

OS CAMINHOS E OS DESCAMINHOS NO ENFRENTAMENTO DOS *LITÍGIOS DE MASSA* NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

Aldemario Araujo Castro

Mestre em Direito

Procurador da Fazenda Nacional

Professor da Universidade Católica de Brasília

Ex-Corregedor-Geral da Advocacia da União

Brasília, 14 de janeiro de 2012

Foi realizado, no final do mês de outubro de 2011, o V Encontro Nacional dos Advogados Públicos Federais (ENAFE), promovido pela União Nacional dos Advogados Públicos Federais do Brasil (UNAFE) (1). O segundo painel do V ENAFE versou sobre a “*A Visão Macro do Advogado Público Federal e o seu papel na relação Governo e Iniciativa Privada*”. O debate em questão envolveu uma análise do problema e a formulação de proposições.

Ao participar do painel, rerepresentei uma proposta voltada para melhor equacionar os chamados *litígios de massa* (ou *demandas múltiplas*, como referidas por parte da doutrina jurídico-processual) envolvendo a União e suas autarquias e fundações. São identificados como *litígios de massa* os milhares de processos onde as mesmas teses jurídicas são manejadas para afirmar ou infirmar a presença de certos direitos. São comuns essas espécies de lides em matérias previdenciárias, tributárias e envolvendo servidores públicos.

A proposta apresentada no aludido conclave possui as seguintes características principais: a) identificação periódica (semestral ou anual) de *litígios de massa* pelos órgãos próprios da Advocacia-Geral da União (AGU); b)

identificação, para cada um dos casos de *litígio de massa*, dos setores (órgãos ou entidades) da Administração Pública Federal diretamente relacionados com o problema; c) identificação, para cada um dos *litígios de massa*, dos setores da sociedade civil diretamente relacionados com a discussão; d) instalação de um espaço institucional específico, coordenado pela Advocacia-Geral da União, para esgotamento do diálogo entre os interessados em relação aos vários ângulos possíveis de análise (econômicos, financeiros, administrativos, jurídico-processuais, jurídico-substanciais, etc); e) formação, pelos segmentos do Poder Público, de uma posição conclusiva no sentido de manter a discussão em juízo ou encerrá-la (reconhecendo os direitos reclamados contra o Poder Público) e f) no caso de decisão pelo encerramento da discussão, a Advocacia-Geral da União, por ato específico, publicizaria o entendimento e definiria as providências administrativas, legislativas e judiciais a serem adotadas pelos órgãos e entidades competentes.

À toda evidência, a implementação dessa proposta, com os devidos detalhamentos e procedimentos, reclama a pertinente instituição em norma com força de lei, em atenção ao princípio constitucional da legalidade (art. 50., inciso II e art. 37, caput).

Ressalto que a proposta, passível de aperfeiçoamentos, envolve uma considerável dose de atenção à segurança jurídica numa eventual decisão no sentido de que o Poder Público viola (ou violou) o ordenamento jurídico e deve arcar com gastos ou despesas para satisfazer os direitos daqueles que litigam em juízo contra ele. Com efeito, a decisão pressupõe o esgotamento do diálogo entre todas as áreas da Administração Pública Federal envolvidas diretamente com a questão. Portanto, o problema é analisado, com profundidade, sob todos os ângulos possíveis.

Destaque-se o duplo papel desempenhado pela Advocacia-Geral da União nessa seara. Com efeito, a AGU comparece para apresentar a situação do

debate travado em juízo e as projeções mais prováveis de seu desenvolvimento, incluídas as perspectivas de vitória do Poder Público. Por outro lado, aproveitando sua singular posição institucional (2) e a experiência, em franco processo de consolidação e ampliação, de conciliação e arbitragem de interesses envolvendo a Administração Pública Federal (3), a AGU desponta como a instância mais adequada para coordenar o “diálogo” entre os órgãos e entidades diretamente relacionados com a questão em análise.

Apontam no rumo do mais racional equacionamento dos *litígios de massa* uma série de expedientes introduzidos na ordem jurídica brasileira. No campo específico de atuação do Poder Judiciário, podem ser arrolados, entre outros: a) as decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade; b) as súmulas vinculantes; c) a repercussão geral da questão constitucional; d) o tratamento dos recursos extremos repetitivos e e) a negativa de seguimento de recurso manifestamente contrário à jurisprudência dominante (4). A Administração Tributária construiu o chamado *efeito vinculante administrativo*, voltado para evitar a constituição de créditos tributários indevidos, desconstituir os já formalizados ilícitamente e viabilizar até mesmo repercussões na esfera da atuação judicial do Fisco (5). Na Advocacia Pública Federal observa-se um vigoroso movimento, ainda em aperfeiçoamento e reclamando correção de certas premissas, de implantação de mecanismos de redução da atuação recursal irrazoável (6).

No final do ano de 2011, identifica-se a adoção de uma das mais curiosas e inusitadas iniciativas voltadas para o enfrentamento de *litígios de massa*. Trata-se da edição da Medida Provisória n. 556, de 23 de dezembro de 2011, provocada pela Exposição de Motivos n. 214/2011-MF. Esse diploma legal determina a exclusão das seguintes vantagens da base de cálculo da contribuição social do servidor público federal ativo: a) parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função comissionada ou gratificada; b) abono de permanência de que tratam o §19 do art. 40 da Constituição, o §5o. do art. 2o. e o

§1o. do art. 3o. da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003; c) adicional de férias; d) adicional noturno; e) adicional por serviço extraordinário; f) parcela paga a título de assistência à saúde suplementar; g) parcela paga a título de assistência pré-escolar e h) parcela paga a servidor público indicado para integrar conselho ou órgão deliberativo, na condição de representante do governo, de órgão ou de entidade da Administração Pública do qual é servidor. Assim o Ministro da Fazenda, e só o Ministro da Fazenda, justificou perante a Presidente da República a adoção da providência (7):

“2. O art. 1º altera dispositivos da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, que trata da contribuição para o Plano de Seguridade Social do servidor público - PSS, em razão da necessidade de suprir lacunas, que atualmente estão gerando dificuldades na aplicação da Lei, bem como de prever expressamente situações cuja falta de previsão tem dado origem a ações judiciais recorrentes.

3. Essa alteração visa exatamente encerrar a discussão acerca da incidência da contribuição do Plano de Seguridade sobre o adicional de férias, objeto de incontáveis ações judiciais julgadas, em sua grande maioria, favoravelmente aos autores.

4. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que não há incidência de contribuição previdenciária em relação ao adicional de férias, sob o argumento de que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a referida exação. Nesse sentido: RE-AgR nº 587.941/SC, DJ de 20 de novembro de 2008; AIAgR nº 603.537/DF, DJ de 30 de março de 2007; AI nº 729.214, DJ de 11 de novembro de 2008; AI nº 729.219, DJ de 11 de novembro de 2008; AI nº 715.709, DJ de 11 de junho de 2008; e AI 715.709, DJ de 6 de março de 2009, entre outros.

5. Há ainda o adicional noturno, o adicional por serviço extraordinário, e as parcelas pagas a título de assistência à saúde suplementar e de assistência pré-escolar e a parcela paga a servidor indicado para integrar

conselho ou órgão deliberativo, na condição de representante do governo, órgão ou entidade da Administração Pública do qual é servidor, que, de acordo com o entendimento da Administração Pública Federal, não se sujeitam à incidência da PSS. Como não há previsão legal a esse respeito, propõe-se consignar esse entendimento expressamente na Lei”.

O “estranho” na solução agora adotada, por provocação isolada do Ministro da Fazenda, é que existe repercussão geral admitida no Supremo Tribunal Federal sobre vários dos temas tratados na Medida Provisória e não julgada no mérito (8). Ademais, parece que formalmente o Ministério do Planejamento e a Advocacia-Geral da União não foram ouvidos ou trataram da questão na perspectiva apontada pelo Ministro da Fazenda. Sublinhe-se que a pendência de apreciação de repercussão geral no Excelso Pretório reclamava cuidados especiais e adicionais no encaminhamento da solução para o caso.

Assim, nos termos da proposição antes referida, quando a solução de *litígios de massa* reclamar providência legislativa, essa deverá ser adotada: a) depois de analisados todos os ângulos da questão pelos vários setores da Administração Pública Federal, incluída necessariamente a Advocacia-Geral da União (forma de maximização dos princípios da segurança jurídica e da supremacia do interesse público) e b) mediante provocação formal por esses mesmos setores do Poder Público.

NOTAS:

(1) Site na internet: <http://www.unafe.org.br>.

(2) “Nessa perspectiva, o constituinte de 1988, de forma inédita na história constitucional

brasileira, disciplinou explicitamente as funções essenciais à Justiça e as instituições correspondentes. Assim, ao lado do Ministério Público (Advocacia da sociedade) e da Defensoria Pública (Advocacia dos necessitados), aparecem a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias do Estados-membros e do Distrito Federal (Advocacia de Estado). Não parece suscitar maiores indagações a ponderação de que sem as funções (e as instituições) aludidas não é possível administrar as funções judiciais do Estado./A qualificação como instituição que desempenha uma função essencial à Justiça reforça o entendimento de que a Advocacia-Geral da União não integra o Poder Executivo. Com efeito, a clássica divisão tripartida do poder estatal já não 'cabe' nas modernas, complexas e multifacetadas sociedades atuais. Outros e novos atores institucionais surgem para desempenhar papéis (realizar funções) substancialmente 'novas'. Nesse sentido, as atribuições da AGU ultrapassam os limites e o *modus operandi* do Poder Executivo, não obstante realize a assessoria e a consultoria jurídicas desse Poder. Observe-se, o que é crucial na conclusão acerca do afastamento orgânico do Poder Executivo, que a AGU representa judicialmente os três Poderes, o Ministério Público e a Defensoria Pública". *A Advocacia-Geral da União como instituição*. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/aguinst.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

(3) Ver, no site da AGU na internet (<http://www.agu.gov.br>), a página da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) no âmbito da Consultoria-Geral da União.

(4) O *Parecer PGFN/CRJ/N. 492/2010*, da lavra da Procuradora da Fazenda Nacional Luana Vargas Macedo, faz uma percuciente análise da força persuasiva ou vinculante dos precedentes judiciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O estudo pode ser encontrado no primeiro número da REVISTA DA PGFN (<http://www.pgfn.gov.br>).

(5) *Efeito Vinculante Administrativo em Matéria Tributária: Virtudes e Vicissitudes*. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/efevin2.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

(6) A Portaria PGFN n. 294, de março de 2010, autoriza os Procuradores da Fazenda Nacional a não apresentar contestação e não interpor recursos numa série de hipóteses, notadamente quando a jurisprudência está pacificada em favor da parte que demanda contra o Poder Público. Trata-se de postura diametralmente oposta à cultura do "esgotamento da via recursal" alimentada durante décadas no seio da Administração Pública, como bem demonstra o art. 3o. do Decreto n. 322, de 1991, quando utiliza a expressão "recorrerão até a última instância possível" de decisões judiciais contrárias ao Estado.

Merece uma forte censura a Portaria PGFN n. 294, de 2010, quando investe contra a independência técnica dos Procuradores da Fazenda Nacional. Com efeito, o normativo em questão considera como questões definidas em “jurisprudência reiterada e pacífica” pelo STF ou pelo STJ apenas aquelas assim indicadas em lista elaborada e divulgada pelos órgãos de direção da PGFN.

Ocorre que a independência técnica do advogado público federal, e dos advogados de uma forma geral, reside justamente na possibilidade (como conduta juridicamente lícita e até protegida) de formar um juízo pessoal e próprio, por suas razões, convicções e conhecimentos, acerca de determinada questão jurídica. Esse juízo pessoal e próprio sobre a questão jurídica manifesta-se de inúmeras formas, inclusive a identificação se determinada decisão, notadamente judicial, segue, ou não, a jurisprudência pacificada ou consolidada (*Os contornos da independência técnica do Advogado Público Federal*. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/indcontornos.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2012).

(7) Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/medidas-provisorias/2011-posteriores-a-emenda-constitucional-no32#content>>. Acesso em: 8 jan. 2012.

(8) Informação disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2639193&numeroProcesso=593068&classeProcesso=RE&numeroTema=163>>. Acesso em: 8 jan. 2012.