

Novas perspectivas para a advocacia pública no Brasil: a Lei n. 13.140/2015 e a função consultivo-preventiva como instrumentos de solução de conflito

New perspectives for public advocacy in Brazil: law n. 13.140 / 2015 and the consultative-preventive function as instruments for the solution of conflicts

Marcelo Dias Jaques

Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Mestre em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Escola de Ensino Superior Verbo Jurídico. Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – Ulbra. Bolsista PROSUP/CAPES. Advogado.

Fabiana Marion Spengler

Pós-Doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália. Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS. Mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – RS, Brasil. .

Resumo: A pesquisa se propõe a analisar as novas perspectivas para a Advocacia Pública no Brasil advindas da entrada em vigor da Lei nº 13.140/2015, analisando especialmente a relevância da função consultivo-preventiva como instrumento importante para a solução de conflitos. Após um primeiro momento de construção teórica acerca das origens e o surgimento do conflito, do papel essencial da Advocacia pública no país e das políticas públicas em um cenário de esgotamento jurisdicional, o estudo chega a sua etapa derradeira na qual observa a atuação preventiva da Advocacia Pública pautada na Lei da Mediação como instrumento para o tratamento dos conflitos, concluindo que diante desse novo paradigma o papel essencial desempenhado pela Advocacia Pública na realização das missões constitucionalmente atribuídas ao Poder Público no Brasil ganha ainda mais destaque.

Palavras-chave: Estado Federal. Constituição Federal. Constituição Estadual. Supremo Tribunal Federal. Autonomia.

Abstract: The research aims to analyze the new prospects for Public Advocacy in Brazil arising from the Law nº 13.140/2015, especially analyzing the relevance of the consultative-preventive function as an important tool for resolving conflicts. After a first moment of theoretical construction about the origins of conflict, the essential role of Public Advocacy in the country and public policy in a court depletion scenario, the study reaches its final stage in which notes the preventive action of Public Advocacy guided by the Law of Mediation as a tool for dealing with conflicts, before concluding that this new paradigm the essential role played by the Public Advocacy in carrying out missions constitutionally attributed to the Government in Brazil is even more prominent.

Keywords: Public Advocacy. Conflict. Mediation Law. Public Policy.

Introdução

O Advogado é indispensável à administração da justiça, é o que determina o artigo 133¹⁸ da Constituição Federal de 1988¹⁹. Tal dispositivo – contido no Capítulo IV, que versa acerca das funções essenciais à justiça – assume sentido lato, abarcando em seu conceito, não apenas a Advocacia em sentido estrito, como se poderia erroneamente imaginar, mas, especialmente, o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública. Afinal, se a advocacia privada possui caráter de extrema relevância à medida que se faz necessária para a adequada representação dos indivíduos na esfera judicial, tanto mais é a Advocacia Pública, que traz consigo o fundamental mister de defender os direitos da coletividade²⁰.

A inscrição da Advocacia Pública no capítulo das funções essenciais à Justiça não tem um significado restrito ao exercício da função

18 Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

19 O inteiro teor da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 está disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

20 A Lei 8.906, de 04 de julho de 1994 – conhecida como Estatuto da OAB – que reafirma, em seu artigo 2º, a indispensabilidade do advogado à administração da justiça. O inteiro teor do dispositivo legal está disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8906.htm>.

jurisdicional do Estado, mas se liga ao valor justiça e aos valores inerentes ao direito e à democracia (BINENBOJM, 2011, p. 219). Ela encontra previsão nos artigos 131 e 132 da Carta Magna brasileira e é formada pela Advocacia Geral da União (AGU), pelas Procuradorias Gerais dos Estados (PGE) e pelas Procuradorias Gerais dos Municípios (PGM), como será mais minuciosamente observado em momento oportuno ao longo deste artigo científico.

A partir desse cenário, a presente pesquisa se propõe a analisar as novas perspectivas para a Advocacia Pública no Brasil, perpassando a observação da importância de sua função consultivo-preventiva, bem como o novo viés de atuação que se inaugura com a sanção da Lei nº 13.140/2015, buscando respostas para o problema que indaga se a Advocacia Pública preventiva pode servir de instrumento para o tratamento ou mesmo a solução de conflitos.

Para tanto, o texto se preocupa inicialmente em formatar uma base conceitual mínima que permitirá a discussão que permeia a matéria. Assim, tem como primeiro objetivo estabelecer uma definição para o termo conflito, observando suas origens e de que forma muitas vezes acaba por se transformar em um litígio judicial.

Em um segundo momento, adentra a esfera da Advocacia Pública, verificando as características das funções que lhe competem e sua atuação – sejam em âmbito consultivo ou contencioso –, concluindo por sua essencialidade para o Estado Democrático de Direito.

Posteriormente, a discussão exigirá a edificação de bases conceituais acerca das políticas públicas e seu ciclo de planejamento/implementação, contextualizando a importância da Advocacia Pública para tal, em um cenário de esgotamento do modelo jurisdicional vigente no país.

Finalmente, no tópico derradeiro, será proposta conceituação e características básicas da mediação, para então traçar uma breve constatação do importante papel da atuação preventiva da Advocacia

Pública como instrumento de solução de conflitos com base na análise dos dispositivos legais contidos na Lei da Mediação, preparando terreno para a resposta ao problema central do estudo, visando estabelecer, nas considerações finais, uma hipótese lógica e fundamentada na construção teórica realizada para a pesquisa.

A pesquisa possui caráter qualitativo e a metodologia adotada consiste fundamentalmente em pesquisa bibliográfica, tendo como pressuposto a leitura, a análise e a interpretação de textos e/ou documentos que contemplem o tema abordado.

1 As origens e o surgimento do conflito

Para que se possa compreender de onde surge o embate que dará origem à necessidade de atuação da Advocacia Pública, é preciso observar as origens da conflituosidade humana.

A vida comum em sociedade pressupõe a existência de inúmeros conflitos, haja vista que cada indivíduo carrega consigo sua própria identidade e sua existência constantemente é influenciada por uma variada gama de fatores socioculturais, que vão sendo construídos e modificados ao longo do tempo.

O indivíduo, segundo Silva, “é um dos seres vivos mais incompletos e ansiosos por assegurar uma vida para si e incapaz de fazer isso de modo individual” (2012, p. 405). A participação social é aspecto inerente ao cotidiano de todo cidadão que, buscando alcançar objetivos que dificilmente seriam atingidos caso fossem perseguidos individualmente, sente a necessidade de incluir-se em um grupo social ao qual irá se associar, bem como manter diferentes níveis de integração com os demais membros daquela coletividade.

Dentre esses níveis de integração, também denominados relações sociais, está o conflito, ou seja, “o conflito é apenas uma das pos-

síveis formas de interação entre os indivíduos, grupos, organizações e coletividades” (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 47).

Para Hobbes (2009, p. 95), três causas inerentes à natureza humana lhes conduzem à disputa: a competição, que os impulsiona a se atacarem com o objetivo de lograr algum benefício ainda que para tanto seja necessário utilizar a violência, a desconfiança, que lhes conduz a utilizar dos mesmos meios para defender seus bens em nome da segurança, e a glória, relacionada à reputação e fazendo recorrer à força por motivos insignificantes.

A causa da qual a guerra se origina é o conflito, no entanto o conflito pertence à vida humana, dela naturalmente fazendo parte, fato que comprova que cada pessoa é única e possui seus próprios interesses e desejos (HEREDIA; VILLANUEVA; ORTIZ, 2013, p. 29).

Assim, o conflito caracteriza-se como um fenômeno complexo, que extrapola as raias de um mero desencontro de opiniões, valores ou posicionamentos. A contraposição de dois desejos divergentes tem como resultado o surgimento de uma circunstância conflitiva, fato que geralmente resulta na submissão de um destes desejos ao outro, estabelecendo ao final um ganhador e um perdedor (SPENGLER, 2012, p. 109).

Quanto ao desenvolvimento desses conflitos, nota-se que podem seguir rumos diversos, ao final do caminho encontrando sua resolução ou prosseguindo em continuidade. Morais e Spengler (2012, p. 45) definem o conflito como o enfrentamento entre seres ou grupos de mesma espécie através de manifestações hostis relacionadas a um determinado direito, sendo que com o objetivo de garantir para si esse direito, afirmá-lo ou restabelecê-lo, podem fazer uso até mesmo da violência, resultando assim no aniquilamento da parte adversa.

No entanto, cabe salientar que a conflituosidade inerente aos desejos e paixões do homem – estado selvagem –, não pode ser vista unicamente sob um viés negativo, devendo também ser observada

sob um prisma positivo, eis que, fazendo parte da natureza humana, está diretamente relacionada com o progresso da civilização, caso contrário

sem essas qualidades anti-sociais, que não são um bem em si mesmas mas que geram uma resistência com a qual cada indivíduo inevitavelmente se confronta enquanto prosseguir com suas pretensões de busca interior, o homem viveria uma existência Arcádica e pastoral, de perfeita concórdia, autossuficiência e amor mútuo. Mas, em contrapartida, todos os talentos permaneceriam adormecidos para sempre e os homens, de tão boa natureza como as ovelhas que guardam, dificilmente tornariam a sua existência mais valorizável do que a dos seus animais. O fim para o qual foram criados, a sua natureza racional, permaneceria um vazio por preencher (KANT apud DAHRENDORF, 1992, p. 42).

Uma sociedade possui uma gama de papéis sociais variados que se constituem em sistemas de coerções normativas aos quais devem se submeter os atores que os desempenham. Assim, cada papel estabelece uma espécie de zona de coerção e obrigações relacionadas a uma zona de autonomia condicionada. Nesse contexto, cada indivíduo ocupa uma posição social da qual se espera um determinado comportamento, um papel social. Através das posições e papéis sociais o indivíduo e a sociedade são mediatizados, caracterizando o *homo sociologicus*²¹, elemento básico da análise sociológica (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 50).

Para Dahrendorf (1991, p. 96-97), “um setor extremamente importante da análise dos papéis para a investigação da estrutura social de sociedades consiste na investigação dos conflitos, de expectativas

21 Para um aprofundamento sobre o *homo sociologicus*, sugere-se a leitura de: DAHRENDORF, Ralf. *Homo Sociologicus: ensaio sobre a história, o significado e a crítica da categoria social*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1991.

no interior dos papéis sociais”. A partir dessa perspectiva, chega-se à conclusão de que quando determinado indivíduo deixa de cumprir com um papel social do qual a coletividade tem uma expectativa de observância, acabam por surgir os conflitos, fenômenos comuns ao tecido de relações humanas.

A maioria dos papéis sociais contém expectativas obrigatórias às quais o indivíduo se furta somente sob a ameaça de perseguição da justiça (DAHRENDORF, 1991, p. 58), afinal, se a força das palavras é muito fraca para obrigar os homens a cumprirem os pactos, uma maneira de reforçá-la é o medo das consequências advindas de sua falta de cumprimento (HOBBS, 2009, p. 105).

Consoante afirmam Morais e Spengler (2012, p. 53), conflito e desacordo são comuns ao convívio social e não representam sinais de instabilidade ou rompimento, pelo contrário, podem contribuir para a coesão da comunidade, pois a sociedade – como a conhecemos – é o produto de interações positivas e negativas, sendo que “um grupo absolutamente centrípeto e harmonioso, uma união pura não é só empiricamente irreal, como não poderia mostrar um processo de vida real”. Assertiva que vem de encontro ao que disse Kant ao versar sobre uma utópica sociedade desprovida de qualidades antissociais, vivendo em perfeita concórdia, autossuficiência e amor mútuo, como já visto nesse tópico.

No tocante aos meios de resolução, os conflitos podem atingir dois extremos: um deles consistiria na simples evitação, enquanto o outro, posicionado no extremo oposto, resultaria até mesmo no uso da violência como forma de subjugar o direito ou o desejo alheio em favor do seu.

Quanto à cessação do conflito, Bobbio (2009, p. 280) afirma que o mesmo culmina com a vitória de um dos rivais, ou mediante intervenção de um terceiro, hierarquicamente posicionado acima, no meio, ou mesmo contra ambos os rivais. Nesse sentido, tomando por

prerrogativa que um conflito deve ser solucionado através da força, necessariamente um dos conflitantes deve ser eliminado, porém, para que possa ser solucionado de modo pacífico, é necessária a intervenção desse terceiro no qual as partes confiem ou ao qual se submetam.

Frustrada a resolução do conflito, a alternativa ideal seria procurar alguma forma viável e harmoniosa – pautada sempre pela justiça – para solucionar a disputa, haja vista que tanto a evitação como a violência não possuem o condão resolutivo, servindo tão somente para majorar o desgaste entre as partes, dificultando gradativamente a possibilidade de uma composição amigável para o problema. No entanto, a jurisdição prestada pelo Estado através dos tribunais em seus diversos níveis desde muito tempo foi a principal, senão a única, via para a solução dos conflitos que não se autocompunham.

Quanto à essencialidade do direito de acesso à justiça na esfera internacional, merece destaque a constatação de que é possível vê-lo presente, de forma ampla, em alguns dos artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Dentre eles cabe destaque ao artigo 7, por estabelecer que todos os seres humanos são considerados iguais perante a lei e possuem direitos, sem qualquer distinção, à igual proteção da lei, ao artigo 8, que contém a prerrogativa de que todos têm o direito a receber dos tribunais nacionais competentes os remédios efetivos contra atos que lhes violem direitos fundamentais, e ao artigo 10, que estabelece ao homem, em plena igualdade com seus pares, uma justa e pública audiência realizada por um tribunal independente e imparcial, com o objetivo de decidir sobre seus direitos e deveres ou ainda sobre qualquer acusação criminal contra ele ²².

22 O inteiro teor da Declaração Universal dos Direitos Humanos está disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo – USP através do endereço eletrônico: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>.

Nesse sentido, é razoável concluir que o direito ao acesso à justiça pertence ao rol dos direitos internacionalmente reconhecidos como o mais básico dos Direitos Humanos, pois a noção de acesso à justiça compreende os problemas inerentes aos custos e também à excessiva demora à resolução dos processos, abarcando os obstáculos, sejam eles econômicos, culturais ou sociais que de alguma forma se interpõe entre o cidadão que busca guarida junto ao Poder Judiciário e os procedimentos predispostos para tanto (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 35).

Ao observar os direitos do homem na atualidade, Bobbio (2004, p. 203) afirma que sua enorme importância depende do fato de estarem intrinsecamente relacionados aos dois problemas fundamentais no mundo de hoje: a democracia e a paz, relacionadas à participação do indivíduo no contexto social ao qual pertence e à coexistência harmoniosa e saneamento dos conflitos, respectivamente. Assim, à medida que o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem constituem a base das constituições democráticas, a paz é pressuposto necessário para a proteção efetiva desses mesmos direitos em cada Estado no sistema internacional.

No ordenamento jurídico pátrio, o Estado, como responsável por prover o bem-estar social, estabelece o direito de acesso à justiça como direito fundamental, proclamando-o no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou a ameaça ao direito. Tal princípio garante a possibilidade de que todos, sem qualquer distinção, possam pleitear suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que respeitadas as regras formais estabelecidas pela legislação processual vigente para o devido exercício deste direito²³.

23 O inteiro teor da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 está disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>.

Nesse cenário de conflituosidade natural dentre as relações sociais, bem como da garantia de acesso à justiça pela Carta Magna de 1988, surge a figura da Advocacia Pública assumindo papel de protagonismo, à medida que sua atuação esta pautada na defesa dos interesses coletivos, como se verá no tópico que segue.

2 A essencialidade da advocacia pública: assessoria, consultoria e representação

A Advocacia Pública está prevista nos artigos 131 e 132 da Carta Magna brasileira e é formada pela Advocacia Geral da União (AGU), pelas Procuradorias Gerais dos Estados (PGE) e pelas Procuradorias Gerais dos Municípios (PGM).

Instituída pelo artigo 131 da Constituição Federal de 1988²⁴ e

e regida pela Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993²⁵, a Advocacia-Geral da União (AGU) possui duas esferas de atuação, a contenciosa, na medida em que se constitui como a instituição que representa a União, judicial e extrajudicialmente, e a consultiva, em

24 Seção II – DA ADVOCACIA PÚBLICA

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

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

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

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

25 O inteiro teor da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 está disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/LCP/Lcp73.htm>.

razão da prestação de consultoria e assessoramento jurídicos aos órgãos do Poder Executivo.

A atuação consultiva da Advocacia-Geral da União incumbe aos Advogados da União, aos advogados integrantes do Quadro Suplementar, aos Procuradores da Fazenda Nacional e aos Procuradores Federais, em suas respectivas áreas de atuação, se manifestando por meio do assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal – suas autarquias e fundações públicas – com o objetivo de conferir segurança jurídica aos atos administrativos a serem praticados, especialmente quanto à adequação legal de políticas públicas, à viabilização jurídica de licitações e contratos, e, ainda, na proposição e análise de medidas legislativas de implementação necessárias ao país.

A atuação contenciosa, por sua vez, é exercida pelos Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores Federais, ocorrendo através da defesa dos interesses da União – incluindo-se os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – e suas autarquias e fundações públicas, nas ações judiciais em que a mesma componha qualquer dos polos – ativo ou passivo – ou ainda figure como terceira interessada.

Assim como a Advocacia Geral da União, as Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal, instituídas pelo artigo 132 da Constituição Federal de 1988²⁶ e regidas por leis estaduais competentes, atuam na representação judicial, assessoria e consultoria jurídica, no entanto, limitadas às suas respectivas unidades federadas.

26 Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Dessa forma, adotando como finalidade precípua a prestação de serviços de assessoramento e consultoria jurídica aos entes federativos, bem como de sua representação judicial ou extrajudicialmente, as Procuradorias Gerais dos Estados podem ser definidas como órgãos consultivos – em matéria jurídico-legislativa – subordinados diretamente ao Poder Executivo Estadual, na pessoa do Governador do Estado.

Ao observar as linhas de atuação adotadas por ambas as instituições que compõem a Advocacia Pública – Advocacia-Geral da União e Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal –, é evidente a constatação do importante papel preventivo que a mesmas assumem, afinal, não se limitam tão somente à representação do juízo. Cumprem o que é denominado atividade consultivo-preventiva, exercendo a missão constitucional de controle de legalidade mediante e atuando como órgão de balizamento e orientação jurídica para a Administração Pública.

Soma-se a essas funções, o controle da legalidade dos atos da administração pública, realizando também a verificação da eficiência dos serviços e/ou a utilidade de dos atos administrativos – mesmo quando legítimos –, podendo exigir a modificação ou supressão dos mesmos quando reste identificada a ineficiência, inutilidade, ou inconveniência ao bem-estar coletivo (KRAUSE, 2014, p. 107).

Não raro se observa nas manifestações influenciadas pelo conhecimento empírico a vinculação da Advocacia pública como algo que – em razão de sua polarização geralmente contrária ao interesse particular em um litígio judicial – é visto como prejudicial e danoso ao cidadão e, em consequência, à sociedade. Como se sociedade e Estado fossem entidades divergentes e opostas, assumindo a primeira o papel de vítima e o segundo o de vilão cerceador de direitos. Interpretação equivocada e que necessita correção.

Adotando como base a ideia de Estado proposta por Hobbes (2009, p. 126), na qual o mesmo consistiria em uma multidão assim unida numa só pessoa, cristalinamente representada pela ilustração da figura do Leviatã²⁷ – um homem gigantesco, o Estado, cujo corpo é composto de vários homens pequenos, os cidadãos –, nítida se torna a constatação de que, ao passo em que atua na defesa do Estado e de seus entes federativos, a Advocacia Pública, conseqüentemente, está agindo na tutela do interesse coletivo. Em outras palavras, é possível concluir que ao defender o Estado, a Advocacia Pública, ainda que indiretamente, defende cada cidadão que dele faz parte, pois a autoridade pública é mera administradora do recurso destinado à coletividade.

Como exemplo, pode ser citada a atuação das Procuradorias Gerais dos Estados na recuperação de créditos fiscais, majorando receitas e reduzindo despesas, o que sob o aspecto orçamentário compõe o binômio formado por dois conceitos básicos de finanças, arrecadação e economia. Tais recursos, obtidos através da atuação das Procuradorias, podem alcançar totais anuais de quantias relevantes, podendo ser destinados para a complementação orçamentária dos investimentos em políticas públicas destinadas ao atendimento de necessidades sociais, como, por exemplo, na saúde pública (KRAUSE, 2014, p. 108).

Conforme Meirelles (2008, p. 81), toda e qualquer atividade desempenhada pela Administração Pública necessariamente deve ser orientada no sentido do bem comum da coletividade, sendo que se o

27 Criatura mitológica mencionada pelo texto bíblico, retratada pela primeira vez no capítulo 41 do Livro de Jó, que a descreve como um monstro terrível, irresistível e muito poderoso a ponto de ninguém poder desafiá-lo e restar ileso. A figura do Leviatã foi utilizada por Thomas Hobbes, na obra homônima, como representação do governo de um soberano absoluto que utiliza de sua força, bem como da punição para fazer cumprir o contrato social, garantindo a paz e, dessa forma, inibindo a guerra de todos contra todos.

administrador se afasta ou se desvia do interesse coletivo, acaba por trair o mandato no qual foi investido, haja vista que a administração deve ser norteadada como meio de atingir o bem-estar social. Nesse cenário, a função consultiva da Advocacia Pública se insere de forma essencial, pois oferece suporte às decisões do administrador, partindo da análise de situações concretas e culminando com a elaboração de pareceres quanto à legalidade e a juridicidade de determinado ato, servindo – de forma preventiva e lastreada pela fundamentação técnico-jurídica adequada – como uma bússola que guiará o Estado, evitando possíveis danos ao erário público.

Sob tais aspectos exsurge a notória importância da Advocacia Pública na sociedade brasileira, pois suas atribuições não consistem exclusivamente na proteção do patrimônio público diante das investidas ilegítimas de iniciativa particular, mas também sua fundamental intervenção ao averiguar, fiscalizar e prevenir a prática de ilícitos por parte do Poder Executivo, sejam eles praticados de forma ativa ou passiva.

Igualmente cabe destacar as palavras de Moraes (2000, p. 94) quando asseverou que nos casos nos quais a Fazenda pública é condenada, sofre um revés, contesta uma ação ou recorre de uma decisão, o que a Advocacia Pública estará visando proteger é o erário, que consiste na fonte dos recursos que serão utilizados para o custeio das políticas públicas e demais iniciativas e obras planejadas com o objetivo de atender às demandas sociais.

Diante das considerações traçadas nesse tópico, nota-se uma íntima relação entre a Advocacia Pública e o planejamento e implementação das políticas públicas pelo ente governamental. Nesse sentido, para que seja possível entender a dimensão da essencialidade da atuação da Advocacia Pública como instituição de consultoria técnico-jurídica e fiscalização das políticas públicas e também de recuperação dos créditos fiscais – recursos que poderão favorecer o

orçamento público para a concretização das mesmas –, é indispensável compreender no que consistem e como se estruturam tais ações governamentais.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS E ESGOTAMENTO DO MODELO JURISDICIONAL BRASILEIRO

Estabelecer um conceito de política pública que será utilizado como norte dessa análise é de fundamental importância para um adequado debate, haja vista que atualmente o termo tem sido utilizado de forma ampla e muitas vezes distinta. Há diversas definições, ora mais abrangentes, ora mais restritivas, no entanto, quanto ao principal acabam convergindo (SCHMIDT, 2008).

Segundo Parsons (2007, p. 37), a ideia relacionada à esfera das políticas públicas parte do pressuposto de que a vida não é meramente privada ou individual, mas compõe uma égide coletiva na qual o público representa uma dimensão da atividade humana que requer certa regulação ou até mesmo a intervenção governamental ou social com vistas à adoção de medidas comuns àquela coletividade de indivíduos. No mesma senda, Schmidt (2008, p. 2311, grifo do autor) afirma que “o conceito de política pública remete para a esfera do público e seus problemas. Ou seja, diz respeito ao plano das questões coletivas, da polis”.

Considerando esse escopo central, as políticas públicas poderiam ser definidas como o conjunto de ações ou a soma de atividades de um governo, incluídas aí também as inações, que apontariam os rumos e estratégias de atuação governamental, atuando diretamente sobre a sociedade e influenciando a vida de seus cidadãos. Conforme Bucci (2006, p. 241), as políticas públicas se constituem de programas de ação governamental que visam coordenar os meios à disposição

do Estado para a realização dos objetivos identificados pelo mesmo como socialmente relevantes.

Mas a tarefa não é tão simples. Para Secchi (2014, p. 2), qualquer definição que possa ser atribuída a uma política pública é arbitrária, à medida que não há consenso na literatura especializada. Ainda que o autor atribua o nome de “nós conceituais”²⁸ a essa disparidade de respostas a questionamentos básicos sobre o tema, de sua obra é possível extrair dois elementos considerados fundamentais.

O primeiro deles é a intencionalidade pública, pois “a política pública é uma diretriz, ou seja, uma orientação de um policymaker à atividade ou à passividade de um polycytaker, e também é o conjunto de ações ou inações derivadas dessa diretriz” (SECCHI, 2014, p. 7, grifo do autor). O segundo elemento fundamental que compõe uma política pública é a resposta a um problema público, eis que a ação ou inação governamental tem como objetivo a resolução de um problema considerado relevante para a sociedade.

Muito embora evidentemente exista essa grande extensão de conceitos, ora muito abrangentes, ora mais restritivos, é importante que esse estudo parta de uma definição que norteará toda discussão que permeia o tema, nesse sentido opta-se por adotar a conceituação proposta por Subirats et al. (2012, p. 38) que, após analisar a diversidade de definições, concluíram por definir política pública como:

una serie de decisiones o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores, públicos y a veces no públicos – cuyos recursos, nexos institucionales e intereses varían – a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo. Este conjunto de decisiones y acciones da lugar a actos formales,

28 Para um aprofundamento sobre os três nós conceituais relacionados à expressão política pública, sugere-se a leitura de: SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

con un grado de obligatoriedad variable, tendentes a modificar la conducta de grupos sociales que, se supone, originaron el problema colectivo a resolver (grupos-objetivo), en el interés de grupos sociales que padecen los efectos negativos del problema en cuestión (beneficiarios finales).

Estabelecido os aspectos conceituais básicos, cumpre agora observar e entender o processo de elaboração e execução de uma política pública, como um conjunto dinâmico e complexo relacionado ao tratamento e resolução de problemas que afetam o interesse coletivo.

A estrutura de processos político-administrativos que compõe a ação governamental é denominada ciclo de políticas públicas e compreende cinco fases fundamentais das quais ao menos duas serão re-discutidas em sede de considerações finais.

A primeira fase é a de identificação do problema. A diferença percebida na comparação entre o que realmente é – realidade fática – e aquilo que se gostaria que fosse a realidade pública é denominado problema público (SECCHI, 2014, p. 44). A transformação dessa situação de dificuldade social em um problema político consiste, portanto, no primeiro passo para a criação de uma política pública, no entanto o número de situações consideradas problemáticas que podem existir em uma sociedade é indeterminado e, somente alguns desses problemas se tornarão objeto da ação governamental (SCHMIDT, 2008, p. 2316).

Observando os problemas havidos no cenário de um país em desenvolvimento como o Brasil, Bucci (2013, p. 33) afirma que a demanda da sociedade é mais específica, exigindo um governo coeso que consiga articular as ações de interesse social em favor da transformação de todas as estruturas ainda vinculadas ao atraso e à desigualdade. Desse modo, caberia ao governo organizar a alocação dos meios públicos, em consonância com os problemas de interesse social

identificados, coordenando e planejando a ação coletiva através das políticas públicas.

A fase seguinte é a da inserção na agenda política. A agenda é uma construção permanente composta pelo conjunto de problemas, temas e assuntos coletivamente relevantes, seja para os cidadãos ou para o governo, sem que com isso obrigatoriamente tenha que constituir um documento formal ou escrito, mas sim um mero rol das questões que necessitam ser tratadas e debatidas com atenção. Trata-se de um “processo constante de disputa política, que envolve governo, congresso, partidos políticos e atores sociais” (SCHMIDT, 2008, p. 2317).

Alguns autores ainda estabelecem subdivisões para a agenda, utilizando nomenclaturas divergentes, em razão do nível de atenção já concedido aos problemas. Assim, problemas que a administração pública já decidiu enfrentar ficam apartados de problemas que ainda estão em fase de avaliação, mas considerados merecedores de atenção.

Cabe destacar aqui outra segmentação proposta por Secchi (2014, p. 46) que diz respeito à agenda da mídia, composta pelo rol de problemas que recebe destaque através dos meios midiáticos, haja vista que o poder de influência exercido pelos meios de comunicação sobre a opinião pública acaba por condicionar, em certas situações, a agenda política.

A terceira fase consiste na formulação de alternativas, na qual será traçada a definição quanto à forma a ser utilizada para a resolução do problema social em pauta na agenda. É a definição do modelo de atuação, ou seja, a seleção dos objetivos, instrumentos e processos que serão postos em prática para resolver o problema (SUBIRATS et al., 2012, p. 46).

Comumente desenvolvida na esfera dos poderes Legislativo e Executivo, a formulação ocorre em um momento marcado por con-

flitos, negociações e acordos envolvendo os agentes detentores do poder de decisão, chamados decision-makers, e os grupos sociais interessados. Devido a esse contexto, nunca é uma fase puramente técnica, mas sim política, à medida que se orienta por interesses, valores e preferências dos atores envolvidos (SCHMIDT, 2008, p. 2318).

A formulação assumirá maior importância e retornará à pauta nas considerações finais, eis que, por constituir o momento de construção dos métodos, programas, estratégias ou ações a serem aplicados na busca dos objetivos estabelecidos (SECCHI, 2014, p. 48), é, indubitavelmente, o momento de estudo e análise dos aspectos teóricos e principiológicos da ação que se pretende utilizar para o adequado saneamento dos problemas sociais.

A implementação compõe a quarta fase do ciclo de políticas públicas e corresponde à concretização da fase de formulação (SCHMIDT, 2008, p. 2.318) e compõe o arco temporal no qual serão produzidos os resultados concretos de determinada política pública (SECCHI, 2014, p. 55). No entanto, apresenta-se como uma fase muito mais complexa do que parece, pois nela ocorrerá a adaptação do programa planejado para aquela política pública às situações complexas a serem enfrentadas, fazendo com que sejam necessárias novas decisões e redefinições sobre pontuais aspectos da formulação inicial (Subirats et al., 2012, p. 46, SCHMIDT, 2008, p. 2318).

Finalmente, a fase derradeira corresponderá à avaliação, onde se pretende determinar os resultados e efeitos da política pública aplicada ao problema. Para Secchi (2014, p. 63), "a avaliação é a fase do ciclo de políticas públicas em que o processo de implementação e o desempenho da política pública são examinados com o intuito de conhecer melhor o estado da política e o nível de redução do problema que a gerou"²⁹. A partir dos aspectos considerados e dos dados

²⁹ Apesar do presente estudo adotar a classificação do ciclo das políticas públicas em cinco fases distintas, como propõe a doutrina majoritária, a obra de Leonardo Secchi

obtidos através da avaliação será possível concluir pela eficácia (resultados obtidos) e eficiência (relação custo-benefício), bem como pela efetividade e legitimidade de uma política pública (SCHMIDT, 2008, p. 2321).

Estabelecido o conceito e analisadas as fases do ciclo das políticas públicas, é possível perceber que muitas vezes sua implementação ocorre em âmbito local. Assim, cabe destacar a importância da Advocacia Pública em todas as suas esferas, não somente em nível nacional com a Advocacia-Geral da União, mas especialmente no âmbito estadual ou até mesmo municipal – cada qual através de sua respectiva Procuradoria – para a viabilização, mediante prévio estudo de legalidade, a adequação de determinada medida política.

Sobre o tema, Binenbjom (2011, p. 223) sustentou que a Advocacia Pública consiste em uma função do Estado absolutamente única, peculiar e singular, sendo que a defesa judicial de políticas públicas legítimas é sua missão fundamental, relacionando-se intimamente à ideia de democracia. Assim, a Advocacia Pública deve se ocupar em viabilizar as políticas públicas de interesse social, orientando o administrador sobre o caminho que deverá seguir em consonância a legislação pertinente.

Para tanto, faz-se necessária não somente a manutenção de uma advocacia pública forte, mas a edificação diária de seu aprimoramento se mostra fundamental para a concretização da justiça e do bem-estar social. Gestores públicos juridicamente bem assessorados e políticas públicas sólidas e voltadas para o interesse coletivo são es-

também é utilizada na fundamentação teórica do tópico, cabendo então destacar que esse autor ainda enumera outras duas fases. Uma delas é a fase de tomada de decisão, ocorrida entre a formulação de alternativas e a implementação, onde “os interesses dos atores são equacionados e as intenções (objetivos e métodos) de enfrentamento de um problema público são explicitadas” (2014, p.51). A outra é a fase de extinção da política pública, que sucederia a avaliação, correspondendo ao término ou extinção da ação governamental, seja pela resolução do problema, pela ineficácia da política ou mesmo pela perda da importância do problema na agenda política (2014, p. 67).

senciais para a efetivação dos direitos e garantias constitucionais, bem como do próprio Estado Democrático de Direito.

Todavia, o cenário jurisdicional no qual a Advocacia Pública deve exercer seu protagonismo apresenta sinais de desgaste. Paira sobre a sociedade brasileira a dúvida sobre a capacidade atual do Estado em dar a jurisdição. Tal indagação decorre do fato de que a função jurisdicional monopolizada pelo Estado “já não oferece respostas à conflituosidade produzida pela complexa sociedade atual, passando por uma crise de efetividade (quantitativa, mas principalmente qualitativa), que demanda a busca de alternativas” (SPENGLER, 2011, p. 201-202).

Em que pese haja determinação legal, hodiernamente o Estado parece não cumprir de forma minimamente efetiva o seu dever de garantir o acesso à justiça enquanto direito fundamental dos cidadãos, especialmente no cenário atual, marcado pela extrema desigualdade social – onde o conflito e a violência acabam acentuados –, e pela consequente precariedade financeira ou falta de conhecimento técnico sobre os direitos e deveres, o que acaba por alijar relevante percentual da sociedade dessa garantia constitucional.

Esse fenômeno que afeta o adequado funcionamento do modelo jurisdicional utilizado no país vem sendo denominado pela doutrina como crise ou mesmo esgotamento.

rer é que o Poder Judiciário necessita enfrentar o desafio de “alargar p. 17).

Os dados divulgados pelo Conselho N O que parece de fato ocorrer é que o Pode O que parece de fato ocorrer é que o Poder Judiciário necessita enfrentar o desafio de “alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais, para sobreviver como um poder autônomo e independente” (SPENGLER, 2014, p. 17).

Os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no relatório intitulado Justiça em Números escancaram a calamida-

O que parece de fato ocorrer é que o Poder Judiciário necessita enfrentar o desafio de “alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais, para sobreviver como um poder autônomo e independente” (SPENGLER, 2014, p. 17).

Os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no relatório intitulado Justiça em Números escancaram a calamidade e evidenciam a sobrecarga do atual modelo, especialmente pela majoração das estatísticas demonstradas no comparativo dos anos anteriores e o crescente avanço na quantidade de demandas que são distribuídas diariamente.

Quanto ao tempo do processo e a morosidade dos atos judiciais, Spengler (2014, p. 27) pontua que a “descrença na justiça se dá não só pela distância entre o cidadão, os ritos e a linguagem que envolve os processos judiciais, mas também pelo tempo percorrido por cada procedimento (tradicionalmente longo)”. No entanto a definição do que seria o tempo adequado de um processo é subjetiva. À medida que não fixa tempo certo, o direito fundamental à razoável duração do processo permite as mais diversas interpretações, podendo também variar de acordo com o objeto de cada litígio.

Para Resta (2014, p. 19), jamais se saberá o que se perde, quando se perde tempo, pois o tempo é um recurso não igualmente distribuído, o que significa dizer que em um conflito o tempo perdido por alguém é ganho por outrem. Nesse contexto, sob o ponto de vista não da ética pública, mas da racionalidade social, o fato de desperdiçar recursos, mesmo temporalidades, com bases rituais, simbolicamente significativas e/ou grandiosas, porém inúteis e que não se pode efetuar, representa um verdadeiro empobrecimento coletivo.

Diante desse quadro, ganha força a tendência de se desenvolver procedimentos jurisdicionais complementares como, por exemplo, a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação.

Tudo em busca da celeridade, informalização e pragmaticidade (SPENGLER, 2014, p. 26).

No entanto, é preciso refletir acerca do enorme potencial da Advocacia Pública no resgate de um modelo jurisdicional que demonstra claros sinais de colapso. Cabe a ela criar as condições necessárias para incentivar práticas relacionadas à solução extrajudicial de conflitos nos quais o Estado possa vir a ser parte, conferindo relevância ao trabalho preventivo sobre o contencioso, pois o primeiro existe com o objetivo principal de evitar a ocorrência do segundo, evitando a oneração aos cofres públicos que dele decorre.

O tópico que segue observará de forma sucinta os dispositivos da Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015 no tocante à Advocacia Pública, para que – em sede de considerações finais – seja possível construir algumas conclusões acerca da potencialidade de sua atuação preventiva, não apenas como contribuição para o resgate do modelo jurisdicional vigente, mas também para uma maior satisfação das partes e efetivação do acesso à justiça.

4 O papel da atuação preventiva da advocacia pública pautada na Lei Mediação como instrumento para o tratamento dos conflitos

Observando a história da humanidade é possível concluir que a prática da mediação pode ser visualizada nas mais variadas culturas, tendo sido utilizada por quase todas as sociedades no planeta. Em comunidades religiosas, fossem elas cristãs, judaicas, islâmicas, budistas, ou de qualquer outra doutrina, era praxe que aqueles indivíduos que desempenhavam as funções como líderes religiosos cumprissem também as tarefas afeitas à mediação de conflitos, buscando sanar as mais variadas divergências havidas em seus grupos sociais.

A mediação consiste em uma forma alternativa através da qual se busca a resolução de uma disputa. Para tanto, faz-se necessária a participação de um terceiro neutro, imparcial e sem poder de decisão, chamado mediador, que apenas intervém com o objetivo de auxiliar as partes no sentido de compor uma solução satisfatória a ambos.

Para a concepção de Martín (2011, p. 326) a mediação eficaz está fundamentada nos princípios da negociação, sendo assim, a mediação, apesar de ser um processo à parte e distintivo, não deixa de ser uma negociação assistida.

Neste sentido, podemos asseverar que a mediação nada mais é do que um processo informal e não adversarial que objetiva a resolução de controvérsias, pautado em um ideal de composição de interesses, e não de alegação ou julgamento de direitos. Conforme propõe Muñoz (2009, p. 57): “la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes”.

Assim, característica fundamental no processo de mediação é a voluntariedade das partes, eis que o consenso entre os interesses individuais só ocorre mediante a vontade legítima das mesmas. O mediador não possui o condão de decidir, nem mesmo possui qualquer poder sobre as partes, atuando tão somente com a intenção de viabilizar e facilitar a comunicação entre elas, contribuindo para formar um ambiente propício para a criação de opções para um acordo efetivamente consensual e mutuamente satisfatório.

A mediação, no Brasil, ainda pode ser considerada razoavelmente recente, não sendo adotada de forma generalizada, no entanto, resta evidente que as iniciativas por parte de tribunais, entidades, pesquisadores e demais agentes sociais engajados nesta causa são de extrema importância por diversos fatores, como a resolução pacífica e consensual de conflitos, o acesso mais amplo à justiça para os

o incentivo ao desenvolvimento de uma cultura social baseada no convívio pacífico e harmonioso e no respeito à dignidade do ser humano, mas, não menos importante, a desoneração do Poder Judiciário, haja vista que diversos conflitos podem ser sanados sem a necessidade de se transformarem em processos judiciais.

Norteados por tais objetivos, ao editar a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015¹⁸ – o Novo Código de Processo Civil –, o legislador brasileiro faz referência à conciliação e mediação por 36 vezes ao longo do texto legal, o que representa uma importante mudança de paradigma à medida em que fornece amparo jurídico para que se fomentem no país tais formas alternativas de solução de conflitos.

Recentemente, também foi publicada a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015¹⁹ – também conhecida como Lei da Mediação ou Marco Legal da Mediação –, a primeira no Brasil a versar especificamente sobre a matéria, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de

18 O inteiro teor da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 está disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

19 O inteiro teor da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 está disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I – imparcialidade do mediador;
- II – isonomia entre as partes;
- III – oralidade;
- IV – informalidade;
- V – autonomia da vontade das partes;
- VI – busca do consenso;
- VII – confidencialidade;
- VIII – boa-fé.

§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

conflitos no âmbito da administração pública

Ao passo que estabelece, em seu artigo 2º, que a mediação será orientada pelos princípios da imparcialidade do mediador, da isonomia entre as partes, da oralidade, da informalidade, da autonomia da vontade das partes, da busca do consenso, da confidencialidade e da boa-fé, também resguarda explicitamente o direito de que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação contra sua vontade¹⁸.

Após definir as diretrizes basilares que lastrearão o processo, versando acerca da mediação judicial e extrajudicial, seus processos, respectivos mediadores, bem como a confidencialidade e suas exceções, o texto legal passa ao Capítulo II, que trata da autocomposição de conflitos nos quais for parte pessoa jurídica de direito público, matéria que merece atenção por estar vinculada ao problema dessa pesquisa científica.

Nesse ponto cabe destacar que, em que pese o novo diploma legal determine a utilização da mediação das controvérsias havidas entre os entes da administração pública, parece ter havido um

18 Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

I – imparcialidade do mediador;

II – isonomia entre as partes;

III – oralidade;

IV – informalidade;

V – autonomia da vontade das partes;

VI – busca do consenso;

VII – confidencialidade;

VIII – boa-fé.

§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

equivoco no emprego da expressão, afinal, diante das características e princípios básicos da mediação, nota-se que a mesma não pode ser aplicada em tais situações.

Para Spengler (2016), a composição na administração pública nos termos estabelecidos pela Lei nº 13.104/2015 pode ocorrer, no entanto não será através da prática da mediação, mas pela utilização de outras formas de tratamento de conflito como, por exemplo, a conciliação e a negociação.

Entretanto, ainda que o presente estudo firme sua posição ao encontrar lastro em fundamentação teórica que discorda do emprego do termo mediação, eis que o que determina a lei não traduz as características principais desse meio consensuado de lidar com conflitos, tal fato não reduz a relevância do novo marco legal no cenário jurídico brasileiro.

A lei apresenta méritos e deficiências que merecem ser analisados de forma crítica, o momento é de amadurecimento e reflexão, no entanto é inegável que a iniciativa é importante e pioneira ao buscar mecanismos para o tratamento de uma conflituosidade crescente onde as pessoas jurídicas de direito público protagonizam a lista dos dez maiores litigantes do sistema de justiça no Brasil (SPENGLER, 2016).

Nesse sentido, registrada a controvérsia de nomenclatura indicada, ainda que a expressão mediação, relacionada ao tratamento de conflitos nos quais a administração pública é parte, volte a aparecer ao longo do estudo unicamente por razão de observância ao que dispõe a lei, importa agora para a pesquisa compreender o que pretendem os dispositivos presentes na lei, para então situar o papel da advocacia pública.

Assim, retornando ao que determinam os dispositivos legais, com base na prerrogativa contida no artigo 32, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão criar câmaras de prevenção e

e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, com o objetivo de dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público, bem como o de promover a celebração de termo de ajustamento de conduta nos casos em que couber.

Cada ente federado estabelecerá o modo de composição e funcionamento de suas câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, sendo que a submissão dos conflitos a elas será sempre facultativa e cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado. Havendo consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial¹⁸.

18 Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

- I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
 - II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
 - III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.
- § 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.
- § 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.
- § 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.
- § 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.
- § 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Também há previsão legal para que a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, possa instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

Os conflitos envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações mereceram uma seção exclusiva no dispositivo legal, na qual o artigo 35 estabelece que tais litígios poderão ser objeto de transação por adesão, desde que autorizados pelo Advogado-Geral da União – com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores – ou que tenham parecer favorável exarado pelo Advogado-Geral da União e aprovado pelo Presidente da República¹⁸ .

18 Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

I – autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou

II – parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

§ 1º Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2º Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.

§ 3º A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

§ 4º A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

§ 5º Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

§ 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

No caso dos conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, para os quais a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

Porém, não havendo acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta. Além disso, a propositura de ação judicial na qual figurem, concomitantemente nos polos ativo e passivo, órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União.

Dessa forma, busca-se conferir maior abrangência às formas alternativas de resolução de conflitos, mais especificamente a mediação, inserindo a Advocacia Pública nesse novo paradigma, haja vista sua essencialidade no cenário jurídico brasileiro.

Perpassado o referencial teórico até então observado no presente estudo, faz-se possível traçar algumas conclusões. Obviamente, uma análise mais minuciosa da Lei da Mediação resta prejudicada à medida que se trata de um dispositivo muito recente, com poucos meses de vigência, haja vista que somente entrou em vigor no dia 26 de dezembro de 2015, o que dificulta sobremaneira a observação de sua aplicação prática de forma mais consistente. No entanto, já se pode refletir sobre alguns indicativos, o que se verá a seguir.

Considerações Finais

Desde a filosofia grega, a criação do Estado tem encontrado justificativa na necessidade da conformação de um ente capaz de atender às necessidades da vida para o fim de buscar viver bem (ARISTÓTELES, 2013).

O Estado de Direito, regido pela lei em representação à vontade geral (ROUSSEAU, 2010), teria como objetivo a promoção do bem-estar social.

Atualmente, constituem pressupostos básicos e necessários para a consecução do interesse coletivo os dois pilares formados pelos recursos financeiros e pelas políticas públicas.

Nesse contexto se insere a essencialidade da atuação da Advocacia Pública na viabilização e sedimentação desses pilares, eis que a mesma atua de forma direta e indireta na obtenção da disponibilidade financeira de que o Estado necessita, seja através do ajuizamento de ações que postulam a satisfação dos créditos tributários inadimplidos – e que representam receita –, seja por meio da defesa do ente público nos litígios que lhe movem os particulares buscando sua condenação – representando proteção ao erário e a consequente economia.

A partir desse binômio formado por receita e economia, a atuação da Advocacia Pública assume caráter fundamental no tocante às políticas públicas, favorecendo sua viabilização. Ademais, a atuação consultivo-preventiva condiciona o agir da Administração Pública à observância da legislação vigente e princípios constitucionais.

Nesse sentido, conclui-se que a atividade da Advocacia Pública pode se estabelecer de forma preventiva – através da consultoria, assessoria –, evitando os conflitos, ou de forma resolutoria, seja por meio judicial, mas principalmente, através da utilização de formas alternativas de resolução de conflito, buscando cumprir seu múnus público de essencialidade para a concretização da justiça, bem como para desonerar o Poder Judiciário.

Como hipótese, para o problema que indaga se a Advocacia Pública preventiva pode servir de instrumento para a solução de conflitos, a resposta segue no sentido de que a Advocacia Pública

exerce papel essencial na realização das missões constitucionalmente atribuídas ao Poder Público no Brasil. Muito mais que defender o patrimônio público de investidas ilegítimas – atuação contenciosa –, incumbe a ela o dever de prevenir a prática de ilícitos por parte do Poder Público, seja por ação, seja por omissão – atuação consultivo-preventiva.

Ademais, apesar de ainda não ser possível realizar uma análise de sua aplicabilidade e efetividade prática, tendo em vista sua recente publicação, é indiscutível que a Lei da Mediação abrirá novos caminhos para um fortalecimento ainda maior da Advocacia Pública, em sua função essencial à justiça, seu papel de instituição essencial ao Estado, e indispensável para o atingimento do bem comum.

Importante reiterar a evidente importância de instituições como a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias Gerais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cuja atuação possui o condão de viabilizar recursos que poderão ser aplicados pelos entes de governo na execução das políticas públicas elaboradas em benefício da sociedade, fomentando condições para uma aproximação do modelo almejado pelo Estado de bem-estar social, pois a nutrição de um Estado consiste na abundância e na distribuição dos materiais imprescindíveis à vida, seu correto armazenamento e preparação para entrega, por meio de canais adequados, para o uso público (HOBBS, 2009, p. 176).

Por fim, cumpre conferir especial destaque à Escola Nacional de Mediação e Conciliação, prevista pela Lei nº 13.140/2015, a ser instaurada no âmbito do Ministério da Justiça, podendo criar um banco de dados sobre boas práticas em mediação e manter relação de mediadores e de instituições de mediação.

A importância dessa estrutura se deve à necessidade da mediação ser conduzida por profissionais habilitados, treinados e experimentados, ainda que se possa questionar a adequação de sua

vinculação e sujeição ao Poder Judiciário. Afinal, surge a indagação de como é possível criar uma nova cultura mantendo-se as mesmas raízes a partir de uma capacitação realizada por meio de regras estabelecidas pelo CNJ (SPENGLER, 2016).

Para além desse debate, o novo paradigma que se desenha para os próximos anos vem também exigir que as Universidades reestruturarem não apenas seus currículos, mas promovam uma transformação na forma de ensino do Direito.

Tal mudança vai além da inclusão de disciplinas relacionadas às formas alternativas de solução de conflito na grade obrigatória, o que também é relevantemente necessário, mas não pode ser aplicada isoladamente, pois necessita de medidas conjuntas, como, por exemplo, a adequação do ensino das demais disciplinas, especialmente as processuais, visando o fomento dessa nova cultura.

De forma complementar, os núcleos de assistência jurídica e/ou escritórios-modelo mantidos pelas Faculdades poderiam incluir as práticas de conciliação, mediação e arbitragem em seu conteúdo, permitindo uma formação mais adequada do acadêmico que será o futuro operador do Direito.

Referências

ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Martin Claret, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra. Barueri: Manole, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei 8.906, de 04 de julho de 1994. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 20 jun. 2015.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

DAHRENDORF, Ralf. O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992.

HEREDIA, Ramón Alzate Sáez de; VILLANUEVA, Itziar Fernández; ORTIZ, Cristina Merino. Desarrollo de la cultura de la paz y la convivencia en el ámbito municipal: la mediación comunitaria. Política y Sociedad, Madrid, n. 1, p. 179-194, mar. 2013.

HOBBS, Thomas. Leviatã, ou, matéria, forma e poder em um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KRAUSE, Priscila Tahisa. A essencialidade da Procuradoria Geral do Estado para o Estado Democrático de Direito. In: SPENGLER, Fabiana Marion; COPELLI, Giancarlo Montagner; JACQUES, Marcelo Dias (Orgs.). O sistema de justiça e suas instituições: ensaios à luz dos direitos humanos e democracia. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

MARTÍN, Nuria Belloso. A mediação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (orgs.). Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Unijuí, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Malheiros Editores, 2008.

MORAES, José Roberto de. Prerrogativas processuais da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinela (Coord.). Direito Processual Público: a fazenda pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAIS, Jose Luiz Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição! 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MUÑOZ, Helena Soletto. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 3, n. 3, jan./jun. 2009.

PARSONS, Wayne. Políticas públicas: una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas. México: FLACSO, 2007.

RESTA, Eligio. Tempo e processo. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Porto Alegre: L&PM, 2010.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

SILVA, Enio Waldir da. Entre o estado e a sociedade civil: a economia solidaria como novo movimento social. In: BEDIN, Gilmar Antônio (org.). Cidadania, direitos humanos e equidade. Ijuí: Unijuí, 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. Fundamentos políticos da mediação comunitária. Ijuí: Unijuí, 2012.

_____. Mediação de conflitos: da teoria à prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

_____. Mediação e Alteridade: a necessidade de “inovações comunicativas” para lidar com a atual (desordem) conflitiva. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Orgs.). Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

_____. Retalhos de mediação. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

SUBIRATS, Joan et al. Análisis y gestión de políticas públicas. Barcelona: Planeta, 2012.

ZAGAGLIA, Waldir. O Procurador do Estado e as funções essenciais à justiça como razão da democracia. APERJ. 2015.

▼ recebido em 18 nov. 2016 / aprovado em 10 dez. 2016

Para referenciar este texto:

JACQUES, M.D.; SPENGLER, F.M. Novas perspectivas para a advocacia pública no Brasil: a Lei n. 13.140/2015 e a função consultivo-preventiva como instrumentos de solução de conflito. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 111-147, jul./dez. 2016.