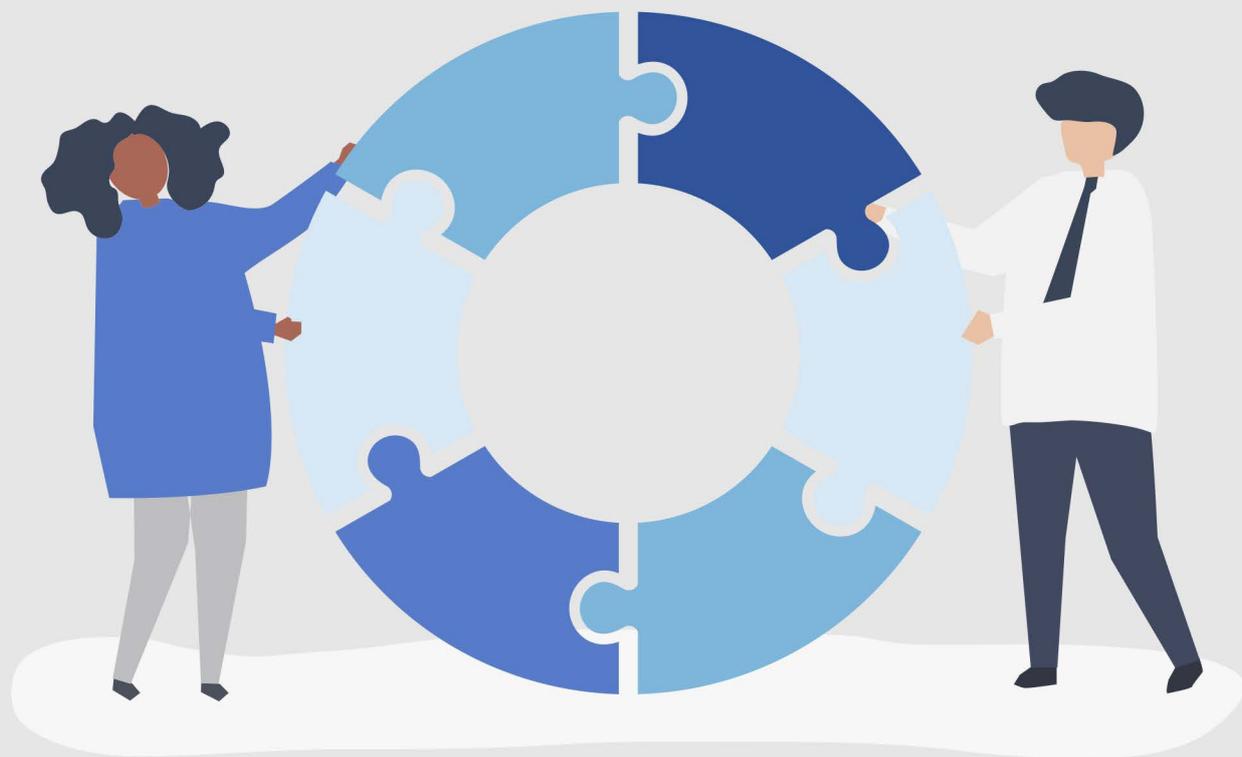


Filipe Calazans Rodrigues de Oliveira

A Fazenda Pública e os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos:

por uma Justiça moderna, acessível e eficiente



AYA EDITORA
2023

Filipe Calazans Rodrigues de Oliveira

**A Fazenda Pública e os Métodos
Consensuais de Resolução
de Conflitos: por uma justiça
moderna, acessível e eficiente**

Ponta Grossa

2023

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Autor

Filipe Calazans Rodrigues de Oliveira

Capa

AYA Editora

Revisão

O Autor

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Direito

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

*Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus
Parauapebas*

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros

Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda
Santos

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

© 2023 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pelo autor para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas neste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seu autor e não representam necessariamente a opinião desta editora.

O482 Oliveira, Filipe Calazans Rodrigues de

A Fazenda Pública e os Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos: por uma justiça moderna, acessível e eficiente [recurso eletrônico]. / Filipe Calazans Rodrigues de Oliveira. -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 75 p.

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-250-0

DOI: 10.47573/aya.5379.1.141

1. Execução contra a fazenda pública – Brasil. 2. Mediação. 3. Administração de conflitos. I. Título

CDD: 340.07

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora LTDA

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

WhatsApp: +55 42 99906-0630

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	8
INTRODUÇÃO	9
MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	13
Autotutela	13
Heterocomposição	14
(Auto)composição	14
CIRCUNSTÂNCIAS A SEREM OBSERVADOS EM CONFLITOS ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA ..	18
A Fazenda Pública como uma das maiores litigantes do País.....	18
A (ir)relevância da distinção da natureza da relação jurídica em pública ou privada	30
A questão do interesse público: supremacia e indisponibilidade?	34
Precedentes judiciais vinculantes: A postura a ser adotada pela Administração Pública.....	41
MÉTODOS CONSENSUAIS EM ESPÉCIE.	44
Câmaras Administrativas de Mediação e Conciliação	44

O exemplo de Porto Alegre	51
Negócios jurídicos processuais	54
Arbitragem	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIAS.....	68
SOBRE O AUTOR	70
ÍNDICE REMISSIVO	71

Apresentação

O presente estudo abordará de que modo a submissão dos litígios envolvendo a Fazenda Pública a métodos consensuais de resolução de conflitos podem promover uma Justiça mais eficiente, moderna e, principalmente, acessível.

Será analisado em que medida o legislador, em especial a partir do advento do Código de Processo Civil de 2015, vem se comportando para que, cada vez mais, a Administração Pública seja inserida no sistema multiportas – fazendo-se entender, de uma vez por todas, que o acesso à Justiça pode ocorrer de diversas formas, e que a submissão de um conflito ao Poder Judiciário é apenas uma delas e, nem sempre, a mais adequada.

A Justiça Brasileira encontra-se em uma profunda crise de congestionamento: a morosidade, a ineficiência e os velhos hábitos, muitas vezes, culminam em injustiças e prejuízos ao erário. Nessa prática, perdem o Estado-Administração e o cidadão. A consensualidade é a revolução.

Filipe Calazans Rodrigues de Oliveira

INTRODUÇÃO

Por muito tempo no mundo jurídico vigorou o pensamento de que o direito fundamental ao acesso à justiça, firmado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 88 limitava-se ao acesso a uma prestação jurisdicional justa. Todavia, tal visão vem se revelando insuficiente quando comparada aos inúmeros conflitos judiciais em andamento no Brasil.

Estatisticamente, somente no ano de 2017, ingressaram no Poder Judiciário 29,1 milhões (vinte e nove milhões e cem mil) processos. Ainda, foi registrado um crescimento de demanda pelos serviços da Justiça de 18,3%, considerada toda a série histórica de 2009. Além disso, no mesmo período, registrou-se um índice de atendimento à demanda à ordem de 106,5%. Mesmo assim, o estoque manteve-se inerte, finalizando aquele ano com nada menos do que 80,1 milhões (oitenta milhões e cem mil) processos.¹

A título de uma melhor compreensão, vê-se que, também ao final do ano de 2017, segundo o IBGE, a população brasileira perfazia o total de 206,8 (duzentos e seis milhões e oitocentos mil) pessoas². Isso quer dizer que, no Brasil, a cada 2,6 pessoas, há um processo judicial instaurado³. Certamente, está-se diante de uma proporção assustadora.

Com isso, não há outra definição melhor do que, verdadeiramente, “enxugar gelo”. O número de processos cresce a uma proporção muito maior do que a Justiça consegue acompanhar – o que, fatalmente, irá refletir na qualidade e no acerto das decisões proferidas pelos juízes – culminando, não raramente, no prejuízo do próprio jurisdicionado.

Nesta tocada, vê-se que os meios consensuais de resolução de conflitos surgem como uma verdadeira luz ao final do túnel. Muito atento a isso, o Código de Processo Civil de 2015 institui, em seu artigo 3º, dentre suas normas fundamentais, o acesso à justiça. Todavia, esta passa a ser entendida como o direito à solução justa para o conflito de interesses – e não apenas como o direito de acesso à prestação jurisdicional justa. Nesse sentido, leciona Marco Antônio RODRIGUES:

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório “Justiça em números 2018”, p. 73. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>

² Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>

³ Para calcular a média basta dividir o número de habitantes ao final de 2017 (206,8 milhões) pelo número de processos judiciais em trâmite ao final do mesmo período (80,1 milhões).

(...) o próprio Código de Processo Civil de 2015 procurou dar um novo sentido para o direito de acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição. Não se trata mais de um direito de acesso à prestação jurisdicional justa apenas, mas de um direito à solução justa para o conflito de interesse⁴

Mais a fundo, o mesmo dispositivo (artigo 3º do CPC/15), em seus parágrafos 2º e 3º, preveem que o Estado deverá promover a solução consensual dos conflitos, bem como a utilização da conciliação, da mediação e de outros métodos consensuais devem ser estimulados pelos aplicadores do Direito em geral: juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no próprio curso do processo judicial⁵.

Ademais, frisa-se que o artigo 165 do Códex Processual⁶ prevê a criação de centros judiciários de solução de conflitos, os quais devem ser responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, bem como pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar e orientar a autocomposição.

Outrossim, o artigo 174, do mesmo diploma⁷, extrapolando o âmbito estritamente privatista, também prevê a criação de câmaras de conciliação e mediação para a resolução de controvérsias no âmbito administrativo (União, Estados, Distrito Federal e os Municípios).

Vê-se, dessa forma, um intenso estímulo, pelo legislador, à utilização de métodos consensuais no bojo dos litígios. A justiça de uma decisão, ou melhor, o meio mais adequado à resolução de um conflito, em prol dos próprios litigantes, muitas das vezes, não estará necessariamente vinculada à apreciação do Poder Judiciário.

Confirmando exatamente isso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio de sua Resolução número 125, busca assentar no ordenamento pátrio uma verdadeira Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, tecendo diversas considerações, dentre as quais, se destacam:

⁴ RODRIGUES, Marco Antonio. *A advocacia pública na era da consensualidade*, p. 2. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/a-advocacia-publica-na-era-da-consensualidade-01112018

⁵ Artigo 3º, CPC/15: Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

⁶ Art. 165, CPC/15. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

⁷ Art. 174, CPC/15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;⁸

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;⁹

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios¹⁰

CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria;¹¹

Diante disso, pode-se perceber um grande esforço público para a fixação de paradigmas autocompositivos no âmbito da pacificação social. Isso também se deve ao fato de que, hodiernamente, tais métodos não se revelam como sendo apenas “alternativos”, conforme outrora. A bem da verdade, passa-se a defender a existência de um sistema de justiça multiportas (multi-door system).

Significa, isto, que a atividade jurisdicional estatal não deve ser compreendida como a única, tampouco como a principal opção dos litigantes para solucionarem o litígio – de modo que possa existir outras possibilidades de pacificação do conflito. Desse modo, para cada litígio há uma forma mais adequada de solução, e a jurisdição, é apenas uma das opções.

A fim de esclarecer o que representa o referido sistema, veja-se a lição de Lilia Maia de Moraes SALES e Mariana Almeida de SOUSA:

O sistema de Múltiplas Portas (MultidoorCourthouse System) pode ser definido como um mecanismo de aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos no qual, a partir do conflito apresentado pelas partes interessadas em negociar, é disponibilizada uma variedade de meios ou “portas”, a fim de que se possa identificar qual a mais adequada para a propositura de um acordo eficaz e que seja cumprido e satisfatório por ambos os indivíduos. Tal sistema é amplamente utilizado nos Estados Unidos, especialmente em, Estados com Flórida, Washington e Nova York. A ideia de se criar um mecanismo tal como o Sistema de Multiportas surgiu

⁸ Resolução no. 125 do CNJ. Considerações. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf.

⁹ Op. Cit..

¹⁰ Op. Cit.

¹¹ Op. Cit.

a partir de uma conferência (Pound Conference), realizada em 1976 que discutiu acerca da insuficiência do Poder Judiciário para atender a todas as demandas com justiça. Foi apresentada pelo professor da faculdade e de Direito de Harvard Frank Sander e, a partir daí, tem se aprimorado e, atendendo a demanda da complexidade dos conflitos, vem apresentando novos métodos (ou portas) ao passo que novas formas de conflitos surgem.¹²

A despeito disso, não se pode afirmar, sob uma ótica quase romântica, que todos os problemas existentes na sociedade devem e podem ser solucionados por meio de técnicas de autocomposição. Na verdade, não se pode olvidar que, para determinadas pretensões, a proposta mais adequada seja sua submissão à jurisdição estatal.

Desse modo, à luz de cada caso específico, deve-se avaliar qual seria o sistema mais condizente. É como se verdadeiramente houvesse múltiplas portas na justiça, dentre as quais: a conciliação, a mediação, arbitragem, etc. e, ainda, a figura própria do Estado-juiz, devendo-se verificar o mais harmonioso quando observado o caso individualizadamente.

É o que defendem Marco Antônio dos Santos RODRIGUES e Rodrigo GISMONDI:

As especificidades de cada situação concreta determinarão qual o meio de solução de conflito que se revela mais adequado para a efetiva resolução de conflito de interesses. Ao contrário do que se possa pensar, os meios alternativos à jurisdição não são a solução para todos os problemas enfrentados pelo Judiciário ou representam etapa indiscriminadamente prévia a qualquer demanda judicial. Chegou-se mesmo a propor a criação de verdadeiros Sistemas de Múltiplas Portas com a função de proporcionar àqueles que se veem diante de determinado conflito a possibilidade de tomar contato com diversas possibilidades para a solução e, assim, se chegar àquela que melhor se amolda ao caso concreto

Nessa esteira, constata-se que a valorização dos métodos de resolução de controvérsias por outros meios, que não apenas por meio do Judiciário, surge em momento bastante apropriado. Conforme visto, a submissão da demanda ao aparato estatal não se revela inadequada a todo momento, porém, indubitavelmente, o reconhecimento de outras vias, em muitos casos, poderão fornecer um resultado mais eficiente e adequado àquele que litiga – trazendo a reboque, ainda, alento à sobrecarregada máquina jurisdicional.

¹² SALES, Lília Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário brasileiro. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 5, n. 16. P 204-220, jul./set. 2011 p.204.

MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Visto que o sistema jurídico pode albergar diversas modalidades para a resolução de uma contenda, é de suma importância que se verifique, à priori, quais são essas formas existentes e como as mesmas podem se desenvolver, a fim de que se possa desenvolver um olhar panorâmico sobre o tema.

Sabe-se que o ser humano, como ser social dotado de anseios e vontades, desenvolve inúmeras relações entre si. Não raramente, surgem conflitos resultantes da diversidade de interesses que os alimenta. Nesse contexto, ao longo do tempo, foram desenvolvidos métodos para solucionar tais confrontos. Atualmente, esses métodos podem ser divididos em três grandes grupos: autotutela, heterocomposição e autocomposição.

Autotutela

Em linhas gerais, a primeira pode ser entendida como “a sobreposição de uma parte sobre a outra, ante o sacrifício do interesse de um, o outro triunfa”¹³. Ou seja, advém de tempos mais arcaicos, nos quais a força assume um papel de preponderância e o mais forte, consagra-se vencedor.

À medida que os povos foram se modernizando e as sociedades sendo desenvolvidas, o Estado primou por restringir a aplicação da autotutela e, cada vez mais, passou-se a aplicar uma norma impositiva mediante o caso concreto apresentado. Entretanto, a título de observação, é possível a verificação do fenômeno no direito brasileiro até mesmo nos dias de hoje.

É o que ocorre, por exemplo, quando o Código Penal brasileiro aponta a legítima defesa e o estado de necessidade como excludentes de ilicitude em seu artigo 23, incisos I e II. Ainda, no âmbito civil, em um exemplo ainda mais cristalino, o artigo 1210 do Código Reale, em seu artigo 1º prevê:

Art. 1.210, CC. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbacão, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado. 1o O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou

¹³ SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. A (IM)possibilidade da (AUTO)composição em conflitos envolvendo a Administração Pública: Do conflito à posição do terceiro. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro, Ano 11. Volume 18. Número 3. setembro a dezembro de 2017.

restituir-se **por sua própria força**, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse. (grifomeu)

Heterocomposição

Seguindo a análise, a tutela heterônoma decorre da aceitação, das partes, a submeterem o conflito a um terceiro com poder de decisão. Neste caso, obrigatoriamente, haverá a imposição de um decisum proferido por um terceiro com a finalidade de que a demanda seja finalizada. Por sua vez, a heterocomposição é gênero que comporta os seguintes gêneros: a adjudicação, a decisão administrativa e a arbitragem.

Sobre o primeiro (adjudicação), prescreve muito bem a seguinte lição:

A adjudicação é o sistema tradicional de justiça: o Poder Judiciário. Sendo assim, é involuntário, vinculante e a decisão pode ser alvo de recurso. Um terceiro neutro e imparcial (juiz) irá impor a sua sentença às partes litigantes. Esses atos acontecem em meio a uma estrutura formal que atende regras rígidas, havendo momentos específicos para a apresentação de provas e argumentos.¹⁴

Quanto ao segundo gênero (decisão administrativa), veja-se:

É uma subdivisão da heterocomposição, em alguns países a fase administrativa, por si só encerra processos/litígios, contudo, em outros lugares, como no contexto brasileiro, trata-se apenas de uma tentativa/possibilidade.¹⁵

Finalmente, quanto à arbitragem¹⁶ (terceira espécie), vê-se que, apesar de constituir um método mais democrático às partes, eis que adotado voluntariamente por elas, também deve ser enquadrada no gênero heterocomposição, uma vez que o árbitro escolhido pelas partes constitui um terceiro imparcial que irá ditar uma decisão.

(Auto)composição

Prosseguindo, chega-se a um dos cerne deste estudo, que é a autocomposição. Convencionalmente, esta pode ser percebida pela resolução de uma controvérsia por meio do sacrifício voluntário – contudo, diferentemente da autotutela, este sacrifício não decorre da violência. Nas palavras muito bem representadas das autoras Fabiana Marion SPENGLER e Helena Pacheco WRASSE:

¹⁴GOLDBERG, B. et al. *Dispute Resolution: negotiation, mediation and other processes*. New York: Aspen Publishers, 2007, tradução livre.

¹⁵ SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. A (IM)possibilidade da (AUTO)composição em conflitos envolvendo a Administração Pública: Do conflito à posição do terceiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, Ano 11. Volume 18. Número 3. Setembro a dezembro de 2017.

¹⁶ Regulamentada pela Lei n. 9307/1966 (BRASIL. Lei n° 9.307 (1966). Brasília: Senado Federal, 23. Set. 1966)

Autocomposição (auto + composição) também é um substantivo feminino que, juridicamente, representa uma forma de resolução de conflitos através de acordo sem a intervenção da Justiça. Ainda, a palavra é apresentada como sinônimo de acordo ou concordância entre as partes, sendo, juridicamente, classificada enquanto maneira de resolver litígios, estabelecendo um acordo, sem que haja a interferência de órgãos judiciais.¹⁷

Nesse sentido, a autocomposição pode ser percebida como a disposição, total ou parcial do bem jurídico objeto da lide em tela, como se um “abrisse mão” de algo em favor de outrem. Além disso, uma segunda concepção do Instituto consiste, na adoção de providências em favor do consenso com o outro quando for verificado, pelo próprio conflitante, que simplesmente não possui razão – seja esta parcial ou totalmente.

De acordo com Eduardo TALAMINI e Luiz Rodrigues WAMBIER¹⁸, a autocomposição também seria um gênero mais amplo, do qual seriam espécies a transação em sentido estrito (concessões e/ou reconhecimentos mútuos), a total submissão à pretensão alheia, e a total renúncia da própria pretensão.

Além disso, segundo os autores, este gênero (autocomposição) não estaria restrito somente a uma etapa processual. Podendo ocorrer no próprio bojo processual ou a este paralelamente, sendo que eventual acordo daí decorrente pode ser judicialmente homologado e, em caso de descumprimento, executado nos termos do artigo 515, II e III do Código de Processo Civil¹⁹.

Complementando, Daniel Amorim Assumpção NEVES defende que a autocomposição “é uma interessante e cada vez mais popular forma de solução dos conflitos sem a interferência da jurisdição, estando fundada no sacrifício integral ou parcial do interesse das partes envolvida no conflito, mediante a vontade unilateral ou bilateral de tais sujeitos²⁰”

Segundo o Autor, ainda, seria possível a divisão da autocomposição em transação,

17 SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. A (IM)possibilidade da (AUTO)composição em conflitos envolvendo a Administração Pública: Do conflito à posição do terceiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, Ano 11. Volume 18. Número 3. Setembro a dezembro de 2017.

Regulamentada pela Lei n. 9307/1966 (BRASIL. Lei n° 9.307 (1966). Brasília: Senado Federal, 23. Set. 1966)

18 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016ª.

19 Art. 515, CPC/15. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título - as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; II - a decisão homologatória de autocomposição judicial; III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;

20 NEVES, Daniel Amorim Assumpção – *Manual de direito processual civil – Volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves – 10.ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 63.*

submissão e renúncia. No primeiro caso, haveria um acordo mútuo entre as partes, enquanto nas outras duas existiria uma vontade unilateral de um dos litigantes – de modo que, na renúncia, uma parte (unilateralmente) abdicaria de seu direito e, quando da submissão, uma das partes abdicaria de sua pretensão em favor da outra. Veja-se melhor:

Na transação há um sacrifício recíproco de interesses, sendo que cada parte abdica parcialmente de sua pretensão para que se atinja a solução do conflito. Trata-se do exercício de vontade bilateral das partes, visto que quando m não quer dois não fazem a transação. Na renúncia e na submissão o exercício de vontade é unilateral, podendo até mesmo ser consideradas soluções altruístas do conflito, levando em conta que a solução decorre de ato da parte que abra mão do exercício de um direito que teoricamente seria legítimo. Na renúncia, o titular do pretense direito simplesmente abdica de tal direito, fazendo-o desaparecer juntamente com o conflito gerado por sua ofensa, enquanto na submissão o sujeito se submete à pretensão contrária, ainda que fosse legítima sua resistência.²¹

Ainda, interessante e muitíssimo didático exemplo é dado:

Marina pretende obter 10, mas Aline só está disposta a pagar 5. Havendo um sacrifício recíproco, as partes podem se autocompor por qualquer valor entre 5 e 10 (transação). Marina, por outro lado, pode abdicar do direito de crédito de 10 (renúncia). Finalmente, Aline poderia, mesmo acreditando ser devedora de apenas 5, pagar a Marina os 10 cobrados (submissão).²²

Cabe observar que, em todos os casos, “a transação, a renúncia e a submissão podem ocorrer também durante um processo judicial, sendo que a submissão nesse caso é chamada de reconhecimento jurídico do pedido, enquanto a transação e a renúncia mantêm a mesma nomenclatura”²³. Assim, verificada durante o processo judicial, o juiz deverá homologar, por sentença com resolução de mérito, a autocomposição, nos termos do artigo 487, III, do Código de Processo Civil²⁴ – formando coisa julgada material.

Neste íterim, pode-se afirmar, portanto, que a autotutela advém da vitória do mais forte e da aniquilação do outro. Ao contrário, a heterocomposição desenvolve-se por meio de um terceiro, com poder decisório, que efetivamente dirá quem possui, e quem não, o direito alegado. Já a autocomposição, esta revela-se por meio do diálogo direto entre os envolvidos, no formato de uma negociação, podendo ou não ser assistidos por um terceiro sem poder decisório.

²¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção – Manual de direito processual civil – Volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves – 10.ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 63.

²² *Ibid.*, p. 64.

²³ *Op. Cit.* p. 64.

²⁴ Art. 487, CPC/15. Haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

À esta altura, é adequada a seguinte indagação: haveria alguma distinção entre autocomposição e a composição? Na verdade, a primeira deriva da realização de um acordo sem a intervenção judicial e, ainda, sem a intervenção de um terceiro com poder decisório; já a segunda, refere-se ao acordo realizado diante de um terceiro com poder decisório, inclusive, podendo ocorrer na presença do próprio Poder Judiciário. Veja-se:

Sob o ponto de vista jurídico, o acordo autocompositivo se realiza sem a intervenção judicial ou de um terceiro com poder decisório, já na composição, o acordo pode ser realizado também na presença do Poder Judiciário. Esse é o ponto que distingue a autocomposição da composição, pois ambas representam mecanismos consensuais, diferenciando-se em razão da prefixação (auto)composição – acordo conduzido pelas próprias partes ou por terceiro sem poder decisório.²⁵

Apesar de significativas distinções didáticas, é fundamental notar que ambos os mecanismos – tanto a autocomposição quanto a composição – são técnicas consensuais de resolução de conflitos, na medida em que, em ambos os casos, os cidadãos (litigantes) detêm um papel protagonista na busca da resolução da crise jurídica.

Diante disso tudo, abordaram-se as diferentes dimensões de lidar com os conflitos (autotutela, heterocomposição e autocomposição) de modo a diferenciá-los como formas essenciais de resolução de controvérsias. Agora, passar-se-á à análise específica de como estes métodos são (ou poderiam ser) aplicáveis em relação à Fazenda Pública²⁶, em especial no que se refere àqueles provenientes da consensualidade.

²⁵ SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. A (IM)possibilidade da (AUTO)composição em conflitos envolvendo a Administração Pública: Do conflito à posição do terceiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, Ano 11. Volume 18. Número 3. Setembro a dezembro de 2017.

²⁶ “Trata-se de todas as pessoas de direito público componentes de Administração. Isso inclui, portanto, as autarquias, as agências reguladoras e as fundações públicas de direito público”. (RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no processo civil* / Marco Antonio Rodrigues – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 3).

CIRCUNSTÂNCIAS A SEREM OBSERVADOS EM CONFLITOS ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA

Indiscutivelmente, as relações sociais são permeadas por conflitos. Em que pese o teor negativo da afirmação, um olhar mais otimista é capaz de descortinar que estes embates, na verdade, são verdadeiros propulsores de mudanças. Isso significa que seu trato adequado é capaz de proporcionar inúmeros benefícios à sociedade.

Sob essa perspectiva, ressalta-se o fato de que o Estado é um dos principais litigantes na Justiça. Segundo o relatório “Justiça em números”, elaborado pelo Conselho Nacional da Justiça (CNJ), no ano de 2018²⁷, os processos de execução fiscal representavam nada menos do que 74% (setenta e quatro por cento) do estoque em execução, constituindo aproximadamente 39% (trinta e nove por cento) do total de casos pendentes, e um congestionamento à razão de 92 (noventa e dois por cento) em 2017, representando a maior taxa entre todos os processos em trâmite no País.

Ainda, à luz do último relatório “100 maiores litigantes”, também produzido pelo CNJ, cerca de 21% dos processos aguardando julgamento têm o Poder Público como parte. Dessa maneira, fica evidente que os métodos usuais de resolução de conflitos certamente não estão conseguindo lidar eficientemente com esta vasta demanda envolvendo a Administração Pública.

A “cultura da sentença” enraizada no Brasil e a conseqüente submissão de conflitos a um juiz, recorrentemente, vem se revelando insuficiente. Isto é, mais do que nunca, é necessária a implementação de métodos alternativos que possibilitem o desafogamento do Poder Judiciário e, conseqüentemente a resolução justa do caso concreto, não deixando de lado o próprio Estado enquanto sujeito de litígios – desde que observados determinados limites dentre as possibilidades existentes.

A Fazenda Pública como uma das maiores litigantes do País

Conforme observado, o Poder Público figura entre os maiores *repeatplayers* da

27 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório “Justiça em Números 2018”, p. 121. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>

Justiça brasileira, sendo fundamental perceber que este fenômeno não é fruto de acaso. É possível enumerar sólidas causas para tanto, dentre as quais se destacam as quatro seguintes: a opção constitucional por um Estado intervencionista, a ineficiência e a corrupção governamental, o ativismo judicial e, por fim, a ausência da cooperação estatal.

Notadamente, o constituinte originário de 88, na representação do povo, optou por um modelo constitucional no qual o Estado possui diversos deveres: educação, saúde, segurança, moradia, lazer, alimentação, etc., fazendo com que o mesmo esteja presente em quase todos os aspectos do cotidiano do cidadão brasileiro. Todavia, ocorre que estes serviços, por diversos motivos, são muitas vezes mal prestados, fazendo com que as demandas em face do próprio ente público seja crescente – principalmente em áreas como a saúde e a educação.

Além disso, tais condutas positivas asseguradas pela Constituição não se sustentam sem o viés orçamentário. Soma-se isso ao fato de que a Administração Pública pátria, per si, é ineficiente e, não raramente, envolvida em escândalos de corrupção e tem-se como resultado um Estado com inúmeros deveres institucionais para com a população e, ao mesmo tempo, sem o devido preparo para observá-los – seja por falta de verbas, seja pela ineficiência ou desvio de condutas de seus agente públicos.

Nessa esteira, o fato de o Estado descumprir inúmeros deveres jurídicos gera aos cidadãos lesados o direito legítimo de ingressar em juízo visando à satisfação do bem jurídico violado. Assim, vê-se que, na prática, toda a insatisfação social da população culmina na Justiça por meio de uma verdadeira enxurrada de processos judiciais.

Além disso, questão de suma importância quando se analisa a Fazenda Pública como um dos maiores litigantes do cenário nacional é justamente o fenômeno do ativismo judicial. Para analisá-lo, primeiramente, há que se fazer uma importante relação: o ativismo e o modelo instrumentalista de processo.

Pode-se dizer que o sistema vigente no Brasil antes do Código de Processo Civil de 2015 pautava-se no instrumentalismo. Segundo Candido Rangel DINAMARCO, o processo deve ser “instrumento eficaz para o acesso à ordem justa”²⁸. O fato é que esta visão,

28 DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 379.

na verdade, fomentou que o Poder Judiciário atuasse embalado por convicções éticas e políticas, acarretando em um verdadeiro protagonismo judicial. Sobre o ponto, assevera a autora Janaína Soares Noleto Castelo BRANCO:

O instrumentalismo baseia-se então no protagonismo judicial, na visão de que o processo é instrumento a serviço do Estado (e não das partes) na busca da realização da justiça, um dos escopos da jurisdição. O magistrado teria então especial discernimento para saber quais regras devem ou não ser aplicadas a partir de uma visão principiológica do ordenamento.²⁹

Nesse sentido, o ativismo judicial pode ocorrer no momento em que o poder legislativo deixa de promulgar normas a respeito de determinada situação jurídica ou, também (e aqui de modo mais grave) quando seus atos (legislativos) são substituídos por juízes de direito. Além disso, percebe-se que atualmente ocorre um intenso fenômeno de descrença nos poderes eleitos, fato este que faz parcela da sociedade a verdadeiramente apoiar tais ativismos, elegendo o Judiciário como uma espécie “salvador nacional” – isento e defensor da moralidade. Veja-se:

Nesse contexto, a sociedade não enxerga o Judiciário como parte integrante do Estado. É como se estivesse fora do Estado e da política, livre então da contaminação moral que atinge os demais poderes. Noutras palavras, o guardião da moral e dos deveres sociais.³⁰

Não significar isto o controle de constitucionalidade difuso ou concentrado: estes funcionam de forma a excomungar do ordenamento jurídico ou, ainda, dar interpretação conforme à Constituição as normas produzidas por outros Poderes. O ativismo judicial ora abordado, por outro lado, são decisões provenientes dos diversos graus de jurisdição que usurpam a competência dos Poderes Legislativo e Executivo, sob a alegação falaciosa de efetivação dos princípios constitucionais.

Em que pese notar-se um real apoio de parcela da população ao fenômeno em questão, é de se ressaltar, lado outro, que o mesmo proporciona um gigantesco impacto no orçamento nacional das finanças públicas. Vê-se, a exemplo, disso, as decisões proferidas pelo Judiciário que condenam a Administração a custear tratamentos médico não previstos na lista daqueles que seriam fornecidos pelo SUS. Sobre o impacto:

²⁹ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, P. 54;*
³⁰ *Ibid.* p. 77.

Mais ainda, a judicialização não deve ficar restrita à atuação (ou crítica à atuação do STF. Basta vermos que vários Estados da Federação gastam mais em pagamento de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos. Em São Paulo, por exemplo, os gastos da Secretaria Estadual de Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano destinado a medicamentos ³¹

Vê-se, assim, que o ativismo judicial, o qual vem acometendo o Poder Judiciário brasileiro, possui consequências notáveis, tal qual a verificação de negativos reflexos acerca da segurança jurídica e a previsibilidade da segurança jurídica, bem como o exposto impacto orçamentário. Tudo isso sem olvidar dos incontestáveis danos ao mecanismo democrático, tendo em vista o desrespeito aos poderes eleitos pelo povo.

Para tanto, vê-se que, inegavelmente, este fenômeno (ativismo judicial) é um importante fator para que o Estado seja tão demandado, na medida em que, atuando de forma a substituir os outros poderes, acaba atingindo de forma mais ultrajante o próprio ente estatal. Em suma, pode-se dizer que o ativismo é responsável pela proliferação de ações judiciais com as mais variadas teses, gerando um número enorme de demandas.

Por fim, pode-se ver, ainda, que um dos principais fatores do inchaço exagerado do poder público como demandado ou demandante judicial é justamente a ausência da cooperação estatal. Na medida em que é a própria Fazenda Pública a maior litigante do país, deve-se analisar o seu próprio comportamento em juízo para verificar se não estaria o mesmo colaborando com o aumento ou impedindo a diminuição de demandas a si atinentes.

O Código de Processo Civil de 2015 traz, entre suas normas fundamentais, especificamente em seu artigo 6º, o dever de cooperação entre as partes para a justa solução do litígio³². Além disso, dispõe o artigo 3º, §2º, do mesmo Código, o dever do Estado promover, sempre que possível, a solução consensual de conflitos³³.

Neste interim, o Estado deve prezar pela consensualidade não apenas quando é chamado para resolver conflitos atinentes a terceiro, como também quando os integra – esteja ou não judicializado. Pode-se dizer que com essas previsões e outras referentes à intensificação do contraditório e da primazia da resolução do mérito, o legislador pátrio

³¹ STRECK. Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 291.

³² Art. 6º, CPC/15: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

³³ Art. 3º, §2º, CPC/15: "O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

inaugurou o chamado modelo cooperativo de processo.

Em contraposição ao modelo instrumentalista, com o advento do novo Código, as partes ganham mais protagonismo. “Passa-se à visão de processo como comunidade de trabalho, sendo, neste cenário, a cooperação considerada grande vetor a reger o papel judicial e as atitudes das partes”.³⁴

Neste modelo, vê-se que as partes assumem um papel mútuo de participação a fim de que, ao final, seja proferida a decisão mais legítima e democrática possível, a partir da intensificação do debate em âmbito judicial. Vê-se, neste, a clara intensão do legislador de concretizar mais amplamente os princípios constitucionais do processo. Prova disso é que o Código de Processo de 2015 (considerado o diploma que consolida a cooperação processual no Brasil) prevê especificamente o mesmo em seu texto (Parte Geral, Livro I, Título Único, Capítulo I – Das Normas Fundamentais do Processo Civil).

A despeito disso, pode-se perceber que a maioria desses princípios já encontrava-se presente no próprio texto constitucional. Dessa maneira, a previsão do legislador infraconstitucional em novamente dispositivá-los é no sentido justamente de chamar a atenção para que se tenha a máxima efetivação possível dos princípios processuais deste modelo cooperativo.

Nesse contexto, o princípio do contraditório passa a valer como um poderoso instrumento de participação e, ainda, de promoção do efetivo diálogo entre as partes e o juiz de modo que este, antes de proferir uma decisão, deve previamente ouvi-las, evitando surpresas e ausência de participação (abrangendo os dois aspectos do princípio do contraditório: a garantia não surpresa e a garantia de efetiva influência nas decisões).

Tem-se, assim, que no modelo cooperacional de processo, são as partes que assumem relevante papel durante o deslinde processual, e não mais a figura do juiz (conforme observa-se no sistema instrumentalista). Assim, na medida em que as próprias partes é que influenciarão a decisão do magistrado e este só decidirá com fundamento a respeito do qual tenha sido dada a oportunidade de oitiva da parte, é possível dizer que a cooperação processual é um mecanismo, no bojo do processo judicial, garantidor

34 BRANCO, Janaina Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaina Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, P. 56;*

da democracia e, ainda da pacificação social. Nesse sentido, assevera Janaína Castelo BRANCO:

Estando definitivamente incluído no rol dos sujeitos do diálogo processual, estaria o juiz, no modelo cooperativo, impedido de ocupar o superado mister de mero coletor de alegações da partes, de passivo espectador do debate entre eles travado. Pode-se dizer, então que o modelo cooperativo de processo consiste na aplicação ao processo judicial do modelo de Estado democrático constitucional. Ao garantir o direito de influenciar a decisão judicial, o modelo cooperativo mostra-se como aquele que confere maior legitimidade à atividade jurisdicional, sendo o mais adequado ao alcance da pacificação social. A pacificação decorre da circunstância de que o jurisdicionado, ainda que vencido, sentirá que teve efetivamente a oportunidade de influenciar o magistrado.³⁵

Nada obstante a isso tudo, observa-se que a Fazenda Pública tem atuado de modo oposto ao que se tem defendido, isto é, assumindo postura excessivamente litigiosa, conforme aponta o seguinte estudo de Marcelo Veiga FRANCO:

É alarmante constatar que a Fazenda Pública pratica uma atuação processual exageradamente litigiosa, sendo uma das principais responsáveis pela judicialização desnecessária de conflitos de interesses, o que contribui significativamente para o agravamento da crise da Justiça mediante o aumento do número de processos judiciais levados aos órgãos judiciários. Em outras palavras, o próprio Estado (Fazenda Pública), pela sua atuação como o maior *repeat player* do sistema judiciário brasileiro, é um dos principais dificultadores para a concretização de um alto nível de qualidade na prestação jurisdicção também estatal (Estado-Juiz).³⁶

Não se olvide, todavia, que o modelo cooperativo apresentado aplica-se amplamente à Fazenda Pública. Apesar de o artigo 3º, §2º do Código de Processo Civil de 2015 não fazer referência expressa, certamente está o poder público vinculado ao dever cooperativo e à busca da consensualidade.³⁷ É o que muito bem ensina Janaína Soares Noleto Castelo BRANCO:

O que se tem por certo é que tem o ente público dever de cooperação no qual se insere a busca pela consensualidade. Tal dever não é apenas do Estado enquanto órgão público componente do sistema de acesso à justiça, mas também do Estado-parte em litígios judiciais (Fazenda Pública) e do Estado em sua atuação ordinária fora do juízo. (...) O certo é o dever estatal de busca da solução consensual dos conflitos, o que, se observado, indubitavelmente impactará na engrenagem judiciária, com significativa redução do número de ações judiciais³⁸

Apesar disso, tal qual será visto, há importantes causas que inviabilizam ou,

³⁵ *Ibid.*, p. 62/63

³⁶ FRANCO, Marcelo Veiga. *Câmaras de mediação e conciliação na Fazenda Pública: o artigo 174 do Novo Código de Processo Civil como contribuição para o acesso à justiça "desjudicializando"*. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). *Advocacia Pública*. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3, p. 253

³⁷ Art. 3º, §2º, CPC/15. *O estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. O comando é feito ao Estado em qualquer de suas concepções (Estado-juiz, Estado-administração, Estado-Ministério Público, Estado-Defensoria Pública, etc.)*.

³⁸ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, págs. 84/85.*

ao menos, impedem que a Fazenda Pública possa agir deste modo, isto é, aplicando a consensualidade por meio da cooperação processual. Pode-se dizer que tais fundamentos advêm, de um modo mais amplo, do tratamento desigual existente entre as funções essenciais à justiça.

Sob o espectro do Código processual civilista de 1973, a Advocacia Pública sequer encontrava-se no rol das Instituições essenciais ao funcionamento e à administração da Justiça. Acertadamente, na tentativa de retificar o problema, o Codex de 2015 traz, pela primeira vez no âmbito processual, sua equiparação ao Ministério Público e à Defensoria Pública (Títulos V, VI e VII do Livro III). Dessa forma, pode-se dizer que, por parte do legislativo, houve a equiparação da importância dessas instituições à concretização de acesso à justiça.

Porém, apesar de o novel Código Processual ter simbolicamente equiparado a Advocacia Pública ao lado das outras citadas Instituições (Ministério Público e Defensoria Pública) em sendo todas elas essenciais à Justiça, fato é que a primeira ainda possui grande discrepância de armas quando comparada a estas últimas instituições.

Em que pese a Fazenda Pública fazer jus às prerrogativas processuais de dobra de prazo, intimação pessoal, pagamento das dívidas judiciais por precatórios, percentuais diferenciados de honorários sucumbenciais e remessa necessária, por exemplo, fato é que, em relação a sua autonomia funcional, ainda há muito o que evoluir.

Ocorre que essa desproporção acentua o grau de exposição a risco institucional e financeiro do Estado brasileiro. Isso porque, quando se compara as garantias institucionais que fazem jus a Advocacia Pública com instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública, vê-se que estas são deveras mais fortalecidas. Observa-se, no entanto, que são justamente estas instituições, mais fortalecidas institucionalmente, que litigam diretamente com a Fazenda Pública – que acaba saindo em desvantagem e, conseqüentemente, gera ônus ao próprio Estado nacional.

Desse modo, é possível dizer que a atuação cooperativa do advogado público prescinde de prerrogativas institucionais mínimas, dentre as quais destacar-se-ão: autonomia funcional ou técnica, a escolha do chefe da instituição pelo chefe do executivo

devendo ser feito com base em membros da carreira e com a consequente aprovação pelo Legislativo e, por fim, a exclusividade da função por advogados públicos de carreira.

Sob uma primeira análise, nota-se que a legislação pátria adota regras no sentido de garantir a autonomia funcional dos advogados públicos. Tais dispositivos podem ser encontrados, por exemplo, na Seção III do capítulo IV, art. 133, da CF³⁹ (previsão constitucional da inviolabilidade dos advogados por seus atos e manifestações no exercício da profissão) e, ainda, na Seção II do Capítulo IV da CF (regulamentação específica da Advocacia Pública).

Conquanto isso, a prática vem demonstrando que essa autonomia é comumente ignorada por órgãos de controle. Em primeiro lugar, é importante destacar que se entende por autonomia funcional a “não responsabilização externa do advogado público pela prática de atos em conformidade com o direito e com as diretrizes da Procuradoria. Trata-se do reconhecimento de que cabe somente ao órgão da Advocacia Pública a prerrogativa de rever e censurar manifestações jurídicas dos seus membros”.⁴⁰

Nessa linha, a sujeição administrativa dos advogados públicos deve ser lastreada única e exclusivamente por meio do órgão ao qual estão vinculados (vinculação administrativa interna). A sujeição de controle por órgãos externos acarretaria em flagrante violação à autonomia funcional do advogado público, bem como no atarantamento da eficiência na atuação destes profissionais.

Seguindo essa lógica, o Código de Processo Civil de 2015 prevê em seu artigo 184 que os advogados públicos são responsabilizados civil e regressivamente nos casos de atuarem com culpa ou dolo.⁴¹ Esta norma, todavia, deve ser interpretada em conjunto com a Lei Complementar n° 73 de 1993, que prevê em seus artigos 5°, I e III a reserva com exclusividade à Corregedora-Geral da União competência para a fiscalização funcional e apreciação de representações relativas aos membros da instituição⁴². Ainda assim, dispõe o caput do artigo 75 da Medida Provisória n° 2229 de 2001 que os membros da AGU

³⁹ Art. 133, CF: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por sus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

⁴⁰ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos* / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, págs. 101/102.

⁴¹ O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

⁴² Art. 5°, LC n° 73/93 - A Corregedoria-Geral da Advocacia da União tem como atribuições: I - fiscalizar as atividades funcionais dos Membros da Advocacia-Geral da União; III - apreciar as representações relativas à atuação dos Membros da Advocacia-Geral da União;

respondem exclusivamente perante a própria instituição por falta funcional praticada no exercício de suas atribuições específicas⁴³.

Desse modo, é possível verificar que “enquanto para a responsabilização meramente funcional bastaria a prova de culpa do procurador, para a civil seria mister que agisse com dolo ou fraude. Assim, apesar de o dispositivo abrir caminho para a interpretação de que é possível a responsabilização civil do advogado público por pessoas, órgãos ou instituições distintas do órgão que integra, limita-a às hipóteses de dolo ou fraude”.⁴⁴

Além disso, o artigo 38, §2º, da Lei nº 13327 de 2016⁴⁵ surge de modo a restringir a responsabilização dos membros da Advocacia Pública Federal nos casos de dolo ou fraude. Isso quer dizer que, em se tratando de conduta culposa a responsabilização somente poderia ocorrer por meio dos órgãos correccionais ou disciplinares da própria AGU.

Dessa maneira, percebe-se que órgãos de controle como os Tribunais de Contas, por exemplo, somente poderia atuar responsabilizando a atuação dos advogados públicos nos casos exclusivos de dolo ou culpa. No entanto, o Tribunal de Contas da União vem tornando absolutamente sem efeito a previsão constante no artigo 38, §2º da Lei nº 13327/16, uma vez que passara a interpretá-la no sentido de que a mesma não proíbe a aplicação da responsabilização civil dos advogados públicos nos casos em que não haja dolo ou fraude (caso de culpa). Para o TCU, o artigo 71, inciso VIII da Constituição⁴⁶ autorizaria a aplicação de multa proporcional ao dano causado nos casos de ilegalidade ou irregularidade de contas, ainda que ausente o dolo.⁴⁷

Vê-se, dessa maneira, que a legislação infraconstitucional não possui qualquer força normativa diante da interpretação adotada pelo Tribunal de Contas da União. Com isso, a

43 Art. 75, MP nº 229/01 – Os membros da Advocacia-Geral da União, como os integrantes da Carreira de Procurador Federal e de órgãos jurídicos vinculados à Instituição em geral, respondem, na apuração de falta funcional praticada no exercício de suas atribuições específicas, institucionais e legais, exclusivamente perante a Advocacia-Geral da União, e sob as normas, inclusive disciplinares, da Lei Orgânica da Instituição e dos atos legislativos que, no particular, a complementem.

44 BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, págs. 103/104.*

45 Lei 13327/16 Art. 38. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas: § 2º No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correccionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.

46 Art. 71, CF/88: Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

47 “Os ocupantes de cargos da Advocacia Pública Federal podem ser responsabilizados pelo TCU, mesmo quando não tenham atuado com dolo ou fraude, porquanto a disposição contida no art. 38, §2º, da Lei 13327/16 não inovou no mundo jurídico, apenas trouxe novos contornos à disciplina do art. 75 da MP 2229/01, de modo que se refere apenas à responsabilização funcional”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2947/2016. Plenário. Min. Marcos Bemquerer Costa. Número da ata: 47/2016. Data da sessão: 16/11/2016. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 nov. 2016e, Seção 1, p. 66).

solução mais adequada ao caso em tela deve advir de norma propriamente constitucional – havendo já proposta de emenda neste sentido. Cuida-se da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n° 82-A/2007⁴⁸, que, dentre outros fins, busca exatamente a garantia da autonomia técnica dos órgãos da Advocacia Pública.

Além disso, observa-se que a escolha do Advogado Geral da União é realizada por escolha do Presidente da República, a critério de conveniência, não necessariamente por membros da carreira e, ainda, sequer prescindindo da ratificação do Congresso Nacional. É que, nos termos do artigo 131, §1º, da Constituição Federal⁴⁹, a nomeação se dá pelo “Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada”. Ou seja, há uma grande discrepância quando comparado, por exemplo, com o Ministério Público da União⁵⁰, em que a nomeação do Procurador Geral da República ocorre por escolha do Presidente da República, restringindo-se aos membros integrantes da carreira e, ainda, devendo passar pela sabatina do Senado Federal.

Ademais, outra previsão que pode ferir a autonomia da carreira da AGU, nos termos do artigo 3º, §1º, da Lei Complementar n° 73/93⁵¹, é a submissão direta do Advogado Geral da União direta, pessoal e imediata ao Presidente da República. Sem dúvidas, tal previsão reforça ainda mais a submissão da Instituição (AGU) aos interesses do chefe do Poder Executivo.

Nesse sentido, pode-se dizer que “o ideal, portanto, com vistas a evitar indevido risco institucional, seria a imediata reforma constitucional, de modo a expressamente garantir ao chefe da Advocacia Geral da União (AGU) igual tratamento dado ao chefe do

48 Fica acrescido o seguinte artigo art. 132-A à Constituição Federal: “O controle interno da licitude dos atos da administração pública, sem prejuízo da atuação dos demais órgãos competentes, será exercido, na administração direta, pela Advocacia-Geral da União, na administração indireta, pela Procuradoria-Geral Federal e procuradorias das autarquias, e pelas Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, as quais são asseguradas autonomias funcional, administrativa e financeira, bem como o poder de iniciativa de suas políticas remuneratórias e das propostas orçamentárias anuais, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.” (BRASIL. Câmara dos deputados. Substitutivo adotado pela Comissão Especial à PEC n° 82-A, de 2007, e à apensada, PEC n° 452-A, de 2009. Acresce o art. 132-A e altera o art; 168 da Constituição Federal de 1988. Brasília, 2014^a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3438E5D1F35251466AA3540079966E22.proposicoesWebExterno1?codteor=466900&filename=PEC+82/2007

49 Art. 131, §1º, CF/88. Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

50 Art. 128, CF/88. O Ministério Público abrange: § 1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução. § 2º A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

51 Art. 3º, §1º, LC n° 73/93. Art. 3º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. § 1º - O Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, submetido à direta, pessoal e imediata supervisão do Presidente da República.

Ministério Público da União (MPU)".⁵²

Nesse sentido, defende Janaína Soares Noleto Castelo BRANCO, que a submissão da mais alta classe da carreira da advocacia pública – seja no âmbito federal, seja no âmbito estadual, em que as constituições estaduais reproduzem a previsão constitucional – ao critério exclusivo dos chefes dos poderes executivos, representa um grave risco institucional à carreira do advogado público. Nesse sentido, verifica-se:

A livre exoneração a que se submete o Advogado-Geral da União, repetida nas constituições estaduais no que diz respeito aos respectivos Procuradores-Gerais, não é adequada à necessária independência que deve manter a Advocacia-Pública, inclusive no assessoramento da própria chefia do Executivo. A consolidação da Advocacia Pública como órgão de Advocacia de Estado não se dará sem a extirpação da submissão da chefia da instituição à chefia do Poder Executivo, que nada mais é que um dos poderes a serem assessorados. O primeiro e fundamental passo para essa desvinculação está na forma de escolha do chefe da instituição. Se a Advocacia Pública, para fugir à tentação de atendimento de interesses imediatos de governos, deve estar estruturada em carreira, com cargos efetivos de provimento por concurso público de provas e títulos, não há sentido em permitir-se que seja alheio a esse quadro o chefe da instituição. Ele é quem sofrerá intensamente a pressão do Governo. Com maior razão então deve ser de carreira.⁵³

Por fim, um último ponto que merece destaque quando se analisa as necessárias prerrogativas institucionais a que deve ser submetida a carreira da advocacia pública é, justamente, a submissão dos cargos e provimentos a concursos públicos de provas e títulos. Nas linhas do que dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 131, §2º⁵⁴, aplica-se esta regra na Advocacia Pública em âmbito Federal e, também, na esfera estadual e distrital, à luz do caput do artigo 132 da Lei Maior. No entanto, observa-se uma lacuna à regra quando da análise do âmbito municipal.

Tendo em vista a lacuna legislativa, por vezes, é possível encontrar Municípios nos quais a função de advogado público é exercida por escritórios de advocacia particulares, na medida em que não há norma expressa nesse sentido. Todavia, fato é que somente com a exclusividade de advogados públicos na representação do ente estatal é que pode se consolidar a Advocacia Pública, evitando-se que governos, por meio de cargos comissionados possam atuar controlando a juridicidade da Administração, em claro desvio

52 BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos* / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pág. 107.

53 *Ibid.*, págs. 108/109.

54 Art. 131, §2º, CF/88. *A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.*

às funções exercidas pelo advogado pública, que deve apartidária e comprometida com o controle de juridicidade dos atos estatais.

À luz disso, o Supremo Tribunal Federal propôs a edição de Súmula Vinculante (PSV número 18) no seguinte sentido: “O exercício das funções da Advocacia pública, na União, nos Estados e nos Municípios, nestes, onde houver, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988”.

Além disso, a Proposta de Emenda Constitucional número 17 de 2012⁵⁵ propõe a alteração do artigo 132 da Constituição Federal para estender aos Municípios a obrigatoriedade de carreira organizada de procurador, com ingresso por meio de concurso público com a participação efetiva da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em todas as suas fases, garantindo-se a estabilidade dos membros após 03 (três) anos de efetivo exercício, após avaliação de desempenho.

Dessa forma, defende-se que a aprovação da aludida proposta de súmula vinculante número 18, bem como a aprovação da PEC número 17 de 2012 seriam, ambas, de muito proveito para a Advocacia Pública. Isso porque o referido enunciado vincularia toda a Administração Pública e a aprovação da PEC unificaria, por fim, o tratamento dado à Advocacia Pública em todos os âmbitos federativos – o que significaria, indubitavelmente, importantíssimo avanço institucional e, conseqüentemente, um maior poder de atuação do advogado público nas causas envolvendo a Fazenda Pública.

A despeito disso, é possível defender que, embora não haja norma expressa nesse sentido, implicitamente haveria a obrigatoriedade da criação pelos municípios de cargos efetivos de advogado público preenchidos por meio de concursos públicos de provas e títulos. Isso ocorreria por interpretação proveniente do inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal⁵⁶:

55 Altera a redação do art. 132 da Constituição Federal para estender aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), com ingresso por concurso público com a participação da OAB em todas as suas fases, garantida a estabilidade dos procuradores após 3 anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105021>

56 Art. 37, II, CF/88. Art. 137. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998): II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A concepção constitucional prevista no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal exige o provimento desses cargos mediante aprovação prévia em concurso, seja pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo que se reputa impreterível a existência de quadros de carreira, para cumprir tais atribuições.⁵⁷

Dessa maneira, cabe elucidar, ainda, que a alegação de que não seria possível prover, no âmbito municipal, cargos efetivos de advogado público por meio de concurso públicos de provas e títulos em razão de inviabilidade econômica do erário, não merece prosperar. Isso porque haveria, na prática, um mero deslocamento das finanças, na medida em que as municipalidades já arcam com o custeio da remuneração proveniente dos escritórios privados contratados ou com a manutenção de cargos comissionados para representar a Fazenda Pública local. Ainda, destaca-se o fato de que a PEC proposta não faz qualquer referência ao subsídio do procurador – o que dar-se-ia levando-se em consideração a capacidade econômica do próprio Município.

Viu-se, dessa forma, que a Fazenda Pública figura como o maior litigante do Poder Judiciário e os métodos consensuais de resolução de conflito, embalados principalmente pelo princípio processual da cooperação poderia, em muito, contribuir em significativa alteração desse quadro. Todavia, percebeu-se, também, que o estímulo à consensualidade deve ser estimulado pelo próprio advogado público que, nos finais das contas, é quem irá representar o ente público no âmbito judicial. No entanto, atualmente este possui relevantes fundamentos que rechaçam sua atuação mais proativa nesse sentido, uma vez que sua autonomia institucional ainda é bastante frágil.

A (ir)relevância da distinção da natureza da relação jurídica em pública ou privada

Em primeiro lugar, há muito defendeu-se que a supremacia do interesse público sobre o privado⁵⁸ inviabilizaria quaisquer tipos de negociações envolvendo o Poder Público e, conseqüentemente, a Fazenda Pública. Isso porque, classicamente, o interesse público seria uma fonte indisponível⁵⁹ que embargaria qualquer espécie de autocomposição

57 TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coords.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 145.

58 "O interesse público é supremo sobre o interesse particular, e todas as condutas estatais têm como finalidade a satisfação das necessidades coletivas. Nesse sentido, os interesses da sociedade devem prevalecer diante das necessidades específicas dos indivíduos, havendo a sobreposição das garantias do corpo coletivo, quando em conflito com as necessidades de um cidadão isoladamente. Em razão desta busca pelo interesse público, a Administração de põe em situação privilegiada, quando se relaciona com os particulares" (CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo* / Matheus Carvalho – 5. Ed. Ver. Ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 62.)

59 "Esse princípio define os limites da atuação administrativa e decore do fato de que a impossibilidade de abrir mão do interesse público deve estabe-

envolvendo os entes públicos.

Contudo, esta supremacia vem sendo relativizada pela doutrina mais abalizada, de modo a não poder ser visualizada de forma estanque. Observa-se:

Dessa forma, apesar de o Estado ter de perseguir o interesse público, esse dificilmente pode ser definido estaticamente, pois deve ser buscado em primeiro lugar na Constituição, e eventualmente precisará de uma ponderação dos direitos previstos, a fim de verificar qual ou quais interesses representam aquilo que deve ser perseguido pelo Poder Público. Nessa atividade de estabelecimento do equilíbrio dos direitos envolvidos, destaque-se que há um parâmetro de que deve desde logo ser fixado: em função da primazia dada pela Lei Maior, a dignidade da pessoa humana possui superioridade *prima facie* na ponderação a ser efetuada.

Da mesma maneira, se na situação concreta os eventuais interesses em jogo não tiverem status constitucional, também é preciso sopesá-los, a fim de estabelecer a atividade estatal a ser efetuada. Assim, vê-se que a atividade ponderativa tem importante papel na definição do interesse público que deve prevalecer, e que pode ser mesmo um interesse de um único indivíduo, e não da coletividade ou arrecadatório do Estado. Ressalve-se, porém, que pode o próprio legislador ter efetuado uma prévia ponderação de interesses, na edição de lei, devendo ser respeitada a definição realizada pelo Poder Legislativo, se conforme à Constituição, o que caracterizaria respeito à própria norma.

Diante disso, fica evidente que o princípio da supremacia do interesse público não significa que os interesses estatais devem sempre prevalecer sobre os dos administrados, mas que o interesse público, definido a partir da ponderação, deve prevalecer em certa atividade concreta sobre interesses isolados – sejam particulares, sejam estatais. Assim, sugere-se falar não em supremacia do interesse público sobre o privado, mas simplesmente em supremacia do interesse público, já que este pode representar a proteção a um interesse ou alguns administrados apenas.⁶⁰

De modo outro, sustentou-se que a viabilidade da utilização de um mecanismo consensual pela Fazenda Pública perpassaria, obrigatoriamente, pela natureza do vínculo com o particular, isto é, se de direito público ou se de direito privado, conforme melhor analisar-se-á.

Nesse sentido, a fim de verificar se a natureza da relação estabelecida entre a Fazenda Pública e o Particular, no caso concreto, é de direito público ou de direito privado, as seguintes teorias destacam-se: a teoria subjetiva, a objetiva e a teoria da subordinação. A primeira é regida pela qualificação das partes integrantes da relação; a segunda, leva em consideração a natureza da norma que rege o caso; e a terceira considera a natureza do

lecer ao administrador os seus critérios de conduta. De fato, o agente estatal não pode deixar de atuar, quando as necessidades da coletividade assim exigirem, uma vez que suas atividades são necessárias à satisfação do interesse do povo" (CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo / Matheus Carvalho – 5. Ed. Ver. Ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 65.)

60 RODRIGUES, Marco Antonio. A Fazenda Pública no processo civil / Marco Antonio Rodrigues – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 9/10.

vínculo que une as partes.

Isso quer dizer que, à luz da teoria subjetiva, qualquer vínculo em que o Estado faça parte, automaticamente a relação estabelecida será de direito público. Assim, a caracterização de uma relação jurídica como privada seria, na verdade, residual⁶¹. Todavia, vê-se que, em diversos casos, a Administração compõe uma relação de direito privado – o que enfraquece esta teoria.

Sob o espectro da teoria objetiva, por sua vez, o que se deve considerar é propriamente o interesse perseguido pela norma. Ou seja, se uma norma visa ao direito público, então ela será de direito público, aplicando-se como verdadeira a recíproca (se uma norma visa ao interesse particular, então ela será classificada como sendo efetivamente de direito privado).⁶² Aqui, mais uma vez, deve-se observar que diversas normas levam em conta ambos os interesses, ora pública, ora privados.

Lado outro, a teoria da subordinação infere que o direito público estaria pautado por uma relação de subordinação, e o privado, por sua vez, por uma relação de igualdade. Novamente, verifica-se um impasse teórico, uma vez que, em ambos os casos, seja no direito público, seja no direito privado, pode-se verificar relações de igualdade e de subordinação, como, por exemplo, verifica-se nos contratos administrativos⁶³.

A despeito disso, classificação que amplamente se utilizou é aquela defendida pelo alemão Harmut Maurer, a qual leva em consideração a natureza da norma que rege o caso concreto (teoria objetiva). Assim, as normas que aplicam-se exclusivamente ao Estado ou a sujeitos revestidos de autoridades pertencem ao direito público, enquanto aquelas que possuem quaisquer outros destinatários serão de direito privado. Em suas palavras: “El derecho público es así el derecho exorbitante del Estado, y, el derecho privado, el derecho de todos los individuos (incuyéndose entre tales “individuos” también al Estado)”⁶⁴.

Sobre essa teoria, “a dificuldade quase nunca reside na qualificação da norma aplicável, mas sim na identificação da norma que deve reger o caso concreto”⁶⁵. O que

61 CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. V. 1, 8.ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2006. p. 52.

62 MAURER, Harmunt. *Derecho Administrativo alemán*. Tradução de José Bobes Sánchez et al. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. P. 50.

63 *Ibid.*, p. 51.

64 *Ibid.*, p. 51. Tradução livre: O direito público é o direito exorbitante do Estado e o direito privado, o direito de todos os indivíduos (incluindo-se entre tais “indivíduos” o Estado).

65 PERLINGEIRO, Gabriel. *AS POSSIBILIDADES DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS JUDICIAIS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*.

haveria, na verdade, seria um problema essencialmente de atribuição⁶⁶.

Nesse sentido, não haveria nenhum impedimento para que a Administração Pública pudesse ser submetida, também às normas de direito privado. Segundo HarmuntMaurer, essa hipótese pode ser verificada em três casos: na atividade administrativa de provisão, na atividade empresarial da Administração e na prestação de serviços públicos sob a forma do direito privado⁶⁷.

Sobre esses casos, ou seja, quando o Estado sujeita-se a normas de direito privado, muito bem elucida Gabriel PERLINGEIRO, à luz dos ensinamentos do autor alemão:

O primeiro caso se refere à obtenção de bens e serviços pelo Estado como meio de satisfazer suas funções precípua. Para tanto, recorre ao mercado, celebrando acordos com empresas privadas sob o manto do direito civil. Na espécie, a Administração atua como se particular fosse.

Em seguida, trata das hipóteses de o Estado figurar como empresário, seja através de sua própria atividade empresarial, seja através de empresas estatais. A propósito, no Brasil, por força do art. 173, §1º, II da Constituição Federal, as ações econômicas da Administração devem necessariamente se sujeitar às normas de direito privado, sendo ilegítimo o exercício de autoridade em relações que se estabelecem nessas circunstâncias.

Por fim, aponta que funções administrativas precípua também podem ser cumpridas sob a forma do direito privado. Dessas se excluem atividades indelevelmente ligadas ao emprego de meios de coação, como a tributária ou a de polícia, não podendo a Administração renunciar às prerrogativas próprias do direito público. Nas atividades administrativas de prestação, por outro lado, Maurer entende que o Estado poderá escolher entre oferecer seus serviços valendo-se das formas jurídicas do direito público ou socorrendo-se das de direito privado. Ele acrescenta que a liberdade de opção alcança tanto a forma de organização do serviço quanto a configuração da relação de prestação/utilização. Dessa forma, por exemplo, um Estado-membro poderia optar entre prestar serviço de gás mediante seus próprios meios ou encarregar uma empresa privada do dito serviço. As relações surgidas entre o concessionário e os usuários só podem ser de direito privado. Se, ao contrário, o ente decide prestar por si mesmo o fornecimento de gás, poderá atribuir à relação entre ele e os usuários uma natureza pública ou privada, a depender do que dispor lei de regência.⁶⁸

Especificamente quanto à prestação de serviços públicos, é importante notar que, à vista do julgamento da ADI 447-DF, à época relatada pelo Ministro Octavio Gallotti, pronunciou em seu voto o Ministro Carlos Velloso acerca dos limites da opção de regime por parte do Estado, classificando-os da seguinte maneira:

Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 3. Setembro a Dezembro de 2017.

⁶⁶ MAURER, Harmunt. *Derecho Administrativo alemán. Tradução de José Bobes Sánchez et al. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. P. 53.*

⁶⁷ *Ibid.*, p. 53.

⁶⁸ PERLINGEIRO, Gabriel. *AS POSSIBILIDADES DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS JUDICIAIS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 3. Setembro a Dezembro de 2017.*

1) **Serviços públicos propriamente estatais**, em cuja prestação o Estado atue no exercício de sua soberania, visualizada sob o ponto de vista interno e externo, esses serviços são indelegáveis, porque somente o Estado pode prestá-los. São remunerados, por isso mesmo, mediante taxa. Exemplos: a emissão de passaportes e o serviço jurisdicional. (...) 2) **Serviços públicos essenciais ao interesse público** são os serviços prestados no interesse da comunidade. São remunerados mediante taxa. E porque as atividades são essenciais ao interesse público, à comunidade ou à coletividade, a taxa incidirá sobre a utilização efetiva ou potencial do serviço. Exemplos: os serviços de coleta de lixo e sepultamento. (...) 3) **Serviços públicos não essenciais** e que, quando não utilizados, disso não resulta dano ou prejuízo para a comunidade ou para o interesse público. Esses serviços são, em regra, delegáveis, vale dizer, podem ser concedidos e podem ser remunerados mediante preço público. Exemplo: o serviço postal, o serviços telefônicos, telegráficos, de distribuição de energia, de gás, etc. (grifo meu).

Conforme visto, o Estado poderia figurar nas relações jurídicas de maneiras distintas, ora praticando atividades estritamente estatais, ora praticando atividades semelhantes àquelas praticadas pelos particulares – o que, para a doutrina clássica, justamente representaria o interesse público sob seus dois aspectos: o primário e o secundário, levando-se em consideração, ainda, a natureza do vínculo jurídico existente na relação concreta.

Dessa maneira, a possibilidade da utilização de mecanismos consensuais pela Fazenda Pública estaria submetido à análise do tipo de direito aplicável ao caso concreto (se público ou privado) bem como ao tipo de relação jurídica, isto é, se atinente ao interesse público em seu aspecto primário (interesses da sociedade) ou seu aspecto secundário (interesse apenas da pessoa jurídica de direito privado). Assim, quando a natureza da norma aplicável fosse de direito privado, e o interesse envolvido, exclusivo da pessoa jurídica de direito público, poderia ser aplicado o mecanismo consensual.

A questão do interesse público: supremacia e indisponibilidade?

Com as devidas homenagens às classificações acima apresentadas, não serão estes os posicionamentos que o presente trabalho irá adotar. Isso porque os estudos mais modernos, e mais acertados, revelam que a cooperação processual (e, portanto, a aplicação dos métodos consensuais de resolução de conflito), deve ser pautada, na verdade, pela moralidade, pela boa-fé administrativa e pela proteção da confiança – razão pela qual, em última análise, a supremacia do interesse público pelo privado e a distinção deste último em primário e secundário, como fundamentos de viabilidade cooperativa, não possuem

relevância.

Em primeiro lugar, há que se diferenciar o que seria a moral comum e o que seria a moralidade administrativa. A distinção dar-se-ia no sentido de que a primeira não poderia ser alterada intencionalmente por uma norma jurídica, isto é, não poderia um ato legislativo intencional deliberadamente alterar um padrão da moral comum.

Por outro lado, a moralidade administrativa possui expressa previsão constitucional no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 88 – de modo que o comportamento moral do ente público, diferentemente, é exigido no âmbito jurídico – o que não ocorre com o comportamento moral de outras pessoas.

Nesse sentido, pode-se dizer que “esta norma estabelece a obrigatoriedade de observância a padrões éticos de conduta, para que se assegure o exercício da função pública de forma a atender às necessidades coletivas”.⁶⁹

Seguindo o estudo, pode-se ver que decorre da moralidade administrativa, a boa-fé administrativa, a qual também deve ser agasalhada pelo Estado em sua atuação. Assim, a moralidade e a boa-fé estariam intimamente interligadas, no sentido de que “deve o agente público atuar com boa-fé. Aquilo que se sente como imoral, se praticado pelo homem normal, é não só imoral, mas antijurídico, se praticado pelo homem normal”.⁷⁰

Além do mais, a legítima confiança consistiria no intuito de conservar as relações jurídicas firmadas entre a Administração Pública e o administrado, de modo a firmar os vínculos estabelecidos. Sobre a diferença entre a boa-fé e a proteção da confiança, afirma Janaína Soares Noleto Castelo BRANCO:

A diferença básica entre os princípios da boa-fé e da proteção da confiança estaria em que este diz respeito à segurança jurídica no aspecto subjetivo no que se refere à revisão de atos já praticados, enquanto aquele aponta para os demais comportamentos presentes e futuros da Administração.⁷¹

Complementando a análise, muito bem aduz Matheus CARVALHO:

Ademais, é relevante ressaltar que a aplicação do princípio da segurança jurídica deve ter como base a boa-fé daqueles que se valiam da situação anterior para seu benefício, não podendo configurar uma forma de beneficiar os particulares pela

⁶⁹ CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo / Matheus Carvalho – 5. Ed. Ver. Ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 72.*

⁷⁰ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JuSPodivm, 2018, pág. 31.*

⁷¹ *Ibid.*, pág. 34.

torpeza de suas condutas. Trata-se do princípio de proteção à confiança. Dessa forma, caso a Administração Pública pratique atos em benefício de determinados particulares não pode, posteriormente, sob a alegação de que imprimiu nova interpretação à norma legal, retirar o benefício anteriormente concebido.⁷²

Dessa maneira, vê-se que a moralidade e a boa-fé administrativa, bem como a proteção à confiança são vetores fundamentais no atuar da Administração Pública, inclusive no que concerne à prática de mecanismos cooperativos sob o aspecto consensual de conflitos. Seguindo essa análise, cabe verificar se a primazia do interesse público sobre o privado, bem como a divisão deste entre primário e secundário poderiam funcionar como limites do atuar consensual da Fazenda Pública.

De antemão, defender-se-á que não se pode aderir à ideia de um princípio da supremacia do interesse público na medida em que, se assim fosse, seria impossível submetê-lo a técnicas de ponderação – as quais justamente decorrem da natureza principiológica: à luz do caso concreto, em havendo embate entre dois princípios, fato é que, sob a técnica da ponderação, um deverá preponderar em relação ao outro tomando-se por base o critério da razoabilidade.

Dessa forma, percebe-se que “essa prioridade abstrata é a negação da natureza principiológica. A prevalência sempre de determinado interesse impede que o tal princípio seja confrontado com outros, inviabilizando um juízo de ponderação a partir da situação concreta”⁷³

Ademais, cabe verificar se esta prevalência estaria dispositivada na Constituição Federal, pelo que se poderia defender tratar-se de norma-regra. Percebe-se que parcela doutrinária defende que este princípio teria status constitucional, podendo ser extraído de uma interpretação sistêmica da Constituição – na medida em que, em diversas vezes, o Texto Magno estaria fazendo referência a uma prevalência do coletivo sobre o privado.⁷⁴

Todavia, ocorre que o mero fato de a Constituição, em determinados dispositivos, restringir direitos individuais em favor de interesses coletivos não configura a prova da

72 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo / Matheus Carvalho – 5. Ed. Ver. Ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 98.*

73 BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pág. 39.*

74 “São múltiplas as fontes constitucionais da superioridade do interesse público sobre o privado. Dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, como atuação teleológica da atuação administrativa. [...] a existência de bens coletivos que reclamam proteção estatal e restrições a direitos individuais também retratam um princípio de superioridade do interesse público sobre o particular. Nas normas constitucionais protetivas desses bens e valores coletivos, portanto, está implícita a existência do interesse público e sua superioridade relativamente ao privado”. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Supremacia do interesse público sobre o privado. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, V. 220, p. 86/87, abr./jun.2000.*

existência do princípio da supremacia do interesse público. Conforme bem explana Janaína Soares Noleto Castelo BRANCO:

Na verdade, a própria norma constitucional específica, e não o pretense princípio, o que seria o fundamento da restrição. Se o constituinte, em específicas situações, resolve priorizar o interesse coletivo, a norma constitucional consagradora da prevalência do direito a coletividade é o fundamento da referida restrição ao direito individual, e não um pretense princípio constitucional implícito da supremacia do interesse público. Significa, em suma, que, aplicando o princípio da proporcionalidade, optou o constituinte, na específica situação, pela prevalência do direito coletivo. Afasta-se assim a ideia de uma prevalência a priori⁷⁵

Além disso, pode-se dizer a Constituição Federal de 1988, na verdade, é mais voltada aos interesses individuais, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, do que propriamente aos interesses coletivos. É o que ensina Gustavo BINENBOJM:

Vale dizer: a Lei Maior é orientada sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, do que deflui a necessidade de se estabelecer, em alguma medida, proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais promovidos pelo Estado. Dessa forma, verifica-se não ser possível extrair o 'princípio da supremacia do interesse público' da análise do conjunto normativo constitucional, haja vista a ampla proteção dispensada aos interesses particulares, de tal maneira que aceitá-lo como norma-princípio é deixar subsistir a contrariedade sistêmica que representa e afrontar a constante busca pela unidade constitucional.⁷⁶

Sobre o ponto, cabe a excelente exposição de Janaína Soares Noleto Castelo BRANCO:

Quando a legislação fornece os parâmetros para o administrador acerca do interesse a ser perseguido pelo Estado, deve então o administrador ater-se àquela vontade legítima, fazendo cumprir direitos e assegurando a plena satisfação dos interesses ali previstos, ainda que individuais. Portanto, nas situações em que o ordenamento previu expressamente a prevalência do interesse coletivo sobre o privado, como é o caso da 'desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro', o interesse público é pela prevalência do interesse coletivo. Já em diversas outras situações, o constituinte prioriza a satisfação dos interesses individuais⁷⁷

Nessa linha, vê-se que não há um princípio ou regra, no ordenamento pátrio, que estabeleça a "primazia do poder público sobre o privado". Contudo, isso não quer dizer que o conceito seja esvaziado de conteúdo, conforme elucida Humberto ÁVILA:

Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos ca-

⁷⁵ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JuSPodivm, 2018, págs. 40/41.*

⁷⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, jan. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>.*

⁷⁷ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JuSPodivm, 2018, pág. 48.*

... em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.⁷⁸

Prosseguindo o exame, cabe agora verificar o conteúdo que faria parte do interesse público. Sabe-se que parcela da doutrina costuma dividi-lo em primário e secundário, sendo o primeiro, conforme exposto, revelador dos interesses do próprio ente público de direito público (atuando como particular fosse), e o segundo, por sua vez, representaria o interesse da sociedade como um todo. É o que se revela, por exemplo, no estudo de Pedro Gallo VIEIRA e Julio Pinheiro FARO:

Daí a necessidade de separar o interesse público em primário e secundário. Primário, aquele que diz respeito ao interesse da sociedade; secundário, aquele que diz com o interesse da máquina estatal enquanto pessoa jurídica. Obviamente que, no conflito entre os dois grupos, a prevalência será sempre do interesse primário.⁷⁹

Como se vê, além de distinguir o conteúdo do interesse público, afirma-se, ainda, que no embate entre um sobre o outro, isto é, no caso de haver conflito de interesses entre o primário e o secundário, este sempre prevaleceria em relação a esse. Todavia, fato é que “o interesse público não suporta a classificação em primário ou secundário, porque não há legitimidade na busca pelo Estado de interesses próprios”.⁸⁰

O que se deve verificar verdadeiramente, é que o fenômeno da constitucionalização do direito agasalha, inclusive, o próprio direito administrativo, fazendo com que o Estado tenha de cumprir todos os direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 88, dentre os quais: direitos sociais, de seguridade social, etc. Dessa maneira, pode-se afirmar que a tutela de um direito individual, por exemplo, também seria de interesse público, na medida em que constitucionalmente previsto. Isso quer dizer, portanto, que o interesse privado pode ser revelado justamente pelo interesse público, conforme esclarece excepcionalmente Lucio Picanço FACCI:

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse público sobre o Particular*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do ESTADO (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, p. 11, set./nov.2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-humberto%20avila.pdf>.

⁷⁹ (VIEIRA, Pedro Gall; FARO, Julio Pinheiro. *Um inventário sobre a Advocacia de Estado no Direito comparado Sul-americano*. In: PEDRA, Adriano Sant’ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA, Pedro GALLO (Coords.). *Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 32.

⁸⁰ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pág. 43.*

(...) a realização do interesse público, muitas vezes, consistirá exatamente na tutela de interesses privados, de forma que esse amálgama conceitual formado pelo que se supões ser interesse público, coletivo ou privado impede que se possa cogitar de uma supremacia a priori de um sobre o outro⁸¹

Dessa forma, tem-se que os interesses do Estado são o próprio interesse público – não comportando este subdivisões. Isso quer dizer que toda vez que o ente público atua em conformidade com a legalidade, ele estará agindo conforme o interesse público. Por outro lado, se a Administração atuar de outra forma, então, na verdade, ela estará agindo contrariamente ao interesse público.

Assim, “na verdade, o interesse ilegítimo do ente público de, por exemplo, obter vantagem financeira, não é interesse público. Se é legítimo seu interesse (numa ação de cobrança, por exemplo, por pretender tal vantagem na realização do interesse público), não é secundário, é simplesmente interesse público”.⁸²

Com isso, quando o administrador, com seus atos, visa à tutela de interesse não dispostivos pela lei, na hipótese concreta, como sendo o real interesse público, não se pode afirmar que, nestes casos, estaria ele agindo de acordo com o interesse secundário. Em verdade “se outro era o interesse público, não seria ele nem primário nem secundário, mas simplesmente o interesse público, tendo, na hipótese, o administrador agido contra tal interesse”.⁸³

Não quer isso dizer quer dizer, todavia, que não haveria espaço para a discricionariedade do administrador. Isto é, não se quer afirmar que este, à luz do interesse público, só poderia atuar de acordo com o que estiver expressamente dispostivo em lei.

Isso, pois, o que se deve entender por “interesse público” é, a bem da verdade, um conceito jurídico indeterminado no qual seu conteúdo pode estar dispostivo pelo legislador e, quando assim não for, será determinado pelo administrador estritamente à luz dos princípios que regem a Administração Pública. Nesse sentido, quando o administrador estiver frente a um caso em que o conteúdo do interesse público não seja explicitado pela legislação específica, então ele deverá, fundando-se nos princípios administrativos que

⁸¹ FACCI, Lucio Picanço. *A proibição de comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. Revista virtual da AGU, ano X, n. 1063, p. 10, nov. 2010.

⁸² BRANCO, Janaina Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos* / Janaina Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JuSPodivm, 2018, pág. 44.

⁸³ *Ibid.*, pág. 45.

fazem parte do ordenamento jurídico, verificar qual será o aplicável ao caso concreto. Veja-se a boníssima lição, nesse sentido, de Janaína Soares Noleto Castelo BRANCO:

Mas em que consistiria o interesse público? Trata-se de conceito indeterminado, cujo conteúdo às vezes está positivado, tendo o legislador, diante de situações previstas, geralmente as corriqueiras na atuação estatal, optado por apontá-lo. A busca do interesse público é então guiada pelo princípio da legalidade. Ademais, os demais princípios da Administração Pública, previstos no art. 37, caput, da CF, reforçam o arsenal normativo que balizará a atuação estatal. Por outro lado, num sem número de situações, a escolha do conteúdo do interesse público é discricionariedade do administrador, o que não significa estar o mesmo desvinculado da legalidade, já que os princípios que informarão a atuação estão positivados. Não havendo diretriz legal específica acerca do que seria o interesse público em determinada situação, portanto, cabe ao administrador a decisão, guiado especialmente pelos princípios da Administração Pública. Esse espaço para a discricionariedade é salutar. (...) O que se deve sempre evitar não é a discricionariedade do administrador, mas que a indeterminação do termo sirva ao arbítrio estatal, sendo por isso vedada sua invocação genérica para conferir ares de legitimidade à atuação do agente público.⁸⁴

Finalmente, não se pode concordar com a tese de que apenas Instituições como o Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Judiciário ou Tribunal de contas é que verdadeiramente agiriam em prol dos interesses públicos primários, enquanto a Advocacia Pública atuaria, exclusivamente, na defesa dos interesses públicos secundários, posto que tutelaria os direitos da própria pessoa jurídica de direito público a que serviria. Se assim fosse, considerando-se a primazia, a priori (já rechaçada) existente entre o primário sobre o secundário, então a atuação da Advocacia Pública seria fatalmente irrelevante, na medida em que sucumbiria sempre aos interesses daqueles.

Afirma-se, dessa maneira, que quando a Advocacia Pública atua em juízo, estará atuando em prol do interesse público como um todo, e não somente em prol de um interesse secundário, atinente somente a si. A defesa desta tese culminaria na conclusão de que Estado e a sociedade não teriam interesse convergentes, o que fatalmente iria de encontro à concepção da Teoria Geral do Estado de que o Estado é a própria sociedade organizada.⁸⁵

De mais a mais, feito o devido tempero, é de suma importância notar que a indisponibilidade do interesse público não representa a indisponibilidade do processo judicial, conforme muito bem vem defendendo Marco Antônio dos Santos RODRIGUES:

⁸⁴ *Ibid.*, pág., 48.

⁸⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

(...) a indisponibilidade do interesse público não representa a indisponibilidade do processo judicial. Os meios de se atingir a tutela ao interesse da coletividade são disponíveis e se encontram numa esfera de escolha justificada pelo administrador, que tem o poder-dever de buscar o melhor método para atingi-lo.

Portanto, no modelo de Estado cooperativo no qual este trabalho se debruça, é fundamental perceber que, por meio da boa-fé nas relações estabelecidas com os administrados, buscar-se-á a satisfação do interesse social de modo amplo – não havendo, portanto, que se falar em interesse público primário ou secundário e, muito menos, na indisponibilidade do processo judicial.

Precedentes judiciais vinculantes: A postura a ser adotada pela Administração Pública

Prosseguindo a análise das circunstâncias a serem observadas nos conflitos envolvendo a Fazenda Pública, cabe agora analisar de que forma o sistema vinculante de precedentes judiciais influi na temática – principalmente com o advento do Código de Processo Civil de 2015, observando-se de que modo deve a Administração Pública comportar-se quando diante desses cases. Prescreve o artigo 927 do Diploma processual:

Art. 927, CPC/15. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Conforme notado, o dispositivo prevê hipóteses de observância obrigatória para juízes e Tribunais. Isto é, situações nas quais deverão os magistrados – seja de primeira, seja de segunda instância –, por expressa previsão legal, observar no momento de decidir. Dessa forma, caberá analisar em que medida tais situações vincularão, também, a Administração Pública, levando-se em consideração que este sistema pode prevenir litígios judiciais ou, ainda, evitar resistências desarrazoadas de pretensões já respaldadas em entendimentos pacificados.

À priori, vê-se que os dois primeiros incisos do supracitado artigo, antes mesmo da promulgação do atual Código de Processo (Lei 12.105/15), já vinculavam a Administração

Público, de modo obrigatório, por força da Constituição Federal de 1988⁸⁶. Isto é, sem maiores debates acadêmicos, é sabido que as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes são de observância obrigatória não só pelo Poder Judiciário, como também pelos próprios entes públicos no âmbito administrativo.

No entanto, merece guarida a discussão acerca dos três incisos seguintes do dispositivo (art. 927, III, IV e V, do CPC/15). Dada a novidade legislativa, é interessante analisar se os acórdãos proferidos em sede de Incidente de assunção de competência (IAC), de incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e em julgamento de Recursos Especial e Extraordinário repetitivos (art. 927, III, CPC), além dos enunciados das Súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (art. 927, IV, CPC), bem como a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (art. 927, V), vinculam a Administração Pública – seja dentro, seja fora de juízo.

Conforme será observado, pode-se dizer que tais incisos, de fato, devem vincular a Administração Pública – embora sua aplicação não seja imediata. Isso tomando-se por fundamento jurídico a moralidade administrativa, a cooperação estatal e o interesse público.

Inicialmente, o primeiro argumento parte do princípio de que o administrado confia que haverá, sim, um tratamento igualitário de casos idênticos. Desse modo, “em âmbito administrativo, o moral é também jurídico. Não há dever moral para o Estado que não seja exigível. A moral do Estado não é a comum, imune à legislação e não exigível juridicamente, mas a administrativa, que inclusive encontra previsão expressa na CF, como antes pontuado, sendo o comportamento moral do Poder Público juridicamente exigível”⁸⁷.

Além disso, viu-se que há o dever do Estado de cooperação e de busca da solução consensual de conflitos, conforme previsão expressa no artigo 3º, §2º, do Código de

86 Por força do disposto no artigo 102, §2º, da Constituição de 88, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle concentrado de constitucionalidade vinculam, de forma obrigatória, a Administração Pública. Veja-se: Art. 102, §2º, CF/88: § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). De igual forma, por dicção expressa do artigo 103-A da Constituição Federal de 88, os enunciados das súmulas vinculante proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (SFT) também vinculam a Administração Pública. Veja-se: Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004

87 BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos* / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pág. 187.

Processo Civil de 2015⁸⁸. Desse modo, esse dever impõe a necessidade de não resistir àquilo que pacificamente está sedimentado na via judicial, para que se evite deixar ao administrado, como única forma de resolução de conflito, a judicial⁸⁹ – o que vai de encontro à proposição do sistema multiportas de justiça apresentado neste trabalho.

Por fim, vê-se que é do interesse público que o Estado tutela a justa expectativa de seus administrados. “Nessa perspectiva, o interesse público é fundamento da submissão da Administração Pública ao precedente, e não seu empecilho”⁹⁰. Complementando o raciocínio, complementa Eduardo TALAMINI:

As constatações a respeito da indisponibilidade do interesse público não afetam outra diretriz fundamental da atuação pública: A Administração, uma vez constatando que não tem razão em dado conflito, tem o dever de submeter-se aos parâmetros da legalidade⁹¹.

Vê, se, portanto, que a moralidade administrativa e o interesse público, baseados na concepção cooperativa estatal, fundamentam a vinculação da Administração Pública aos precedentes obrigatórios. Em que pese isso, tal vinculação não seria automática, conforme ocorre em relação às súmulas vinculantes e nas decisões de controle concentrado (art. 927, I e II, CPC) – merecendo ponderações.

Isso significaria, conforme elucida BRANCO, que as decisões proferidas nos moldes dos incisos III a V do artigo 927 do Código de Processo Civil, podem, eventualmente sofrerem reversão. ⁹² Dessa maneira, na prática, antes de serem esses entendimentos aplicados, deve haver, necessariamente, “uma avaliação por parte das procuradorias públicas sobre as chances reais de reversão do entendimento judicial contrário ao Poder Público”.

⁸⁸ Art. 3º, §2º, CPC/15. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

⁸⁹ BRANCO, Janaina Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaina Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pág. 188.*

⁹⁰ *Op. Cit.*

⁹¹ TALAMINI, Eduardo. *A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem negócios processuais e ação monitória)*, pág., 85.

⁹² “A análise dos incisos III a V do art. 927 do CPC/15 permite afirmar que é possível sim a reversão, em determinadas situações, de entendimentos eleitos pelo legislador”. BRANCO, Janaina Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaina Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pág.192*

MÉTODOS CONSENSUAIS EM ESPÉCIE

Tendo sido vistas as circunstâncias a serem enfrentadas no que concerne às possibilidades de utilização de métodos consensuais pela Fazenda Pública, fundadas no princípio da cooperação estatal, será agora visto de que modo o legislador brasileiro contemporâneo, isto é, após o advento da reformulação do Código de Processo Civil em 2015, tem incorporado tais práticas no ordenamento pátrio – especificamente quanto às implicações processuais.

Câmaras Administrativas de Mediação e Conciliação

O Código de Processo Civil de 2015 previu em seu artigo 174 a criação, em todos os níveis da federação, a criação, pelos entes públicos, de câmaras de conciliação para a solução consensual de conflitos no âmbito administrativo. Nos incisos do mesmo dispositivo, aliás, previu ainda a competência desses órgãos, quais sejam: dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração; Utilizar conciliação para a resolução de conflitos no âmbito da Administração; e promover, quando cabível, celebração de termos de ajustamento de conduta. Veja-se:

Art. 174, CPC/15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Logo após, em complemento à inovadora norma, fora publicada a Lei 13.140/15⁹³ (Lei da Mediação), a qual, em no inciso segundo de seu artigo 32, previu expressamente a possibilidade da criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública. Em tal medida, frisou-se o conteúdo dispostivo no artigo 174 do CPC de 2015 evidenciando, com clareza, que a utilização dessas câmaras poderia também ser utilizadas não só entre órgãos/entidades administrativas, como também, entre particulares e as pessoas jurídicas de direito público. Prescreve o dispositivo:

⁹³ Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997

Art. 32, Lei 13.140/15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; **II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;** III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Sem dúvidas, vê-se aqui uma grande preocupação normativa no sentido de estimular a atividade consensual mesmo no âmbito público, tendo em vista os inúmeros benefícios daí advindos. Em verdade, percebe-se o entusiasmo do legislador no sentido de que as partes (seja privada, pública), pelo menos à priori, procurem métodos que não a via litigiosa judicial.

Nesse mesmo sentido, atenta-se para o fato de que o cumprimento das obrigações provenientes da consensualidade, inclusive as de pagar, ocorram mesmo no próprio âmbito administrativo. Sem dúvidas, tal prática em muito colaborará para o efetivo sucesso dessas câmaras, tendo em vista de que não quer o jurisdicionado ficar restrito à morosidade do Judiciário.

Todavia, é fundamental esclarecer, também, que no caso de efetivo acordo celebrado no âmbito da câmara de mediação, não ficam as partes a mercê de sua própria sorte no que se refere ao cumprimento do acordado. Isso porque o artigo 20 da Lei da Mediação (L. 13.140/15), precisamente em seu parágrafo único, prevê que o termo de mediação constitui título executivo extrajudicial e, até mesmo, judicial – caso tenha sido homologado em juízo. Observe-se:

Art. 20, Lei 13.140/15. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

Vê-se, assim, que o legislador confere total segurança jurídica para que a transação seja realizada, ainda que seja a mesma descumprida posteriormente. Todavia, percebe-se que o ideal realmente é que procedam as partes à integralização, per si, do que fora

consensualmente acordado, posto que “o não cumprimento espontâneo de obrigação após a celebração de acordo é ofensivo ao princípio da boa-fé processual, sendo de esperar-se, portanto, que a Administração cumpra exemplarmente suas obrigações tão logo celebrado o ajuste”.⁹⁴

Outro ponto de relevo é no sentido de que o pagamento administrativo, ora defendido, não constitui ofensa à sistemática de precatórios, prevista no caput do artigo 100 da Constituição Federal de 1988⁹⁵. Isso porque o dispositivo expressamente aponta no sentido de que os pagamentos realizado pela Fazenda “em virtude de sentença judiciária” é que devem obedecer ao mencionado regime. Nesse sentido, portanto, percebe-se que o cumprimento da obrigação de pagar decorrente de termo de mediação realizado no âmbito das Câmaras de Conciliação e Mediação, em verdade, não decorrem de condenação judicial e, por isso, não prescindem que sejam realizados por meio de precatório.

Ainda, mesmo tendo o pacto sido homologado pelo juízo competente, adquirindo natureza de título executivo judicial, tal qual prevê o parágrafo único do artigo 20 da Lei 13.140/15, fato é que o acordo, propriamente, ocorre fora do âmbito judicial. Por isso, percebe-se verdadeiramente que, neste caso, a sentença apenas confirma o que ocorrera no âmbito administrativo – confirmando-se, assim, que os pagamentos daí decorrentes não se sujeitam ao que coaduna o artigo 100 da Constituição de 88. Nesse sentido, dispõe BRANCO:

Críticas no sentido de que tal prática (pagamento administrativo das dívidas) ofenderia a sistemática dos precatórios não se sustenta minimamente. O art. 100 é expresso ao exigir a sistemática dos precatórios apenas nos pagamentos devidos pela Fazenda Pública “em virtude de sentença judiciária. Mesmo que o termo de mediação seja homologado judicialmente, a fim de que constitua título executivo judicial (art. 20, parágrafo único, da Lei 13.140/2015), isso não afasta o fato de que o reconhecimento da obrigação deu-se extrajudicialmente, em procedimento administrativo, havendo dever de pagamento pela Fazenda Pública desde então. **Ademais, a homologação judicial não é o mesmo que a judicialização do litígio, de maneira que o pagamento que venha a ser feito pelo ente público não decorreu de sentença judiciária. A sentença apenas homologou o que já produziu todos os efeitos no mundo das obrigações.**⁹⁶

⁹⁴ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JuSPodivm, 2018, pág. 44.*

Ibid., pág. 153.

⁹⁵ Art. 100, CF/88. *Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.*

⁹⁶ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JuSPodivm, 2018, pág. 154.*

Outrossim, prescreveu o parágrafo segundo do referido artigo 32 que a submissão do conflito às câmaras será facultativa e cabível nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado. Neste ponto específico, percebe-se certa timidez do legislador (talvez evidenciada pela novidade do tema), uma vez que difere do disposto no artigo 334 do código de processo civil de 2015, o qual prevê, em regra, a obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação e mediação. Veja-se:

Art. 32, §2º, Lei. 13140/15. § 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

Neste aspecto, aduz BRANCO que “não seria irrazoável imaginar a passagem por tais câmaras como condição de admissibilidade de ações Judiciais no Poder Judiciário”⁹⁷, na medida em que isso “fortaleceria e “desafogaria” a máquina judiciária. Sob um juízo de ponderação, portanto, propõe a autora que a submissão dos conflitos às câmaras, previamente ao ajuizamento de eventual demanda, poderia assumir um tom de obrigatoriedade sob o fundamento de requisito de admissibilidade – o que, segundo ela, poderia em muito ajudar o funcionamento eficiente do aparato estatal.⁹⁸

Outrossim, importante destacar que o artigo 33 da referida Lei de mediação previu que o procedimento de mediação, regulado pelo mesmo diploma legal (Subseção I da Seção III do Capítulo I), possui aplicação imediata nos conflitos selecionados pelo órgão da Advocacia Pública, enquanto não forem criadas as câmaras de mediação. Trata-se, como se vê, do esforço legislativo de permitir a imediata submissão desses conflitos à tentativa de consensualidade. Por fim, prevê o dispositivo, ainda, que os serviços públicos relacionados à prestação de serviços públicos poderão ser submetidos, de ofício ou por provocação, a procedimento de mediação coletiva. Veja-se:

Art. 33, Lei 13.140/15. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei. Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

⁹⁷ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pág. 155.*

⁹⁸ “A sugestão aqui feita é a de que a passagem prévia por tais câmaras administrativas seja condição para a propositura de ação judicial. Não se trata, portanto, de exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário. É de destacar-se que o acesso a tais câmaras já pode ser entendido como acesso à justiça em sentido amplo, pois se trata de um órgão estatal de resolução de conflitos. O receio legislativo mostra-se descabido. É admissível a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação, não atentando contra o art. 5º, XXXV, da CF. Assim já se pronunciou o STF, no Recurso Extraordinário (RE) nº 631.240/MG, no qual entendeu pela falta de interesse de agir do autor da ação e, portanto, falta de condição para o regular exercício do direito de ação, em virtude da ausência de prévio requerimento administrativo do interessado”. *Ibid.*, pág. 156.

Além disso, outra importante inovação trazida pela Lei 13.140/15 é a figura da transação por adesão. Nos termos do artigo 35, as controvérsias jurídicas envolvendo a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações podem ser objeto de transação por adesão, desde que haja autorização do Advogado Geral da União (com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores) ou parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República. Observa-se:

Art. 35, Lei 13.140/15. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em: I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

A despeito da boa proposição legislativa em comento, examinando o dispositivo, BRANCO chama a atenção para o fato de que se revela exagerada a previsão de que deva o Presidente da República sancionar o parecer do Advoga-Geral da União. Isso porque, segundo ela, a Advocacia Pública funciona como uma Instituição extrapoder, não devendo, nesse sentido, submeter-se ao controle externo do Chefe do Executivo – o que fragilizaria a autonomia institucional, bem como feriria as próprias prerrogativas advocatícias. Nesse sentido:

A previsão de necessidade de aprovação do parecer do Advogado-Geral da União pelo chefe do Poder Executivo bem demonstra como a Advocacia Pública ainda está vinculada a um dos poderes no ordenamento brasileiro. E tal vinculação vai de encontro ao ideal de uma Advocacia de Estado, desvinculada dos governos de ocasião. A Advocacia Pública é a voz jurídica do Estado, não sendo minimamente razoável que o chefe de um dos poderes assessorados por essa instituição extrapoder tenha em suas mãos a atribuição de aprovar pareceres jurídicos⁹⁹

Defende a autora, no entanto, que a possibilidade de celebração dos acordos de adesão podem e devem dialogar com os demais órgão e entidades da Administração envolvidos, observando-se principalmente a viabilidade econômica do mesmo – isto é, “devem ser estipulados de acordo com a capacidade financeira do Poder Público, sendo mister sacrificar minimamente as políticas públicas em curso”¹⁰⁰. Ainda, sobre esse aspecto financeiro, argumenta que a mera consulta ao chefe do executivo, ao invés da necessidade de sua efetiva autorização talvez “satisfizesse mais eficazmente ao intento de evitar a

⁹⁹ *Ibid.*, pág. 158.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pág. 159.

irresponsabilidade financeira”¹⁰¹.

Segundo ela, ainda, a previsão de que trata este dispositivo, isto é, a possibilidade da utilização da transação por adesão também poderia ser aplicada no âmbito das Procuradorias Estaduais, inclusive aconselhando que os demais entes federados assim o façam. Veja:

Apesar de a previsão dirigir-se especificamente às pessoas jurídicas de direito público federais, nada impede que os demais entes federados adotem idêntico modelo, sendo inclusive recomendável que o façam, dadas a praticidade e a viabilidade da medida para alcance da finalidade de desobstrução da máquina judiciária.¹⁰²

De mais a mais, o dispositivo traz uma interessante previsão que certamente pode impactar na desobstrução da máquina judiciária. É que o artigo 35, em seu §4º, prevê o fenômeno da renúncia, isto é, tendo o interessado aderido ao termo transacional, imediatamente renunciará ele ao direito sobre o qual se fundamentar a ação ou recurso eventualmente pendentes (administrativo ou judicial) no que tange aos pontos compreendidos no bojo da resolução administrativa. Pela dicção do mesmo:

Art. 35, §4º, Lei 13.140/15. § 4º A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

Observa-se que, no caso de ser o interessado parte em ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundar a ação deverá ser expressamente dirigida ao juiz da causa, por meio de petição, nos autos do processo judicial. Veja-se:

Art. 35, §5º, Lei 13.140/15. Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

Conferindo total segurança jurídica ao ente público, também previu a Lei que a formalização da transação por adesão não significa a renúncia tácita à prescrição. Trata-se de importante norma que visa a impedir grave prejuízo ao erário com possível entendimento de que a resolução administrativa destinada à transação por adesão constituiria um reconhecimento da dívida e, portanto, interromperia a prescrição. Observe:

Art. 35, §6º, Lei 13.140/15. § 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

¹⁰¹ Op. Cit..

¹⁰² Op. Cit.

Nas palavras de BRANCO, “quando se espera que o Estado adote atitudes cooperativas como as aqui prescritas, não se pode pretender puni-lo pelo ato praticado, caso não venha a produzir efeitos práticos. Noutras palavras, àquele que não aderiu à transação não servirá a invocação da atitude cooperativa do Estado como reconhecimento do pedido”.¹⁰³

Outra importante inovação a respeito dos mecanismo consensuais envolvendo a Fazenda Pública trazido pela Lei 13140/15 é a previsão da resolução de controvérsias jurídicas entre órgãos ou entidades de direito público da Administração Federal.

O artigo 36 da Lei previu a atribuição da Advocacia Geral da União para a realização de composição extrajudicial dos conflitos sobre controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a Administração Pública federal. Na hipótese de não haver solução consensual, o Advogado-Geral da União irá dirimir a controvérsia. “A redação do dispositivo transmite um poder-dever da AGU, e não uma faculdade. Ou seja, a AGU deve intervir no conflito e buscar a autocomposição. Não sendo alcançado o consenso, deve o chefe da instituição arbitrar uma solução jurídica”.¹⁰⁴ Prescreve o dispositivo:

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. § 1º Na hipótese do caput, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.

Por outro lado, percebe-se que, à luz do supracitado §1º do mesmo artigo 36, caso o conflito seja entre entidades de direito público federais em um polo e entidades de direito público estaduais, municipais ou distritais do outro, haverá opção, por parte destes, de submeter, ou não, a questão à Advocacia Geral da União para os fins de composição extrajudicial do conflito.

Ademais, prevê o artigo 37 da Lei que o mesmo ocorrerá nos litígios entre entidades de direito público (União, autarquias e fundações) e entidades de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista) da administração federal. Neste caso, a nuance será que haverá uma faculdade, e não um dever, de submeter a controvérsia à Advocacia-

¹⁰³ *Ibid*, pág. 160.

¹⁰⁴ *Ibid*, pág. 161.

Geral da União (AGU). Observa-se:

Art. 37, Lei 13140/15. É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

Por último, vê-se que o legislador, a fim de verdadeiramente encorajar a postura conciliatória, previu no artigo 40 da Lei que os servidores e empregados públicos envolvidos na composição extrajudicial somente responderão civil, administrativa ou criminalmente, se agirem dolosa ou fraudulentamente, recebendo vantagem patrimonial indevida, permitindo ou facilitando sua recepção por terceiro, ou para tal ocorrendo. Veja-se:

Art. 40. Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

O exemplo de Porto Alegre

Viu-se, dessa forma, que o artigo 174 do Código de Processo Civil de 2015, aliado ao advento da promulgação da Lei da Mediação (Lei 13.129/15), estabeleceram a interessantíssima possibilidade de criação de Câmaras de mediação e conciliação no âmbito administrativo.

Nesse sentido, o Município de Porto Alegre – Rio Grande do Sul, vem assumindo um papel de destaque nessa prática consensual, indo totalmente ao encontro do que se espera: uma Justiça moderna, acessível e eficiente – razão pela qual merece ser destacado no presente trabalho.

É que a Lei Municipal Número 12.003 de 7 de janeiro de 2016, aprovada pela Câmara e sancionada pelo Prefeito Municipal de Porto Alegre, no uso das atribuições da Lei Orgânica local, instituiu a criação de uma importante figura: a Central de Conciliação, vinculada à Procuradoria Geral do respectivo Município¹⁰⁵.

105 Lei municipal nº 12003/16 de Porto Alegre. Institui a Central de conciliação e dá outras providências. Art. 1º Fica instituída, nos termos desta Lei, a Central de Conciliação, que visa a estabelecer a conciliação e a mediação como meios para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a Administração Municipal, nos termos do inc. III do caput do art. 5º da Lei Complementar nº 701, de 18 de julho de 2012, da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre, do art. 32 da Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, e dos arts. 3º e 174 da Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Parágrafo único. A Central de Conciliação ficará vinculada à Procuradoria Geral do Município (PGM).

A Central de conciliação, por sua vez, é composta por três diferentes câmaras: a Câmara de indenizações Administrativas (Art. 6º, I, L. 12.003 de Porto Alegre), a Câmara de Mediação e Conciliação (Art. 6º, II, L. 12.003 de Porto Alegre) e a Câmara de Conciliação de Precatórios (Art. 6º, III, L. 12.003 de Porto Alegre) – cujas coordenações são de competência dos procuradores municipais designados pelo Procurador-Geral do Município (Art. 6º, Parágrafo único, L. 12.003 de Porto Alegre).¹⁰⁶

Nesse sentido, estabeleceu a lei municipal (artigo 8º)¹⁰⁷ que, às primeiras (Câmara de indenizações Administrativas), compete o exame dos pedidos administrativos de indenizações decorrentes de danos causados pelos órgãos da Administração a terceiro, à luz da responsabilidade do Estado prescrita do Artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 88.

Já as Câmaras de Conciliação e Mediação (artigo 10)¹⁰⁸ possuem quatro competências. São elas: a prevenção e a solução consensual dos conflitos no âmbito administrativo em geral; dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Municipal; avaliar a admissibilidade dos pedidos da resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Administração Municipal; e, por fim, a promoção, quando couber, da celebração de termo de ajustamento de conduta para as hipóteses previstas em lei.

Já às Câmaras de Conciliação de Precatórios (artigo 13)¹⁰⁹, compete a composição, por meio de acordo direto com os credores, o pagamento de precatórios devidos pelo Município de Porto Alegre, suas autarquias e suas fundações inseridas no regime especial de pagamentos de precatórios.

Cada uma dessas câmaras são reguladas por Decretos específicos: a primeira (Câmara de Indenização Administrativa), pelo Decreto número 19.437/2016, as segundas

106 Art. 6º, Lei municipal nº12003/16 de Porto Alegre. A Central de Conciliação será composta por: I - Câmara de Indenizações Administrativas; II - Câmara de Mediação e Conciliação; e III - Câmara de Conciliação de Precatórios. Parágrafo único. As Câmaras referidas no caput deste artigo serão coordenadas por procuradores municipais designados pelo procurador-geral do Município.

107 Artigo 8º, Lei nº12003/16 de Porto Alegre. Compete à Câmara de Indenizações Administrativas o exame, na forma de seu regimento, dos pedidos administrativos de indenização decorrentes de danos causados pelos órgãos da Administração Municipal a terceiros, segundo preceito previsto no § 6º do art. 37 da Constituição Federal. (Regulamentado pelo Decreto nº 19.437/2016)

108 Artigo 10, Lei nº12003/16 de Porto Alegre. Compete à Câmara de Mediação e Conciliação, nos termos do disposto no art. 32 da Lei nº 13.140, de 2015, e no art. 174 da Lei Federal nº 13.105, de 2015: (Regulamentado pelo Decreto nº 19.519/2016) I - prevenir e solucionar, de forma consensual, os conflitos no âmbito administrativo; II - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Municipal; III - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Administração Municipal; e IV - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta para as hipóteses previstas nesta Lei.

109 Artigo 13, Lei nº12003/16 de Porto Alegre. Compete à Câmara de Conciliação de Precatórios, prevista no art. 97, § 8º, inc. III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), da Constituição Federal, compor, mediante acordo direto com os credores, o pagamento de precatórios devidos pelo Município de Porto Alegre, suas autarquias e suas fundações inseridas no regime especial de pagamento de precatórios. (Regulamentado pelo Decreto nº 19.506/2016)

(Câmara de Mediação e Conciliação), pelo Decreto número 19.519/2016, e as terceiras (Câmara de conciliação de precatórios), pelo Decreto número 19.506/2016.

Vê-se, assim, um enorme esforço do Poder Legislativo Local no intuito de estimular a consensualidade entre Estado-Administração e o administrado. O mais interessante da presente análise é perceber a praticidade que permeia a efetiva submissão dos conflitos a estas câmaras.

Isso porque tanto a Lei Municipal quanto os respectivos Decretos foram delineados de modo a garantir uma efetividade verdadeira a ratio da lei, que é justamente a de evitar que cheguem ao Poder Judiciário conflitos que podem ser consensualmente resolvidos – desafogando a máquina pública judicial.

A par disso, entra em cena a figura tecnológica sustentando esses ideais. É que a partir do próprio site da Prefeitura de Porto Alegre, é possível que o administrado acesse remotamente qualquer uma das três câmaras (levando-se em consideração o objeto de sua demanda) e submeta seu conflito à apreciação do administrador, antes mesmo de qualquer ingresso no Poder Judiciário¹¹⁰.

No referido sítio digital, o interessado encontrará acesso e conteúdo explicativo do funcionamento da Câmara de Indenizações Administrativas – CIA¹¹¹, da Câmara de Mediação e Conciliação¹¹² e da Câmara de conciliação de Precatórios¹¹³.

Assim, nos casos referentes a danos causados pelos órgãos da Administração Municipal ao cidadão ou pessoa jurídica, por exemplo, o interessado poderá imprimir um protocolo padrão on-line no qual irá se qualificar com os respectivos documentos¹¹⁴, bem como apresentar os fatos causadores do dano e, ao final, fazer o seu requerimento. Estes documentos serão reunidos em um processo administrativo (submetido a um órgão colegiado), que receberá um número, e poderá ser acompanhado pelo próprio site da Prefeitura de Porto Alegre.

¹¹⁰ Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=547

¹¹¹ Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=518

¹¹² Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=547

¹¹³ Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=548

¹¹⁴ Cópia do documento de identidade, cópia do certificado de propriedade do veículo a ser indenizado ou, em caso de reparação em imóvel, documento que comprove a propriedade/posse ou comprovante de residência (cópia da conta de luz, água ou telefone), três orçamentos para concerto do dano ou nota fiscal de pagamento do reparo já feito. Também podem ser entregues outros documentos que comprovem o fato tais como fotografias, filmes, indicação de testemunhas, etc. (fonte: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=518).

Por outro lado, por meio da Câmara de Conciliação e Precatórios, exemplificativamente, poderão os credores interessados realizar acordos com o Município de Porto Alegre objetivando a percepção dos respectivos valores de forma muitíssimo mais célere do que o estabelecido pelo regime de precatórios – observando-se apenas a ordem cronológica de apresentação ¹¹⁵ ou, ainda, compensar os valores caso também seja devedor da municipalidade. Ainda, percebe-se latente o benefício ao erário, na medida em que Os acordos serão realizados com redução percentual de 30% (trinta por cento) do valor bruto total devido para os precatórios inscritos até o orçamento de 2010 e 40% para os demais, inscritos a partir do orçamento de 2011, segundo o disposto no artigo 5º, V, do Decreto número 19.506/2016¹¹⁶.

Verifica-se, portanto, um excelente figurino prático de como pode o legislador e a Advocacia-Pública podem agir no sentido de promover uma Justiça cada vez mais eficiente, célere e, principalmente, acessível. A breve menção aqui realizada ao Município de Porto Alegre já é suficiente para demonstrar que a função cooperativa estatal, por meio da consensualidade, pode proporcionar brilhantes resultados práticos – tanto para a Administração Pública, quanto para o administrado.

Negócios jurídicos processuais

Outra importante discussão acerca do presente assunto é a possibilidade da elaboração de negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública. Isto é, se poderia o ente público, quando em juízo, dispor sobre aspectos procedimentais e ônus, poderes, faculdade e deveres processuais dos convenientes.

Para Antonio do Passo CABRAL, também englobaria o conceito “as declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais admitidas pelo ordenamento jurídico como capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais ou alterar o procedimento”.¹¹⁷ Assim, é possível dizer que os negócios processuais podem ser plurilaterais (convenções) ou unilaterais (desistência, renúncia, reconhecimento do pedido, etc.).

115 Os credores, observada a ordem cronológica de apresentação, serão convocados pela Câmara de Conciliação de Precatórios, por meio de Ato Convocatório publicado no Diário Oficial de Porto Alegre e no Diário da Justiça Eletrônico, para manifestarem interesse em eventual conciliação. (Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=548)

116 Artigo 5º, V, Decreto 16.506/16 de Porto Alegre O ato convocatório discriminará os precatórios compreendidos por lote para a rodada de conciliação e conterá: V - a condição de redução do valor do crédito para o acordo de pagamento, que será de 30% (trinta por cento) do valor bruto total devido para os precatórios inscritos até o orçamento de 2010 e 40% (quarenta por cento) para os inscritos a partir do orçamento de 2011;

117 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 49.

Nessa toada, o caput artigo 190 do código de processo civil de 2015 rompe com uma antiga tendência processual, até então vigente, de desprezo a vontade das partes, também chamado “dogma da irrelevância da vontade das partes”.¹¹⁸ Trata-se de interessantíssima previsão de cláusula geral de negociação, estando “intimamente relacionada ao princípio da cooperação e ao princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo”.¹¹⁹ Veja-se:

Art. 190, CPC. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Segundo BRANCO, este dispositivo integraria o “microsistema de proteção do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo”¹²⁰. Dessa maneira, poderia o ente estatal, à luz do caso concreto, ponderar acerca da satisfação do interesse público e, em caso positivo, sujeitar-se aos negócios jurídicos processuais (unilaterais ou bilaterais). Dessa forma, aduz a autora que as pessoas jurídicas de direito público estariam amplamente agasalhadas por esse microsistema, não havendo empecilhos para que celebrem negócios jurídicos processuais, portanto. Observa-se:

Já antes se afirmou, quando se referiu ao conteúdo da previsão do art. 6º do CPC/15, sua plena aplicabilidade às pessoas jurídicas de direito público. Portanto, é possível a afirmação de que ao Estado aplicam-se as regras e princípios integrantes do microsistema da proteção do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo. Não há razão alguma para pôr em xeque a possibilidade de pessoas de direito público celebrarem negócios processuais unilaterais ou bilaterais (convenções) (...) ¹²¹

A despeito disso, é necessário que se investigue o que pode efetivamente ser negociado (objeto) e quais os limites dessa negociação. Além disso, é importante verificar se haveria alguma limitação jurídica além das aplicáveis aos particulares.

À priori, é importante frisar que a possibilidade de celebração dos negócios jurídicos ora abordados são de natureza processual, ou seja, não se confundem com transações acerca do direito material. Além disso, o dispositivo em análise (art. 190, CPC) clarifica que as disposições negociais serão possíveis apenas “sobre direitos que admitam

¹¹⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos *Convenções processuais e Poder Público*. Salvador: JusPodivm, 2017, pág. 194.

¹¹⁹ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JuSPodivm, 2018, pág. 163.*

¹²⁰ Loc. cit.

¹²¹ *Ibid.*, pág. 164.

autocomposição”.

Entretanto, “cabe destacar que os direitos que não admitem autocomposição não se confundem com os direitos indisponíveis. A regra é que os direitos, inclusive os indisponíveis, admitem autocomposição”¹²², conforme dispõe o Enunciado número 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPFC): “(art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

Todavia, entende a autora que não atuou bem o legislador ao limitar a possibilidade da prática da negociação processual somente aos direitos que admitem autocomposição. Para ela, trata-se de uma infeliz restrição à autonomia das partes, ofendendo o conjunto de regras e princípios emanados do sistema cooperativo de processo para proteção do autorregramento da vontade – sobre o que explica:

Mesmo que o direito não admita autocomposição, o que é raríssimo, já que mesmo direito indisponíveis geralmente a admitem, não deveria ter o legislador estipulado regra genérica de proibição de negócios processuais. A regra é a autonomia da vontade das partes. Impedir que possam ajustar o procedimento às peculiaridades do caso, qualquer que seja o direito material guerreado, é ofensivo ao conjunto de regras e princípios implantados pelo sistema cooperativo de processo para proteção do autorregramento da vontade.¹²³

Além disso, deve-se ter em mente que o advogado público, à luz do caso concreto, e sempre pautado no interesse público, deverá analisar se a submissão da Fazenda ao negócio processual será ou não cabível. Para tanto, levando-se em consideração os princípios que regem a Administração Pública, é fundamental que o aplicador seja imparcial, homenageando a impessoalidade administrativa, esculpida no caput do artigo 37 da Constituição Federal.¹²⁴

Neste ponto, destacam os *experts* que a elaboração de regulamentos, pelas próprias Procuradorias, o que diminuiria a discricionariedade, garantiria a impessoalidade e, também, forneceria maior segurança ao advogado público quando frente à situação prática. Tais regimentos não tratariam exaustivamente a matéria, no entanto, mas buscariam apenas garantir segurança a possíveis questionamentos futuros. É o que leciona BRANCO:

¹²² *Ibid.*, pág. 164.

¹²³ *Ibid.*, pág. 165.

¹²⁴ Art. 37, CF/8. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

A resistência dos advogados públicos à prática de atos dispositivos, (...) é barreira que deve ser enfrentada mediante regulamentação, pelas procuradorias, de prática de tais atos, de forma a garantir ao membro da instituição maior segurança. Além disso, o referido regramento, na medida em que diminui a discricionariedade do advogado público, com a estipulação de critérios objetivos, diminui o temível risco de ofensa ao princípio da impessoalidade. (...) Obviamente que a regulamentação exaustiva da matéria retiraria a margem de discricionariedade do advogado público ou mesmo serviria de argumento técnico à resistência de tais profissionais a uma postura conciliatória. O objetivo da regulamentação não seria o de incutir temor ao advogado. Muito pelo contrário. Objetivaria garantir-lhe maior margem de segurança quanto a possíveis questionamentos futuros acerca da postura adotada. (...) Tal regulação no âmbito das procuradorias não se trata, portanto, de autorização para a realização do negócio processual pelo advogado público, pois autorização é dispensável diante de sua autonomia funcional, mas do estabelecimento de critérios objetivos para aferição da viabilidade do negócio.¹²⁵

No mesmo sentido, apontado a necessidade da elaboração de regulamentos para a consolidação do advogado público na elaboração de negócio jurídico processual, destaca RODRIGUES:

(...) Destaque-se, nessa linha, que é preciso que no âmbito de cada esfera federativa haja a regulamentação dos poderes de cada advogado público para a celebração de negócios processuais, pois o artigo 190 configura regra geral para a celebração das convenções atípicas, não se constituindo em previsão que atribui competência aos membros da Advocacia Pública para que celebrem tais negócios.¹²⁶

Nessa linha, pode-se dizer que, embora imprescindíveis a regulamentação em comento, não se revela assim a necessidade de autorização administrativa. Isto é, não é necessário que o legislador de cada ente da Federação promulgue legislação específica que autorize o advogado público a celebrar o negócio jurídico processual, na medida em que o próprio artigo 190 do Código de Processo Civil, funcionando como uma verdadeira cláusula geral, é suficiente para embasar este poder de negociação.

Isso porque o que será negociado, conforme exposto, não será o direito material, em si, mas as faculdades, poderes, ônus e deveres – de forma que o advogado público possui autonomia e independência funcional para dirimir se, no caso específico, será interessante ou não a realização do negócio. Veja-se:

Não se mostra indispensável, todavia, autorização legislativa de cada ente federado para que os advogados públicos possam celebrar negócios processuais. A cláusula geral do art. 190 é suficiente para respaldar a conduta negocial do advogado público. Ressalta-se mais uma vez que o que será negociado são aspectos

¹²⁵ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos* / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pág. 165/166.

¹²⁶ RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda Pública no Processo Civil* / Marco Antonio Rodrigues – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2016m pág. 382.

do procedimento, bem como faculdades, poderes, ônus e deveres, e não o direito material debatido. A estratégia processual é componente da autonomia funcional do advogado público.¹²⁷

Ademais, prevendo o legislador um controle de validade do negócio jurídico processual, o Parágrafo Único do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 assevera que o juiz poderá negar sua aplicação nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte possa se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade. Veja-se:

Art. 190, Parágrafo Único, CPC/15. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

À priori, é fundamental consignar que, além do exposto no dispositivo, “também são aplicáveis aos negócios jurídicos processuais os requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral, assim como não é possível que tal pacto processual ofenda norma de ordem pública processual, como é o caso de acordo que afastasse a incompetência absoluta”¹²⁸.

Ou seja, também esta espécie negocial sujeita-se à obediência das normas jurídicas processuais de ordem pública, bem como requerem agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei – conforme bem disposto no Enunciado n° 403 do Fórum Permanente de Processualistas Civis¹²⁹.

Continuando a análise dos limites a serem observados pela Fazenda Pública na elaboração de negócios jurídicos Processuais, José Roberto Fernandes TEIXEIRA argumenta sobre a possibilidade de o juiz declarar sua nulidade nos casos em que houver ofensa ao interesse público. Sobre esta hipótese, assevera o autor que seriam nulos, por exemplo, os negócios que atinjam o próprio direito material, e não somente uma prerrogativa processual desnecessária à Fazenda. Veja-se:

Mas, neste plano, contudo, dois problemas nos apresentam possíveis. O primeiro deles é o risco de uma inadequada celebração de negócio processual envolvendo assim a violação do verdadeiro interesse público. Em outros termos, um negócio

¹²⁷ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos* / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pág. 166

¹²⁸ RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda Pública no Processo Civil* / Marco Antonio Rodrigues – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, pág. 380.

¹²⁹ Enunciado n° 403 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(Art. 190; art. 104, Código Civil) A validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

processual em que não há pela Fazenda Pública uma negociação de uma prerrogativa processual que altere apenas o procedimento, que lhe restrinja um privilégio desnecessário, mas que vá além e agrida o próprio direito material. Assim, por exemplo, um acordo processual para não interpor recurso quando este é cabível e existe chance de êxito pela Fazenda Pública.¹³⁰

Ainda, elucida o autor que deveria haver a decretação de invalidade do negócio processual envolvendo o ente público quando houver conduta dolosa do advogado público em que flagrantemente haja a intenção de favorecimento da parte diversa:

O outro problema é o risco de mau trato com a coisa pública. A celebração de negócio processual quando é sabido que a Fazenda Pública sofrerá prejuízo para favorecer a parte adversa. Neste caso, diferente do anterior, o agente público não seria apenas descuidado, agiria de forma dolosa, visando a favorecer a parte adversa.¹³¹

Segue afirmando, também, que outra hipótese autorizativa da decretação judicial de invalidade seria a de ausência de efetiva atuação do procurador em face da Fazenda Pública – o que acarretaria, segundo ele, uma situação de manifesta vulnerabilidade público. Veja-se a explanação:

Fato é que nestas hipóteses é possível que o magistrado perceba a ausência de uma efetiva atuação do procurador na defesa do ente público e, em assim ocorrendo, poderá o juiz decretar a invalidade do negócio jurídico processual em razão da manifesta situação de vulnerabilidade.¹³²

Além disso, RODRIGUES acrescenta importante explanação no sentido de que também não seriam processualmente negociáveis disposições acerca de direitos processuais fundamentais como, por exemplo, eventual convenção das partes no sentido de eliminar o contraditório de uma delas no processo. Veja-se:

Ademais, em nome da eficácia dos direitos fundamentais, não é admissível que um negócio jurídico processual venha a afastar completamente a incidência de um direito fundamental processual. Embora os direitos fundamentais, tal qual outras normas constitucionais, possam ser objeto de ponderação com outros direitos fundamentais, uma convenção processual não pode afastar um direito de tal espécie integralmente, o que seria aniquilar, inclusive uma cláusula pétrea. (...) Por exemplo, é inadmissível que as partes convençionem que será eliminado o contraditório de uma delas no processo.¹³³

Prosseguindo a análise dos limites a serem observados, CABRAL muito bem elenca três outras diversas hipóteses na quais deve haver o controle do objeto do negócio

¹³⁰ TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. *Negócios jurídicos processuais e a Fazenda Pública*. In: Araújo, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (Coords.). *Fazenda Pública*. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. V.3. pág. 291.

¹³¹ *Ibid.*, pág. 291.

¹³² *Ibid.*, pág. 292.

¹³³ RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda Pública no Processo Civil / Marco Antonio Rodrigues – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, pág. 381.*

processual. Tratam-se da reserva de lei, da observância à boa-fé e à cooperação e, por fim da vedação à externalidades.

O primeiro caso refere-se a hipóteses em que o legislador estabelece reserva de lei para a norma processual – não podendo neste caso, segundo o autor, haver negócio processual tendente a verdadeiramente derogar a normativa geral. Seria o caso, por exemplo, dos recursos, nos quais as partes podem convencionar acerca de sua não interposição (justamente por ser uma faculdade), mas não poderiam criar uma nova espécie recursal, nem mesmo ampliar suas hipóteses de cabimento¹³⁴.

Já a segunda hipótese de rechaçamento, pelo ordenamento jurídico, às convenções processuais, seria os casos nos quais haja infringência à boa-fé e à cooperação. Para o autor, seria o exemplo de acordos celebrados com dolo ou simulação visando a ludibriar terceiros ou obter resultados escusos, bem como acordos com viés meramente protelatório. Prescreve o autor:

Acordos celebrados com dolo ou simulação afiguram-se como patentes violações à boa-fé, podendo ser anulados se foram firmados com o intuito oculto de ludibriar terceiros ou para obter resultados não permitidos pela lei. Acordos processuais com finalidade nitidamente protelatória também podem ser invalidados.¹³⁵

Destaca-se, também, que os vícios de vontade e os vícios sociais também dão ensejo à invalidação dos negócios processuais, conforme bem prescreve o Enunciado n° 132 do FPPC: “(art. 190) Além dos defeitos processuais, os vícios de vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190”.

Por fim, como limite geral às convenções, encontra-se a vedação de transferência de externalidade. Isso quer dizer que terceiros estranhos à demanda, bem como a própria máquina estatal, não podem sofrer os ônus econômicos provenientes do pacto celebrado pelas partes. É a lição no seguinte nesse sentido:

Não se pode permitir, portanto, que os acordos e contratos gerem externalidades, transferindo ao Judiciário ou a terceiros o impacto econômico da litigância. Assim, as disposições negociais sobre o processo são válidas se as partes internalizarem apenas prejuízos que elas mesmas teriam que suportar.¹³⁶

Ademais, quanto aos limites que devem ser observados em negociações envolvendo

¹³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 316.

¹³⁵ *Ibid.*, pág., 319.

¹³⁶ *Ibid.*, pág. 329.

entes públicos, RODRIGUES aponta para o fato de que é recomendável, visando à segurança jurídica e à impessoalidade, que os protocolos envolvendo institucionais estejam abrigados por protocolos institucionais. Veja-se:

Por isso, parece-nos que são recomendáveis, de modo a assegurar a impessoalidade, os negócios processuais celebrados entre instituições – os chamados protocolos institucionais –, de modo a promover adequações procedimentais em diversos casos de uma mesma matéria em que também em atue aquele que pactuou com o Poder Público.¹³⁷

O autor ainda faz referência a um interessante exemplo prático de como esses protocolos institucionais podem funcionar. Observe-se:

Por exemplo, poderia uma Procuradoria de Estado ou Município firmar um protocolo institucional com a Defensoria Pública, de modo que, nas ações que cuidem de prestações de saúde, a Defensoria apresente como prova documental o laudo médico que informa a doença do assistido e o tratamento necessário lavrado em hospital estadual ou municipal, respectivamente, evitando discussões quanto a eventual inidoneidade de laudo médico particular.¹³⁸

Finalmente, o autor prescreve que a indicação de que os negócios jurídicos processuais envolvendo entes públicos sejam respaldados pelos protocolos institucionais, isso não significa, no entanto, a inviabilidade de que os mesmos possam ser pactuados ante a análise de cada advogado público, individualmente. Bastaria que, à luz do caso concreto, possa ser comprovado o atendimento ao interesse público, bem como haver benefício à efetividade do processo. É a lição:

Isso não exclui, todavia, que haja a celebração de negócios processuais por cada advogado público, no âmbito dos feitos em que atue, justificando o interesse público em tal pacto, especialmente demonstrando-se o possível benefício à efetividade daquele processo.¹³⁹

Cabe ressaltar que, conforme exposto, o artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 funciona como uma regra geral para a celebração das convenções atípicas. Por isso, por não se tratar de uma previsão que atribui competência direta aos advogados públicos para celebrá-las, segundo o mesmo autor, é preciso que “no âmbito de cada esfera federativa haja a regulamentação dos poderes de cada advogado público para a celebração de negócios processuais”.¹⁴⁰

¹³⁷ RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda Pública no Processo Civil* / Marco Antonio Rodrigues – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, pág. 382

¹³⁸ Op. Cit.

¹³⁹ Op. Cit.

¹⁴⁰ Op. Cit.

No entanto, cabe destacar, conforme BRANCO explica¹⁴¹, que isso não significa a necessidade de que haja edição de legislação normativa autorizativa expressa para que esse tipo de convenção seja viável no mister dos advogados públicos.

Arbitragem

Após abordar de que modo a vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais pode colaborar com uma Justiça mais eficiente e analisado os limites a que deve submeter-se o ente público quando deparado por essas situações jurídicas, será agora analisado outro método consensual de resolução de conflito aplicável à Fazenda Pública: a Arbitragem.

Inicialmente, releva-se o fato de que, embora este método de resolução de conflito seja considerado heterônomo, à luz do que se abordou no início deste trabalho, tendo em vista o julgamento do conflito por um terceiro imparcial (in casu, o árbitro) – pode-se dizer que isso não vai de encontro ao que se deve entender por conteúdo consensual no âmbito do estudo dos métodos de resolução de conflitos. Isso porque, na verdade, são as próprias partes, por livre acordo, que escolhem esta via, razão pela qual pode defender-se a presença da consensualidade neste método¹⁴².

Por muito tempo, houve dúvidas quanto à possibilidade de sua aplicação. Normalmente, conforme leciona RODRIGUES, três eram os pilares que sustentavam esta linha de argumentação: o princípio da legalidade (artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988), a indisponibilidade do interesse público (princípio implícito da Constituição Federal de 1988) e, por fim, o princípio da publicidade (artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988)¹⁴³. Veja-se a disposição constitucional:

Art. 37, CF/88. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência e, também, ao seguinte:

141 "Não há razão, todavia, para que se considere condição indispensável à celebração de tais negócios a existência de lei autorizativa específica para esse tipo de convenção". BRANCO, Janaina Soares Noletto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaina Soares Noletto Castelo Branco* – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pág. 170.

142 Neste mesmo sentido: "Por se tratar a arbitragem de método que envolve uma consensualidade ao menos no que se refere à escolha de tal via (...)" RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda Pública no Processo Civil / Marco Antonio Rodrigues* – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, pág. 397.

143 RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda Pública no Processo Civil / Marco Antonio Rodrigues* – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, pág. 393.

Quanto ao primeiro argumento contrário à aplicação da Arbitragem em casos envolvendo a Fazenda Pública, sustentava-se que, em homenagem ao princípio da legalidade, seria necessário lei autorizativa específica para a admissão do juízo arbitral pelas pessoas jurídicas de direito público.

Nessa linha, explica o autor que já existiam hipóteses nas quais havia previsão expressa em lei própria autorizando esta admissão – pelo que, em assim sendo, não restaria dúvidas quanto à possibilidade, na medida em que o próprio legislador teria especificamente admitido a opção pelo juízo arbitral.¹⁴⁴ No entanto, surgiria a dúvida quando se pensasse nas relações administrativas que não possuíssem lei expressa permitindo a cláusula ou o compromisso arbitral.¹⁴⁵

Todavia, defende o autor, contrariamente a este posicionamento, que “a legalidade administrativa deve dar lugar à juridicidade administrativa”¹⁴⁶ – razão pela qual não ficaria o administrador vinculado apenas às puras disposições legais, mas sim, ao ordenamento jurídico como um todo. Complementando a explicação, esclarece que:

A constitucionalização ao incidir sobre o Direito Administrativo, traz ao administrador uma vinculação ao ordenamento jurídico como um todo, e não puramente à lei. Assim, pode-se afirmar que o administrador poderá praticar atos que não tenham previsão legal, mas que busquem efetividade a disposições da própria Constituição ou outras do ordenamento jurídico.¹⁴⁷

Assim, conclui-se que “a ausência de autorização legislativa expressa não configura impedimento ao pacto de arbitragem pelas pessoas jurídicas de direito público, se esta se justificar no próprio ordenamento jurídico. (...) Por isso, a arbitragem poderia se justificar na eficiência, na economicidade e no próprio acesso a uma solução justa, que não decorre unicamente do Poder Judiciário”.¹⁴⁸

Outro obstáculo referido quando se trata de arbitragem e Fazenda Pública é a indisponibilidade do interesse público. No entanto, fato é que “o interesse público ser indisponível não representa a indisponibilidade dos meios para atingi-lo, e, por conseguinte, do processo judicial, que se constitui num desses meios”. Assim, cabe ao próprio administrado

144 Por exemplo: Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), artigo 93, inciso XV; Lei n° 9478/97 (Lei de Petróleo), artigo 43, inciso X; Lei n° 11.079 (Lei de concessões), artigo 23-A, etc.

145 “Para tais situações, poder-se-ia argumentar que o princípio da legalidade administrativa, constante do artigo 37 da Constituição da República, impõe que o Poder Público faça apenas aquilo que o legislador estabeleceu, pois as leis decorrem do exercício da soberania popular”. RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda Pública no Processo Civil* / Marco Antonio Rodrigues – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, pág. 393.

146 Op. Cit.

147 Op. Cit.

148 Op. Cit.

a avaliação, sob um juízo de proporcionalidade, para concluir se a arbitragem, à luz do caso concreto, seria ou não o método mais adequado para a solução da crise jurídica em jogo.

Por fim, dizia-se que a Arbitragem poderia infringir o princípio da publicidade, esculpido no caput do artigo 37 da Constituição Federal, na medida em que comumente é realizada de modo confidencial. Todavia, defende o Autor que esta confidencialidade não seria elemento essencial à constituição de um processo arbitral – razão pela qual poderia, sem maiores problemas, ser afastado pelas partes, em vistas a homenagear o próprio princípio da publicidade. A seguinte é a explicação:

Isso porque nada impede que se afaste a natureza confidencial da arbitragem no caso concreto, desde que essa seja a vontade das partes. Com efeito, o sigilo procedimental não é da essência do juízo arbitral, mas tão somente uma característica que com frequência é adotada pelas cortes administrativas mundo afora, em razão de seus benefícios.¹⁴⁹

Em que pese a importância dos esclarecimentos em comento, fato é que a Lei nº 13.129/2015 alterou a Lei número 9.307/1996, passando a constar expressamente em seu artigo 1º, §1º, a possibilidade de sujeitar-se a Administração Pública direta e indireta à Arbitragem, quando em conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis¹⁵⁰.

Vê-se, dessa forma, que por expressa previsão legal é possível a submissão da Fazenda Pública à arbitragem – o que afasta-se, imediatamente, o argumento outrora analisado de que o mesmo não seria possível em razão do princípio da legalidade. Dessa forma, a análise necessária gira em torno da compatibilização da indisponibilidade do interesse público com a existência de direitos patrimoniais disponíveis.

Nessa linha, sustentam RODRIGUES e PERRI que a intenção da Lei é no sentido de que estaria ela referindo-se a direitos que podem ser alienados ou transferidos pelos seus titulares a terceiro, de modo que “todos aqueles direitos que sejam passíveis de contratação pela Administração Pública também poderiam ser objeto de cláusula compromissória”.¹⁵¹

Isso quer dizer que, na verdade, todos os direitos passíveis, em alguma medida, de contratação pelo Poder Público, como alienação e aquisição, por exemplo, à priori será

¹⁴⁹ RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda Pública no Processo Civil / Marco Antonio Rodrigues – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, pág. 395. In: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. Revista Eletrônica de Direito Processual, Vol. 14, 2014*

¹⁵⁰ Lei nº 13.129/2015 (altera a Lei nº 9307/1996) Art. 1º, §1º: *A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*

¹⁵¹ RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda Pública no Processo Civil / Marco Antonio Rodrigues – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, pág. 396. In: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. Revista eletrônica de Direito Processual, vol. 14, 2014.*

possível que a Fazenda Pública recorra à Arbitragem para a solução da controvérsia. Melhor explicando, salienta RODRIGUES:

Isso porque interesses públicos e bens públicos que não estejam diretamente inseridos no núcleo duro da Constituição se submetem à relativa indisponibilidade, podendo ser objeto de disposições pela Lei ou mesmo diante de atividade administrativa, devidamente embasada nos princípios constitucionais da Administração.¹⁵²

Importante ressaltar, ainda, que a mesma Lei em tela (nº 13.129/15) criou o §3º ao artigo 2º da Lei nº 9.307/96¹⁵³, fazendo importantes ressalvas quanto à arbitragem envolvendo a Fazenda Pública: deve ser sempre de direito e respeitar o princípio da publicidade.

No que se refere à primeira exigência (deve ser de direito arbitragem envolvendo a Fazenda Pública), percebe-se que bem preocupou-se o legislador com a segurança jurídica e a estabilidade do ente público ao vedar o juízo equitativo do árbitro – o que poderia gerar, na prática, discricionariedades prejudiciais ao erário. Sobre o ponto, destaca o autor:

No que se refere à arbitragem envolvendo o Poder Público ser sempre de direito, andou bem o legislador, considerando que, em nome da juridicidade administrativa, toda a atividade da Administração deve estar pautada em norma jurídica. Ademais, se o conflito submetido ao Poder Judiciário, este necessariamente teria de decidir com base numa jurisdição de direito, o que também deve se aplicar ao juízo arbitral em tais casos, como forma de proteção aos princípios constitucionais da Administração Pública, consagrados no artigo 37, caput, da Constituição da República.¹⁵⁴

Por fim, cabe analisar que, à luz do que dispôs-se no supracitado parágrafo 3º do artigo 2º da Lei 9.307/96, acrescido pela Lei 13.129/2015, o legislador indica que a arbitragem “será sempre de direito” e que, apenas, “respeitará” a publicidade. Segundo RODRIGUES, “tal distinção de redação não parece ser por acaso, pois a norma deixa claro que nem sempre todos os atos do procedimento arbitral serão integralmente público”¹⁵⁵.

Dessa maneira, em eventuais casos nos quais seja evidentemente justificada a necessidade de um parcial sigilo (até mesmo por uma questão estratégica), e este encontre guarida na Constituição Federal, “parece cabível a publicidade condicionada, que permite o acesso apenas aos órgãos de controle”.¹⁵⁶

¹⁵² RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda Pública no Processo Civil / Marco Antonio Rodrigues – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, pág. 396*

¹⁵³ Lei nº 13.129/2015 (altera a Lei nº 9307/1996) Art. 1º, §3º: *A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.*

¹⁵⁴ RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda Pública no Processo Civil / Marco Antonio Rodrigues – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2016, pág. 397.*

¹⁵⁵ *Ibid.*, pág. 398.

¹⁵⁶ *Op. Cit.*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um país no qual a cada 2,5 pessoas um processo judicial é instaurado, os métodos consensuais de resolução de conflito podem representar um verdadeiro alento à Justiça Brasileira. Soma-se isso ao fato de que o Poder Público é um dos principais litigantes do país e vê-se que o tema trabalhado é deveras relevante, sendo necessário analisar de que modo poderia a consensualidade ser estendida à Administração Pública.

Viu-se que o princípio da primazia do interesse público sobre o privado não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio e que, ainda, a indisponibilidade do interesse público sobre o privado não podem mais ser fundamentos impeditivos à prática de métodos consensuais pela Fazenda Pública.

A ideia de que este interesse público seria dividido em primário e secundário não deve mais prevalecer. O primeiro corresponderia aos interesses da coletividade, como um todo, enquanto o segundo representaria os atos praticados pelo ente público como se particular fosse. Por tempos, defendeu-se que qualquer ato de transação envolvendo o Poder Público poderia, no máximo, atingir o interesse público dito secundário.

Todavia, vê-se que não há razão para que se faça tal divisão. O interesse público é uno, indivisível, isto é, todas as vezes em que o administrador pratica um ato público, na verdade, está praticando no interesse de toda a sociedade. Caso assim não seja, o que haverá será uma grave infringência ao princípio constitucional da impessoalidade.

Ainda assim, a indisponibilidade do interesse público não significa a indisponibilidade do processo judicial. Os meios de se atingir a tutela buscada pelas partes são disponíveis e se encontram numa esfera de escolha justificada pelo administrador, quem tem o dever de buscar o melhor método para atingi-lo.

Tendo em vista a importância do tema, o legislador contemporâneo vem se esforçando para que estas práticas sejam efetivamente incorporadas no ordenamento pátrio. A essa guisa, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu, em seu artigo 3º, §§2º e 3º, bem como a Lei 13.129/15, em diversos dispositivos, a promoção da solução consensual de conflitos.

Nesse sentido, vê-se que o comando legislativo não é dirigido apenas ao Estado enquanto instituição acionada para a resolução de conflitos entre particulares, mas sim, também é dever do Estado-Administração, quando presente em conflito do qual faça parte, buscar a consensualidade.

O modelo Processual de Justiça deve fundar-se na cooperação e na boa-fé das partes (artigo 5º do CPC/15). Neste ímpeto, a Advocacia Pública assume um papel fundamental na promoção de tais práticas, podendo (e devendo) estimular o ente público a agir como tal – o que, sem dúvida, beneficia toda a coletividade, e o próprio erário.

Viu-se, também, que estes mesmos advogados públicos ainda sofrem diversos abalos em sua autonomia-funcional que, na prática, podem dificultar este modo ideal de agir quando deparados pelos conflitos concretos envolvendo o ente público. A Advocacia Pública deve funcionar como uma Instituição Extrapoder e efetivamente deixar de ser controlada por políticas governamentais transitórias, preocupando-se com o interesse da sociedade a longo prazo.

No entanto, tem-se observado que os paradigmas que outrora impediam as práticas consensuais pela Fazenda Pública têm sido, cada vez mais, dissolvidos pela doutrina e pelas próprias leis processuais. Dessa forma, já é possível observar belíssimos exemplos práticos de como estas práticas podem ocorrer.

A Lei ordinária número 12.006 de 2016 promulgada pelo Município de Porto Alegre revela muito bem o que se abordou durante todo o trabalho. Os administrados deste Município atualmente contam com uma plataforma online simples e eficaz para levar suas pretensões à Administração, sem sequer judicializá-las. A economia processual, financeira e temporal é latente neste sistema.

Isso prova que o arcabouço legislativo que tem sido construído, a partir de 2015, embora tímido em alguns momentos, revela já ser possível a construção de uma justiça mais acessível, eficiente e moderna. Assim sendo, vê-se que a adoção dos métodos consensuais de resolução de conflitos pela Fazenda Pública representa um promissor futuro no âmbito processual e, ao que parece, este mesmo futuro já chegou à Porto Alegre. Espera-se, agora, que o modelo possa ser cada vez mais aprimorado e replicado em todo o País.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. Revista eletrônica de Direito Processual, vol. 14, 2014.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse público sobre o Particular. Revista Eletrônica sobre a Reforma do ESTADO (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, p. 11, set./nov.2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-11-setembro-2007-humberto%20avila.pdf>.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-31, jan. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Convenções processuais e Poder Público. Salvador: JusPodivm, 2017.

BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos / Janaína Soares Noleto Castelo Branco – Salvador: Editora JusPodivm, 2018

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo / Matheus Carvalho – 5. Ed. Ver. Ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2018.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. V. 1, 8.ed. Buenos Aires: LexisNexis, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório “Justiça em Números 2018. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FACCI, Lucio Picanço. A proibição de comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas. Revista virtual da AGU, ano X, n. 1063, p. 10, nov. 2010.

GOLDBERG, B. *et al.* Dispute Resolution: negotiation, mediation and other processes. New York: Aspen Publishers, 2007, tradução livre.

FRANCO, Marcelo Veiga. Câmaras de mediação e conciliação na Fazenda Pública: o artigo 174 do Novo Código de Processo Civil como contribuição para o acesso à justiça “desjudicializando. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.). Advocacia Pública. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 3.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>

MAURER, Harmunt. Derecho Administrativo alemán. Tradução de José Bobes Sánchez *et al.* Mé-

xico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. P. 53.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção – Manual de direito processual civil – Volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves – 10.ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

PERLINGEIRO, Gabriel. AS POSSIBILIDADES DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS JUDICIAIS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 3. Setembro a Dezembro de 2017.

Prefeitura de Porto Alegre. Disponível em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=548

RODRIGUES, Marco Antonio. A fazenda Pública no Processo Civil / Marco Antonio Rodrigues – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio. A advocacia pública na era da consensualidade. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/a-advocacia-publica-na-era-da-consensualidade-01112018

SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. A (IM)possibilidade da (AUTO)composição em conflitos envolvendo a Administração Pública: Do conflito à posição do terceiro. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro, Ano 11. Volume 18. Número 3. Setembro a dezembro de 2017.

SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário brasileiro. Revista Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, ano 5, n. 16. P 204-220, jul./set. 2011 p.204.

STRECK. Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem negócios processuais e ação monitoria).

TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios jurídicos processuais e a Fazenda Pública. In: Araújo, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio (Coords.). Fazenda Pública. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. V.3.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do Advogado de Estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (Coords.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009

VIEIRA, Pedro Gall; FARO, Julio Pinheiro. Um inventário sobre a Advocacia de Estado no Direito comparado Sul-americano. In: PEDRA, Adriano Sant'ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA, Pedro GALLO (Coords.). Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas. Curitiba: Juruá, 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Sobre o Autor

Filipe Calazans Rodrigues de Oliveira

- Bacharel em Direito pela UERJ;
- Advogado - OAB/RJ nº 228.222

Índice Remissivo

A

Administração 8, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20, 28, 29, 30, 32, 33, 35, 36, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 56, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 69

Administração Pública 8, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 29, 33, 35, 36, 39, 40, 41, 42, 43, 50, 54, 56, 62, 64, 65, 66, 68, 69

Advocacia Pública 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 55, 57, 58, 62, 67, 68, 69

advogado 24, 25, 26, 28, 29, 30, 56, 57, 58, 59, 61

advogado público 24, 25, 26, 28, 29, 30, 56, 57, 58, 59, 61

agir 24, 25, 47, 54, 67

autonomia 24, 25, 27, 30, 48, 56, 57, 58, 67

C

caso 12, 13, 14, 15, 16, 18, 26, 27, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 45, 46, 49, 50, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 64

casos 12, 16, 17, 18, 25, 26, 32, 33, 37, 39, 42, 46, 47, 53, 58, 60, 61, 63, 65

chefe 24, 27, 28, 48, 50

coletivo 30, 36, 37, 39

conciliação 10, 11, 12, 23, 44, 47, 51, 52, 53, 54, 68

conflito 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 30, 34, 38, 43, 47, 50, 51, 53, 62, 65, 66, 67, 69

conflitos 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 28, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 52, 53, 55, 57, 58, 62, 64, 67, 68, 69

consensualidade 8, 10, 17, 21, 23, 24, 30, 45, 47, 53, 54, 62, 66, 67, 69

contraditório 21, 22, 39, 59, 68

cooperação 19, 21, 22, 23, 24, 30, 34, 42, 44, 55, 60, 67

cooperação processual 22, 24, 34

D

defesa 13, 14, 40, 58, 59

desigual 24

direito 9, 10, 11, 13, 15, 16, 17, 19, 20, 23, 25, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 44, 45, 47, 49, 50, 55, 56, 57, 58, 59, 63, 65, 68, 69

dolo 25, 26, 51, 60

E

estatal 11, 12, 19, 21, 23, 28, 31, 36, 38, 40, 42, 43, 44,

47, 54, 55, 60
executivo 24, 45, 46, 48

F

Fazenda Pública 2, 8, 17, 18, 19, 21, 23, 24, 29, 30, 31, 34, 36, 41, 44, 46, 50, 54, 58, 59, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69
fraude 25, 26, 51

I

indivíduo 31, 37
instituição 24, 25, 26, 27, 28, 47, 48, 50, 57, 67
instituições 24, 26, 61
interesse coletivo 37
interesse público 30, 31, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 55, 56, 58, 61, 62, 63, 64, 66, 68, 69

J

judicial 9, 10, 12, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 27, 28, 29, 30, 40, 41, 43, 45, 46, 47, 49, 53, 59, 63, 66
Judiciário 8, 9, 10, 11, 12, 14, 17, 18, 20, 21, 30, 40, 42, 45, 47, 53, 60, 63, 65, 69
jurídica 11, 17, 20, 21, 29, 30, 32, 34, 35, 37, 38, 40, 45, 48, 49, 50, 53, 55, 61, 64, 65, 69
jurídicas 25, 33, 34, 35, 44, 48, 49, 50, 55, 58, 62, 63
jurídico 9, 13, 15, 16, 17, 19, 20, 26, 27, 28, 34, 35, 39, 40, 42, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 63, 66, 68
justiça 2, 9, 10, 11, 12, 14, 20, 23, 24, 25, 43, 47, 67, 68
Justiça 8, 9, 10, 11, 12, 15, 18, 19, 23, 24, 30, 41, 42, 51, 54, 62, 66, 67, 68, 69

M

magistrado 20, 22, 23, 59
mediação 10, 11, 12, 23, 44, 45, 46, 47, 51, 68
mérito 10, 16, 21, 42
Ministério Público 10, 23, 24, 27, 28, 40
modelo 19, 22, 23, 41, 49, 67

N

norma constitucional 37

P

precatórios 24, 46, 52, 53, 54
privado 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 50, 66
Processo Civil 8, 9, 10, 15, 16, 19, 21, 22, 23, 25, 41,

43, 44, 51, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 69
processuais 22, 24, 43, 44, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60,
61, 67, 68, 69
processual 15, 16, 22, 23, 24, 30, 34, 41, 46, 55, 56,
57, 58, 59, 60, 67, 69
Procuradoria 25, 27, 51, 61
públicos 10, 19, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 40, 42,
44, 47, 51, 57, 61, 62, 65, 67

R

resolução 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21,
30, 34, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 49, 50, 52, 62, 66, 67

S

solução 9, 10, 11, 12, 15, 16, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27,
28, 35, 36, 37, 38, 39, 42, 43, 44, 46, 47, 50, 51, 52, 55,
57, 58, 62, 63, 64, 65, 66, 68



AYA EDITORA
2023