiência Administrativa³¹

No cenário brasileiro, talvez uma das maiores críticas dos administrados quanto ao setor público seja a sua ineficiência. A visualização desse fenômeno se dá em várias frentes. É possível visualizá-la quando um funcionário público age com desídia no exercício de sua atividade perante o cidadão, prestando-lhe um serviço ineficiente, ou ainda quando a figura do próprio particular que colabora com o Estado, nos inúmeros casos de contratos administrativos, também atua de modo ineficiente.

O propósito não é esgotar e nem exemplificar os inúmeros casos de ineficiência administrativa, mas sim adiantar que esta é uma característica maléfica do atuar administrativo amplamente presente no Estado brasileiro. Nos exemplos acima temos duas atividades distintas, prestadas por pessoas diferentes, no primeiro caso o próprio servidor, e no segundo caso uma pessoa de direito privado, mas que convergem em um sentido, ambos sofrem de alguma forma a incidência de normas de direito público e ambas, por vezes, são ineficientes.

O agir administrativo ficou tão sujeito a esse fenômeno que o legislador buscou uma solução jurídica. No ano de 1998, por meio da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, o legislador incluiu entre os princípios constantes do Art. 37 da CRFB/88, que devem ser aplicados no âmbito dos três poderes³², o princípio da eficiência. Na omissão do poder constituinte originário³³, foi necessária a chamada Reforma Administrativa (EC 19/98) para consagrar o óbvio: Não existe Estado Democrático de Direito que sobreviva frente ao colapso da ineficiência estatal.

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Modernos: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

³² Nesse ponto merece destaque uma recente tendência do STF em rever sua posição jurisprudencial já consolidada pela inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 13, que veda o nepotismo e deriva diretamente do *caput* do Art. 37 da CRFB/88, aos cargos de natureza política. A posição anteriormente consolidada do STF era no sentido de inaplicabilidade da súmula aos cargos de natureza estritamente política, *v.g.* Secretários de Estado, conforme se observa dos julgados no RE 579.951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008 e da Rcl. 6650/PR, rel. Min. Ellen Gracie, 16.10.2008. Atualmente, algumas vozes têm surgido no STF em sentido contrário, como, por exemplo, na primeira turma do STF nos autos da Rcl 7590/PR rel. Min. Dias Toffoli 30.09.2014, em que se afirma no julgado que a análise do nepotismo deve ser feita de acordo com o caso concreto, não gozando o cargo de natureza política de uma inaplicabilidade absoluta da Súmula nº 13. A tendência é de superação do entendimento pretérito e de maior consagração dos princípios do Art. 37 da CRFB/88.

³³ Quanto à omissão do Estado é necessária uma ressalva. Esta é tratada no sentido de inexistência, quando da elaboração da Constituição, de um dispositivo que expressamente previsse a eficiência administrativa, por outro lado, isto não leva a crer que o Estado foi criado sem se levar a eficiência em consideração. Não se cria um Estado para não funcionar, então a eficiência, em que pese o silêncio do constituinte originário, poderia ser considerado um princípio implícito.

A Reforma Administrativa³⁴ veio para reformular o conceito de Administração que até então dominava o espectro brasileiro. Passamos de uma Administração burocrática, focada em burocracias e formalidade infrutíferas que alimentavam um atuar ineficiente, para uma Administração gerencial³⁵, esta tida como aquela que prima pelos resultados das políticas públicas e que dá às formalidades um caráter acessório, não sendo da essência do ato a necessária vinculação a formatos jurídicos.

Não se perde e nem se ignora a existência de formalidades indispensáveis ao atuar administrativo, como por exemplo, a necessidade de publicação de um edital de licitação, porém se perde aquele apego formalístico inútil, que de nada adiantava para a consecução do fim público e só tornava a Administração mais distante do ideal de eficiência. Hoje, o paradigma mais importante e de mais fácil visualização social é o resultado da atuação administrativa na vida do administrado, o que então deve ser a luz que guia primordialmente o atuar do gestor público.³⁶ A eficiência assim não se prende ao processo, ao formalismo imotivado, mas sim ao resultado de todo o procedimento. A eficiência atua no campo dos fatos e das realizações concretas da Administração, ser ou não eficiente depende da realização material e não de vaidades formais contraproducentes.

³⁴ Como exemplos de institutos correlacionados à essa reforma administrativa, temos as inovações legislativas do Terceiro Setor, com a Lei nº 9.637/98 das Organizações Sociais (OS) e a Lei nº 9.790/99 das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), a criação da possibilidade de qualificação de autarquias e fundações como Agências Executivas, conforme a Lei nº 9.649/98, a Lei nº 11.107 de formalização de consórcios públicos, entre outros inúmeros exemplos.

³⁵ “Recém-introduzido, em 1998, no texto da Constituição, acrescentado ao rol de princípios explícitos do art. 37, caput, este princípio substantivo resultou da convergência de duas linhas de desenvolvimento. De um lado, o conceito de eficiência foi elaborado fora da Ciência do Direito, a partir da revolução industrial, ocasião em que começou a ser definido como a relação entre um produto útil e aquele teoricamente possível com os meios empregados, daí passando à Economia, aproximando-se e até certo ponto confundindo-se com o conceito de produtividade, ou seja, concebido como uma relação mensurável ou estimável entre produtos e insumos, assim chegando à Administração privada e à pública. De outro lado, destaca-se a sua origem em estudos jurídicos doutrinários de vanguarda, desenvolvidos desde meados do século XX, por juristas do porte de Raffaele Resta e de Guido Falzone, no sentido de superar o conceito de poder-dever de administrar, afirmando pela Administração burocrática, empenhada apenas em lograr a eficácia, para estabelecer, como um passo adiante, o dever da boa Administração, respaldado pelos novos conceitos gerenciais, voltados à eficiência da ação administrativa pública. **Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da Administração pública gerencial, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante o praticarem-se atos que simplesmente estivessem aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados, o que atenderia apenas ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais: que esses atos devessem ser praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência, que possibilitassem lograr-se o melhor atendimento possível das finalidades previstas em lei.**” (Grifo nosso). (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pág. 310.)

³⁶ “(...)está no resultado quicá o paradigma contemporâneo mais significativo, pois, na prática, é através dele que se pode lograr uma efetiva atuação do amplo sistema de controle posto constitucionalmente à disposição da cidadania: o controle administrativo, o controle de contas, o controle político, o controle social, o controle pela imprensa, e, na cúpula, o controle jurisdicional.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Modernos: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31).

Encerrando com as precisas palavras do Professor Dr. Rafael Carvalho Rezende Oliveira que, da melhor maneira possível, resume a diferença entre administração burocrática e administração gerencial em seu livro sobre Princípios do Direito Administrativo:

Enquanto a Administração Pública burocrática se preocupa com os processos, a Administração Pública gerencial é orientada para a **obtenção de resultados (eficiência)**, sendo marcada pela descentralização de atividades, especialização de funções e avaliação de desempenho. (Grifo nosso).

3.1.4 A confiança legítima: Uma garantia do Administrado e um freio para a Administração³⁷

Antes de adentrar e explicar o princípio da confiança legítima com a autonomia que este hoje detém, é conveniente uma breve passagem pelo princípio da segurança jurídica – que com aquele guarda bastante semelhança, mas atualmente não se confunde – para se enxergar o surgimento dessa noção de confiança.

O princípio da segurança jurídica tradicionalmente divide-se em duas acepções, uma objetiva e a outra subjetiva. Segunda o aspecto objetivo, a segurança jurídica é aquela própria da estabilidade do ordenamento, da segurança institucional e democrática, que respeita os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.³⁸ Em outro sentido, quanto ao aspecto subjetivo, a segurança jurídica atua quanto às expectativas dos administrados no agir estatal, ou seja, é a confiança dos cidadãos no próprio atuar do Estado.

Dessa concepção subjetiva, abriu-se o caminho para o surgimento e posterior positivação da noção de confiança legítima. A origem do princípio vem após a Segunda Guerra Mundial e tem como país de origem a Alemanha, tendo sido desenvolvido a partir da jurisprudência dos tribunais alemães³⁹. A ideia central do princípio é a possibilidade de reação do administrado frente a uma postura abusiva do Estado, seja esta por meio de normas jurídicas ou atos administrativos que surpreendam negativamente o cidadão.

Assim, a confiança legítima teria uma natureza dúplice, que ao mesmo tempo permite ao administrado o exercício do seu direito de defesa frente a uma postura ilegítima da Administração, e por outro lado, vincula a figura do próprio administrador, pois este no

³⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. **Princípios de Direito Administrativo**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; Método, 2013; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³⁸ A segurança jurídica em seu sentido objetivo se faz presente na CRFB/88 por meio do Art. 5º, Inciso XXXVI que assim dispõe: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

³⁹ O caso paradigmático que consagra essa construção jurisprudencial alemã é denominado como a “Viúva de Berlim”, julgado pelo Superior Tribunal Administrativo de Berlim em 14 de novembro de 1956.

exercício de suas atribuições deve ter em mente que a ruptura de um *status quo* gera efeitos além do universo jurídico⁴⁰.

Uma ressalva deve ser feita com algo que advém da própria denominação dada ao princípio. A confiança deve ser necessariamente legítima. Isto implica que o administrado deve guardar uma conduta proba, não viciada pela má-fé⁴¹, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consagra a necessidade da boa-fé, vejamos:

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONATÓRIO. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APLICAÇÃO DE MULTA A PRESIDENTE DE TRIBUNAL QUE DETERMINOU O CUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. **AUSÊNCIA DE PROVA DE MÁ-FÉ OU INTENÇÃO DELIBERADA DE FRAUDAR A LEI. PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA.** IMPOSSIBILIDADE DE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA CONTROLAR A VALIDADE DO COMANDO JUDICIAL QUE LHE É DIRIGIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA PARA ANULAR A MULTA APLICADA AO IMPETRANTE. 1. A autoridade administrativa não está autorizada a controlar a validade do comando judicial que lhe é dirigido, devendo dar-lhe cumprimento imediato, nos estritos termos em que exarado, sendo certo que contra sentenças e acórdãos viciados há remédios judiciais próprios e idôneos a saná-los, inclusive mecanismos de urgência. 2. In casu, o Tribunal de Contas da União aplicou multa pecuniária ao então Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que, com fundamento em acórdãos prolatados pelo órgão especial daquele tribunal, determinou o pagamento de vantagens pecuniárias a servidores do TJDF. 3. ***Inexistência de qualquer indício de que o impetrante tenha agido com má-fé ou intenção deliberada de violar a Lei nº 9.494/1997. Configuração de base fática objetiva apta a despertar no então presidente do TJDF a confiança quanto à***

⁴⁰ Na vanguarda dessa tendência de legitimação do direito administrativo e de positivação dos princípios jurídicos afetos a este ramo, o Estado do Rio de Janeiro merece a devida congratulação pelo texto do Art. 2º da Lei nº 5.427 de 01 de abril de 2009 (Lei do Processo Administrativo), vejamos: “O processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, *proteção da confiança legítima* e interesse público” (grifo nosso)

⁴¹ A Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro editou Enunciado prestigiando a boa-fé daquele que contrata com a Administração, ainda que paire sobre o instrumento contratual algum tipo de vício, numa correta consagração do princípio da proteção da confiança legítima. **Enunciado n.º 08 – PGE: Os serviços prestados pelo particular de boa-fé sem cobertura contratual válida deverão ser indenizados (art. 59, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93). O Termo de Ajuste de Contas é o instrumento hábil para promover a indenização dos serviços executados (Lei Estadual n.º 287/1979, art. 90, parágrafo 2.º, I c/c Decreto Estadual n.º 3.149/1980, art. 67, II), impondo-se ao administrador público o dever de apurar a responsabilidade dos agentes que deram causa à situação de nulidade.** (ref. Parecer 04/94-ASA, 07/96-MJVS, 03/97-MGL, 55/97-JAF, 40/98-MJVS, 53/98-JETB, 01/99-JLFOL, 01/99-SNM, 24/99-WD, 29/99-JAV, 07/00-WD, 08/00-WD, 05/01-JLFOL, 12/01-FAG, 13/01-PHSC, 40/98-MJVS). Publicado: DO 30/03/2004 Pág. 09. (Grifo nosso)

regularidade jurídica de sua conduta. 4. Ordem concedida para anular a multa aplicada ao impetrante. (Grifo nosso)⁴²

Avançando um pouco mais na influência da proteção à confiança, porém sem a pretensão de esgotar todo o tema, que é um oceano de divergências e ainda pouco explorado pela doutrina nacional⁴³. Pode-se concluir também pela influência da confiança legítima no atuar do poder legislativo, assegurando também ao administrado a proteção, de forma relativa, em face de inovações legislativas. Não se está advogando pela possibilidade de limitação do inovar legislativo, mas sim pela necessidade de que hoje o agente político tem de observar parâmetros mínimos de manutenção da confiança para que consiga se legitimar. Os tempos atuais são de conjugação da legalidade e da legitimidade em face de todos os poderes⁴⁴.

Temos como exemplo a edição de normas/regras de transição quando da promulgação de alguma lei ou emenda constitucional que afete consideravelmente direitos legítimos da coletividade. Um caso de fácil visualização atual é a modificação do regime jurídico dos servidores públicos. A jurisprudência do STF é uníssona em consagrar a inexistência de direito adquirido a regime jurídico, incluindo dentro dessa interpretação a possibilidade de alteração do regime previdenciário dos servidores, o que impacta de maneira central a expectativa destes, tendo em vista que é unívoco que todo servidor pretende e almeja se aposentar.

Diante disso, o legislador adota posição de cautela, porque ainda que pudesse, dentro dos limites legais, alterar substancialmente o regime previdenciário dos servidores ativos, aquele prefere frente a estes adotar uma posição mais contida. Estabelecendo por exemplo regras de transição, que nada mais são do que uma consagração do princípio da confiança

⁴² STF - MS: 31271 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 20/05/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: 05-06-2014.

⁴³ BAPTISTA, Patrícia. **A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa.** Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11. Julho/agosto/setembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-PATRICIA%20BATISTA.pdf>> Acesso em: 24/04/2017.

⁴⁴ “Os estudos juspolíticos contemporâneos, abertos por essas achegas antropológicas e históricas, desvendam uma terceira fase, marcadamente híbrida, em que a segurança se promove como expectativa de uma regularidade na sucessão causa-efeito das relações sociais fundada em um complexo consensual, combinando a aceitação passiva e a ativa, ou seja, a *consuetudo* e o *pactum*. Delimitam-se, a esta altura, com nitidez, de um lado, o que é próprio da pessoa humana, campo em que prevalece a legitimidade convencional, que nela assentará os valores fundamentais, e, de outro, o que é próprio da organização social, em que prevalece a legitimidade contratual, campo em que se disporá subsidiariamente sobre valores contingenciais. **Define-se, desse modo, uma interessante visão pós moderna, de certo modo integrada e equilibrada, sobre a ordem jurídica, pois que se define duplamente submetida – à legalidade e à legitimidade – e não mais aprioristicamente definida, como absolutamente reverente a uma mítica razão de Estado ou a uma, igualmente mítica, supremacia do interesse público.**” (Grifo nosso). (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo Garcia de Enterría, jurista de dois mundos.* Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 132)

legítima, pois na existência de um interesse legítimo – a aposentadoria nos termos previamente estabelecidos pelo vínculo estatutário pretérito – o legislador pretende modificá-lo e assim, para os servidores em situações já consolidadas, prefere modificá-los de forma mais branda para que não se frustrem por completo as expectativas pretéritas e gere um contexto ainda maior de insegurança jurídica.

É a confiança legítima enxergada sobre outro ângulo. Não para manter o *status quo* e convalidar a situação pretérita, mas sim para influenciar a mudança que se pretende impulsionar. A situação pretérita vai ser modificada, mas o legislador há de observar o caminho menos danoso e que menos frustre as expectativas do cidadão.

3.1.5 A Consensualidade Administrativa: um Novo Modelo de Estado⁴⁵

O surgimento do Estado Democrático de Direito, em termos históricos, é um fenômeno recente, vindo a se concretizar, como já exposto, principalmente no pós-segunda guerra. No contrapé dessa nova concepção de Estado, vieram algumas reformulações de institutos e novas concepções sobre o poder estatal e como este deveria ser desenvolvido. Passou-se de um poder centralizado e altamente autoritário, digno dos regimes fechados ao viés democrático, sejam eles por meio de monarquias absolutistas ou até por falsas repúblicas democráticas, como no caso Brasileiro, ao império da consensualidade. Nas exatas palavras do Prof. Diogo Figueiredo Moreira Neto⁴⁶ que, como poucos, sintetiza bem esse fenômeno:

Os modelos políticos antigos raramente abriam espaços a essa fundamental e necessária liberdade individual e, por isso, em sua esmagadora maioria, não eram propícios à formação de polos de consenso na sociedade; ao contrário, arrimavam-se na concepção oposta de que era necessária a existência de um polo dotado de suficiente concentração de poder para poder impor comportamentos que assegurassem uma convergência de esforços fundada na coerção, e raras – e notáveis – foram as exceções históricas.

Ainda assim, partiram desses modelos antigos as bases para o surgimento do modelo renascentista do Estado-Nação, que até hoje, embora com muitas alterações, é ainda o que se perpetua na organização política dos povos, mantendo-lhe as características dominantes de imperatividade.

⁴⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo Garcia de Enterría, jurista de dois mundos**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 159-193.; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 57-83

⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo Garcia de Enterría, jurista de dois mundos**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 161

E por a sua orientação germinal não foi a busca pelo consenso, mas imposição da coerção, explica-se a lenta e mult centenária evolução desse modelo, passando pela importante mudança novecentista do Estado de Direito, de corte iluminista, para chegar, só na segunda metade do século passado, **ao Estado Democrático de Direito, só neste já sendo possível distinguir, em sua plêiade de princípios de inspiração libertária, timidamente, o do consenso, que aos poucos se desenvolveu para vir a ser, sumariamente definido como o primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado.**

Conforme exposto acima, a consensualidade administrativa é mais do que um fenômeno de novas ferramentas surgidas como forma de solucionar antigos problemas da Administração, mas sim um novo Estado que se pretende consensual. O surgimento do Direito Administrativo foi, em boa medida, apenas a transferência para o Estado dos poderes antes concedidos aos monarcas. Mudaram-se os atores do poder, mas não o poder em si.

A consensualidade vem para mudar isso por completo, mas outros fenômenos pretéritos contribuíram para essa mudança de paradigma, como por exemplo, o instituto dos ditos serviços públicos⁴⁷, que foi o embrião da figura do Estado prestacional. Consagra-se a ideia do Estado com função social, que não mais somente se abstém e garante liberdades, mas também atua em prol da coletividade prestando serviços públicos⁴⁸.

O termo consensualidade, por si só, já carrega o seu próprio conteúdo, vez que não desperta maior dúvida sobre o que seria consensual e o que seria autoritário. Quando o Estado desapropria um imóvel contra a vontade de um particular para realizar o interesse público, está dotado da posição de supremacia e ignorando a posição do particular, não realiza o exercício do consenso. Porém, quando o Estado busca a melhor forma de satisfação do interesse público com a colaboração da iniciativa privada, por exemplo, por meio do instituto

⁴⁷ Não se pretende alongar na definição e no alcance daquilo que seria ou não serviços públicos, pois, primeiro que o tema é um mar de opiniões controversas, o que demandaria muito tempo de debate e fugiria ao tema do trabalho, e segundo, pelas variações conceituais dos serviços públicos ao longo do tempo. Serviços que antes eram conceituados como públicos, hoje não o são e assim segue o instituto se reformulando conforme as necessidades sociais. Para uma visão crítica sobre o instituto, v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os serviços públicos e suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 421-440.; v. também MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mito e realidade do serviço público**. In: Revista Direito Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 53. p. 138-147.

⁴⁸ “Importante marco teórico para superação desse modo de se ver o Direito Administrativo centrado no viés da autoridade surgiu no início do Século XX, com Léon Duguit. Propôs tal autor, em essência, que a noção de soberania (*puissance publique*) do Estado fosse substituída pela noção de serviço público, como fundamento do Direito público, trocando assim a ênfase na ideia de um poder (direito) do Estado em si superior, pela ideia de governantes exercendo uma função social” ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismo de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 335-349.

do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)⁴⁹, o Estado se despe do véu da supremacia, atuando de forma mais paritária e consensual. Nessa seara, o mais importante é observar os institutos consensuais previstos no ordenamento brasileiro e entender como atuam cada qual.

Por óbvio, no ordenamento Brasileiro, o percurso histórico percorrido até se chegar ao Estado consensual foi longo e teve seus altos e baixos em virtude da insegurança institucional que até a Constituição de 1988 sempre pairou sobre o Brasil. Dessa forma, a análise de algumas ferramentas consensuais terá como foco as realizações advindas após a Constituição de 1988. Não se pretende esgotar os inúmeros instrumentos consensuais presentes no Brasil, mas somente exemplificar alguns modelos existentes, vejamos:

3.1.5.1 Audiências Públicas: A possibilidade de participação da população na tomada de decisões.

Uma das principais ferramentas que veio a ser consagrada nessa nova era consensual, é a possibilidade de realização de audiências públicas para a discussão de determinadas matérias. Em que pese a não obrigatoriedade do aceite por parte do órgão representativo da opinião da coletividade ali representada, ou seja, a opinião ali terá caráter meramente opinativo, não vinculando a decisão seja ela do poder legislativo ou executivo, esta é uma ferramenta presente nos mais diversos ramos do direito atualmente por expressa previsão constitucional⁵⁰.

Assim, o processo legislativo brasileiro ganhou um viés muito mais consensual, sendo possível observar diversas matérias legislativas que se abrem ao debate comunitário, com especialistas de diversos setores promovendo um exercício de influência sobre poder

⁴⁹ Em âmbito federal o instituto é regulamentado pelo Decreto nº 8.428, de 02 de abril de 2015. Existe divergência quanto à nomenclatura do instituto, o próprio Estado do Rio Janeiro, no seu Decreto nº 45.294/2015 traz por vezes o conceito como Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), e outras vezes como Manifestação de Interesse Privado (MIP). Inúmeras são as nomenclaturas, mas as características do instituto são as mesmas. Não se pretende na presente monografia tecer maiores comentários e avaliar as críticas que o instituto vem sofrendo, servindo somente com um exemplo de consensualidade nesse novo Direito Administrativo. Para mais informações, v. MORENO, Maís. **A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2016. p. 20-128; v. também CARVALHO, André Castro; FERRO, Murilo Ruiz. **Estudo jurídico sobre o Decreto nº 61.371/2015 (o “decreto dos PMIs”) do Estado de São Paulo**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 19-32, mar./ago. 2015.

⁵⁰ Art. 58 da CRFB/88. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

§ 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; (Grifo nosso)

legislativo. Garante-se dessa forma duas coisas, a primeira é a melhor perfeição técnica na tomada da decisão, que será decidida acompanhada pela opinião daqueles que vivem o setor, e a segunda, é a maior legitimidade da decisão, pois ainda que não se acate o caminho sugerido na audiência pública, houve debate e os pontos tratados devem ser corretamente refutados na formação da decisão final.

Fugindo das audiências públicas no âmbito legislativo, temos a oportunidade de perceber a existência do instituto também no poder executivo, tanto na própria estrutura centralizada da Administração, quanto nas pessoas jurídicas descentralizadas, a exemplo das Agências Reguladoras⁵¹. Temos por exemplo na hipótese do Art. 39 da Lei 8.666/93⁵² que consagra a obrigatoriedade da audiência pública quando da realização de licitações de maior relevo econômico e social⁵³. Apesar das diferenças existentes entre a audiência pública no legislativo e no executivo, ambas possuem como finalidade maior um controle dos poderes por parte da população. É uma forma de melhor consagrar a ideia de democracia participativa e garantir maior legitimidade ao processo decisório⁵⁴.

⁵¹ Para uma leitura crítica sobre o tema no âmbito das agências reguladoras e as influências externas sofridas por estas, v. GUERRA, Sérgio. **Teoria da Captura das Agências Reguladoras em Sede Pretoriana**. Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte. n. 244. jan./abr. 2007

⁵² Art. 39 da Lei 8.666/93. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório **será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável** com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados. (Grifo nosso)

⁵³ A audiência pública na seara das licitações tem especial relevância. Neste sentido, a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, editou Enunciado de forma a orientar o procedimento licitatório no âmbito de todo o poder executivo. **Enunciado nº 35 - PGE: Deverá ser realizada audiência pública previamente à licitação quando o valor estimado da contratação, ou do conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas, superar 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea c, da Lei nº 8.666, de 1993, nos termos do art. 39, mesmo em se tratando de pregão ou de registro de preços.** (Ref.: Parecer nº 76/09-PHDMP, 36/DAMFA/PG-15/2015 e 8/2016-RAT/PG-15) Publicado: DO I, 11 de novembro de 2016 Pág 23.) (Grifo nosso)

⁵⁴ A realização de audiências públicas ganha relevo também em outras áreas do direito em geral. Em especial no direito ambiental, em que encontra previsão no Art. 3º e ss. da Resolução CONAMA nº 237/97 e é importante instrumento de controle social. Na esteira da importância desse controle, segue o STF: “Trata-se de recurso extraordinário interposto de acórdão, em apelação cível, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que manteve sentença de improcedência do pedido de anulação de audiência pública prévia destinada a apreciar Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental. O acórdão ficou assim do (fls. 291):**DIREITO AMBIENTAL. AUDIÊNCIA PÚBLICA PARA ESTUDO DO IMPACTO AMBIENTAL. TERMINAL PORTUÁRIO.** Visa o autor a nulidade da audiência pública destinada a apreciação do Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental, que cuidam da construção de terminal portuário no município de Itapoá, em Santa Catarina. O processo administrativo deve prosseguir, pois ausente qualquer prejuízo no prosseguimento do processo administrativo. **Quanto ao cerceamento de defesa, não assiste razão à demandante. Sequer aponta quais os documentos ou provas que pretendia produzir. A audiência pública designada é o real instrumento de informação ao público, pois convida a comunidade a manifestar-se sobre o empreendimento, portanto meio legítimo de enfrentamento das questões sociais.** No recurso extraordinário, alega-se violação do disposto nos arts. 5º, XIV, XXXIII, XXXV e LV, 37, 225, § 1º, da Constituição. O recurso extraordinário, ao alegar que o acórdão recorrido ofende o preceito do art. 5º, XXXIII,

3.1.5.2 As parcerias público-privadas (PPPs)

A Lei 11.079/04 veio para reformular o instituto das concessões administrativas que apresentam um maior vulto econômico e interesses sociais mais relevantes. Diversas foram as modificações desta em face da Lei 8.987/95, não havendo espaço no presente trabalho para o cotejo das diferenças entre os dois institutos. Sendo assim, vamos analisar duas principais inovações do instituto que são frutos de uma posição mais aberta ao diálogo, são elas: i) A repartição de riscos⁵⁵; ii) A criação do Fundo Garantidor de Parcerias (FGP)⁵⁶.

Ambos os institutos têm uma característica em comum, servem para assegurar ao contratado uma maior segurança em face da Administração, fruto de uma política mais consensual que busca não só o interesse do Estado, mas também do parceiro privado que nele atua. Seja por meio de um prévio acordo de riscos entre o contratado e o poder público, de forma a evitar prejuízos irrazoáveis ao contratado, como na hipótese de repartição de riscos

versa questão constitucional não ventilada na decisão recorrida. Ao inovar nos autos, suscitando nos embargos de declaração matéria que não consta da apelação, deduz matéria estranha à controvérsia, incidindo no óbice das Súmulas 282 e 356. Nesse sentido, AI 265.938-AgR (rel. min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 15.09.2000). Ademais, inexistente a alegada afronta ao art. 5º, XXXV e LV, da Constituição, porquanto o acórdão recorrido inequivocamente prestou jurisdição, com respeito ao contraditório e ampla defesa, tendo enfrentado as questões que lhe foram postas. A questão referente ao indeferimento de produção de provas, por se tratar de controvérsia exclusivamente processual, de natureza, portanto, infraconstitucional, não dá ensejo a recurso extraordinário. Neste sentido: EMENTA: ACÓRDÃO QUE SE LIMITOU A DIRIMIR A CONTROVÉRSIA, ACERCA DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL, COM BASE EXCLUSIVAMENTE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE. Questão eminentemente processual, que não enseja apreciação em recurso extraordinário. Ademais, foi conferida à parte prestação jurisdicional adequada, embora em sentido contrário aos seus interesses, não configurando cerceamento de defesa. Agravo desprovido. (AI 474.746-AgR, rel. min. Carlos Britto, DJ de 11.03.2005) Nesse sentido: AI 756.858-AgR (rel. min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 02.10.2009); AI 692.834-AgR (rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 06.02.2009) e AI 203.793AgR (rel. min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 19.12.1997). Por fim, verifico que o acórdão recorrido manteve sentença de improcedência com base no fundamento de “ausência de qualquer prejuízo no prosseguimento do processo administrativo” (fls. 282). Impossível chegar a conclusão contrária sem o reexame de prova, o que atrai para a espécie o óbice da Súmula 279 desta Corte. Do exposto, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 22 de fevereiro de 2011. Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator (STF - RE: 551752 SC, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 22/02/2011, Data de Publicação: DJe-042 DIVULG 02/03/2011 PUBLIC 03/03/2011)” (Grifo nosso)

⁵⁵ Art. 4º da Lei 11.079. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes.

Art. 5º da Lei 11.079. As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 1995, no que couber, devendo também prever:

III - a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e à área econômica extraordinária; (Grifo nosso).

⁵⁶ Art. 16 da Lei 11.079. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em **Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP** que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei. (Grifo nosso).

nos casos de força maior. Ou ainda, pela melhor forma de garantir o adimplemento do poder público por meio da criação do Fundo Garantidor de Parcerias (FGP)⁵⁷.

As inovações apontadas surgiram da própria prática administrativa/contratual que indicou a ineficiência de alguns institutos. Por exemplo, com a repartição de riscos, sabendo o contratado dos limites de sua responsabilidade inclusive quanto a eventos imprevisíveis, pode este melhor formatar o seu preço, pois possui maior previsibilidade sobre o que pode decorrer do contrato. Na mesma esteira, o pagamento por meio do FGP garante ao contratado uma celeridade que antes não era característica da Administração, assim, o contratado, incluía no valor do seu serviço o eventual custo da mora administrativa. Esses dois institutos legislativos foram frutos de uma política mais consensual, de observar as vozes do mercado e dar guarida àqueles que transitam por esse espaço. Conseguiram assim, consagrar a consensualidade no plano contratual e melhor atender ao princípio da economicidade quando da redução dos custos contratuais.

3.1.5.3 O Contrato de Gestão do Art. 37 §8º da Constituição Federal⁵⁸

Os contratos de Gestão, denominados também como “contratos de gestão internos ou endógenos⁵⁹”, por serem realizados no interior da própria administração pública, são também importantes instrumentos consensuais no âmbito interno da própria administração⁶⁰.

Esse contrato⁶¹ busca concertar as atividades administrativas das pessoas jurídicas, em geral da Administração Indireta, de forma a buscar uma melhor realização dos fins públicos e

⁵⁷ Há forte divergência doutrinária sobre duas questões atinentes ao FGP: i) A primeira refere-se à personificação do fundo, alguns doutrinadores apontam pela inexistência de personalidade jurídica, enquanto outros apontam pela existência; ii) A segunda controvérsia resvala na constitucionalidade ou não da instituição do fundo. Aqueles que advogam pela inconstitucionalidade têm como principal argumento a burla ao sistema de pagamento por meio de precatórios (Art. 100 CRFB/88), enquanto os que acreditam pela constitucionalidade restringem o alcance do regime de precatórios à seara das pessoas jurídicas de direito público, não alcançando o FGP que possui natureza privada. De qualquer forma, para mais informações a respeito da controvérsia, v. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 3. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: 2015

⁵⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Grifo nosso).

⁵⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. rev., atual. e ampl. 2015. Rio de Janeiro: Forense. p. 90.

⁶⁰ Não confundir o contrato de gestão citado, com o estabelecido com as Organizações Sociais (OS's). Estes são realizados perante o terceiro setor e são regulados pelo Art. 5º da Lei 9.637/98:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1o.

um atuar mais eficiente. O poder público ao qual a entidade está vinculada propõe uma série de metas e resultados e, cumpridos estes conforme disposto no contrato, as entidades em contrapartida passam a gozar de maior autonomia administrativa e financeira. Em termos simples, acordam-se os resultados pretendidos tal qual num sistema privado de prestação de serviços, só que no caso entre entes públicos, e havendo cumprimento de forma adequada, se garante maior liberdade administrativa.

É um instrumento de grande importância na descentralização da atividade administrativa e gera um ganho de eficiência na atividade prestada pelo poder público. Tem especial relevo no caso das Agências Executivas, que conforme previsão do Art. 51 da Lei 9.649/98⁶² precisam celebrar contrato de gestão para que possam ser qualificadas como tais.

Os três exemplos apresentados acima não pretendem esgotar os caminhos utilizados pelo Estado consensual. Infinitas são as possibilidades que surgem diante dessa nova perspectiva conjugada com uma a nova leitura da juridicidade⁶³, pelo que apresentamos exemplos que pudessem tratar da forma mais ampla do tema. O primeiro tratou da consensualidade em sede de audiência pública e da participação popular, o segundo teve como enfoque os novos modelos de concessões regulados pela Lei das PPP's, e, por fim, o terceiro tratou no âmbito interno da própria administração. Exemplos diferentes que consagram o peso que hoje o modelo consensual exerce no Estado Brasileiro, ajudando na concretização de direitos fundamentais e na perpetuação do Estado Democrático de Direito.

3.1.6 Um novo Direito Administrativo⁶⁴

⁶¹ Em que pese as inúmeras críticas formuladas à terminologia utilizada, para fins de didáticos vamos manter o termo “contrato” conforme dispõe o Art. 37 §8º da Constituição Federal. Para mais informações a respeito da divergência terminológica, v. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração Pública, concessões e terceiro setor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

⁶² Art. 51. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:

I - ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;

II - ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor. (Grifo nosso)

⁶³ Uma ideia recente fruto da consensualidade e da juridicidade no âmbito administrativo é a possibilidade da Administração tecer acordos ainda que na ausência de previsão legal expressa. É um avanço do consenso utilizando outros institutos do direito administrativo que com ele inevitavelmente se relacionam, o tema é recente e o futuro dirá como o ordenamento brasileiro vai se adaptar à ideia. Para uma visão crítica sobre a possibilidade, v. CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. **Legalidade e consensualidade: a Administração precisa de lei para fazer acordos?**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 9-18, mar./ago. 2015.

⁶⁴ Expressão cunhada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, conforme se transcreve: “Por fim não remanescem dúvidas sobre a existência e a importância do fenômeno que se revisita neste ensaio. **É inegável que o Direito Administrativo não é mais aquele que as várias gerações de bacharéis, e até mesmo, muitos das mais recentes, aprenderam nos bancos universitários. Há, indubitavelmente, um novo Direito Administrativo em emergência e que ainda está se definindo no torvelinho das transformações, que continuam a nos surpreender por serem incrivelmente céleres e profundas.** Embora, com a mesma denominação, continue a

O presente capítulo não tem a capacidade de esgotar toda a mudança que o Direito Administrativo vem sofrendo ao longo dos anos. Fazê-lo demoraria muito mais do que uma monografia de conclusão de curso pode trazer. Dessa forma, buscaram-se os paradigmas que mais influenciam e despertam o sentido aguçado da doutrina e da jurisprudência, sem é claro desmerecermos a existência de inúmeras outras releituras e outros tantos institutos.

A ideia central passada é de que a Administração Pública hoje não é a mesma de trinta anos atrás, esta se reformulou, inventou novos conceitos, experimentou novas tendências e, por fim, se modernizou. Disso extraímos que todas essas mudanças sofridas no seio administrativo, exerceram forte influência na Advocacia Pública, garantindo um papel que outrora não era alcançável.

Assim, toda essa transformação pela qual passou a administração, reconfigurou as funções típicas da advocacia pública, atribuindo-lhes novos contornos e até ampliando a possibilidade de atuação, como se pretende demonstrar no presente trabalho. Dito isto, o próximo capítulo tem por finalidade avançar nessas funções e mostrar a realização destas conforme esses novos paradigmas. As teorias até aqui levantadas serão aplicadas na prática.

ser, fundamentalmente, aquela disciplina que Romagnosi, Laferrière e Santi-Romano conferiram magnífica estrutura sistemática e que chegou aos anos de maturação silenciosa do século passado para por fim beneficiar-se das genialidades contemporâneas de Eduardo García de Enterría e de Massimo Severo Giannini, mas ainda mantendo muitas das características doutrinárias originais, chega-nos elas, hoje renovada, como uma disciplina jurídica muito mais extensa, complexa e sem dúvida bem mais importante do que o foi nos seus dois séculos de evolução.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 223).

4 AS FUNÇÕES TÍPICAS DA ADVOCACIA PÚBLICA

A Constituição Federal de 1988, ao contrário das outras constituições pretéritas, e conforme já explicado no início deste trabalho, deu à Advocacia Pública maior importância. O constituinte, nos arts. 131⁶⁵ e 132⁶⁶ da Constituição, previu como há de se promover essa atividade, ora por meio de representação judicial, ora por atividades de consultoria. Sendo assim, se estabeleceram como funções típicas: i) contencioso judicial; ii) consultoria jurídica. Da conjugação dessas duas funções típicas, surge uma terceira função que, apesar de não constar expressamente do texto constitucional, deste decorre, e foi denominada de controle interno da Administração.

As nuances e os limites desse controle exercido pelos advogados públicos, serão corretamente tratados no decorrer deste capítulo, assim como as funções contenciosa e consultiva prestadas pelos Advogados Públicos. Antes, porém, de avançar na definição de cada uma das funções típicas, é interessante tratar da condição dos municípios quanto à organização de suas carreiras de advocacia pública. A grande pergunta é: O poder constituinte originário foi omissivo ou pretendeu realmente excluir os Municípios desse capítulo?

O Estado Brasileiro é digno de dimensões continentais, apresentando inúmeras defasagens econômicas e sociais ao longo de todo seu extenso território. Pensando nessa particularidade nacional, o constituinte originário, ciente da impossibilidade da maioria dos Municípios brasileiros organizarem suas carreiras conforme o previsto nos arts. 131 e 132 da CRFB/88, acertadamente, não os incluiu nessa forma. Assim, investigando essa alternativa utilizada pelo constituinte originário, e adentrando aos Diários da Assembleia Nacional Constituinte, o Prof. Claudio Madureira⁶⁷, expõe o seguinte:

Com vistas a esclarecer esse ponto, volto-me, novamente, ao Diário da Assembleia Nacional Constituinte, donde extraio que essa ilação não procede. Com efeito, por ocasião da discussão, na “Comissão de Redação”, sobre qual seria a denominação mais adequada para ser atribuída ao Capítulo IV, do Título IV, da Constituição (que doravante

⁶⁵ Art. 131 da CRFB/88. 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**. (Grifo nosso)

⁶⁶ Art. 132 da CRFB/88. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, **exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas**. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Grifo nosso).

⁶⁷ MADUREIRA, Claudio. **Advocacia Pública**. Belo Horizonte. Fórum. 1 ed. 2015. p. 189.

restou designado como “Das Funções Essenciais da Justiça”), o Constituinte José Maria Eymael formulou o seguinte questionamento:

“A segunda colocação, Sr. Presidente, é mais a nível de consulta que faço ao Senhor Relator. Na parte pertinente à Advocacia-Geral da União, o art. 132, §4º, trata da representação judicial e consultoria jurídica dos Estados e do Distrito Federal. Minha pergunta, Sr. Relator, é a seguinte: aqui se estabelece que “a representação judicial e consultoria jurídica dos Estados e do Distrito Federal serão exercidas pelos respectivos procuradores, organizados em carreira...”. Foi estudada a não extensão desse instituto aos Municípios, ou é omissão?”

A essa indagação o relator da Comissão, constituinte Bernardo Cabral, respondeu: “Não, só dos Estados mesmo”. Não satisfeito, Eymael indagou, novamente: “Não se trata de omissão?”. A isso, Cabral respondeu: “Não”.

Disso se verifica que, pelo menos para os integrantes da “Comissão de Redação”, uma das comissões mais importantes da Assembleia Constituinte, porque tinha por finalidade conferir texto definitivo aos dispositivos constitucionais, não havia dúvidas: não houve omissão constitucional em considerar a instituição de procuradorias também no âmbito dos municípios, a exemplo do que promoveu o constituinte quando tratou da Advocacia Geral da União (art.131) e das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal (art. 132).

Claudio Grande Júnior aponta uma segunda justificativa para essa diversidade de tratamento constitucional, quando se refere à quantidade de municípios e à “diversidade de situações engessariam essas unidades estatais se tratadas todas igualmente, impondo um encargo excessivo a pequenas localidades”. Diante disso, poder-se-ia imaginar que o constituinte optou por não estipular na Carta da República fórmula geral para a instituição dos órgãos jurídicos nos municípios, precisamente em razão da natural distinção entre eles, quando consideradas as suas respectivas dimensões territoriais e, bem assim, as naturais disparidades nas suas correspondentes capacidades financeiras.” (Grifos nossos)

Em que pese o silêncio eloquente do constituinte originário, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento diverso. Esta corte entendeu, com base no princípio da Simetria, a obrigatoriedade dos Municípios observarem o desenho constitucional previsto nos arts. 131 e 132 da CRFB/88. A ementa do Recurso Extraordinário 759.931 ES, utilizando a jurisprudência já predominante, sintetiza bem esse posicionamento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 759.931

DECISÃO:

Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL QUE ATRIBUI A CARGOS EM COMISSÃO AS FUNÇÕES DE ADVOCACIA PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE. A ADVOCACIA PÚBLICA DEVE SER FORMADA POR SERVIDORES APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO – ARTS. 131 E 132 DA CF/88 E ART. 122 DA CONST. ESTADUAL. PRINCÍPIO DA SIMETRIA – ART. 29 DA CF/88 E 20 DA CONST. ESTADUAL. AÇÃO PROCEDENTE. EFEITOS DA DECLARAÇÃO MODULADOS.

1. A constituição Federal e a Estadual reservam aos advogados públicos o desempenho das atividades de representação, assessoria e consultoria jurídica e que, tais cargos serão ocupados por servidores previamente aprovados em concurso público.
2. Tal conclusão, calcada na literalidade dos textos constitucionais, é reforçada pela própria natureza dos cargos da advocacia pública, afinal, mais do que servidores públicos, os ocupantes de tais cargos são advogados e, para o pleno exercício de seu mister, é fundamental a preservação da isenção técnica e independência funcional, inerentes à advocacia, seja ela pública ou privada.
3. **Por força do Princípio da Simetria os Municípios, ao organizarem suas funções administrativas e os Poderes Executivo e Legislativo, devem seguir o desenho previamente estabelecido pela Constituição Federal e Estadual, o que leva à óbvia conclusão de que a advocacia pública municipal deve seguir os moldes estabelecidos para a União e para o Estado.**
4. **Desta forma, vinculados à forma adotada em âmbito federal e estadual, os municípios do Estado do Espírito Santo, sob pena de inconstitucionalidade, devem atribuir as funções de representação judicial, consultoria e assessoria jurídica a servidores aprovados em concurso público de provas e títulos, de forma a organizar suas Procuradorias Municipais, que serão chefiadas por servidor escolhido dentre os ativos de sua carreira. Por conseguinte, são inconstitucionais quaisquer normas que atribuam a cargos comissionados tais funções. Da mesma forma, será inconstitucional a norma que conferir a chefia do órgão de representação a servidor estranho a seus quadros.**
5. Ação Direta de Inconstitucionalidade procedente.
6. Ficam modulados os efeitos da presente declaração de inconstitucionalidade, de forma que a decisão produza seus efeitos 12 (doze) meses após seu trânsito em julgado, mediante a aplicação analógica do disposto no art. 27 da Lei Federal 9868/99.”

O recurso extraordinário foi interposto com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega ofensa ao art. 37, II, da Constituição.

O recurso não deve ser provido, tendo em conta que a decisão proferida pelo Tribunal de origem está alinhada à jurisprudência desta Corte (ADI 4.261/RO, Rel. Min. Ayres Britto e ADI 881-MC/ES, Rel. Min. Celso de Mello).

Diante do exposto, com base no art. 544, § 4º, II, b, do CPC e no art. 21, § 1º, do RI/STF, conheço do agravo e nego seguimento ao recurso extraordinário.

Publique-se.

Brasília, 09 de dezembro de 2014.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO (Grifo nosso).

Desse elogiável posicionamento do STF, retiram-se algumas considerações importantes. A primeira é a necessidade do Advogado Público Municipal ser titular de cargo efetivo previamente aprovado em concurso de provas e títulos, ou seja, é vedado o provimento por meio de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração. Essa postura adotada pela Suprema Corte favorece a consolidação da advocacia pública municipal e garante a um só tempo, tanto a independência funcional dos advogados públicos que não ficarão subordinados à autoridade nomeante em seus posicionamentos e defesa judiciais, quanto uma melhor capacidade técnica do Advogado Público, que necessariamente deve ter sido aprovado em concurso público, o que impede nomeações com caráter exclusivamente político.

A segunda consideração importante, esta que deriva justamente da autonomia dada ao advogado público municipal e da sua estruturação em carreira efetiva, é a possibilidade de este exercer o controle interno da administração. Este só pode ser exercido quando o procurador municipal tem a garantia da permanência no cargo independentemente de suas posições contrariarem ou não os interesses políticos dos governantes⁶⁸. Daí se extrai o verdadeiro significado dessa função essencial à justiça, que é ser uma Advocacia de Estado, servindo aos interesses permanentes do Estado e de sua população, e não uma Advocacia de

⁶⁸ “A propósito, recobro que os dispositivos constitucionais que tratam da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do poder público, conquanto tenham sido dirigidos primariamente à União Federal, também incidem por simetria, sobre os estados e municípios. Destarte, se os municípios também devem realizar controle interno sobre atividades administrativas, o que pressupõe controle da aplicação do direito pela Administração Pública, cumpra-lhes, então, cuidar para que os profissionais que desempenham essa atividade de controle estejam imunes às represálias que lhes podem ser impostas caso contrariem interesses dos governantes e demais gestores públicos.” (MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte. Fórum. 1 ed. 2015. p. 194)

Governo, que serve aos interesses temporários das figuras políticas que se revezam no poder⁶⁹.

Encerrada a discussão sobre o alcance das disposições constitucionais a respeito da Advocacia Pública aos Municípios, retoma-se o foco do presente capítulo quanto a definição das funções típicas desta carreira. Antes da exposição detalhada sobre cada função, é saudável alertar que todo o conteúdo exposto no capítulo anterior referente à releitura dos institutos do direito administrativo será corretamente utilizado quando da delimitação de cada função apresentada. Busca-se compatibilizar o conteúdo teórico apresentado com a abordagem prática do dia a dia que presenteia a vida de um procurador.

4.1 Função Contenciosa⁷⁰

A atividade contenciosa é a que mais demanda tempo e capital humano das procuradorias estatais. Seja pela infinidade de processos que os entes públicos geralmente se envolvem, como já citado anteriormente, ou mesmo por, diversas vezes, adquirir uma posição subsidiária em relação as demais atividades.

Por exemplo, quando a consultoria jurídica emite um pronunciamento jurídico pela viabilidade de uma política pública, esta é tida como válida no seio administrativo e vincula os órgãos hierarquicamente subordinados ao pronunciamento. Porém, pode o particular, ou até mesmo o Ministério Público, discordar do pronunciado pelo procurador e do atuar administrativo com base nessa opinião. O que estes atores da sociedade civil então fazem? Recorrem ao poder judiciário para contestar esse posicionamento da administração, logo, o que nasceu como atividade consultiva, transformou-se também numa atividade contenciosa, e a partir daí, podemos afirmar que a decisão do Estado-Juiz é que deverá prevalecer.

No presente caso, tivemos inicialmente uma atividade opinativa, que questionada pela via judicial, tornou-se contenciosa. Ou seja, quando a atividade consultiva não é plenamente aceita e é objeto de questionamento, o contencioso judicial é o remédio para saneamento da controvérsia, sendo assim, subsidiariamente, se tenta realizar o objeto da consulta por meio do convencimento do magistrado. É a atividade contenciosa buscando, na insuficiência do convencimento administrativo, realizar a vontade administrativa pela via judicial.

⁶⁹ Para uma leitura crítica a respeito do papel da Advocacia de Estado, v. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A advocacia de Estado revisitada: Essencialidade ao Estado democrático de direito. In: **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷⁰ MADUREIRA, Claudio. **Advocacia Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 101.

Dito isto, o contencioso judicial atua numa frente ampla, por vezes, atua em caráter originário, quando a lide surge diretamente no âmbito judicial, como, por exemplo, nos casos de responsabilidade extracontratual do Estado, em que o particular costuma demandar diretamente em juízo, e por outras vezes, atua em caráter subsidiário, conforme exemplo citado no parágrafo anterior. Essa dupla atuação faz da função contenciosa a que mais dispensa tempo, capital humano e capital financeiro da Administração.

Atendendo ao objetivo da presente monografia, qual seja o de dar uma visão mais moderna ao direito administrativo e demonstrar a relativização de alguns institutos, outrora tidos como absolutos, busca-se exemplos práticos que comportem essa visão mais dinâmica do direito administrativo e mais voltada para a melhor realização dos resultados.

O primeiro exemplo esbarra na concepção tradicional de supremacia do interesse público e sua derivação de indisponibilidade do interesse público. Por anos consagrou-se a indisponibilidade do interesse público como uma verdade absoluta não sujeita à ponderação do agente administrativo, o que obviamente engessava a administração e não permitia um atuar mais eficiente da Administração. Porém, a atividade prática guarda surpresas que o legislador por vezes não detém na hora do processo legislativo, e por isso desenvolveu-se a noção de juridicidade, que permite o atuar além da lei estrita, desde que em harmonia com o ordenamento jurídico. Essa nova concepção permite a criação de ferramentas mais próximas ao dia a dia administrativo, que por diversas vezes, escapa aos olhos do legislador.

Permeando essa noção o Estado do Rio de Janeiro, editou por meio da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, a Resolução nº 3.834/2015 com alterações realizadas pela Resolução nº 3.857, que permite aos Procuradores avaliarem a viabilidade de não interposição de recursos nos processos judiciais do Estado do Rio Janeiro⁷¹. Percebe-se da leitura da

⁷¹ Art. 1º - **O procedimento de não interposição de recursos seguirá a disciplina desta Resolução.**

Art. 2º- **Os Procuradores-Assessores autorizarão a não interposição de recursos nos processos classificados como estratégicos e prioritários, salvo nas seguintes hipóteses, nas quais a decisão competirá ao Procurador-Geral do Estado ou aos Subprocuradores-Gerais:**

I- decisões proferidas em ações coletivas, ações civis públicas, ações populares e representações de inconstitucionalidade;

II - decisões proferidas em ações individuais das quais possa decorrer obrigação financeira ou perda de receita superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para o Estado ou para outro ente representado em juízo pela PGE;

III - decisões que suspendam processos licitatórios ou execuções de contratos, convênios e instrumentos congêneres;

IV - decisões que suspendam processos de licenciamento ambiental. § 1º- O pedido de dispensa de interposição de recurso será encaminhado pelo Procurador do Estado ao Procurador-Chefe que, após sua manifestação, submeterá o processo à decisão do Gabinete do Procurador-Geral.

§ 2º- O pedido deve ser remetido ao Gabinete do Procurador-Geral dentro do primeiro terço do prazo recursal, mediante o preenchimento do formulário, previsto no Anexo I da presente Resolução.

§ 3º- Nos processos mencionados no caput, a concessão de dispensa genérica, assim entendida a dispensa para interposição de recursos nos processos judiciais em que se controverta sobre uma mesma questão jurídica na

referida resolução, que dentre as inúmeras possibilidades de não recurso, está a do Art. 3º Inciso I, em que o Procurador-Chefe deve aferir a improbabilidade de resultado favorável. Sob a ótica de uma posição mais tradicional conforme já levantada no capítulo 3 dessa monografia, essa atuação seria uma afronta à indisponibilidade do interesse público, pois confere ao procurador dispor do interesse do Estado na órbita judicial. Porém, numa releitura mais adequada aos ditames do nosso Estado Democrática de Direito, fundado na prevalência dos direitos fundamentais, e seguindo nossa Carta Cidadã, vemos que esse atuar é extremamente louvável, tendo em vista que impede que a Administração permaneça numa demanda com fins exclusivamente protelatórios, o que inclusive é hipótese de litigância de má-fé segundo o Art. 80º inciso VII do Novo Código de Processo Civil ⁷², e mais importante ainda, que se perpetue ainda mais a não concretização do direito do particular que demanda em juízo.

Neste viés, deve a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, que geralmente age na vanguarda de novas posições administrativas, ter sua Resolução elogiada. Demonstrando uma correta aplicação da noção de juridicidade e de uma nova formatação daquilo que seria interesse público e seus limites de atuação.

Permanecendo nessas novas formas de atuação contenciosa, temos o controvertido tema a respeito da possibilidade de realização da arbitragem ⁷³⁷⁴ nos contratos em que a

qual a jurisprudência já se tenha consolidado em sentido contrário àquele sustentado pela PGE, é reservada ao Procurador-Geral do Estado.

Art. 3º - Os Procuradores-Chefes autorizarão a não interposição dos recursos judiciais nos processos classificados como comuns, incluídas, dentre outras, as hipóteses de:

I- Improbabilidade de resultado favorável, pela conformidade da decisão com o ordenamento jurídico ou com reiterada jurisprudência;

II - Recurso Especial, Extraordinário ou de Revista fundado na violação a dispositivos que não foram prequestionados de forma explícita, presumida ou ficta, conforme Enunciados das Súmulas nº 356 do STF, nº 211 do STJ e nº 297 do TST;

III - Recurso Especial, Extraordinário ou de Revista que demande reexame de fatos e provas, conforme Enunciados das Súmulas nº 279 do STF, nº 7 do STJ e nº 126 do TST.

IV - Recurso Especial, Extraordinário ou de Revista fundado em violação à legislação federal ou à Constituição da República meramente reflexa, na forma dos Enunciados das Súmulas nº 280, nº 399 e nº 636 do STF;

V- Recurso Especial ou Extraordinário que tenha por intuito a simples interpretação de cláusulas contratuais, na forma dos Enunciados das Súmulas nº 5 do STJ e nº 454 do STF; (Grifo nosso)

⁷² Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. (Grifo nosso)

⁷³ O professor Carlos Alberto Carmona conceitua a arbitragem da seguinte forma: “A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à lei nº 9.307/1996**. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009.)

⁷⁴ O Supremo Tribunal Federal em sede de Agravo Instrumental em Sentença Estrangeira, em que se discutia incidentalmente a constitucionalidade da lei 9.307/96 (lei da arbitragem), considerou, por maioria de votos, a referida lei como constitucional. Para mais informações, v. a íntegra do acórdão SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.(SE-5206).

Administração seja parte⁷⁵. A referida modalidade de resolução extrajudicial de litígios, em que pese a grande divergência sobre assunto, é aceita em alguns casos que envolvem o poder público e se está diante do que se chama interesse público disponível. Em que pese a imensa dificuldade em definir abstratamente o alcance do que seria ou não disponível, a análise do caso concreto pode nos levar a afastar ou não a questão ao juízo arbitral.

Assim, trabalhando com essa ideia de resolução por meio da arbitragem, vários dispositivos legais consagraram a possibilidade de adoção do instituto, como por exemplo, o Art. 11 da Lei 11.079⁷⁶, que permite a adoção no âmbito das Parcerias Público-Privadas (PPP's). Em face dessa positivação jurídica da arbitragem, certo é que esta encontra guarida no nosso ordenamento jurídico, de forma que, ainda que restem divergências sobre a possibilidade em determinados assuntos, o instituto hoje é uma realidade para a Administração pública.

Dado o contexto, o importante a observar é a estrutura da resolução arbitral, que prima muito mais pelo consenso e pelo diálogo das partes litigantes, do que pela ideia de adversidade estrita em que só se consagra um vencedor, típico do processo judicial. Neste passo, a arbitragem é uma ferramenta típica de uma Administração consensual. É o princípio da consensualidade influenciando o atuar administrativo e, ao mesmo tempo, garantindo a eficiência administrativa⁷⁷. Sendo mais um exemplo da influência da releitura do direito

⁷⁵ Para mais informações a respeito do tema, v. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015; BINENBOJM, Gustavo. **Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras**. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (Coords.). Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Professor Jessé Torres Pereira Junior. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 207-228; 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, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=240785>>. Acesso em: 11 out. 2016.

⁷⁶ Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei no 8.666 , de 21 de junho de 1993;

II – (VETADO)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, **inclusive a arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. (Grifo nosso)

⁷⁷ Nas exatas palavras do Prof. Rafael Carvalho Rezende Oliveira que de forma ímpar trata da questão da indisponibilidade do interesse público em face da arbitragem: “Ainda que a arbitragem envolva a submissão do conflito contratual à decisão do árbitro, terceiro imparcial em relação às partes contratantes (heterocomposição de conflitos), não se pode olvidar a existência da base consensual no acordo que submete determinada avença à arbitragem. É inerente, no campo da contratação pública, que a Administração tenha certa margem de liberdade para definir, inclusive, a melhor forma de solução das possíveis controvérsias que poderão surgir em seus contratos, abrindo-se caminho para o processo

administrativo na prática do dia a dia, que preza mais pelo resultado obtido do que o caminho percorrido pelo administrador. Mudou-se nessa esteira, por meio da consensualidade, a abordagem contenciosa que tradicionalmente se dava exclusivamente perante o poder judiciário.

4.2 Função Consultiva⁷⁸

A consultoria jurídica é exercida no âmbito interno da Administração com o fito de orientar juridicamente o atuar do gestor público. O exercício dessa atividade deve ser sempre tomado pela cautela, pois não pode o advogado público tomar as rédeas do caso concreto e opinar conforme aquilo que lhe parece o mais adequado. O procurador deve ter em mente que exerce uma atividade jurídica, e esta estritamente vinculada à validade ou não do proposto pelo administrador.

Não pode na ânsia de contornar uma invalidade, ou até mesmo, por meio de sua convicção pessoal, alterar o modelo implementado pelo agente administrativo, ainda que considere a alternativa apresentada como melhor para a Administração. Se assim o considera, deve levar suas considerações à autoridade responsável, sob pena de posicionar-se no lugar do gestor público. Na dúvida se adentra ou não ao mérito em seu opinamento, deve buscar, na análise do caso concreto, a quem caberia a decisão. Suprimir essa liberdade decisória do gestor é interferir na esfera decisória de outro agente e, em última hipótese, responsabilizar o agente por uma decisão que não foi a sua. Por isso, a atividade consultiva deve ser sempre rodeada pela cautela⁷⁹.

arbitral ao invés do processo judicial. **Não se trata de dispor do interesse público para satisfazer outra categoria de interesse, mas de definir o melhor caminho para atender o interesse público previamente definido nas cláusulas contratuais.** Vale dizer: o interesse público já foi definido e disposto previamente pelo Estado e em ordem decrescente de abstração: Constituição, lei, atos regulamentares e ato administrativo individual/contratos. O árbitro não dispõe sobre o interesse público, mas se o contrato foi cumprido corretamente ou não pelas partes. **A arbitragem, portanto, não se opõe ao interesse público; ao contrário, o instituto pode ser o caminho para o melhor atendimento do interesse público ao garantir a solução de base consensual e eficiente.**” (Grifo nosso) (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015.)

⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais.** Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 45. 1991.

⁷⁹ “(...) A atividade advocatícia pública não se confunde com atividade da Administração pública. O ato próprio de advogado de Estado não é ato de gestão administrativa de dinheiro, bens e valores políticos. O advogado de Estado é agente público sui generis, de natureza política e com status constitucional, pois exerce unipessoalmente uma parcela do poder do Estado que lhe é conferida em seu ministério, seja de impulso ou de dicção do Direito, e não um agente administrativo, que pratique atos de gestão sob ordens hierárquicas” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.)

Seguindo nesse exercício consultivo, inúmeras são as hipóteses que demandam a opinião do advogado público. Algumas têm caráter obrigatória no que tange a necessidade de consulta, outras facultativas; enquanto outras consultas apresentam caráter vinculativo e outras não vinculativos. As hipóteses são diversas e cada qual guarda uma responsabilidade diferente para o advogado público.

O tema já foi palco de bastante controvérsia, consolidando-se de alguma forma entendimentos que garantem a independência funcional e técnica dos advogados públicos. A responsabilização dos procuradores apresenta-se de forma bastante heterogênea a depender do caso sob análise. Não à toa, o próprio Supremo Tribunal Federal estabelece parâmetros, para a responsabilização, que indiquem pela existência ou não de culpa ou erro grosseiro na opinião exarada pelo advogado de Estado⁸⁰. Acompanhando a formulação de parâmetros para apurar a (i)responsabilidade do advogado público, opina-se pelo caminho traçado pelo prof. José Vicente Santos de Mendonça.

O autor propõe quatro standards de responsabilização do Advogado Público com base nas lições da jurisprudência, da doutrina e da prática consultiva que ele exerce junto à PGE/RJ, são eles: i) agir com dolo; ii) cometer erro evidente e inescusável; iii) não tomar providências de cautela; iv) a interpretação da presença de dolo ou de erro evidente e inescusável deve ser restritiva, de forma a permitir opiniões minoritárias ou soluções não usuais.

O primeiro parâmetro é de muito fácil visualização teórica, em que pese a dificuldade prática probatória, e, geralmente, vicia o ato em sua finalidade. Nos casos de existência de dolo na apreciação de determinado ato/contrato administrativo, o que comumente se observa é a existência de conluio entre o administrador e o parecerista, sendo que este vicia seu

⁸⁰ Controle externo. Auditoria pelo TCU. Responsabilidade de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico de natureza opinativa. Segurança deferida. 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 jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. 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. 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.** MS 24.631, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 9-8-2007, P, DJ de 1º-2-2008. (Grifo nosso)

opinamento com fins de tentar justificar juridicamente o ilícito do gestor. Um exemplo seria a hipótese de criação de uma “emergência fabricada” pelo administrador, com a devida ciência do Advogado Público, e o aval deste quando da emissão de parecer⁸¹ pela contratação direta de empresa já previamente acordada⁸².

O segundo parâmetro indicado pelo autor, ainda que de mais fácil visualização nos autos do processo administrativo, deve ser analisado em cada caso concreto submetido ao crivo do procurador. Essa hipótese de erro seria aquela injustificável para qualquer profissional do direito que possua o mínimo de conhecimento necessário para a área em que exerce seu ofício. Não é o caso do erro difícil, ou daquele que opera a dúvida, mas sim daquele erro trivial. É algo muito difícil de ocorrer na Administração, pois geralmente as hipóteses de erro estão associadas ao dolo do parecerista.

Na minha atividade de estágio junto à Coordenadoria do Sistema Jurídico da PGE/RJ, eu presenciei uma situação que poderia ser alocada nessa hipótese e sujeitar o advogado à responsabilidade. No caso, o Departamento de Estradas de Rodagem do Rio de Janeiro (DER-RJ), contratou, utilizando a modalidade de tomada de preços⁸³, uma obra de pavimentação em valor superior aos nove milhões de reais, o que ultrapassa em mais de seis vezes o valor limite permitido para a tomada de preços, devendo a modalidade de concorrência ter sido a utilizada⁸⁴. Da análise do processo administrativo que chegou às minhas mãos não se pode avaliar se houve ou não dolo por parte do advogado do DER-RJ que autorizou tal descalabro jurídico, mas evidentemente, pode-se enquadrar a hipótese como um erro inescusável, pois por menor que fosse o esforço cognitivo do parecerista, ele poderia facilmente afastar a modalidade adotada e promover a licitação da forma correta.

A terceira possibilidade é a não adoção, por parte do parecerista, de cautelas que poderiam impedir futuros vícios no ato/contrato administrativo. É uma ocorrência de muito

⁸¹ Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, **dispensa ou inexigibilidade**; (Grifo nosso).

⁸² Art. 24. É **dispensável** a licitação:

IV - **nos casos de emergência ou de calamidade pública**, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos; (Grifo nosso).

⁸³ Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

⁸⁴ Art. 23, alínea “c” da Lei 8.666/93: “c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais)”;

difícil visualização, servindo mais como uma garantia do advogado, que, quando adota a cautela necessária, pode argumentar pela isenção de sua responsabilidade. Uma hipótese recorrente na Administração, e novamente me utilizando da minha experiência já citada anteriormente, é a exigência da opinião de órgão técnico sobre a qualidade do bem ou serviço ser ou não comum para fins de utilização do pregão.

Nesses casos, o advogado público não possui a expertise necessária para delimitar o que é ou não comum, cabendo ao órgão técnico essa definição. Ocorre que muitas vezes se solicitava a aquisição por meio de pregão sem a justificativa do órgão técnico de que o bem ou serviço seria comum. Então, uma postura de cautela por parte do parecerista seria, na existência de dúvida sobre a natureza do objeto, remeter os autos ao órgão técnico para que este sanasse esta questão. Assim, a posição de cautela ajuda a afastar a responsabilidade do advogado público no caso de uma licitação frustrada por vício na adoção do pregão ou em caso de uma futura anulação do procedimento licitatório por vício de legalidade.

O último standard apresentado pelo autor funciona como uma garantia para o parecerista, e, em última medida, um válvula de escape para a Administração, que por diversas vezes, precisa agir de forma mais maleável para a consecução do interesse público. Essa visão menos ortodoxa da função consultiva é muito importante para situações que fogem ao cotidiano do agir estatal. São situações excepcionais que exigem medidas também excepcionais. Incutir no advogado público o medo de se expressar de modo não usual, seria, em último caso, engessar a Administração diante de eventuais *hard cases*. O instinto de autopreservação acabaria por prevalecer e raros seriam aqueles que opinariam, de forma efetiva, quando ameaçados pela responsabilidade da adoção de posicionamentos minoritários ou isolados. Ou seja, esse último standard é uma garantia da atuação plena e técnica do advogado parecerista.

Seguindo a lógica de apresentar exemplos para melhor visualização prática dos apontamentos teóricos, prosseguimos nesse último standard com um caso envolvendo a União e uma empresa que almejava participar de um procedimento licitatório, porém estava se submetendo a um processo de recuperação judicial. Em breve síntese do caso, que foi objeto do Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU⁸⁵, o Procurador advogou pela

⁸⁵ Segue a Ementa e um resumo dos apontamentos adotados que correspondem à primeira página do referido parecer: **EMENTA: RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. CAPACIDADEECONÔMICO-FINANCEIRA. PECULIARIDADE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO QUE EXIGE QUE O CONTRATADO TENHA CAPACIDADE DE SUPORTAR OS ÔNUS DA CONTRATAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DO PAGAMENTO ANTECIPADO. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SUA PRESERVAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE A FASE POSTULATÓRIA E DELIBERATIVA DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO. DIFERENÇA ENTRE O**

possibilidade de participação de uma empresa que estava se submetendo a um procedimento de recuperação judicial no procedimento licitatório desde que o plano de recuperação já tivesse sido aprovado pelo respectivo juízo. O importante a se traçar é que foi dada uma nova interpretação de como se alcança a qualificação econômico-financeira que consta do Art. 27 inciso III da Lei 8.666/93⁸⁶. Uma posição peculiar por óbvio, mas que corretamente se justifica por meio da interseção com outros ramos além do direito administrativo, como, por exemplo, o direito empresarial e a função social da empresa e necessidade de preservação desta.

Ou seja, o advogado público fez uso de uma posição isolada⁸⁷, rodeada por controvérsias, para manifestar uma posição válida se observada toda a dinâmica do direito

ART. 52 E O ART. 58 DA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIAS. NECESSIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLANO PELO JUÍZO PARA ATESTAR A VIABILIDADE DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL EM LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO

I. A regra é que o fornecedor de bens e o prestador de serviços somente receba o pagamento da Administração após procedimento de execução de despesa orçamentária, que demanda tempo, e faz com que o particular tenha que suportar com recursos próprios o peso do contrato até que seja ultimado o pagamento, o que demonstra a importância da fase de habilitação econômico-financeira nas licitações públicas.

II. O instituto da recuperação é voltado para empresas que possuam viabilidade econômico-financeira, em prestígio ao princípio da função social da empresa.

III. Não cabe confundir duas situações processuais distintas na Lei de Recuperação de Empresas, já que quando a empresa devedora solicita a recuperação judicial e o juiz defere o seu processamento (art. 52, NLRF). A requerente confessa seu estado de insolvência sem comprovar a sua viabilidade econômico-financeira, que somente se dará com a aprovação ou ausência de objeção ao plano de recuperação, quando o juiz concederá a recuperação em si (art. 58, NLRF).

IV. Apenas na fase do art. 58 da Lei 11.101, de 2005, é que existe a recuperação judicial em sentido material, quando os atos tendentes a superar a situação de crise serão efetivamente praticados.

V. Quando a empresa está com sua recuperação deferida, há plausibilidade de que haja viabilidade econômico-financeira, em particular se houver previsão no plano da participação da empresa em contratações públicas.

VI. Se a empresa postulante à recuperação não obteve o acolhimento judicial do seu plano, não há demonstração da sua viabilidade econômica, não devendo ser habilitada no certame licitatório.

VII. A exigência de certidão negativa de recuperação judicial é ainda válida como forma do pregoeiro ou da comissão de licitação avaliar a capacidade econômico-financeira, mas não em substituição à certidão negativa de concordata, e sim como um indicativo da situação em que se encontra a licitante.

VIII. A empresa em recuperação judicial com plano de recuperação acolhido deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira.

IX. Na recuperação extrajudicial, uma vez homologado o plano, haverá plausibilidade de que a empresa possua viabilidade econômica, sendo condição de eficácia do plano que haja o acolhimento judicial do mesmo. (Grifo nosso).

⁸⁶ Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: [...] III - qualificação econômico-financeira;

⁸⁷ O Estado do Rio de Janeiro também tende por adotar posição semelhante à adotada pela União em relação aos seus contratos junto à Oi S/A que se encontra em recuperação judicial. O referido parecer ainda não foi objeto de

administrativo e todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, ele consagrou uma visão muito mais ligada à juridicidade do direito, buscando banhar-se em fontes estranhas ao direito administrativo, para melhor realizar o interesse público. Adotou ainda a cautela necessária do terceiro standard quando expressa a necessidade de aceitação do plano pelo juiz do caso e a realização de outros procedimentos pelo administrador.

Isso tudo só é possível, conforme defendido pelo Prof. José Vicente Santos de Mendonça, se garantida a autonomia técnica e a possibilidade de não ser responsabilizado por opiniões razoáveis e que se apoiem em fundamentos jurídicos justificáveis. A irresponsabilidade do advogado público é tão perigosa quanto a excessiva responsabilidade, de forma que, nesta seara, deve-se percorrer o caminho da responsabilização sempre com o devido cuidado.

4.3 A Atuação do Advogado de Estado no Controle Interno da Administração

A terceira atividade da Administração surge da conjugação das duas atividades anteriormente trabalhadas, que, cada qual na sua seara, realizam aquilo que se denomina controle interno. Este é fruto de uma atuação concertada das procuradorias de forma a dar o melhor conteúdo jurídico aos atos da Administração, seja quando na oportunidade da discussão contenciosa ou na ocasião do trabalho consultivo⁸⁸.

Essa possibilidade de controle interno da Administração por certo é uma das características que mais separam os advogados públicos dos advogados privados. O advogado privado, ainda que lhe reste impedimentos de ordem legal conforme traz Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), tem como seu principal compromisso a satisfação do cliente. Ele trabalha em função do sucesso de sua empreitada jurídica que, por óbvio, lhe trará sucesso e ganhos financeiros.

análise pelo Gabinete da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e ainda não teve o visto necessário para publicação, mas acredita-se que deve trilhar o mesmo caminho percorrido no parecer citado em âmbito federal, conforme recomendado pela Coordenadoria do Sistema Jurídico (PG-15).

⁸⁸ “Os advogados públicos quando exercem a consultoria jurídica e o contencioso judicial, realizam, então, uma terceira atividade típica, que consiste no controle da aplicação do direito pela Administração Pública. Essa particularidade da atuação dos procuradores não escapou à arguta observação de Maria Sylvia Di Pietro, quando anotou, em trabalho publicado no ano de 1996, que “o advogado público participa, de forma intensa e ativa, do controle da Administração Pública”, dispondo, a propósito, que “além do controle externo, exercido pelo poder judiciário e pelo Legislativo, este último com auxílio do Tribunal de Contas, a Administração Pública sujeita-se a um controle interno, administrativo”, a ser “exercido no interesse da Administração, por autoridades e órgãos da própria Administração”, entre os quais se inserem “os que exercem advocacia pública”. (MADUREIRA, Claudio. **Advocacia Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 102)

Em contrapartida, o advogado público deve ter pensamento diverso, deve, ao invés de fixar os seus olhos exclusivamente no interesse público secundário de seu cliente, no caso a vitória do Estado ou a justificação de medida ilegal que favoreça este, manter-se atento a todo o ordenamento jurídico e submeter-se ao crivo da juridicidade. Ou seja, ao advogado público, importa mais a correta realização do interesse público primário e sua submissão ao arcabouço jurídico, do que uma vitória leviana ou a realização de algo que só cumpra com o interesse egoísta do Estado. Tratando desse tema, transcrevem-se as exatas palavras do Prof. Carlos Figueiredo Mourão:

Qual é o papel do advogado público? Será ele um "custus legis" da Administração pública? Ou, ainda, será um defensor do administrador de plantão?

Ora, o advogado privado é um confessor do seu cliente e pode possuir todas as informações, desde as mais "nobres", até aquelas mais inacreditáveis, as quais não se conseguiria contar para ninguém. De posse de tais informações, o advogado privado tem como obrigação legal defender o seu cliente, podendo, até, esconder aquelas informações que não favorecem a sua causa, com a proteção do princípio da ampla defesa.

E o advogado público? Pode ele se quedar inerte perante uma ilegalidade que tenha conhecimento em virtude de sua função?(...)

O Estado de Direito impõe à Administração Pública que seus atos estejam vinculados à lei, e, para tanto, foram criados sistemas de controles desses atos. **Assim, a execução de suas obrigações constitucionais se dá por intermédio de entes de direito público de caráter permanente, cujos membros ingressaram na carreira mediante concurso. Dentre eles, os procuradores públicos, que têm a obrigação legal e exclusiva de analisar atos administrativos à luz do princípio da legalidade.**

Portanto, cabe à Advocacia Pública o poder dever de realizar, institucionalmente, o controle interno de legalidade da Administração Pública. (Grifos nossos)

Do trecho extraído acima, conclui-se que o advogado público, mais do que compromisso com o Estado que lhe remunera, tal qual o advogado privado com o cliente, tem um compromisso com todo o ordenamento jurídico, e que, percebendo a ilegalidade da conduta estatal, não pode manter-se inerte na correção do vício. A inércia do advogado público caracteriza a negação da própria realização do controle interno da Administração, função esta que, dentro da seara jurídica, é tipicamente atribuída a estes profissionais.

Extraída a essência de como se realiza esse controle, convém retornar as suas possibilidades dentro do contencioso judicial e do atuar consultivo. O controle interno surge no contencioso quando o advogado público, voltando seus olhos à juridicidade, avalia toda a forma de defesa do Estado e suas implicações no âmbito interno do Estado. É atuar no contencioso de forma adequada com os princípios que regem a Administração pública, e mais ainda, controlar juridicamente para que os entes assim também atuem.

Em que pese essa atuação no contencioso, a mais frequente e de mais fácil visualização do controle interno exercido pelos advogados públicos é junto ao procedimento consultivo. Nessa atividade, fica bem demonstrada a atuação do Advogado Público que, inúmeras vezes, tem a sua opinião como o norte jurídico para a realização ou não do pretendido pelo gestor.

Ou ainda, como ocorreu na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, que por meio da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico, iniciou suas atividades somente assessorando a Administração Pública, em especial o Poder Executivo, e agora exerce sobre todos os órgãos e pessoas jurídicas da Administração Pública, inclusive órgãos da Administração Indireta que dependam do Estado, um controle sobre a validade dos atos.

Esse avanço experimentado no âmbito da PGE/RJ é exatamente o caminho traçado nessa monografia. Iniciou-se com a defesa pura e simples do Estado, logo após, avançou-se na seara consultiva, dando maior importância à prevenção de litígios, e numa terceira fase, consolidou-se o controle interno dos atos da Administração e uma postura ainda mais ativa dos Procuradores do Estado na fiscalização e realização do interesse público.

Essa atividade desenvolvida é o melhor exemplo de controle interno jurídico que hoje temos dentro do Estado do Rio de Janeiro, pois obriga a manifestação de diferentes órgãos para a melhor realização do interesse público. A Resolução nº 3.743/2015⁸⁹ da PGE/RJ regulamenta esse exercício, extraímos os dois primeiros artigos que demonstram o objetivo perseguido, vejamos:

**RESOLUÇÃO PGE Nº 3743 18 DE MARÇO DE 2015.
ESTABELECE NORMAS SOBRE OS RELATÓRIOS DOS
ÓRGÃOS LOCAIS E SETORIAIS DO SISTEMA JURÍDICO E
REVOGA A RESOLUÇÃO PGE Nº 2.928, DE 16 DE FEVEREIRO
DE 2011.**

⁸⁹A Resolução nº 3.743/2015 pode ser encontrada em sua totalidade no site da PGE/RJ: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeconteudo?article-id=267267>>.

A PROCURADORA-GERAL DO ESTADO, na coordenação do Sistema Jurídico e, com fundamento no art. 3º, I, da Lei Complementar nº 15/80 e no art. 4º, inciso VI do Decreto nº 40.500, de 1º de janeiro de 2007, e

Considerando caber à Procuradoria Geral do Estado a supervisão dos serviços jurídicos da Administração Direta e Indireta no âmbito do Poder Executivo, conforme artigo 176, da Constituição Estadual, e

Considerando que a presente Resolução visa orientar os citados órgãos no que diz respeito à elaboração dos relatórios das atividades jurídicas e às atribuições das chefias das assessorias jurídicas,

R E S O L V E:

Art. 1º – Os órgãos locais e setoriais que integram o Sistema Jurídico Estadual deverão encaminhar à Procuradoria Geral do Estado relatórios semestrais, registrando e destacando os assuntos de maior relevância jurídica desenvolvidos no âmbito de cada um deles.

Parágrafo Único - Os relatórios semestrais deverão ser entregues à Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico (PG-15).

Art. 2º – O encaminhamento dos relatórios semestrais tem os seguintes objetivos:

I – uniformizar entendimentos na atividade de consultoria jurídica⁹⁰ no âmbito da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, garantindo um ambiente de segurança jurídica;

II – orientar os órgãos locais e setoriais no desempenho das atividades jurídicas de sua competência, sempre que haja dissonância entre o procedimento ou entendimento adotado e as diretrizes fixadas no âmbito da Procuradoria Geral do Estado;

III – avaliar o padrão de qualidade e eficiência do trabalho desenvolvido no âmbito das Assessorias Jurídicas;

IV – prevenir e dirimir eventuais controvérsias entre os órgãos locais e setoriais ou entre estes e a Procuradoria Geral do Estado;

V- identificar a repetição de ocorrências congêneres que reclamem tratamento uniforme no âmbito do sistema jurídico do Estado. (Grifos Nossos)

⁹⁰ Essa uniformização dos entendimentos na PGE/RJ ganhou uma importância tão grande nos dias atuais, que a Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico edita enunciados que, obrigatoriamente, são seguidos por todas as entidades da Administração Pública. Para ter acesso ao conteúdo desses enunciados, basta acessar o link: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeconteudo?article-id=166761>>

Conforme exposto acima, o Estado do Rio de Janeiro, mais uma vez, vem na vanguarda das novas tendências do Direito Administrativo. Regulamentando um controle interno de seus atos e confirmando a importância preventiva do controle interno da Administração, que a um só passo evita prejuízos para o Estado, e ao mesmo tempo, torna a atividade administrativa mais eficiente e célere.

5 CONCLUSÃO

Todo o exposto nessa monografia conduz à certeza de que o Estado Democrático de hoje, apesar das intempéries que ainda são constantes no dia a dia de um país ainda desacostumado com o fenômeno constitucional, avançou muito na realização dos objetivos que nossa Carta Cidadã traçou.

A concretização dos direitos fundamentais, que por certo ainda precisa avançar, mas que só de ocupar lugar de destaque nos julgados, nos debates acadêmicos e, aos poucos, no dia a dia da população, já demonstra o caminho que se escolheu seguir no momento após a Constituição de 1988. Este é o mais forte exemplo de que, enfim, conseguiu-se fazer uma constituição pra valer, e ainda mais importante, de que este é um trabalho contínuo e incessante.

O momento atual, cercado pelas disputas políticas e pelos inúmeros escândalos de corrupção, tende a depreciar o valor normativo que se pode extrair de nossa Constituição. O império do poder, diversas vezes, tenta esvaziar o conteúdo de nossa Carta. Nessas ocasiões, em que o próprio Estado de Direito se vê vilipendiado, deve-se ainda mais buscar o caminho constitucional, sob pena de perda do nosso último instrumento contra o arbítrio e os governos autoritários.

Dessa forma, o melhor caminho hoje para se seguir dentro da Administração é de respeito aos ditames constitucionais, aos valores ali expressos e aos direitos fundamentais, realizando sempre da melhor forma o interesse público. Pois a permanência e a valorização da Constituição dependem da atuação de cada cidadão como seu fiel guardião, em especial, daqueles que se revestem da função pública.

Assim, que o hoje e o amanhã administrativo, possam ter dentro de sua atuação todos os institutos aqui trabalhados e toda a vontade de mudança daqueles que realizaram esse novo Direito Administrativo. Que a Advocacia de Estado permaneça forte na defesa e na realização do interesse público e, principalmente, mesmo diante das pressões políticas, encontre seu atuar sempre em prol do Estado e de seu povo, ainda que isso contrarie os interesses egoístas de seus governantes,

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A concepção pós-positivista do princípio da legalidade**. RDA. Rio de Janeiro: Renovar, n236, p.63, abr-jun. 2004.

_____. ; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BAPTISTA, Patrícia. **A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11. Julho/agosto/setembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007-PATRICIA%20BATISTA.pdf>> Acesso em: 24/04/2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 522p. pág. 194.

_____. **A efetividade das normas constitucionais: por que não uma constituição para valer?**. In: Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2 ed. 2008.

_____. **Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras**. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thaís Boia (Coords.). Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Professor Jessé Torres Pereira Junior. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 207-228;

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário á lei nº 9.307/1996**. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2009

CARVALHO, André Castro; FERRO, Murilo Ruiz. **Estudo jurídico sobre o Decreto nº 61.371/2015 (o “decreto dos PMIs”) do Estado de São Paulo**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 19-32, mar./ago. 2015.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. **Legalidade e consensualidade: a Administração precisa de lei para fazer acordos?**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 9-18, mar./ago. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GUERRA, Sérgio. **Teoria da Captura das Agências Reguladoras em Sede Pretoriana**. Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte. n. 244. jan./abr. 2007

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. 1991

MADUREIRA, Claudio. **Advocacia Pública**. Belo Horizonte. Fórum. 1 ed. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 32 ed, 2015

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 45. 1991.

_____. **Mito e realidade do serviço público**. In: Revista Direito Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Vol. 53.

_____. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Novas mutações juspolíticas: em memória de Eduardo Garcia de Enterría, jurista de dois mundos**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 132

_____. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Modernos: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORENO, Maís. **A participação do administrado no processo de elaboração dos contratos de PPP**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração Pública, concessões e terceiro setor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

_____. **A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 3 Ed. Rev. Atual e Ampl. Rio de Janeiro, 2015.

_____. **Princípios do Direito Administrativo.** 2. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013

SARMENTO, Daniel. **Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade.** In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=240785>>. Acesso em: 11 out. 2016.