

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

CARGO: ADVOGADO DA UNIÃO

Prova Discursiva P_2 – Parecer

Aplicação: 17/06/2023

PADRÃO DE RESPOSTA

Espera-se que o candidato desenvolva, no parecer, os seguintes temas e argumentos.

Em relação à terceirização de serviços, o art. 48 da Lei n.º 14.133/2021 dispõe que poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade.

A IN SEGES/MPDG n.º 5/2017, em seu art. 9.º, apresenta as vedações à terceirização.

Art. 9.º Não serão objeto de execução indireta na Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional:

I – atividades que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II – as atividades consideradas estratégicas para o órgão ou entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III – as funções relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV – as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Parágrafo único. As atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias às funções e atividades definidas nos incisos do caput podem ser executadas de forma indireta, sendo vedada a transferência de responsabilidade para realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

No presente caso, o órgão pretende a contratação de serviços continuados de limpeza e de vigilância, que são atividades acessórias, instrumentais ou complementares para a atividade do órgão consulente. Também não se enquadram em nenhuma das hipóteses de vedação — não envolvem decisão ou posicionamento institucional, não estão relacionados aos poderes de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos ou de aplicação de sanção e não são inerentes às categorias funcionais do órgão —, sendo viável a terceirização pretendida.

Todavia, a terceirização dos serviços de assessoramento jurídico, além de não se enquadrar nos casos que a legislação citada acima permite, não é possível, por ser atribuição própria da Advocacia-Geral da União (AGU), nos termos do art. 131 da Constituição Federal de 1988 (CF) e da Lei Complementar n.º 73/1993.

Art. 1.º A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente.

Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar.

Conclui-se, portanto, que a terceirização dos serviços de assessoramento jurídico não é possível, mas, quanto aos outros dois serviços, não há impedimento de que sejam objeto de execução indireta.

Afastada a possibilidade de terceirização dos serviços de assessoramento jurídico, prossegue-se à análise quanto ao segundo questionamento, considerando-se apenas os serviços de limpeza e de vigilância.

Em regra, as contratações de serviços pela administração pública devem atender ao princípio do parcelamento, que deverá ser adotado quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso, conforme artigo 47, inciso II, da Lei n.º 14.133/2021.

Art. 47. As licitações de serviços atenderão aos princípios:

II – do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso.

O § 1.º do dispositivo citado estabelece alguns critérios que devem ser levados em consideração na adoção do parcelamento, a saber:

§ 1.º Na aplicação do princípio do parcelamento deverão ser considerados:

I – a responsabilidade técnica;

II – o custo para a Administração de vários contratos frente às vantagens da redução de custos, com divisão do objeto em itens;

III – o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

Note-se que a divisibilidade do serviço esbarra em questões de ordem técnica e econômica, motivo pelo qual o § 1.º do art. 47 da Lei n.º 14.133/2021 confronta viabilidade técnica, custos e vantagens do parcelamento e ampliação da competitividade. Esses fatores devem nortear a decisão do gestor. Sendo assim, a decisão final envolve contornos técnicos e gerenciais específicos a serem pormenorizados pelo órgão contratante, mediante justificativa baseada nos elementos legalmente definidos.

Os termos da consulta já indicam a existência de dois objetos distintos (os serviços de limpeza e os de vigilância) que poderiam ser licitados separadamente. Na verdade, a licitação de cada um deles em itens separados ou até mesmo em duas licitações distintas seria o mais natural, pois, aparentemente, são serviços que envolvem duas áreas de mercado bastante específicas.

A agregação indevida de itens como esses em grupo, para julgamento da proposta pelo menor preço global do grupo, pode comprometer a competitividade e a seleção das propostas efetivamente mais vantajosas.

No caso concreto, em que pese o aspecto técnico envolvido, observa-se que a administração pretende promover a licitação com agregação em grupo de itens de objetos diversos que, por suas naturezas distintas, são divisíveis, isto é, podem ser contratados e executados separadamente, sem que tenha sido apresentada justificativa de ordem técnica ou econômica. Por tais motivos, recomenda-se não agrupar os serviços.

A Lei n.º 14.133/2021 estabelece a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um princípio e um objetivo das contratações públicas (art. 5.º e art. 11, IV). Por outro lado, a economicidade e a competitividade também são princípios que devem ser observados. O questionamento do órgão mostra sua preocupação quanto à compatibilização desses princípios.

Na verdade, o gestor público deve buscar o equilíbrio entre os princípios norteadores da licitação pública, entre eles os da economicidade, da competitividade e do desenvolvimento nacional sustentável (art. 5.º da Lei n.º 14.133/2021). Deve-se ter em mente que a melhor proposta não é simplesmente a de menor preço, mas é, também, aquela que atende ao interesse público, considerando-se, inclusive, seus aspectos ambientais. Assim, os critérios de menor preço, maior desconto e, quando couber, técnica e preço deverão considerar o menor dispêndio para a administração, desde que atendidos os parâmetros mínimos de qualidade (art. 34) nos quais se inserem, também, as características de sustentabilidade.

A sustentabilidade pode, inclusive, desde que de modo justificado, sobrepor-se a outros princípios, como o da economicidade e da competitividade — ressalte-se que a justificativa do gestor é necessária nesses casos. Por exemplo, pode-se optar por um produto mais caro do que o similar, desde que isso componha uma medida de gestão mais ampla, que, ao final, reduzirá o custo em outros produtos ou até no próprio produto, em tese, mais caro, em razão da economia gerada.

Conclui-se, portanto, que é possível fixar critérios de sustentabilidade, ainda que isso possa onerar o custo do serviço de limpeza, desde que não se descuide também da economicidade e dos demais princípios norteadores das contratações públicas.

A consulta deixa claro que o benefício instituído pela convenção coletiva da categoria dirige-se exclusivamente àqueles empregados que prestem serviços em razão de contrato com a administração pública, isto é, a parcela criada onerará apenas os contratos de terceirização que tenham sido firmados com entes públicos.

Incide, portanto, o disposto no parágrafo único do art. 6.º da IN SEGES/MPDG n.º 5/2017, que proíbe à administração pública vincular-se às disposições previstas nos acordos, nas convenções ou nos dissídios coletivos de trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a administração pública.

O assunto já foi matéria de análise pela AGU, que se posicionou nos termos da Orientação Normativa n.º 63/2020: “é indevida a inclusão, nas planilhas de custos e formação de preços, de benefícios estabelecidos em acordo ou convenção coletiva de trabalho que onerem exclusivamente a administração pública tomadora de serviço.”.

Conclui-se, pois, que o órgão não poderá incluir nas planilhas o adicional mencionado.

Inicialmente, observe-se que a IN SEGES/MPDG n.º 5/2017 dispõe o que se segue.

Art. 5.º É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, a exemplo de:
(...)

VI – definir o valor da remuneração dos trabalhadores da empresa contratada para prestar os serviços, salvo nos casos específicos em que se necessitam de profissionais com habilitação/experiência superior a daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria, desde que justificadamente;

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) é no sentido de que a regra é a vedação de fixação de piso salarial mínimo para as contratações de serviços, ainda que o próprio Tribunal admita algumas exceções.

Em regra, é vedada a fixação de piso salarial mínimo para as contratações de serviços, admitindo-se a flexibilização de tal vedação em situações específicas.

Acórdão 2799/2017-Primeira Câmara | Relator: BRUNO DANTAS
ÁREA: Licitação | TEMA: Orçamento estimativo | SUBTEMA: Preço
Outros indexadores: Vedação, Piso salarial

Admite-se, na contratação por postos de serviço, a fixação de salários em valores superiores aos pisos estabelecidos em convenções coletivas de trabalho, desde que observados os seguintes requisitos: i) justificativa técnica de que os serviços demandam, por suas características e particularidades, a execução por profissional com nível de qualificação acima da média; e ii) realização de pesquisa de preços demonstrando a compatibilidade com os valores de mercado para contratações similares, ou seja, comprovação de que no mercado existe tal distinção salarial em função da qualificação do trabalhador.

Acórdão 1097/2019-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS
ÁREA: Licitação | TEMA: Orçamento estimativo | SUBTEMA: Preço

É possível exigir piso salarial mínimo acima daquele estabelecido em convenção coletiva de trabalho, desde que o gestor comprove que os patamares fixados no edital da licitação são compatíveis com os preços pagos pelo mercado para serviços com tarefas de complexidade similar.

Acórdão 2758/2018-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS

ÁREA: Licitação | TEMA: Orçamento estimativo | SUBTEMA: Preço

Outros indexadores: Terceirização, Piso salarial, Fixação, Acordo coletivo de trabalho

Publicado: Informativo de Licitações e Contratos nº 360 de 29/01/2019

Em sua consulta, o órgão não indicou as razões para fixação dos salários em valor superior ao piso salarial da categoria. Não houve afirmação quanto à complexidade das tarefas exigidas ou de exigência de qualificação diferente do usual.

O único argumento apontado (baixo valor dos salários) é muito vago e não justifica a estipulação de salários superiores ao piso da categoria. Seria necessário demonstrar, com base em pesquisa de mercado de serviços com tarefas exercidas em condições similares, que a complexidade das tarefas envolvidas exige pagamento superior ao mínimo estabelecido em convenção coletiva.

Frise-se que não basta a alegação genérica de que é necessária uma qualificação maior da mão de obra ou de que os salários da categoria estão defasados. É preciso consignar, com clareza, as atividades que seriam, efetivamente, mais complexas do que aquelas comumente oferecidas pelo mercado, a fim de justificar a elevação dos salários paradigma para a contratação.

Uma vez caracterizada a complexidade dos serviços demandados, o órgão também precisa fundamentar os reflexos financeiros dessa complexidade ou da qualificação exigida nos salários a serem pagos. Para tanto, é necessário realizar pesquisa de mercado, levando-se em consideração, como dito, contratações com condições semelhantes.

Assim, é irregular a fixação de remuneração mínima acima dos valores pactuados em acordo ou convenção coletiva de trabalho sem que os serviços possuam complexidade apta a respaldar salários superiores aos das categorias abrangidas e sem que sejam apresentadas justificativas suficientes no processo licitatório. Como justificativa, não basta a simples alegação de que os salários da categoria são baixos. É necessário que o gestor comprove que, para o tipo de tarefa exigida, em situações de complexidade similar, o mercado paga preços acima do mínimo estabelecido em convenções coletivas de trabalho, à luz do art. 5.º da Lei n.º 14.133/2021 e do art. 5.º, VI, da IN SEGES/MPDG n.º 5/2017.

Conclusão

Diante do exposto, conclui-se:

- 1) pela possibilidade de terceirização dos serviços de limpeza e de vigilância e pela impossibilidade de terceirização dos serviços de assessoramento jurídico;
- 2) não ser recomendável o agrupamento dos serviços de limpeza e de vigilância em um só grupo na licitação;
- 3) que é possível e devido fixar critérios de sustentabilidade, ainda que isso possa onerar o custo do serviço de limpeza, desde que não se descuide, também, da economicidade e dos demais princípios norteadores das contratações públicas;
- 4) que não deverá ser incluído nas planilhas de custos o adicional instituído pela convenção coletiva da categoria, destinado exclusivamente aos empregados que prestam serviços em razão de contrato com a administração pública; e
- 5) que a regra é a vedação à fixação de piso salarial mínimo para as contratações de serviços e que, para afastá-la, não basta a simples alegação de que os salários da categoria são baixos: é irregular a fixação de remuneração mínima acima dos valores pactuados em acordo ou convenção coletiva de trabalho sem que os serviços possuam complexidade apta a respaldar salários superiores aos da categoria e sem que sejam apresentadas justificativas suficientes no processo licitatório.

CONCEITOS / QUESITOS

Quesito 2.1 – Possibilidade de terceirização das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão

Conceito 0 – Não indicou o tema ou o fez de forma equivocada.

Conceito 1 – Indicou parcialmente.

Conceito 2 – Indicou integralmente.

Quesito 2.2 – Vedações à terceirização

Conceito 0 – Não abordou o tema ou o fez de forma equivocada.

Conceito 1 – Abordou, mas não listou todos os casos vedados.

Conceito 2 – Abordou e listou todas as hipóteses vedadas.

Quesito 2.3 – Possibilidade de terceirização dos serviços de limpeza e de vigilância

Conceito 0 – Não afirmou que os serviços de limpeza e de vigilância podem ser terceirizados ou afirmou que não o podem.

Conceito 1 – Afirmou que um dos serviços pode ser terceirizado e o outro não.

Conceito 2 – Afirmou que ambos os serviços podem ser terceirizados.

Quesito 2.4 – Impossibilidade de terceirização de serviços de assessoramento jurídico, com fundamento também na CF e na Lei Complementar n.º 73/1993

Conceito 0 – Não afirmou que serviços de assessoramento jurídico não podem ser terceirizados ou afirmou que podem.

Conceito 1 – Afirmou que serviços de assessoramento jurídico não podem ser terceirizados, mas não fundamentou a resposta.

Conceito 2 – Afirmou que serviços de assessoramento jurídico não podem ser terceirizados e fundamentou a resposta.

Quesito 2.5 – Abordar o princípio do parcelamento, conforme o art. 47, II, da Lei n.º 14.133/2021, e os critérios para sua adoção, no § 1.º do mesmo artigo

Conceito 0 – Não abordou o princípio, ou o fez de forma equivocada.

Conceito 1 – Abordou o princípio, mas não os critérios, ou o inverso.

Conceito 2 – Abordou o princípio e seus critérios de adoção.

Quesito 2.6 – O agrupamento indevido pode comprometer a competitividade e a seleção das propostas mais vantajosas

Conceito 0 – Não abordou o tema ou o fez de forma equivocada.

Conceito 1 – Abordou corretamente o tema.

Quesito 2.7 – Concluir que os serviços são divisíveis (podem ser licitados separadamente) e têm naturezas diversas, razão para não recomendar o agrupamento

Conceito 0 – Concluiu, equivocadamente, pela possibilidade de agrupamento.

Conceito 1 – Concluiu corretamente pela impossibilidade de agrupamento, mas não fundamentou corretamente.

Conceito 2 – Concluiu corretamente pela impossibilidade de agrupamento, fundamentando corretamente.

Quesito 2.8 – Abordar o desenvolvimento sustentável como um princípio e um objetivo das contratações públicas (arts. 5.º e 11, IV, da Lei n.º 14.133/2021)

Conceito 0 – Não abordou o tema ou o fez de forma equivocada.

Conceito 1 – Abordou o desenvolvimento sustentável apenas como princípio ou como objetivo das contratações públicas.

Conceito 2 – Abordou o desenvolvimento sustentável como princípio e como objetivo das contratações públicas.

Quesito 2.9 – Necessidade de se buscar o equilíbrio do princípio do desenvolvimento nacional sustentável com os demais princípios norteadores da licitação pública, especialmente a economicidade e a competitividade

Conceito 0 – Não abordou o tema ou o fez de forma equivocada.

Conceito 1 – Abordou a necessidade de se buscar o equilíbrio entre o princípio do desenvolvimento nacional sustentável com outros, sem indicar nenhum princípio.

Conceito 2 – Abordou a necessidade de se buscar o equilíbrio entre o princípio do desenvolvimento nacional sustentável com outros, indicando apenas a economicidade ou a competitividade.

Conceito 3 – Abordou a necessidade de se buscar o equilíbrio entre o princípio do desenvolvimento nacional sustentável com outros, indicando a economicidade e a competitividade.

Quesito 2.10 – Mencionar o art. 34 da Lei n.º 14.133/2021, indicando que parâmetros mínimos de qualidade podem incluir também características de sustentabilidade

Conceito 0 – Não abordou o tema ou o fez de forma equivocada.

Conceito 1 – Mencionou o art. 34 da Lei n.º 14.133/2021, mas não explicou que parâmetros mínimos de qualidade podem incluir também características de sustentabilidade.

Conceito 2 – Mencionou o art. 34 da Lei n.º 14.133/2021 e explicou que parâmetros mínimos de qualidade podem incluir também características de sustentabilidade.

Quesito 2.11 – Concluir pela possibilidade de fixar critérios de sustentabilidade, ainda que isso possa onerar o custo do serviço de limpeza, desde que não se descuide, também, da economicidade e dos demais princípios norteadores das contratações públicas

Conceito 0 – Não abordou o tema ou o fez de forma equivocada.

Conceito 1 – Concluiu pela possibilidade, mas fundamentou de forma incorreta.

Conceito 2 – Concluiu pela possibilidade, fundamentando de forma correta.

Quesito 2.12 – Concluir que o adicional não deve ser incluído nas planilhas de custos, por se tratar de benefício que onera exclusivamente os contratos da administração pública, indicando a ON n.º 63 da AGU e o art. 6.º da IN SEGES/MPDG n.º 5/2017

Conceito 0 – Não abordou o tema ou o fez de forma equivocada.

Conceito 1 – Concluiu corretamente pela não inclusão do adicional nas planilhas de custos, fundamentando parcialmente (ON n.º 63 da AGU ou IN SEGES/MPDG n.º 5/2017).

Conceito 2 – Concluiu corretamente pela não inclusão do adicional nas planilhas de custos, fundamentando integralmente (ON n.º 63 da AGU e IN SEGES/MPDG n.º 5/2017).

Quesito 2.13 – É irregular a fixação de remuneração mínima acima dos valores pactuados em acordo ou convenção coletiva de trabalho (CCT) sem que os serviços possuam complexidade apta a respaldar salários superiores aos das categorias abrangidas, exijam maior qualificação e sem que sejam apresentadas justificativas suficientes no processo licitatório

Conceito 0 – Não abordou o tema ou o fez de forma equivocada.

Conceito 1 – Apontou que a regra é a impossibilidade de se fixar remuneração mínima em valores acima da CCT, mas não admitiu haver exceções.

Conceito 2 – Apontou que a regra é a impossibilidade de fixar remuneração mínima em valores acima da CCT e admitiu haver exceções, mas não explicou o que as justificaria.

Conceito 3 – Apontou que a regra é a impossibilidade de fixar remuneração mínima em valores acima da CCT e admitiu haver exceções, explicando corretamente o que as autoriza (complexidade, qualificação, pesquisa de mercado).

Quesito 2.14 – Concluir que o motivo apresentado pelo órgão não é suficiente para justificar a fixação de piso mínimo superior ao da CCT

Conceito 0 – Não concluiu no sentido acima indicado ou o fez de forma equivocada.

Conceito 1 – Concluiu corretamente no sentido acima indicado.

Quesito 2.15 – Apresentar conclusão com a resposta objetiva de cada um dos questionamentos

Conceito 0 – Não apresentou conclusão.

Conceito 1 – Apresentou conclusão parcial.

Conceito 2 – Apresentou conclusão com as respostas a todos os questionamentos.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

CARGO: ADVOGADO DA UNIÃO

Prova Discursiva P₂ – Questão 1

Aplicação: 17/06/2023

PADRÃO DE RESPOSTA

O remédio jurídico processual que pode ser utilizado pela Advocacia-Geral da União (AGU) para combater a usurpação mineral e o dano ambiental é a ação civil pública, cumulando-se pedido de ressarcimento ao erário pela usurpação mineral (recursos minerais, inclusive do subsolo, são bens da União nos termos do art. 20, IX, da Constituição Federal de 1988 — CF) e a reparação do dano ambiental, por meio da efetiva reparação, da compensação ambiental ou do pagamento de indenização. Não há prazo para seu ajuizamento, consoante entendimento firmado pelo STF no RE n.º 1352874, interposto pela AGU após acórdão do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região (TRF-4) entender que a União não poderia buscar o ressarcimento dos danos no âmbito de uma ação por ter decorrido mais de cinco anos após o ilícito. No caso, o TRF-4 aplicou a tese de que seria prescritível a ação de reparação de danos à fazenda pública decorrente de ilícito civil. Contudo, no STF, a AGU sustentou que, ao contrário do entendimento do TRF-4, deveria ser aplicada no caso outra tese, uma vez que a extração irregular de minérios não é mero ilícito civil, restrito a apenas uma questão patrimonial, mas representa, também, danos ao meio ambiente e, conseqüentemente, a toda a coletividade. A extração irregular de minérios afronta não apenas normas de direito público, como também consiste em ilícito penal (conforme tipificação constante no art. 2.º da Lei n.º 8.176/1991). Pela aplicação do Tema n.º 999 de Repercussão Geral, sedimentado pelo julgamento paradigmático do RE n.º 654.833-AC, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o STF pacificou o entendimento de que “**é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental**”.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 999. CONSTITUCIONAL. DANO AMBIENTAL. REPARAÇÃO. IMPRESCRITIBILIDADE. 1. Debate-se nestes autos se deve prevalecer o princípio da segurança jurídica, que beneficia o autor do dano ambiental diante da inércia do Poder Público; ou se devem prevalecer os princípios constitucionais de proteção, preservação e reparação do meio ambiente, que beneficiam toda a coletividade. 2. Em nosso ordenamento jurídico, a regra é a prescrição da pretensão reparatória. A imprescritibilidade, por sua vez, é exceção. Depende, portanto, de fatores externos, que o ordenamento jurídico reputa inderrogáveis pelo tempo. 3. **Embora a Constituição e as leis ordinárias não disponham acerca do prazo prescricional para a reparação de danos civis ambientais**, sendo regra a estipulação de prazo para pretensão ressarcitória, a tutela constitucional a determinados valores impõe o reconhecimento de pretensões imprescritíveis. 4. **O meio ambiente deve ser considerado patrimônio comum de toda humanidade, para a garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras**. Todas as condutas do Poder Público estatal devem ser direcionadas no sentido de **integral proteção legislativa interna e de adesão aos pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano fundamental de 3.ª geração**, para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem (recurso natural) a uma finalidade individual. 5. **A reparação do dano ao meio ambiente é direito fundamental indisponível**, sendo imperativo o reconhecimento da imprescritibilidade no que toca à recomposição dos danos ambientais. 6. Extinção do processo, com julgamento de mérito (...). Afirmação de tese segundo a qual é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental.

Quem polui, ainda que licitamente, tem o dever de reparar, compensar ou indenizar o dano ambiental, pelo princípio do **poluidor pagador**. O poluidor deve pagar, mesmo quando exerce legitimamente atividade causadora de impacto ambiental, seja pelas condicionantes do licenciamento, seja pela responsabilização judicial por danos não previstos. Neste caso (atividade lícita, porém poluição não prevista), a AGU tem o dever de atuar. Sua atuação não se restringe aos seus bens (legitimidade ordinária) e pode envolver o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (legitimação extraordinária).

A União terá **legitimação ordinária** para defender seus bens, em especial os elencados no art. 20 da CF, tais quais as praias, os terrenos de marinha e acrescidos, do mar territorial, dos rios da União, dos minérios no subsolo, pois, assim, defende direito próprio em nome próprio. Assim, o dano ambiental ocorrido nesses bens da União poderá ser atacado diretamente pela AGU. Não obstante, a União terá **legitimação processual extraordinária** para atuar em qualquer caso de dano ambiental, outorgada pela Lei de Ação Civil Pública (LACP, Lei n.º 7.347/1985, artigos 1º, I, c/c 5º, III, na redação da Lei n.º 11.448/2007) combinada com o microsistema processual do Código de Defesa do Consumidor — CDC (Lei n.º 8.078/1990). Destaque-se que a lei processual não limita a atuação dos entes públicos na defesa judicial do meio ambiente ecologicamente equilibrado nem mesmo às hipóteses de licenciamento ambiental. Também, por força do entendimento consolidado no Tema 999 de Repercussão Geral no STF, é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental.

Com efeito, a **competência administrativa** para o licenciamento ambiental não se confunde com a legitimidade extraordinária da União e dos demais entes públicos para a defesa judicial do meio ambiente.

A legitimidade para a propositura de ACP em matéria ambiental é concorrente e disjuntiva, na clássica lição da doutrina, já que a lei permite ao poder público se habilitar como litisconsorte de quaisquer das partes (§ 2.º do art. 5.º da LACP) e até mesmo assumir o polo ativo em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada (§ 3.º do art. 5.º da LACP). Em outras palavras, todos os legitimados concorrem entre si para a propositura da ação e podem se substituir no curso do processo.

É possível celebrar acordos em matéria ambiental. Do ponto de vista processual, o § 6.º do art. 5.º da LACP, incluído pelo CDC, permite que os órgãos públicos legitimados tomem “dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Do ponto de vista do direito material ambiental, questiona-se, com frequência se, sendo indisponível o direito ao meio ambiente, é possível transacionar a seu respeito e se a União, os estados e os municípios podem colher termos de ajustamento de conduta (TAC) na matéria.

A esparsa doutrina no Brasil sobre essa questão específica tem respondido afirmativamente, o que não tem sido negado pela jurisprudência. Segundo essa doutrina, **questões ambientais são essencialmente negociáveis**, considerados os termos da Resolução n.º 237/1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente, pois toda intervenção no meio ambiente implica opções entre possibilidades diversas, privilegiando-se um ou outro aspecto, conforme uma tomada de decisão, em grande parte discricionária.

Ora, se a decisão é em grande parte discricionária, **nada mais legítimo que União, estados e municípios possam assinar acordo em matéria ambiental.**

Na doutrina, ainda são citadas, como exemplos da disponibilidade do direito ao meio ambiente, a alteração e a supressão (ainda que autorizada por lei) das unidades de conservação, prevista no art. 225 da CF, a possibilidade de supressão de áreas de preservação permanente e o próprio licenciamento ambiental.

Demonstrando que essa tese encontra amparo na jurisprudência, a doutrina cita o RESP 299400, a Apelação Cível 427003 da 6.ª Turma Especializada do TRF-2 e a Apelação Cível 415974 do TRF-2, relatado pelo desembargador federal Reis Friede.

Entende-se que a intervenção do MPF, embora possível, é desnecessária na elaboração do TAC, de forma que sua ausência não enseja a nulidade do TAC, uma vez que não há imposição legal para tanto.

Parte da doutrina, de forma contraditória, chega a sustentar que o TAC deve ser homologado judicialmente. Ora, a homologação judicial de um TAC, caso inexistente ACP, é desarrazoada, pois não faria sentido um documento válido como título executivo extrajudicial ser levado a juízo para a homologação e, por essa via, ser transformado em título executivo judicial. A LACP não coloca nenhum dos legitimados para a celebração do TAC em posição superior aos demais.

Conquanto a transação tenha o condão de extinguir o processo, promover a paz social e autorizar o ingresso de recursos imediatamente ao erário, o acordo não pode, jamais, ser um prêmio a quem praticou o ilícito, sob pena de punição indireta aos administrados que observam a lei e, especificamente no setor da economia de que se cuida, operam com observância das normas relativas à exploração mineral. O poluidor haverá de reparar ou compensar o dano ambiental, de forma a dar concretude ao princípio do poluidor pagador, albergado em diversos tratados internacionais ambientais.

A AGU ajuizou a primeira ACP contra empresas em virtude dos danos causados pelo rompimento da barragem de rejeitos de minério de Fundão, em Mariana – MG; da mesma forma, a AGU participou decisivamente do acordo que encerrou a fase de conhecimento do processo. No caso das ações minerárias, a AGU frequentemente celebra acordo com os mineradores, tanto pela usurpação minerária quanto no concernente aos aspectos ambientais.

CONCEITOS/QUESITOS

Quesito 2.1

Conceito 0 – Não respondeu nenhum dos questionamentos ou apresentou resposta integralmente incorreta.

Conceito 1 – Abordou, de forma correta e fundamentada, apenas um dos seguintes aspectos:

- (i) ação civil pública como remédio jurídico-processual;
- (ii) recursos do subsolo como bens da União (artigo 20, inciso IX, da CF);
- (iii) possibilidade de cumulação dos pedidos de ressarcimento ao erário pela usurpação mineral e reparação ambiental;
- (iv) imprescritibilidade do prazo para reparação do dano ambiental, não havendo prazo para ajuizamento, conforme

Tema n.º 999 do STF.

Conceito 2 – Abordou, de forma correta e fundamentada, apenas dois dos aspectos supracitados.

Conceito 3 – Abordou, de forma correta e fundamentada, apenas três dos aspectos supracitados.

Conceito 4 – Abordou, de forma correta e fundamentada, todos os aspectos supracitados.

Quesito 2.2

Conceito 0 – Não respondeu nenhum dos questionamentos ou apresentou resposta integralmente incorreta.

Conceito 1 – Abordou, de forma correta e fundamentada, apenas um dos seguintes aspectos:

- (i) quem polui, ainda que licitamente, tem o dever de reparar, compensar ou indenizar o dano, conforme o princípio do poluidor pagador;
- (ii) a União tem legitimidade extraordinária para a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito difuso, logo a atuação da AGU não se limita à defesa dos seus bens;
- (iii) a atuação da AGU não é impedida pelos demais atores processuais, já que a legitimação para as ações ambientais é concorrente e disjuntiva.

Conceito 2 – Abordou, de forma correta e fundamentada, apenas dois dos aspectos supracitados.

Conceito 3 – Abordou, de forma correta e fundamentada, todos os aspectos supracitados.

Quesito 2.3

Conceito 0 – Não respondeu nenhum dos questionamentos ou apresentou resposta integralmente incorreta.

Conceito 1 – Abordou, de forma correta e fundamentada, apenas um dos seguintes aspectos:

(i) a competência administrativa para o licenciamento ambiental não se confunde com a legitimidade extraordinária processual da AGU para a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado pela União;

(ii) é possível a celebração de acordos em matéria ambiental.

Conceito 2 – Abordou, de forma correta e fundamentada, todos os aspectos supracitados.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

CARGO: ADVOGADO DA UNIÃO

Prova Discursiva P_2 – Questão 2

Aplicação: 17/06/2023

PADRÃO DE RESPOSTA

As expressões “educação” e “ensino” são empregadas de modo distinto na Constituição Federal de 1988 (CF), mesmo com o corolário da máxima hermenêutica de que não deve haver distinções inúteis no texto constitucional (a propósito, art. 24, IX, da CF). Educação é o direito em acepção ampla, cujos objetivos estão expostos no próprio enunciado da questão — direito social voltado ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho —, e diz respeito a um processo maior, que se estende ao longo da vida (conferir o art. 206, IX, da CF, que se refere à educação como aprendizagem ao longo da vida, conforme a Emenda Constitucional n.º 108/2020). É realidade que compreende o ensino como um aspecto da educação escolar (por exemplo, a educação básica compreende, além da educação infantil, os ensinos fundamental e médio). O ensino é forma metodizada de transmissão de conhecimento, pelo processo de ensino-aprendizagem, em ambiente destacado especialmente a esse fim (escola); já a educação transcende o ensino, para se aplicar e se desenvolver em meios diversos, da família ao trabalho, museus, entre outros, mesmo na escola. Entre outros dispositivos, é possível observar essa distinção nos arts. 205 e 206 da CF.

Conforme a jurisprudência do STF, “O direito social à educação (artigos 6.º e 205 e seguintes da Constituição), bem como a prioridade absoluta de proteção às crianças e aos adolescentes, em respeito à condição peculiar de pessoas em desenvolvimento que são (artigo 227 da Constituição), justificam a especial proteção constitucional dos valores necessários à aplicação efetiva dos recursos públicos destinados à concretização dos efetivos direitos. Os princípios da separação dos poderes e do fomento à educação são violados por decisões judiciais que gerem bloqueio, penhora ou sequestro, para fins de quitação de débitos trabalhistas, de verbas públicas destinadas à merenda, ao transporte de alunos e à manutenção das escolas públicas. A proteção constitucional a direitos individuais e a garantias fundamentais, inclusive de ordem trabalhista, convive com a impenhorabilidade, *in casu*, sob a *ratio* de que estão afetados a finalidades públicas e à realização das atividades e serviços públicos decorrentes do exercício obrigatório da função administrativa.” (ADPF 484, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 4/6/2020, DJe de 10/11/2020).

As etapas da educação básica são: educação infantil, ensino fundamental e ensino médio. Constituem direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. A oferta da educação infantil pelo poder público pode ser exigida individualmente, pois ele tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica (RE 1.008.166, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 22/9/2022, DJe de 20/4/2023, Tema 548, com mérito julgado).

CONCEITOS / QUESITOS

Quesito 2.1

Conceito 0 – Não identificou a distinção entre as expressões.

Conceito 1 – Identificou a distinção entre as expressões, mas não justificou na forma do padrão de resposta.

Conceito 2 – Identificou a distinção entre as expressões e justificou, na forma do padrão de respostas, citando disposições constitucionais diferenciadoras, mesmo que não referenciadas exemplificativamente no padrão de resposta, mas que digam respeito à educação e ao ensino.

Quesito 2.2

Conceito 0 – Respondeu no sentido do acerto das decisões judiciais e(ou) da não convivência entre os direitos à educação e ao trabalho.

Conceito 1 – Respondeu no sentido do desacerto das decisões judiciais, mas alegou a não convivência dos direitos, ou vice-versa, sem fundamentar nos termos do padrão de resposta, deixando de citar o princípio da separação dos Poderes, o direito e o fomento à educação e a prioridade absoluta de crianças e adolescentes.

Conceito 2 – Respondeu no sentido do desacerto das decisões judiciais e na convivência dos direitos, mas não fundamentou nos termos do padrão de resposta, deixando de citar o princípio da separação dos Poderes, o direito e o fomento à educação e a prioridade absoluta de crianças e adolescentes.

Conceito 3 – Respondeu no sentido do desacerto das decisões judiciais e na convivência dos direitos, fundamentando nos termos do padrão de resposta, mas citando ao menos um dos seguintes fundamentos: o princípio da separação dos Poderes; o direito e o fomento à educação; ou a prioridade absoluta de crianças e adolescentes.

Conceito 4 – Respondeu exatamente nos termos do padrão de resposta.

Quesito 2.3

Conceito 0 – Não citou nenhuma das etapas da educação básica, não afirmou que as normas constitucionais relativas a essas etapas têm eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata nem tratou da exigibilidade da educação infantil.

Conceito 1 – Respondeu, corretamente, acerca de apenas um dos seguintes aspectos: etapas da educação básica; eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais relativas às etapas da educação básica; exigibilidade da educação infantil.

Conceito 2 – Respondeu, corretamente, acerca de apenas dois dos aspectos mencionados.

Conceito 3 – Respondeu, corretamente, acerca de todos os aspectos mencionados, nos termos do padrão de resposta.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

CARGO: ADVOGADO DA UNIÃO

Prova Discursiva P_2 – Questão 3

Aplicação: 17/06/2023

PADRÃO DE RESPOSTA

No caso apresentado, trata-se de risco (álea) ordinário a ser suportado pela concessionária.

Há responsabilidade objetiva e direta da concessionária, por conduta omissiva, decorrente do não cumprimento de exigência legal e contratual sobre a manutenção de segurança nas instalações de praças de pedágio, nos termos dos arts. 6.º, § 1.º, e 25 da Lei n.º 8.987/1995.

A responsabilidade, nesse caso, decorre da Constituição Federal de 1988 ou do Código de Defesa do Consumidor, fundada na teoria do risco administrativo, e não subjetiva, pelo que será configurada pela comprovação dos seguintes pressupostos: (i) ação ou omissão ilegal; (ii) dano; e (iii) nexo de causalidade. Inaplicável a teoria da culpa do serviço. Não houve fato excludente da responsabilidade do concessionário, mesmo que o roubo tenha sido cometido por terceiros. A situação era de conhecimento da concessionária e de seu sistema de gestão dos serviços.

Está caracterizada a responsabilidade do poder concedente, pela omissão deliberada e permanente de não executar fiscalização. As omissões do poder concedente e da concessionária devem ser consideradas como condição da ocorrência do dano, sendo a responsabilidade do poder concedente solidária, e não meramente subsidiária.

CONCEITOS / QUESITOS

Quesito 2.1

Conceito 0 – Responde que o risco, no caso, não é suportado pela concessionária.

Conceito 1 – Responde que o risco (álea) ordinário integra a responsabilidade da concessionária.

Conceito 2 – Distingue álea ordinária e álea extraordinária.

Conceito 3 – Responde que o risco (álea) extraordinário acarreta o desequilíbrio econômico e financeiro do contrato e não pode ser suportado pela concessionária.

Quesito 2.2

Conceito 0 – Responde que a lei não prevê responsabilidade da concessionária no caso.

Conceito 1 – Responde que a responsabilidade decorre dos arts. 6.º, § 1.º, e 25 da Lei n.º 8.987/1995.

Conceito 2 – Responde que a responsabilidade é objetiva e aborda a aplicação da teoria do risco administrativo, configurada pela comprovação dos seguintes pressupostos: (i) ação ou omissão ilegal; (ii) dano; e (iii) nexo de causalidade.

Conceito 3 – Responde que não houve fato excludente da responsabilidade do concessionário, mesmo que o roubo tenha sido cometido por terceiros. A situação era de conhecimento da concessionária e de seu sistema de gestão dos serviços.

Quesito 2.3

Conceito 0 – Responde que não há fundamento legal ou constitucional.

Conceito 1 – Responde que há fundamento legal no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Conceito 2 – Responde que há fundamento no art. 37, § 6.º, da CF.

Conceito 3 – Responde que é inaplicável a responsabilidade subjetiva.

Quesito 2.4

Conceito 0 – Responde que, no caso, não há responsabilidade do poder concedente prevista em lei.

Conceito 1 – Responde que há dever de fiscalização do poder concedente, nos termos do art. 25, *caput*, e art. 29, VII, da Lei n.º 8.987/1995.

Conceito 2 – Responde que permanece o poder de fiscalização do poder concedente, que responde de forma solidária pela omissão deliberada e permanente de não executar fiscalização.

Conceito 3 – Distingue responsabilidade solidária e subsidiária. Responde que as omissões do poder concedente e da concessionária devem ser consideradas condição da ocorrência do dano, sendo a responsabilidade do poder concedente solidária, e não meramente subsidiária.