

## **Estratégias de negociação e Advocacia Pública estruturante: uma análise do caso da Mina de Cajati**

**TEMAS:** Direito Ambiental e Minerário. Contratos. Negociação.

**RESUMO:** o presente trabalho examina a atuação da Administração Pública em negociações contratuais complexas, utilizando como marco teórico o *Harvard Negotiation Project* e a teoria da “advocacia pública estruturante”. O trabalho se divide em três partes: a primeira busca estudar a importância da negociação estratégica na contemporaneidade; a segunda liga-se à teoria da advocacia pública estruturante, em sua definição e aplicação; e a terceira parte apresenta o relato do caso da negociação coordenada pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo sobre os *royalties* pela exploração de um empreendimento minerário paulista. Por fim, reserva-se espaço para concluir sobre a importância da negociação e da promoção das capacidades jurídicas e extrajurídicas da advocacia pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** direito ambiental – negociação – direito minerário – advocacia pública.

**ABSTRACT:** the present work examines the performance of the Public Administration in complex contractual negotiations, using as a theoretical framework the Harvard Negotiation Project and the theory of "structuring public advocacy". The work is divided into three parts: the first seeks to study the importance of strategic negotiation in contemporary times; the second is linked to the theory of structuring public advocacy, in its definition and application; and the third part presents the case report of the negotiation coordinated by the Attorney General's Office of the State of São Paulo on royalties for the exploration of a mining enterprise in São Paulo. Finally, space is reserved to conclude on the importance of negotiating and promoting the legal and extra-legal capacities of public advocacy. **Keywords:**

**KEYWORDS:** environmental law – negotiation – mining law – public advocacy.

### SUMÁRIO:

1 Introdução.....	3
2 A importância da negociação estratégica: o modelo de negociações de Harvard.....	3
3 A advocacia pública estruturante .....	10
4 O caso da “Mina de Cajati” e a atuação da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo .....	14
4.1. Compreendendo o <i>background</i> : a história da Mina de Cajati .....	14
4.2. A negociação sobre os <i>royalties</i> pela exploração da Mina de Cajati .....	17
5 Conclusão .....	21
Bibliografia .....	24

“O diálogo se dá entre iguais e diferentes, nunca entre antagônicos.”<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a atuação da Administração Pública em negociações contratuais complexas, tomando como marco teórico o *Harvard Negotiation Project* e a teoria da “advocacia pública estruturante”, e, como marco prático, o relato do caso da negociação coordenada pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo relacionada à discussão dos *royalties* pela exploração minerária na chamada “Mina de Cajati”.

Para tanto, o trabalho se dividirá em três partes. A primeira busca examinar a importância da negociação estratégica na contemporaneidade, valendo-se para tanto dos apontamentos feitos pelos pesquisadores do *Harvard Negotiation Project* e outros projetos afins. A segunda liga-se à definição de “advocacia pública estruturante” como postura a ser alavancada dentro da Administração Pública, em prol da consecução dos interesses coletivos. A terceira parte apresenta o relato de caso da “Mina de Cajati” e das negociações relativas ao contrato minerário que envolvia o Estado de São Paulo, oportunidade em que explicamos os contornos básicos da relação contratual em questão e relatamos a maneira como o Estado de São Paulo, através da Procuradoria Geral do Estado, conduziu a negociação sobre os *royalties* pela exploração do empreendimento minerário e obteve resultados vantajosos ao Poder Público. Depois de toda a discussão, há o espaço reservado para o enunciado conclusivo alcançado no trabalho.

Se bem-sucedido em seus propósitos, o escrito servirá ao rico debate (prático e teórico) sobre os potenciais da Administração Pública nas negociações contratuais complexas, além de conclamar que cada vez mais se veja estimulada a advocacia pública estruturante.

## 2 A IMPORTÂNCIA DA NEGOCIAÇÃO ESTRATÉGICA: O MODELO DE NEGOCIAÇÕES DE HARVARD

A negociação é um processo fundamental no campo do direito, que envolve a comunicação e o diálogo entre duas ou mais partes interessadas em resolver um conflito de interesses ou alcançar um acordo em uma determinada situação legal. Ela pode ocorrer em diferentes contextos, incluindo disputas comerciais, contratos, acordos de divórcio, questões trabalhistas, entre outros. É importante

---

<sup>1</sup> FREIRE, Paulo; GADOTTI, Moacir Gadotti. Prefácio à 4ª edição. In: GADOTTI, Moacir; FREIRE, Paulo; e GUIMARÃES, Sérgio. *Pedagogia: diálogo e conflito*. São Paulo: Cortês Ed., 1995.

notar que, em muitos casos, a negociação jurídica pode ser uma alternativa mais eficiente e econômica para resolver um conflito do que a sua judicialização.

No entanto, é inegável que a negociação pode representar um processo complexo e desafiador, exigindo habilidades específicas para que as partes possam alcançar um acordo satisfatório. É necessário ter uma compreensão clara dos termos legais e dos direitos e obrigações das partes envolvidas, bem como uma capacidade de comunicação eficaz e de escuta ativa.

Como uma das principais características da negociação jurídica é a busca por uma solução que atenda aos interesses de todas as partes envolvidas, faz-se primordial que, mesmo em um cenário de disputa de interesses, que favorece a competição e a animosidade, conserve-se uma abordagem colaborativa e um foco na resolução do problema em questão. Além disso, a negociação deve envolver técnicas de persuasão e argumentação, como a apresentação de fatos e evidências, a análise de riscos e benefícios e a exploração de opções alternativas, sempre em acordo com os princípios éticos e legais. Por tudo isso, negociar não é tarefa fácil.

Na finalidade de aperfeiçoar as estratégias e técnicas de negociação, bem como capacitar profissionais a serem bons negociadores, nas décadas de 1970 e 1980, uma equipe formada por ROGER FISHER, WILIAM URA e BRUCE PATTON iniciou o chamado *Harvard Negotiation Project*, que teve seu ápice na publicação do livro *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*.<sup>2</sup> Neste livro, os autores dão descrições detalhadas das técnicas cujo uso levaria a negociações bem-sucedidas, além de destacar os métodos básicos para o treinamento de novas gerações de negociadores em todo o mundo.

A ideia do modelo de negociações de Harvard é fazer com que o aprendizado e prática de negociações migrem do âmbito da *competição* para o da *cooperação*, conseguindo-se, com isso, chegar a soluções que dão igual satisfação a ambas as partes. Assim, o *iter* negocial passa a basear-se no envolvimento de ambas as partes, e não apenas no confronto de premissas e estratégias previamente adotadas. No modelo de negociação de Harvard, apesar do antagonismo inerente às tratativas, o outro lado não é um rival, mas um aliado na consecução de um ganha-ganha (*win-win*). Justamente por isso, a perspectiva das relações após a finalização da transação também é importante, porquanto pressupõe uma cooperação de longo prazo, não apenas a satisfação temporária e única dos interesses negociados.

Como as negociações baseadas no modelo de Harvard envolvem principalmente o respeito mútuo e o foco no problema, contando com uma abordagem suave para a outra parte nas negociações,

---

<sup>2</sup> FISHER, Roger; URA, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao SIM: como negociar acordos sem fazer concessões*. tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

mas uma abordagem dura para os obstáculos e barreiras que impedem o alcance do objetivo pretendido, tem-se que o próprio processo de negociação ocorre em uma atmosfera de escuta ativa, flexibilidade e observância de regras claramente definidas.

Nessa esteira, o modelo de Harvard se importa com algumas posturas necessárias aos negociadores para se alcançar bons resultados. A primeira delas é uma postura conciliadora, que não acirre as tensões inerentes ao negócio, de modo a abandonar propostas ou posturas radicais (v.g., “pegar ou largar”) e adotar um modelo negocial que através do diálogo coloque as cabeças para pensar conjuntamente. Um exemplo de postura conciliadora e estratégica para um ganha-ganha é a de *compartilhamento de informações entre as partes*, na medida do ética e estrategicamente possível. Assim, em vez de assumir que seus interesses são diretamente opostos aos interesses de suas contrapartes, o negociador assuma uma postura que fomente o fornecimento de informações que possam levar a compensações sábias.<sup>3</sup>

A segunda postura liga-se à *preparação para o ambiente negocial*, que envolve a avaliação dos temas, riscos, cenários, interesses, opções de não acordo, possíveis acordos alternativos, movimentos e contra-ataques. É preciso compreender que quão maior for a “caixa de ferramentas” à disposição do negociador maior é a chance de sucesso. O negociador deve conhecer os seus pontos fortes e fracos; as possibilidades financeiras próprias e da outra parte; a capacidade técnica de sua equipe e o potencial técnico do outro lado da negociação. Isso, sempre tendo em mente o ambiente iterativo e mutável das grandes negociações.

Para sublinhar a importância da constatação *supra*, os estudiosos de Harvard advertem que negociadores despreparados são muito mais propensos a cair em armadilhas, como âncoras inadequadas, do que suas contrapartes preparadas. Chegam, nessa senda, a sugerir a própria rejeição às âncoras iniciais de negociação. Com efeito, quando o negociador chega à mesa despreparado, ele se coloca em clara desvantagem. Por isso, torna-se fundamental a definição das metas concretas para a negociação com antecedência para que o negociador não seja influenciado pelas táticas de influência e histórias vividas de outras pessoas. Além disso, é de se lembrar que o pensamento tenderá a ser mais intuitivo e menos racional quando o negociador for pressionado a tomar decisões precipitadas. Por isso, o negociador não deve permitir que outros o forcem a dar uma resposta imediatamente. Em vez disso, ele deve programar intervalos entre as sessões de negociação que lhe deem tempo para pensar e avaliar os cenários, sempre de forma racional.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> HARVARD LAW SCHOOL (Program on Negotiation). *Win-win or hardball? Learn top strategies from sports contract negotiations*. Special Report, Harvard University, 2012. p. 2-3.

<sup>4</sup> HARVARD LAW SCHOOL (Program on Negotiation). *Win-win or hardball? Learn top strategies from sports contract negotiations*. Special Report, Harvard University, 2012. p. 3.

A terceira postura se coloca na *constante necessidade de reformulação do ambiente negocial*, ainda que por hipóteses, pois o caos e a reinvenção têm um poder notável na criação de estratégias negociais. Há uma expressão ilustrativa desse dever de mutabilidade e adequação às constantes variações no ambiente negocial: “*don't viewing negotiation as a fixed pie*”. Os negociadores muitas vezes assumem erroneamente que seus interesses são diretamente opostos aos de suas contrapartes. A prevalência da competição em nossa sociedade, desde esportes até admissão em universidades e sistemas de promoção corporativa, pode nos levar a ver muitas situações como ganha-perde, algo nocivo ao ambiente negocial. Por exemplo, muitos negociadores assumem que o bolo de recursos tem tamanho fixo quando, de fato, existem oportunidades para expandir o bolo criando valor. Além do mais, a crença em uma torta fixa faz com que os negociadores desvalorizem qualquer concessão que seu “adversário” faça, constituindo uma crença que joga em desfavor à negociação.<sup>5</sup>

Ligada à mutabilidade acima destacada está a necessidade de *constante reinvenção de posturas negociais*, a ser assumida pelos atores deste complexo jogo. Assim, depois de reconhecer uma pergunta, reformule-a em termos recíprocos e mude para um foco mais positivo; antes de decidir, faça um *brainstorming*, pois ao fazê-lo muitas vezes se pode encontrar soluções inesperadas para negociações difíceis. Por fim, é crucial saber gerenciar vitórias e derrotas, sempre tendo em mente que a negociação é um processo e, como tal, o atabalhoamento na gestão de cada fase interfere diretamente no sucesso da fase seguinte.

A adoção desse modelo de abordagem negocial também suscita desafios que devem ser enfrentados por *profissionais capacitados*. Assim, em especial em negociações vultosas e complexas, é certo que ao se definir uma meta desafiadora, conseqüentemente, os negociadores serão levados a trabalhar mais do que metas mais modestas, implicando necessidade de que tais negociadores tenham tempo exclusivo ou quase exclusivo à disposição da negociação. Ademais, não é fácil se preparar para “as perguntas que não se quer responder”, ou seja, a preparação para responder as perguntas difíceis é um dilema por si só, em especial quando o negociador se vê num cenário de assimetria de informações com relação à outra parte. Também é importante o gerenciamento emocional na negociação, buscando-se ao máximo neutralizar a ansiedade da negociação, reenquadrar a empolgação e focar nas oportunidades, no objetivo de manter os cenários positivos e as vitórias, bem como transformar um ultimato em uma oportunidade construtiva de negociação.

Para dar concreção a este estilo negocial, o modelo de negociação de Harvard sugere algumas técnicas que podem ser adotadas no contexto negocial. São técnicas estratégicas que fazem parte da

---

<sup>5</sup> HARVARD LAW SCHOOL (Program on Negotiation). *Win-win or hardball? Learn top strategies from sports contract negotiations*. Special Report, Harvard University, 2012. p. 2-3.

“caixa de ferramentas” do negociador, que deverá analisar com sabedoria o cenário para dosara ferramenta que utilizará.

Nesse sentido, o modelo de Harvard defende que *negociar posições não é eficiente* e põe em risco o relacionamento pactual, sem que isso signifique que ser “bonzinho” seja a solução para a negociação bem-sucedida.<sup>6</sup> Como método, assim, o modelo de Harvard propõe que não se concentre a negociação nas posições de cada parte, mas, sim, nos interesses envolvidos, a fim de que se alcance uma solução sensata que os concilie, pois são os interesses que definem o problema. No ponto, é crucial observar e trabalhar o fato de que, sempre, por trás de posições opostas há interesses conflitantes, mas também existem aqueles comuns e compatíveis, dignos de esforço mútuo e que auxiliam a negociação como um todo.<sup>7</sup>

O método de Harvard também busca *separar as pessoas do problema*, evitando-se, por um lado, desgastes e irritações ligadas ao envolvimento emocional com a questão em discussão e, por outro, lidando diretamente com problema no nível pessoal, através de uma percepção empática da situação que aflige o outro lado, da compreensão das emoções próprias e alheias, instrumentalizando-as em prol da solução do problema. Importante também neste panorama que se desenvolva uma comunicação aberta, ativa e registrada, pautada em falas compreensíveis, objetivas e que não se arvorem nas razões ou motivações do outro, senão nas suas próprias.<sup>8</sup>

O método de Harvard se preocupa também em criar um *cenário de opções com possibilidade de ganhos mútuos*. A realização de um diagnóstico preciso e substanciado, em que se mapeie e se iniba o prejulgamento, torna-se essencial, pois nada é tão prejudicial à negociação quanto o preconceito com novas ideias, algo que prejudica a imaginação negocial; a busca por respostas únicas, que acabam se desnudando em conclusões imaturas e/ou caolhas; a pressuposição de que “o bolo tem tamanho fixo”, sem espaço para o “meio-termo”; e a crença de que “resolver o problema do outro é problema do outro”. É preciso também, para criar opções criativas, a adoção de atos como o de separar a ação de criar opções da ação de julgá-las; o ato de ampliar o leque de opções, sem ancorar-se em uma proposta uníssona; a ação de buscar acordos vantajosos para ambas as partes; e o ato de inventar formas de facilitar as decisões de seu interlocutor.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> FISHER, Roger; URA, Wiliam; PATTON, Bruce. *Como chegar ao SIM: como negociar acordos sem fazer concessões*. tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018. p. 23-36.

<sup>7</sup> FISHER, Roger; URA, Wiliam; PATTON, Bruce. *Como chegar ao SIM: como negociar acordos sem fazer concessões*. tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018. p. 66-83.

<sup>8</sup> FISHER, Roger; URA, Wiliam; PATTON, Bruce. *Como chegar ao SIM: como negociar acordos sem fazer concessões*. tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018. p. 38-65; STONE, Douglas; PATTON, Bruce; e HEEN, Sheila. *Conversas difíceis*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011 (passim); FISHER, Roger; e SHAPIRO, Daniel. *Além da razão: a força da emoção na solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Alta Life, 2019 (passim).

<sup>9</sup> FISHER, Roger; URA, Wiliam; PATTON, Bruce. *Como chegar ao SIM: como negociar acordos sem fazer concessões*. tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018. p. 83-111.

Como instrumentos práticos predispostos ao bom negociador, com base no projeto da *Harvard Business School*, pode-se, exemplificativamente, listar alguns estratagemas úteis, a depender do contexto negocial. A ilustrar, segundo aconselham MAX H. BAZERMAN e MARGARET NEALE,<sup>10</sup> o *oferecimento de múltiplas propostas simultâneas* pode ser uma estratégia válida para alcançar cenários de ganha-ganha negocial. Isso, pois quando o negociador coloca apenas uma oferta na mesa por vez, ele aprenderá muito pouco se a outra parte recusar. Por outro lado, quando se apresentam simultaneamente várias ofertas, se o outro lado as recusar, surge a oportunidade de se questionar qual das propostas apresentadas mais se adequa ao interesse da outra parte na negociação. A preferência dela por uma oferta específica concede ao negociador uma forte pista sobre onde ele pode encontrar negociações que criem valor e gerem ganhos mútuos. Além de identificar potenciais jogadas de ganha-ganha, quando se faz várias ofertas simultaneamente, sinaliza-se a natureza acomodatória e flexível do negociador, bem como seu desejo de entender as preferências e necessidades da outra parte.

Outro estratagema interessante na negociação é *incluir um direito equivalente* em seu contrato: imagine um arrendador de máquinas agrícolas negociando com um possível arrendatário e almejando, nesta negociação, manter a capacidade de vender o maquinário para outra pessoa no futuro, enquanto o possível arrendatário deseja um compromisso de manutenção do contrato pelo tempo estipulado. Neste cenário, oferecer ao arrendatário um direito equivalente, qual seja, o poder de corresponder a qualquer oferta legítima de terceiros, permitiria ao arrendador preservar sua própria flexibilidade, ao mesmo tempo em que daria ao arrendatário a oportunidade de evitar a interrupção do contrato pela mudança de propriedade.<sup>11</sup> Desta forma, os direitos correspondentes podem melhorar as chances de um acordo ganha-ganha.

Também é aconselhável buscar na negociação um *acordo contingente*. As partes geralmente chegam a um impasse porque têm crenças diferentes sobre a probabilidade de eventos futuros. Uma das partes pode estar convencida de que a sua empresa entregará um projeto dentro do prazo e do orçamento, por exemplo, mas a outra pode ver essa proposta como irreal. Em tais situações, um acordo contingente, isto é, a feitura de promessas negociadas na base do “se, então”, destinadas a reduzir o risco sobre a incerteza futura, oferecem uma maneira para as partes concordarem em discordar enquanto ainda avançam, explica LAWRENCE SUSSKIND.<sup>12</sup> Compromissos contingentes geralmente criam incentivos para cumprimento ou penalidades para descumprimento. Assim, pode-se propor o pagamento de penalidades específicas pelo atraso do projeto ou concordar em reduzir

---

<sup>10</sup> BAZERMAN, Max H.; NEALE, Margaret A. *Negotiating rationally*. New York: The Free Press, 1992. p. 16-42.

<sup>11</sup> SUBRAMANIAN, Guhan. *Negotiauctions: New Dealmaking Strategies for a Competitive Marketplace*. New York: W. W. Norton & Company, 2010. p. 57-81.

<sup>12</sup> SUSSKIND, Lawrence. *Good For You, Great for Me: finding the trade zone and winning at win-win negotiation*. New York: PublicAffairs, 2014. Cap. 3.

significativamente as taxas se o projeto ultrapassar o orçamento, por exemplo. Para adicionar um acordo contingente ao contrato, deve-se começar estabelecendo que ambos os lados escrevam seus próprios cenários de como esperam que o futuro se desdobre. Em seguida, negociam-se as expectativas e requisitos que pareçam apropriados para cada cenário. Por fim, incluem-se tanto os cenários quanto as repercussões e recompensas negociadas. Dessa forma, um acordo contingente pode aumentar muito as chances de as partes ficarem satisfeitas com as soluções existentes e, destarte, ajudar a gerar um acordo ganha-ganha.

Outro estratagema importante é *negociar antecipadamente os danos prováveis* oriundos da pactuação. Como nem todos os eventos futuros podem ser antecipados com acordos contingentes, outra maneira de promover um acordo ganha-ganha é incluir cláusulas de indenização em seu contrato que estipulem o quanto será pago se o contrato for violado.<sup>13</sup> Negociar antecipadamente quanto exatamente será pago por cada entrega atrasada ou perdida, por exemplo, pode agilizar quaisquer medidas alternativas de resolução de disputas ou ações judiciais que surgirem. Além disso, negociar indenizações coloca uma nova questão sobre a mesa – e assim expande o potencial de criação de valor.

Por fim, é possível também negociar *acordos de pós-liquidação* como forma de otimizar o ganha-ganha. Imagine que uma das partes acabou de chegar a um acordo e está bastante satisfeita com o negócio, mas suspeita que poderia ter obtido mais valor com ele. De acordo com a sabedoria convencional, essa parte deveria parar de falar sobre o acordo com sua contraparte e seguir em frente, para não estragar o negócio já feito. Por outro lado, MAX BAZERMAN e MARGARET NEALE<sup>14</sup> aconselham perguntar à outra parte se ela estaria disposta a dar uma nova olhada no acordo para ver se ele pode ser melhorado. Com isso, surgiria a chance de explicar ao interlocutor que cada um de vocês estaria livre para rejeitar um acordo revisado se ele não melhorar os resultados de ambos e que esse tipo de acordo pós-liquidação poderia levar a novas fontes de valor para dividir entre as partes. Nesse cenário, o sucesso em fechar o acordo inicial pode ter estabelecido a confiança necessária para explorar a possibilidade de um acordo ainda mais forte.

Todas as técnicas, posturas e métodos de negociação sugeridos acima são perfeitamente adequados ao dia a dia negocial da Administração Pública, podendo trazer benefícios relevantes ao interesse público. Em especial no âmbito de contratos complexos, com grandes minudências técnicas e jurídicas, a porta da negociação pode fornecer resultados alvissareiros ao Poder Público, sobretudo quando a negociação é viabilizada por negociadores capacitados. Nesse prisma, a advocacia pública pode ser um ator relevantíssimo em tais situações, desde que ela compreenda os novos desafios

---

<sup>13</sup> SUBRAMANIAN, Guhan. *Negotiauctions: New Dealmaking Strategies for a Competitive Marketplace*. New York: W. W. Norton & Company, 2010. p. 57-81.

<sup>14</sup> BAZERMAN, Max H.; NEALE, Margaret A. *Negotiating rationally*. New York: The Free Press, 1992. p. 16-42.

impostos ao advogado moderno. Por isso, no próximo capítulo desenvolveremos rapidamente a ideia de “advocacia pública estruturante”, com o objetivo de demonstrar a necessidade de reinvenção da postura dos advogados públicos brasileiros, inclusive para atender demandas próprias do meio negocial.

### 3 A ADVOCACIA PÚBLICA ESTRUTURANTE

O direito tem se apresentado como fenômeno extremamente intrincado, mutável e interrelacional. A era dos dogmas e das certezas irrefreáveis acabou. A modernidade líquida<sup>15</sup> está consciente das iterações de valores, cada vez mais complexos, que permeiam a aventura humana. Por isso, não há mais espaço para modelos meramente cartesianos deduzirem todo o Direito de axiomas.<sup>16</sup> Nessa linha de pensamento, hoje, o profissional do Direito, no escopo de bem entendê-lo e aplicá-lo, precisa rejeitar pontos de partida imutáveis<sup>17</sup> e construções teóricas descoladas da realidade social.<sup>18</sup> Ele deve ter em mente que, inúmeras vezes, as questões de ordem prática é que nortearão a aplicação da ordem jurídica, em uma perspectiva tópica.

Com efeito, o direito é uma ferramenta de orientação e possui papel sistêmico. É dizer, a interpretação do direito se dá em dois passos, primeiro, infere-se um propósito da linguagem e do contexto das normas aplicáveis ao caso e, segundo, decide-se qual consequência servirá de instrumento para melhor realizar o propósito jurídico, político e social em concreto.<sup>19</sup> Por esta razão, o profissional do direito deve procurar as decisões que tenham os melhores efeitos sistêmicos, evitando a instabilidade no direito,<sup>20</sup> em consonância com a realidade fática e suas consequências.

<sup>15</sup> Expressão e teoria construída em: BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011 (passim).

<sup>16</sup> Tampouco há cena para uma “genealogia dos conceitos”, tal como propôs PUCHTA, em pleno século XIX, que busque organizar o Direito como uma “pirâmide de conceitos”, sem qualquer ruptura (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 23)

<sup>17</sup> Ao refratar as entidades metafísicas universais, o antifundacionalismo se confunde com o *anti-essencialismo*. Nesse sentido, cf.: CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Claudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel (org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2009. p. 367.

<sup>18</sup> KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011. p. 90.

<sup>19</sup> POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 63-64; CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Claudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel (org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2009. p. 366-369.

<sup>20</sup> Mesmo porque existe um valor pragmático na estabilidade. Nesse sentido, aliás, é a lição de RICHARD POSNER.: “Um bom juiz pragmático sopesará as boas consequências de se manter adstrito às virtudes do *rule of law* (...) contra as más consequências de falhar em sua inovação quando diante de conflitos, em que os textos normativos ou precedentes não estão aptos para resolver” (*Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003. p. 63-64). O mesmo autor também diz que “uma decisão que se afaste abruptamente dos precedentes e, assim, desestabilize o Direito pode ter, no saldo, consequências ruins”, hipótese em que o pragmatista optará por observar o precedente (POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 382). Com efeito, o juiz pragmatista encara a jurisprudência, a legislação e o texto constitucional “como marcos que ele deve ter

Outro ponto que não pode passar despercebido pelo profissional do direito contemporâneo se liga à circunstância de que o raciocínio jurídico moderno precisa(!) ser interdisciplinar, isto é, prezar pela abertura para as várias áreas do saber, a fim de reunir material cognitivo o bastante à boa prospecção das alternativas jurídicas, econômicas, sociais, políticas etc., ligadas ao problema.<sup>21</sup> A falência do modelo conceitualista, descritivo e focado nas normas em abstrato, advertem MARIANA PARGENDLER e BRUNO SALAMA,<sup>22</sup> deu margem a uma progressiva redução do espaço que separa os estudos descritivos do direito, de um lado, e a expansão de estudos ligados à realidade, de outra margem. Como os problemas são variados, o conhecimento também deve ser.<sup>23</sup> A interdisciplinaridade, assim, posta-se justamente como ferramenta de expansão do saber jurídico para além de seus próprios muros, no desiderato de que o direito sirva, de fato, como um bom instrumento social. E, nessa medida, a análise empírica do plano de ação do Direito deve agregar conteúdo regulativo ao silogismo e à subsunção.<sup>24</sup> A aplicação do Direito passa a ser bem mais que um encaixe entre premissas; o teste imposto pela realidade agrega ao silogismo básico a reflexão sobre as consequências, a pertinência das fundações, o contexto, a interdisciplinaridade e a visão instrumental do fenômeno legal.

Nesse cenário, a advocacia pública deve se adequar às novas exigências impostas pela análise realística do direito. Ela, a advocacia pública, possui envergadura constitucional, encontrando explícita previsão nos arts. 131 e 132 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Sua importância é tanta que o constituinte lhe atribuiu a qualidade de *função essencial à justiça*. Trata-se, pois, de corpo técnico permanente com dois eixos de competências advocatícias fundamentais: a representação judicial e a consultoria jurídica dos três graus da Federação.<sup>25 e 26</sup> Por tudo isso, a

---

o cuidado de não obliterar nem obscurecer gratuitamente, pois as pessoas os tomam como pontos de referência” (POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 382).

<sup>21</sup> CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Claudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel (org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2009. p. 366-369.

<sup>22</sup> Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 262. p. 95-144, jan./abr. 2013. p. 101-102.

<sup>23</sup> Sobre a decadência do Direito Administrativo dos manuais, ver: MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014.

<sup>24</sup> Ver, amplamente: TUZET, Giovanni. Legal Abduction. *Cognitio*, São Paulo, vol. 6, n. 2, p. 265-284, jul./dez. 2005; PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica e Filosofia*. São Paulo: Ed. Cultrix, 1972. p. 71-92; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A proposta do raciocínio abduutivo para o Direito. In: *Um método para a investigação das consequências: a lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito*. João Pessoa: Ideia, 2013.

<sup>25</sup> Nesse sentido, porém alcunhando o referido corpo de Advocacia de Estado, confira-se: CYRINO, André Rodrigues. Advocacia Pública. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; e FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/541/edicao-2/advocacia-publica->

<sup>26</sup> Já é possível adiantar que meu foco no decorrer deste trabalho recairá sobre a competência consultiva da advocacia pública. Isso, por duas razões. A primeira, pois integro o corpo de advogados públicos consultivos, razão pela qual minha experiência na área autoriza um uso mais adequado de exemplos e percepções sobre o setor e seu modo de atuação. A duas, porque a consultoria jurídica atua no momento prévio/concomitante à modelagem e execução da

advocacia pública assume papel decisivo na concretização dos direitos, devendo atenção aos novos paradigmas de análise jurídica e aos testes que a experiência traça para a abstração das normas.

Para além da prescrição jurídico-constitucional, a advocacia pública exerce, concretamente, a importante função de dar concreção às políticas públicas, seja modelando-as previamente, seja defendendo-as – direta ou indiretamente – no âmbito judicial. Com efeito, os advogados públicos, como poucos profissionais do direito, têm um mister que atinge todas as fases do fenômeno jurídico: das prévias discussões e tratativas para a elaboração da norma; passando pela sua edição e concretização; e chegando, muitas vezes, à crise proporcionada pela inefetividade ou tredestinação da norma, que não raro se transforma em litígio. O pensamento estrutural, portanto, é fundamental para essa classe de profissionais do ramo jurídico.

Esclareça-se: por políticas públicas, aqui, quer-se indicar o “programa de ação governamental *que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados*”.<sup>27</sup> É preciso, pois, alocar a temática das políticas públicas dentro das noções de arranjos e capacidades jurídico-institucionais, em um exercício interdisciplinar. Para tanto, em evolução à famosa “heurística das fases” de PAUL SABATIER, tem-se que “no processo de formalização de políticas públicas, [1] os problemas são formulados conceitualmente e trazidos para o governo para soluções; [2] as instituições governamentais formulam alternativas e selecionam soluções; e [3] essas soluções são implementadas, [4] avaliadas e [5] revisadas”.<sup>28</sup>

Nesse cenário, não é difícil atrelar a advocacia pública ao propósito próprio de viabilizar a efetividade de políticas públicas (*lato sensu*) legítimas. Como a ação governamental processualmente estruturada que plasma o conceito de política pública é necessariamente interdisciplinar, complexa e estrutural, forçosamente, a advocacia pública também deve ter essas características.<sup>29</sup>

Portanto, seja na defesa judicial de uma simples demanda, seja no controle de legalidade feito em amplas políticas, seja na tutela – judicial ou administrativa – das bases da democracia,<sup>30</sup> o

---

política pública, estruturando-a e colocando-a em ação. Esses momentos são primordiais, nodais, para a análise que se pretende empreender nesse trabalho.

<sup>27</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 123.

<sup>28</sup> SABATIER, Paul. *Theories of the policy process*. Colorado: Westview Press, 2007. p. 3.

<sup>29</sup> Para mais, ver: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 123 e s.

<sup>30</sup> Sobre a importância da advocacia pública em tais atuações, veja-se: BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 31, jul., ago. e set., 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=625>; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 4, n. 4, 2005, p. 36-65; SOUTO, Marcos Jurueña Villela. O papel da Advocacia Pública no controle da legalidade da administração. *Revista da Procuradoria Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, n. 1, 2005, p. 28-44; e CYRINO, André Rodrigues. Advocacia Pública. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; e FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia*

advogado público envolve-se em uma atuação sistêmica e encadeada que, ao fim, reconduz-se à correta promoção das políticas públicas legítimas que são alvos da ação estatal. Com as negociações públicas, por óbvio, o cenário não é diferente.

Dentro desse panorama é que se torna possível falar em advocacia pública estruturante. O termo é utilizado por JOSÉ EDUARDO FARIA<sup>31</sup> para designar a classe de advogados públicos que se posta atinada à realidade, à interdisciplinaridade e ao pensamento reflexivo-racional do Direito. São profissionais que não se contentam com raciocínios meramente dogmáticos, de viés burocrático. Os advogados públicos estruturantes, dessa forma, são fruto de uma nova visão do direito e do ensino jurídico.

A advocacia pública estruturante é formada, nas palavras de JOSÉ EDUARDO FARIA,<sup>32</sup> por “advogados de alta densidade formativa”, a indicar um corpo profissional cujas características extravasam as capacidades jurídicas, englobando conhecimentos de idiomas e de aspectos econômicos, sociais, políticos etc. que permitem um olhar estrutural do litígio e das políticas públicas em geral. Ainda segundo JOSÉ EDUARDO FARIA,<sup>33</sup> a advocacia pública estruturante, na busca por profissionais de densidade formativa, deve valorizar: (i) a habilidade para atuar em ambientes difusos e mutantes, pois o direito vive um estado de fluxo; (ii) a capacidade de realizar tarefas não repetitivas e de viés racional-criativo; (iii) a habilidade para tomar decisões e assumir responsabilidades; (iv) a capacidade de trabalho em grupo, de forma sistêmica; e, por fim, (v) a percepção compreensiva de sistemas para fins de operar em horizontes mutantes e em expansão.

Destarte, a advocacia pública estruturante faz parte da engenharia jurídico-institucional, composta por profissionais que atuam no topo do governo, trabalhando na organização interna e nos mecanismos de competição global, regional e local do Estado brasileiro *lato sensu*. Trata-se do setor que encabeça a função de dar toada às políticas públicas e à gestão do Estado, em suas diversas instâncias.<sup>34</sup>

Para negociar bem, a Administração Pública deve se municiar de advogados públicos que assumam, verdadeiramente, a postura estruturante, valorizando-se os pontos acima traçados. Apenas

---

*jurídica da PUC-SP*. 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/541/edicao-2/advocacia-publica->.

<sup>31</sup> FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da Crise*. Aula Magna na Pós-graduação em Direito Público da ESNAP/USP, em 17 de março de 2022. 1 Vídeo (2h28min). Disponível em: <https://ead.esnap.org.br/mod/page/view.php?id=368>.

<sup>32</sup> *O Estado e o Direito depois da Crise*. Aula Magna na Pós-graduação em Direito Público da ESNAP/USP, em 17 de março de 2022. 1 Vídeo (2h28min). Disponível em: <https://ead.esnap.org.br/mod/page/view.php?id=368>.

<sup>33</sup> *O Estado e o Direito depois da Crise*. Aula Magna na Pós-graduação em Direito Público da ESNAP/USP, em 17 de março de 2022. 1 Vídeo (2h28min). Disponível em: <https://ead.esnap.org.br/mod/page/view.php?id=368>.

<sup>34</sup> *O Estado e o Direito depois da Crise*. Aula Magna na Pós-graduação em Direito Público da ESNAP/USP, em 17 de março de 2022. 1 Vídeo (2h28min). Disponível em: <https://ead.esnap.org.br/mod/page/view.php?id=368>.

com a reunião das qualidades acima, em uma dinâmica concretista, interdisciplinar e aberta, torna-se possível alavancar o potencial negocial do Poder Público. Nessa esteira, a advocacia pública estruturante é fundamental, pois é ela que, como visto, encabeça a função de dar toada às políticas públicas e à gestão do Estado, em suas diversas instâncias. Avançando, com base em todas as premissas já alinhavadas, torna-se possível trazer à tona um interessante caso concreto de atuação negocial da Administração Pública, no qual a advocacia pública estruturante obteve sucesso estratégico em uma difícil negociação contratual envolvendo direito minerário.

## 4 O CASO DA “MINA DE CAJATI” E A ATUAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

### 4.1. Compreendendo o *background*: a história da Mina de Cajati

Na década de 1930, o pesquisador científico do Estado de São Paulo, THEODOR KNECHT, descobriu a existência de uma jazida de carbonatito apatítico, calcita e magnetita, no Morro da Mina do então município de Jacupiranga (atual município de Cajati/SP). THEODOR KNECHT, na condição de pesquisador científico do Estado, em nome do princípio da prioridade minerária, solicitou às autoridades federais e estaduais a autorização para a realização da pesquisa mineral, demonstrando junto aos órgãos competentes a viabilidade técnica e econômica para a exploração da jazida de fosfato. Como decorrência, em 1943, o Estado de São Paulo obteve da União o direito de concessão de uso e lavra da jazida, por meio do Decreto federal 12.402, de 12 de maio de 1943.

O Estado de São Paulo, então, passou a ostentar a condição de superficiário da extensão territorial que abarcava a mina, bem como concessionário do direito de lavra do empreendimento minerário.<sup>35</sup> Contudo, em razão da ausência de condições técnico-financeiras para explorar por si só o empreendimento, o Estado de São Paulo celebrou em 12 de julho de 1963 um contrato de preposição para exploração da aludida jazida<sup>36</sup> com a empresa Serrana S/A de Mineração. Tratava-se de contrato

---

<sup>35</sup> A doutrina tem pontuado que pactos do tipo, independente da nomenclatura utilizada, caracterizam-se como *concessões de direito real de uso*. Nessas hipóteses, sendo a propriedade do solo distinta da propriedade do produto da lavra, opera-se a transferência da exploração minerária a um terceiro empreendedor, que a exercerá com base em um título de direito real resolúvel. Não se trata de concessão de serviços públicos ou de um contrato administrativo comum. Nesse sentido: RIBEIRO, Carlos Luiz. *Direito minerário*: escrito e aplicado. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006. p. 23-26; HENRIQUES FILHO, Tarcísio. *Direito minerário*: anotações à legislação minerária brasileira. Curitiba: Ed. CRV, 2020. p. 150-155.

<sup>36</sup> Alguns pontos contratuais interessantes foram enfrentados e assentados pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo no decurso do tempo:

1. A titularidade do Estado de São Paulo para explorar a lavra da jazida em questão perdurará até o esgotamento da reserva mineral (Parecer CJ/SIMA 93/2021).
2. O Estado de São Paulo pode delegar a exploração da mina a terceiros, mediante contrato oneroso (Parecer PA n.º 56/2013 e Parecer CJ/SIMA 93/2021).

demasiadamente básico, que previa, à luz da legislação da época, tão só a exploração da mina pela preposta, ajustando-se, como retribuição, a entrega de parte dos minérios explorados pela empresa ao Estado. Em 27 de janeiro de 1971, aditou-se pela primeira vez o pacto, estabelecendo-se o prazo de exploração e o mecanismo de prorrogação do pacto (quais sejam, sessenta anos prorrogáveis pela vontade mútua das partes, desde que inexistisse oposição manifesta em até quinze meses antes do término inicial do pacto).

O modelo contratual seguia as regras minerárias então vigentes. Se transposto para os dias atuais, o ajuste equivaleria ao contrato de arrendamento regulado pela Portaria DNPM n° 269/2008 (substituída pela Portaria DNPM n° 155/2016). Contudo, em nome do ato jurídico perfeito, considerou-se que o contrato de preposição outrora celebrado, em sua forma e teor, era válido e legítimo, sendo ele o negócio jurídico regulador da exploração minerária em questão, em forma e substância (*tempus regit actum*).

Ao longo do tempo, inúmeras alterações afetaram o aludido pacto. Ainda na década de 1970, a Bunge Fertilizantes S/A sucedeu a Serrana S/A de Mineração. Em 2010, a Vale Fertilizantes S/A sucedeu a Bunge Fertilizantes S/A. Por fim, em 2022, adequou-se o polo outorgado com a sucessão da Vale Fertilizantes S/A pela Mosaic Fertilizantes P&K Ltda. Além das alterações subjetivas, em 2014 foi celebrado termo aditivo alterando-se o principal produto de exploração da mina e estabelecendo o pagamento de *royalties* em pecúnia ao Estado, com base no valor do fosfato bicálcico.

---

3. O contrato em exame não se caracteriza como contrato de escopo, sendo, sim, um contrato por prazo determinado (Parecer PA 56/2013 e Pareceres CJ/SMA 426/2013 e 93/2021).

4. Sopesados os interesses envolvidos e as normas específicas aplicáveis, o Estado de São Paulo pode, na época própria e mediante ato motivado, prorrogar o contrato em questão, sem que isso importe violação de norma constitucional ou legal (Parecer PA 56/2013).

5. A opção pela prorrogação ou não da vigência contratual é uma decisão do Estado de São Paulo, que deve ser devidamente motivada, sopesando, inclusive, o fato de cuidar-se aqui de interesse nacional que exige a continuidade da atividade minerária (Parecer PA 56/2013).

6. No caso de prorrogação da avença, muito embora deva ser mantido o contrato original, o pacto não será completamente imutável, sendo possível o seu reequilíbrio econômico-financeiro e demais ajustes formais que não desvirtuem o seu objeto (Pareceres AJG 347/2010 e 254/2011; e Parecer CJ/SIMA 93/2021).

7. Além da possibilidade de prorrogação do pacto, entende-se, em tese, possível a realização de procedimento licitatório para uma nova negociação do direito de explorar a jazida em questão (Parecer CJ/SIMA n.º 93/2021).

8. A opção de realização de um certame deve ser tomada com a devida cautela, inclusive, ponderando a vantajosidade, em termos de tempo e preço, da medida (Parecer PA 56/2013; Pareceres CJ/SIMA 93/2021 e 426/2017).

9. É necessário, no caso de escolha pela via licitatória, considerar a contratação direta em razão da inexigibilidade de licitação (Parecer PA 56/2013; Pareceres CJ/SIMA 93/2021 e 426/2017).

10. Eventual licitação e futuro novo contrato firmado entre o Estado-outorgante do direito de lavra e terceiro-outorgado que venha a exercer esse direito deve ter anuência do poder concedente federal (art. 176, §3º, da Constituição Federal), sendo sua relação regulada e fiscalizada pela Agência Nacional de Mineração (ANM) (Parecer PA 56/2013).

12. A opção pela prorrogação do contrato foi legitimamente exercida, restando condicionada à revisão das bases econômico-financeiras do pacto, na finalidade de preservar o interesse público e evitar pagamentos a menor ao Estado (Parecer CJ/SIMA 675/2022).

Com a proximidade do término do pacto (isto é, passados sessenta anos a contar de 1963), e em observância aos dispositivos contratuais acerca da necessidade de manifestação das partes para a continuidade do contrato, em 2021 tiveram início as discussões para avaliar as alternativas de prorrogação do contrato ou de realização de nova licitação para a exploração da mina.

Nesse contexto, uma série de reuniões internas, visitas e conversações com a empresa outorgada se iniciaram. A questão se mostrou desafiadora porque, em vista do impacto econômico, social e burocrático da questão, o risco de interrupção da exploração minerária constituía um fator sobresaliente à análise e à ponderação administrativa por uma das saídas outrora relatadas.

Os setores técnicos diagnosticaram que o empreendimento minerário levado a efeito pela outorgada era responsável pela produção em quase monopólio do *fosfato bicálcico*, que é um composto de fosfato de cálcio que ocupa um lugar de destaque entre os aditivos alimentares usados como matéria-prima na fabricação de rações e corretores de alimentação e nutrição animal no país. Estimou-se que cerca de 40 a 60% do mercado nacional de suplementos bovinos dependia da produção de fosfato bicálcico da Mina de Cajati, sendo o restante importado de países como Marrocos, Rússia e Canadá. Além do fosfato bicálcico, a exploração também alcançava outros minérios como a magnetita, o calcário calcítico, o calcário fosfático e o calcário magnésiano, sendo esses minérios usualmente utilizados na agricultura, enquanto fertilizantes. Segundo informado, a Mina de Cajati responderia por aproximadamente 30% do mercado nacional de fertilizantes do tipo. Dessa forma, a paralisação do empreendimento minerário teria potencial para gerar uma crise agropecuária nacional, já que parcela graúda dos rebanhos bovinos e do setor agrícola do país necessitam dos insumos produzidos pela Mina de Cajati.

Além desses fatores de impacto nacional, verificou-se que, em termos regionais, a empresa exploradora responde por aproximadamente 20% dos empregos diretos na região de Cajati, integrante da região do Vale do Ribeira, reconhecidamente a mais vulnerável do Estado de São Paulo. De tal forma, a paralisação da produção minerária também teria potencial para ocasionar uma crise econômico-social na região de Cajati, já que a empresa contratada responde por considerável parcela dos empregos da região.

Os valores dos ativos econômicos atrelados ao pacto também deram notas de complexidade à questão. O empreendimento foi avaliado em quase dez bilhões de reais, com investimento anual da outorgada de um bilhão de reais, com programação de desembolso mínimo por dez anos. O fator econômico e de investimento, ademais, foi analisado junto a outro: o tempo de vida útil da mina. Conforme estudos técnicos, a Mina de Cajati teria uma vida útil remanescente de aproximadamente treze anos, a contar de novembro de 2023. O prazo é demasiadamente curto se contextualizado dentro

da lógica inerente às minerações, nas quais há um acentuado custo-tempo de pesquisa, lavra, cavas, barreiramento e fechamento de mina.

Com o escopo de certificar o cenário posto, de modo a robustecer a decisão administrativa pela prorrogação ou pela feitura de nova licitação, contratou-se uma auditoria técnica independente e confeccionou-se um relatório de *Due Diligence and Valuation*. Neste estudo, ficou clara a inexistência de outra empresa no mercado apta a desenvolver o empreendimento minerário, com iguais custos e sem interrupção. Diagnosticou-se, também, que a então outorgada vinha cumprido com suas obrigações de forma zelosa, efetiva e sustentável. Contudo, verificou-se que os *royalties* pagos ao Estado pela exploração da Mina de Cajati, se mostravam abaixo dos parâmetros de mercado, que giravam em torno de 1% a 2% do valor bruto de venda dos minérios.

Tendo em vista o ato jurídico perfeito, cristalizado no contrato que previa o direito à prorrogação do pacto, o princípio da continuidade da exploração minerária e a análise de riscos inerentes à interrupção do empreendimento pela realização de um certame licitatório – que se mostrava especialmente difícil pela inexistência de interessados aptos, pelo tempo para exaustão da mina e pela complexidade da matéria –, a decisão administrativa guiou-se no sentido da prorrogação do contrato, conforme autorizava o próprio pacto em sua cláusula I do primeiro termo aditivo. No entanto, haja vista o diagnóstico quanto à injustiça contratual no pagamento de *royalties* ao Estado, a manifestação favorável à prorrogação do pacto se deu com uma condição: a de que fossem revistos os parâmetros remuneratórios do contrato.

A negociação quanto aos *royalties* devidos ao Estado foi, justamente, o ponto nevrálgico do caso da Mina de Cajati, exigindo uma atuação estruturante da Procuradoria Geral do Estado e o emprego de variadas técnicas negociais para obter um cenário favorável ao interesse público estadual. São esses pontos que serão abordados a seguir, como ilustração da importância da capacitação da advocacia pública para negociações complexas.

#### **4.2. A negociação sobre os *royalties* pela exploração da Mina de Cajati**

Em razão do amplo espectro de competências necessário para conduzir uma negociação com tamanha complexidade, foi formado internamente na Secretaria de Meio Ambiente, Infraestrutura e Logística (SEMIL) um grupo de trabalho composto por representantes com expertise nos diversos campos envolvidos na negociação, sobretudo na área técnica de engenharia de mineração e geologia, de um lado, e no campo jurídico contratual, de outro. Além disso, o grupo também continha, entre seus membros, representantes com legitimidade política nas áreas setoriais envolvidas, por meio da Subsecretária de Mineração e do Subsecretário de Meio Ambiente, bem como do Diretor do Instituto

de Pesquisas Ambientais, e se reportava diretamente ao Gabinete da Pasta, permitindo um rápido intercâmbio entre as instâncias técnicas, jurídicas e decisórias.

Tanto no campo técnico, quanto no jurídico, cabe destacar que, entre os membros do grupo, estavam alguns dos responsáveis historicamente pela gestão do contrato, agregando um saber prático com nuances muitas vezes não documentadas nos autos do processo administrativo. Afinal, a história de um contrato não é feita exclusivamente dos atos formalmente praticados, mas também do histórico das relações que se estabelecem entre as partes durante a execução contratual, o que assume especial relevo na construção de estratégias de negociação.

Ainda do ponto de vista interno, o sucesso do grupo de trabalho, que ao final viria a se materializar no sucesso da negociação, deu-se em grande parte por uma disposição colaborativa entre os campos técnico e jurídico, com o respaldo e o acompanhamento próximo dos agentes políticos. Tal disposição colaborativa caracterizou-se, por um lado, pela disposição dos membros jurídicos em aprender e compreender de forma profunda os aspectos técnicos envolvidos, sem distanciar-se com uma postura formalista, e, por outro lado, pela disposição dos membros técnicos para compreender os limites jurídicos envolvidos e para dar todo o suporte necessário para a formulação, avaliação e embasamento de proposições negociais concretas.

No bojo do grupo de trabalho, foi acordado entre todos os membros, com o aval dos agentes políticos, que os representantes da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo ficariam responsáveis pela condução externa da negociação e que, durante o período negocial e até a sua conclusão, todos os contatos da empresa deveriam ser feitos por intermédio da Procuradoria Geral do Estado e, caso fosse tentado algum contato fora desse canal, que o destinatário se resumiria a reiterar essa regra e finalizar o contato. Tal decisão teve por objetivo reduzir as chances de vazamentos acidentais de informações, reduzir o risco de informações conflitantes e criar uma proteção contra eventual tentativa de romper os canais negociais estabelecidos, com investidas laterais para criar outros meios de contato com os responsáveis pela decisão, que pode ser uma estratégia para “desviar” dos negociadores designados, sobretudo em momentos de impasse.

Além disso, essa decisão de limitar os canais de contato partiu da compreensão de que qualquer contato com a outra parte durante um processo de negociação tem caráter negocial, ainda que se refira a outro assunto, ou a algum tema aparentemente de menor importância, tal como para combinar uma simples data ou local de reunião.

Do ponto de vista dos cenários e propostas, a estratégia da negociação como um todo foi construída sobre uma premissa basilar do tipo ganha-ganha, qual seja, que a atualização da remuneração do contrato, com o estabelecimento de *royalties* compatíveis com parâmetros médios de mercado, atenderia não apenas aos interesses do Estado, mas também aos interesses da empresa

outorgada, em razão do reforço na segurança jurídica da opção contratual pela prorrogação do pacto, em detrimento de uma nova licitação. Com efeito, a segurança jurídica do ajuste ocupa papel muito importante não apenas para o Estado, considerando os vultuosos investimentos e custos envolvidos na operação da mina e a estrutura internacional de capital da empresa, que apresenta significativa aversão aos riscos jurídicos e políticos.

Nesse contexto, essa atualização da base econômica do contrato para parâmetros de mercado seria capaz de trazer mais um elemento contundente para reforçar a racionalidade jurídica e política da decisão administrativa pelo exercício da opção contratual de prorrogação, somando-se às já mencionadas razões técnicas, econômicas e sociais extremamente relevantes, como a mencionada dependência do mercado nacional de fertilizantes, com possível risco de segurança alimentar, a dependência econômica de empregos na região e as dificuldades técnicas e econômicas de assunção da operação por terceiros em razão do estágio da vida útil da mina.

O grupo de trabalho também realizou um exercício para buscar enxergar os diversos incentivos e riscos atrelados à continuidade ou ao fim da exploração do ponto de vista da empresa, considerando características tais como o seu ingresso recente por sucessão na relação contratual, os investimentos realizados nos últimos anos, a estrutura vertical de sua produção, as condições históricas e recentes do mercado nacional e internacional dos produtos da mina, altamente impactados pela inflação global pós COVID-19 e pela guerra na Ucrânia.

Todos os cenários revelaram que a premissa do ganha-ganha era não apenas um dado teoricamente desejável, mas um elemento fortemente possível na situação concreta, aferível a partir das diversas perspectivas citadas.

As trocas formais da negociação iniciaram com uma reunião com representantes da empresa e representantes da SEMIL, acompanhados pela Procuradoria Geral do Estado, com o intuito de apresentar a nova gestão da Secretaria e solicitar o encaminhamento de uma proposta inicial pela empresa. Dada a sensibilidade desse contato, foi alinhado interna e previamente qual seria o conteúdo da reunião e que nos limitaríamos à apresentação e à solicitação da proposta, reforçando a consciência fundamental de que todo contato durante uma negociação tem caráter negocial e pode influir no resultado final.

A opção de que as rodadas de propostas fossem iniciadas por uma proposta da empresa foi feita pelo Estado, tendo em vista a existência de uma significativa assimetria informacional, e que, portanto, o próprio Estado corria um risco maior de fixar uma âncora inicial inadequada, razão pela qual seria mais seguro receber uma proposta da empresa. Por outro lado, a administração já se preparou para recusar eventual âncora que destoasse dos parâmetros da pesquisa de mercado que estava

sendo conduzida internamente, além dos dados do já mencionado relatório de *Due Diligence and Valuation* da consultoria especializada, ao qual a empresa tinha acesso.

A primeira proposta foi recebida em um documento bastante extenso e o esforço inicial foi conseguir separar o que eram apenas informações gerais sobre o negócio, sem impacto direto no contrato, do que constituía de fato uma proposta em sentido jurídico estrito, ou seja, capaz de alterar ou constituir direitos e obrigações contratuais. Um ponto que chamou a atenção foi que a empresa propôs a manutenção da remuneração do produto principal, a rocha fosfática, apesar de ter avançado na remuneração de outros subprodutos. Após essa separação, a área técnica trabalhou intensamente para quantificar o impacto econômico global do conjunto de proposições, com base em projeções e dados históricos de produção da mina.

Com base nas projeções realizadas e nos parâmetros de mercado, foi elaborada uma contraproposta de forma objetiva, discriminando cada uma das proposições concretas contidas na primeira proposta recebida e apresentando a respectiva aceitação ou contraproposta em caso de discordância. O objetivo de tal formatação foi o de evitar discussões laterais e começar o processo de reduzir os pontos controversos da negociação. Do ponto de vista econômico, o Estado concentrou a maior parte de sua contraproposta no produto principal que a empresa tinha deixado de atualizar. Toda a contraproposta foi construída com base em uma comunicação cooperativa e avessa a conflito, buscando sempre justificar as posições adotadas e deixando claro que a via para uma nova rodada estaria aberta, desde que fundamentadamente, para manter a possibilidade de cooperação entre as partes.

A opção por concentrar no produto principal a atualização para alcançar o valor global pretendido, somada à utilização de parâmetros de mercado situados no limite superior do campo amostral<sup>37</sup>, trouxe certa tensão à negociação, uma vez que, como nos informou posteriormente, a empresa alegou que estava fazendo suas análises isoladamente para o produto principal e para os subprodutos, sem considerar necessariamente apenas o impacto do ponto de vista global.

Nessa fase, houve um trabalho negocial intenso, inclusive com uma segunda reunião presencial, que viria a ser a última, apenas entre os representantes jurídicos de cada lado, para reforçar a intenção de chegar a um acordo do tipo ganha-ganha, mediante justificativa dos percentuais apresentados, ocasião em que se percebeu, com bastante diálogo e escuta ativa, que o impasse tinha sido na diferença entre as perspectivas isolada e global. Com a identificação do ponto de divergência, o Estado sinalizou que, como seu interesse era global, não se importaria de realizar uma atualização menor

---

<sup>37</sup> A opção por adotar parâmetros limítrofes do campo amostral da pesquisa de mercado na primeira contraproposta partiu da previsão de que ainda haveria algumas rodadas de negociação e que o valor provavelmente seria trazido para valores mais medianos. Contudo, ainda que conscientes de que se tratava de um recorte otimista, cuidou-se para construir uma justificativa técnica que demonstrasse a adequação dos valores propostos ao caso concreto, com base em suas particularidades.

no produto principal, desde que houvesse uma atualização maior nos subprodutos. No encontro, foi possível constatar que a realização de reuniões era especialmente custosa para a empresa, em razão do tempo despendido, e esse passou a ser um ponto de barganha ao longo da negociação, em que o Estado ofertou a dispensa de reuniões em troca de pequenas concessões negociais, nas trocas de propostas via e-mail.

Após a reunião, a empresa apresentou uma nova contraproposta, alcançando a concordância em diversas proposições laterais relativas ao período de apuração e data de pagamento, incidência das novas regras de *royalties* sobre estoque e *royalties* sobre novos desenvolvimentos. Além disso, a empresa aumentou a oferta de *royalties* sobre os subprodutos. Contudo, ainda manteve a proposta inicial de não mexer na remuneração do produto principal, claramente rejeitando a âncora mais agressiva proposta pelo Estado.

O cenário mostrou-se cada vez mais favorável, com a redução do ponto controverso exclusivamente à remuneração do produto principal e dos subprodutos. Nesse estágio, a opção do Estado para demonstrar concretamente sua abertura a diferentes fórmulas de remuneração foi apresentar duas propostas alternativas, conducentes ao mesmo resultado global, utilizando dessa vez parâmetros de mercado ainda otimistas, mas já dentro da maior parte do grupo amostral.

Nessa etapa, a empresa sinalizou a preferência pela manutenção do desenho da fórmula que já era utilizada, mas cedeu um pouco aceitando parte do reajuste proposto também no produto principal. Assim, o cenário ficou muito próximo da conclusão da negociação em razão da concordância em rejeitar os valores mais extremos do campo amostral inicialmente propostos e em distribuir o impacto entre o produto e os subprodutos. Na sequência, ainda foram feitas mais uma contraproposta pela empresa e mais uma última contraproposta pelo Estado, neste ponto, já claramente apenas para chegar a valores medianos entre as propostas de cada lado, já muito próximas da faixa otimista identificada na análise interna de mercado, e a negociação conseguiu terminar com êxito.

## **5 CONCLUSÃO**

O presente trabalho examinou a importância da qualificação da advocacia pública para os processos de negociação contratual, especialmente aqueles envolvendo matérias complexas e valores vultosos. Assim sendo, sedimentou-se, na primeira parte, um leque extenso de perspectivas estratégicas para uma boa negociação, baseando-se no modelo de negociação proposto pela escola de Harvard e seus discípulos. A conclusão alcançada nessa primeira etapa do trabalho foi a de que as técnicas, posturas e métodos de negociação sugeridos pelo modelo de Harvard podem trazer benefícios

relevantes às negociações de interesse público, em especial no âmbito de contratos complexos, com grandes minudências técnicas e jurídicas.

Em sequência, após o trabalho constatar (e reafirmar) a qualidade de *player* negocial relevante da advocacia pública, desenvolveu-se, rapidamente, a ideia de “advocacia pública estruturante”, com o objetivo de demonstrar a necessidade de reinvenção da postura dos advogados públicos brasileiros, inclusive para atender demandas próprias do meio negocial. Como resultado dessa análise, asseverou-se, na oportunidade, que a Administração Pública deve se municiar de advogados públicos que assumam, verdadeiramente, a postura estruturante, isto é, contemplem em suas características uma “alta densidade formativa”, com capacidades que extravasem as jurídicas, englobando conhecimentos de idiomas, de aspectos econômicos, sociais, políticos, técnicos etc., de modo a permitir um olhar estrutural do litígio, das políticas públicas em geral e, especificamente, das dificuldades e possibilidades abertas pela negociação.

Como maneira de dar praticidade ao desenvolvimento teórico feito nas duas primeiras partes do trabalho, a terceira parte ocupou-se de relatar o caso da “Mina de Cajati” e das negociações relativas ao contrato minerário que envolvia o Estado de São Paulo. Após explicar as linhas básicas da relação contratual em questão, o texto abordou a maneira como o Estado de São Paulo, através da Procuradoria Geral do Estado, conduziu a negociação sobre os royalties pela exploração do empreendimento minerário, chegando, ao fim, a resultados claramente vantajosos ao ente estadual, mas que só foram possíveis devido ao emprego de técnicas negociais apropriadas.

A conclusão geral do trabalho, dessa forma, é clara e talvez até um truísmo: é imprescindível a constante qualificação dos advogados públicos para lidar com cenários negociais complexos, sendo esse atributo parte das exigências atreladas à implementação de uma advocacia pública estruturante. Saber lidar com a disputa de interesses negociais, por meio de posturas cooperativas, de escuta ativa, de preparação e imaginação de hipóteses etc., além de municiar-se dos elementos técnicos necessários, é fundamental ao bom negociador e os advogados públicos devem também seguir tais aconselhamentos.

O exemplo de sucesso alcançado pelo Estado de São Paulo na negociação do pacto minerário da “Mina de Cajati” sinaliza com grande força a necessidade de se estimular em nossos advogados públicos a habilidade para atuar em ambientes difusos e mutantes; a capacidade de realizar tarefas não repetitivas e de viés racional e criativo; a habilidade para tomar decisões e assumir responsabilidades; a capacidade de trabalho em grupo e de forma sistêmica; e a percepção compreensiva de sistemas para fins de operar em horizontes mutantes e em expansão.

Em suma, negociar bem é uma tarefa fundamental da advocacia pública moderna e este trabalho é uma ode à valorização da advocacia pública enquanto instrumento necessário à consecução do interesse público.

## BIBLIOGRAFIA

- BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BAZERMAN, Max H.; NEALE, Margaret A. *Negotiating rationally*. New York: The Free Press, 1992.
- BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 31, jul., ago. e set., 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=625>.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: BINENBOJM, Gustavo; SOUZA NETO, Claudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel (org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2009.
- CYRINO, André Rodrigues. Advocacia Pública. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; e FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/541/edicao-2/advocacia-publica->
- FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da Crise*. Aula Magna na Pós-graduação em Direito Público da ESNAP/USP, em 17 de março de 2022. 1 Vídeo (2h28min). Disponível em: <https://ead.esnap.org.br/mod/page/view.php?id=368>.
- FISHER, Roger; e SHAPIRO, Daniel. *Além da razão: a força da emoção na solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Alta Life, 2019.
- FISHER, Roger; URA, Wiliam; PATTON, Bruce. *Como chegar ao SIM: como negociar acordos sem fazer concessões*. tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.
- FREIRE, Paulo; GADOTTI, Moacir Gadotti. Prefácio à 4ª edição. In: GADOTTI, Moacir; FREIRE, Paulo; e GUIMARÃES, Sérgio. *Pedagogia: diálogo e conflito*. São Paulo: Cortês Ed., 1995.
- HARVARD LAW SCHOOL (Program on Negotiation). *Win-win or hardball? Learn top strategies from sports contract negotiations*. Special Report, Harvard University, 2012.
- HENRIQUES FILHO, Tarcísio. *Direito minerário: anotações à legislação minerária brasileira*. Curitiba: Ed. CRV, 2020.
- KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

- MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito dos Advogados da União*, v. 4, n. 4, 2005, p. 36-65.
- NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A proposta do raciocínio abduutivo para o Direito. In: *Um método para a investigação das consequências: a lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito*. João Pessoa: Ideia, 2013.
- PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica e Filosofia*. São Paulo: Ed. Cultrix, 1972.
- POSNER, Richard. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- RIBEIRO, Carlos Luiz. *Direito minerário: escrito e aplicado*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006.
- SABATIER, Paul. *Theories of the policy process*. Colorado: Westview Press, 2007.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da Advocacia Pública no controle da legalidade da administração. *Revista da Procuradoria Geral do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, n. 1, 2005, p. 28-44.
- STONE, Douglas; PATTON, Bruce; e HEEN, Sheila. *Conversas difíceis*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- SUBRAMANIAN, Guhan. *Negotiauctions: New Dealmaking Strategies for a Competitive Marketplace*. New York: W. W. Norton & Company, 2010.
- SUSSKIND, Lawrence. *Good For You, Great for Me: finding the trade zone and winning at win-win negotiation*. New York: PublicAffairs, 2014.
- TUZET, Giovanni. Legal Abduction. *Cognitio*, São Paulo, vol. 6, n. 2, p. 265-284, jul./dez. 2005.