



A Negociação nos Conflitos que Envolvem a Fazenda Pública: Análise da Obrigatoriedade da Audiência do Artigo 334 do CPC

Negotiation in Conflicts Involving the Public Treasury: An Analysis of the Mandatory Nature of the Hearing Provided for in Article 334 of the Code of Civil Procedure

Daniela Duarte Cordeiro

Procuradora Municipal

Resumo: O Código de Processo Civil de 2015 instituiu um modelo processual orientado à cooperação e à consensualidade, conferindo centralidade aos métodos adequados de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação e os negócios jurídicos processuais, inclusive nas demandas que envolvem a Fazenda Pública. Nesse contexto, o presente estudo analisa a obrigatoriedade da audiência prévia de conciliação prevista no artigo 334 do CPC quando a Administração Pública figura como parte no processo. O estudo examina a evolução dos princípios que regem a atuação administrativa em juízo, especialmente o princípio da legalidade e sua releitura à luz da juridicidade administrativa, bem como os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. A partir de pesquisa bibliográfica e método dedutivo, discute-se a distinção entre indisponibilidade do interesse público e indisponibilidade do processo, evidenciando a possibilidade de atuação consensual da Fazenda Pública sem renúncia aos interesses coletivos. Analisa-se, ainda, o papel dos procuradores públicos, os limites da autocomposição, a admissibilidade dos negócios jurídicos processuais e os incentivos legislativos e institucionais ao tratamento adequado dos conflitos. Conclui-se que a audiência de conciliação do artigo 334 do CPC deve ser considerada, como regra, aplicável às demandas envolvendo a Fazenda Pública, ressalvadas as hipóteses legais de dispensa, constituindo importante instrumento para a eficiência da prestação jurisdicional e para a consolidação de uma cultura consensual no âmbito do Direito Público.

Palavras-chave: fazenda pública; audiência de conciliação; Artigo 334 do CPC; autocomposição; negócios jurídicos processuais.

Abstract: The Brazilian Code of Civil Procedure of 2015 introduced a procedural model based on cooperation and consensual dispute resolution, emphasizing mediation, conciliation, and procedural legal agreements, including in cases involving the Public Treasury. In this context, this article analyzes the mandatory nature of the preliminary conciliation hearing provided for in Article 334 of the Code of Civil Procedure when the Public Administration is a party to the lawsuit. The study examines the evolution of the principles governing administrative action in court, particularly the principle of legality and its reinterpretation through the concept of administrative juridicity, as well as the principles of supremacy and unavailability of the public interest. Based on bibliographic research and a deductive method, the paper discusses the distinction between the unavailability of the public interest and the unavailability of the procedural framework, highlighting the possibility of consensual action by the Public Administration without waiving collective interests. It also addresses the role of public attorneys, the limits of consensual dispute resolution, the admissibility of procedural legal

agreements, and legislative and institutional incentives for appropriate conflict resolution. The study concludes that the conciliation hearing established in Article 334 of the Code of Civil Procedure should generally apply to cases involving the Public Treasury, except in legally justified situations, constituting a relevant mechanism for improving judicial efficiency and fostering a consensual culture within Public Law.

Keywords: public treasury; conciliation hearing; Article 334 of the code of civil procedure; consensual dispute resolution; procedural legal agreements.

INTRODUÇÃO

Buscando empreender maior eficiência na prestação da tutela jurisdicional, o Código de Processo Civil incentivou os meios alternativos de solução de conflitos, principalmente a mediação e a conciliação, e também previu a possibilidade e realização de negócios jurídicos processuais, sendo todos os esforços voltados para a criação de um processo de resultado como forma de contribuir com o surgimento de uma nova cultura da paz, onde o processo efetivamente seja um instrumento de busca da pacificação social, superando a ideia de cultura do conflito vivenciado nos últimos anos.

O tema a ser explorado se mostra de grande relevância prático-jurídica, uma vez que apresenta as balizas legais e a evolução do pensar sobre a atuação da administração pública em juízo, que há muito é a responsável pelo aumento do volume de processos judiciais em andamento nos tribunais brasileiros, sendo conhecida como uma das maiores, senão a maior, litigante judicial nos últimos tempos.

O estudo em tela tem por objetivo proceder a análise acerca das peculiaridades da negociação nos conflitos que envolvem a Fazenda Pública. Além disso, visa realizar uma reflexão sobre a evolução do princípio da legalidade, norteador da atividade administrativa, com destaque à obrigatoriedade da realização da audiência prévia de conciliação prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil¹.

E ainda tem por escopo demonstrar o panorama nacional de fomento aos métodos adequados de autocomposição, com exposição da sistemática legal e incentivos institucionais.

O presente trabalho será desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica acerca dos princípios que orientam a administração pública e à obrigatoriedade da audiência de conciliação prévia prevista no artigo 334, Código de Processo Civil, antes de se formar a relação jurídico-processual.

Desta forma, a instituição da audiência de conciliação prévia, na forma como disciplinada no Código de Processo Civil, representa um grande avanço para o cenário jurídico brasileiro já cansado das injustiças decorrentes pela morosidade da Justiça.

¹ Código de Processo Civil. Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Cabe refletir aqui sobre a seguinte indagação: quando a Fazenda Pública é uma das partes envolvidas numa demanda, estaria ela dispensada de uma audiência de conciliação prévia já que, a princípio, não pode transigir ou mesmo negociar sobre direito que não lhe pertence?

Para discorrer sobre o tema e compreender a sua dimensão, necessário que sejam explorados os aspectos relevantes sobre a vinculação dos atos dos agentes responsáveis pela prática de atos administrativos com as regras principiológicas aplicadas no Direito Administrativo.

As regras principiológicas que norteiam a atividade administrativa são compostas de três princípios basilares, quais sejam: o princípio da legalidade, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade desse interesse público.

A partir da análise dos princípios citados poderíamos afirmar que a indisponibilidade do interesse público pode-se afirmar que a indisponibilidade não significa implicação na indisponibilidade de todos os direitos resguardados pela Fazenda Pública. A doutrina atual defende que indisponibilidade do interesse público não se confunde com a indisponibilidade do processo em que se desenvolverá as soluções para o conflito.

A Administração Pública na doutrina clássica somente pode atuar em juízo na forma que a lei expressamente o permite. Atualmente, refletimos sobre a relativização dessa regra, onde o princípio da legalidade seria modernamente entendido como não há contrariedade entre a regra geral do direito administrativo e sua atuação em juízo.

Ou seja, se há uma lei disciplinando como se dará a atuação da Administração Pública, esta deve prevalecer. Mas não havendo disciplina legal em contrário deve o administrador agir, baseado no sistema jurídico de forma sistêmica, com atenção aos princípios e garantias fundamentais constitucionais com o escopo de atender a eficiência e garantia do atingimento do interesse público.

O administrador não pode ser impedido de tomar alguma decisão por ausência de lei. Deve encontrar alternativas mais amplas e melhores, dentro do seu espaço de discricionariedade, para garantir a preservação do interesse público buscando soluções que atentem aos direitos fundamentais, firmando a ideia de segurança jurídica, fazendo aflorar nos administrados uma confiança naquela administração.

No que se refere ao recorte metodológico, dentro do contexto apresentado, será desenvolvida pesquisa exploratória, com método dedutivo e embasamento teórico acerca da temática, e a revisão da literatura atual sobre o tema, onde analisaremos o posicionamento dos mais bem conceituados juristas atuais, como o professor Gustavo Binenbojm (2008), Marçal Justen Filho (2013), Fredie Didier (2015), Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2017), Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marcelo Mazzola (2019), que trazem, também, a ideia de fomento aos métodos adequados de solução de conflitos na Administração Pública, conforme expressamente defendido no Código de Processo Civil de 2015 e demais legislações correlatas.

Ao final serão apresentadas as iniciativas legislativas e institucionais para incentivo da consolidação da aplicação dos métodos adequados de solução de conflitos por todos os atores processuais, inclusive a Fazenda Pública.

Buscaremos de forma clara trazer as informações atuais e a evolução de princípios então consagrados no âmbito administrativo, para uma modernização do entendimento dos conflitos que envolvem esse ente com peculiaridades únicas e especiais, que é a Administração Pública.

PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Todo o direito pátrio é marcado por princípios peculiares, que influenciam intensamente o ordenamento jurídico. Sabemos que os princípios podem estar expressamente previstos em lei, sendo, portanto, facilmente identificados, mas também existem outros que se encontram implícitos no nosso ordenamento jurídico.

É importante notar que os princípios descritos na própria Constituição da República, foram introduzidos, progressivamente, na consciência do povo, durante uma evolução histórica. Hoje, os princípios constitucionais funcionam como parâmetro mínimo, capazes de orientar a compreensão, aplicação e integração do direito para a formulação e aplicação de toda a legislação infraconstitucional.

O Direito Administrativo, assim como as demais ramos do direito, também é regido por vários princípios específicos que norteiam toda a atividade administrativa, de forma interna e externa, e que por isso merecem detida atenção e aplicação.

O *caput* do artigo 37² da Constituição Federal enumera os princípios básicos da Administração Pública, e estes se aplicam aos três poderes e à Administração Pública Direta e Indireta, são eles: legalidade, segundo o qual, ao administrador somente é autorizado a realizar o que estiver previsto na lei; impessoalidade, que exige que a atuação do administrador público esteja desvinculada da pessoa do administrador, não sendo a atuação atribuída ao agente público, mas à entidade estatal a que se vincula; moralidade, que estabelece a necessidade de toda a atividade administrativa deve ser adstrita à lei, à moral e à equidade; publicidade, que obriga à transparência, devendo ser obrigatória a divulgação e o fornecimento de informações de todos os atos praticados pela Administração Pública; e, por fim, eficiência, que impõe a adoção, pelo gestor público, de critérios técnicos que assegurem o melhor resultado possível para a Administração Pública.

A Administração Pública se torna uma parte diferenciada dentro da relação processual uma vez que quando atua em juízo é capaz de gerar encargos pecuniários ao próprio erário, ou seja, as despesas geradas dentro do processo serão pagas por todos os contribuintes, por isso que se defende a sua atuação pautada no princípio da legalidade estrita.

2 Constituição Federal. 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:...

Salienta-se que o termo “Fazenda Pública” é utilizado em referência às entidades da Administração Pública direta e indireta dotadas de personalidade jurídica de direito público, que figurem em ações judiciais, ou seja, quando está em juízo a Administração é chamada de Fazenda Pública.

A legalidade seria corolário da regra de indisponibilidade do interesse público. Quando em juízo a Fazenda Pública deve pautar as suas ações na lei que expressamente permite a sua atuação, pois essa norma faz parte de um sistema jurídico previamente aprovado pela sociedade, portanto sendo a lei a vontade expressa do povo.

Veremos que a Administração Pública não é a “dona” do interesse público, é sim a sua guardiã; é quem representa e defende o interesse público tendo como seu titular o povo. Notadamente que a gestão pública legítima deve basear suas iniciativas pelos princípios administrativos, em especial aqueles elencados na Constituição Federal.

Princípio da Legalidade e sua Evolução

O princípio da legalidade está expressamente previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, e foi citado por várias vezes em artigos constitucionais, sendo indispensável para a existência de um Estado Democrático de Direito, politicamente organizado e que obedece às suas próprias leis.

Tradicionalmente, o princípio da legalidade no âmbito administrativo é entendido de forma diversa como estudado no direito privado. No direito privado, a lei serve de baliza que delinea a atuação de todos os cidadãos submetidos ao ordenamento jurídico vigente, podendo o particular atuar desde que não haja ressalva legal. Já no direito público, há muito pregado, que o administrador só pode fazer aquilo que a lei expressamente autorize com total respeito à lei, havendo uma vinculação positiva do administrador à lei, o qual é denominado pela doutrina como legalidade estrita.

A lei sempre deixou espaços de conformação, nunca foi capaz de tratar de maneira ampla e irrestrita de todas as atuações que o administrador pode desempenhar durante a sua gestão. Assim passou a sustentar em sede doutrinária, que a Administração Pública deve receber tratamento similar como o particular, pois a vinculação a lei é de ordem negativa.

Todavia, atualmente com a constitucionalização do Direito Administrativo, todos os atos administrativos devem ser enxergados pela visão constitucional, e, ademais o princípio da legalidade não deve se limitar ao simples cumprimento da lei em sentido estrito.

O professor Gustavo Binenbojm (2008) dá ênfase a essa nova visão do princípio da legalidade tanto que substitui o termo legalidade por “juridicidade”, estando em consonância inclusive com o disposto no o artigo 2º, parágrafo único, inciso I, da Lei Federal nº 9.784/99³, que regula o processo administrativo no âmbito

³ LEI Nº 9.784/99. Art. 2o. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla

da Administração Pública Federal, definindo a legalidade como o dever de atuação conforme a lei e o Direito, isto é, a obrigação de os agentes públicos respeitarem a lei e outros instrumentos normativos existentes na ordem jurídica, isto é, normas que estão contidas no denominado bloco da legalidade.

Houve uma evolução da legalidade estrita para a jurisdição administrativa. Agora se impõe ao administrador público que tome suas decisões baseadas não apenas na letra da lei, mas em valores, princípios e garantias fundamentais constitucionais. A vinculação pública é feita ao direito fundamental do cidadão, através do sistema jurídico como um todo e não apenas com aplicação da legalidade estrita.

A Administração Pública deve estar em sintonia com os direitos e garantias fundamentais, e com todo o sistema de proteção previstos na Constituição Federal, e que não são passíveis de relativização.

Outrossim, a atuação pautada na jurisdição administrativa deve respeitar a reserva de lei, e quando esta existir não pode ser violada por simples escolha do administrador. Não se admitem atuações *contra legem*, nem relativização da lei, há uma mitigação da discricionariedade do administrador.

Com essa nova visão do princípio da legalidade, o que se tenta evitar é a inércia do administrador público por não haver lei permissiva engessando a atuação administrativa de forma eficaz.

Nessa toada que o professor Gustavo Binenbojm (2008) vai identificar dois eixos de mudança paradigmática no direito administrativo⁴: o Giro Democrático Constitucional e o Giro Pragmático. O primeiro, traz uma visão obsoleta da Administração Pública, defendendo que existe dentro da Constituição um estatuto da Administração. Em contrapartida, o Giro Pragmático da Administração Pública está relacionado ao princípio da legalidade, com adoção de estruturas, conceitos e novos mecanismos de atuação sem previsão legal, mas em sintonia com os direitos fundamentais, e que são capazes de trazer melhores resultados para Administração Pública.

defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

4 GUSTAVO Binenbojm. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação*. 2.ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2017. "O giro democrático-constitucional do direito administrativo representa um conjunto de modificações que elevam as bases axiológicas da disciplina ao plano da normatividade da Constituição. Em termos operativos, a constitucionalização do direito administrativo importa o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado Administrativo contemporâneo.

(...) O giro pragmático revela, por seu turno, uma tendência à adoção de estruturas, conceitos, procedimentos e decisões administrativas que sejam aptos a produzir os melhores resultados. Ao pragmatismo interessa, sobretudo, a diferença, em termos práticos, da decisão por uma ou outra proposição. Dá-se, assim, uma ruptura parcial com a Administração Pública burocrática, de matriz weberiana, com ênfase no antifundacionalismo, no contextualismo e no consequencialismo, que são as características que permeiam a metodologia pragmatista".

O Giro Pragmático se volta para a ideia de eficiência, com a observância das características do tempo e do lugar em que uma decisão administrativa deve ser tomada, defendendo a ideia do consequencialismo, ou seja, ao tomar as suas decisões é fundamental que o administrador projete no tempo as consequências da sua escolha.

Vemos com frequência que nos governos atuais lida-se com “heranças” da gestão anterior. Arca-se no presente com as consequências de uma decisão que outro administrador tomou no passado, com erros e parâmetros do momento da atuação, e às vezes com o uso da lei vigente à época, sem qualquer projeção para o futuro dos efeitos causados pela escolha administrativa.

Portanto, podemos afirmar que o princípio da legalidade estrita foi revisto. Hoje o analisamos numa visão menos ortodoxa, referindo-se a um dever jurídico autônomo dos agentes estatais para que sempre tenham escolhas discricionárias para responderem de modo adequado aos interesses da sociedade, baseando suas decisões não apenas em lei prévia, mas vinculando-a a princípios, eficiência, direitos e postulados constitucionais.

Supremacia do Interesse Público Sobre o Interesse Privado

A supremacia do interesse público é o principal princípio do Direito Administrativo, sendo o seu alicerce o princípio da indisponibilidade do interesse público dos quais decorrem os demais princípios.

Embora não haja previsão expressa para o princípio da supremacia do interesse público no nosso ordenamento jurídico, a sobreposição do interesse público em face do interesse particular é o pressuposto lógico para o convívio social, sendo, portanto, ressaltada a sua relevância.

Entretanto, o princípio da supremacia do interesse público vem sendo contestado pela doutrina administrativista e constitucionalista mais moderna, conforme se depreende do artigo de Daniel Sarmiento (2005), *Interesses públicos versus interesses privados*, que afirma que com a constitucionalização do direito civil, com a aplicação mais efetiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, e com o surgimento do terceiro setor, está cada vez mais difícil fazer uma distinção do que seja interesse público e interesse privado.

Ele afirma que não há falar em supremacia do interesse público sobre o particular, diante de uma constituição personalista, como a nossa Constituição de 1988, posto que a primazia da pessoa humana se sobrepõe ao próprio Estado.

Na mesma linha, o professor Gustavo Binenbojm (2005)⁵ propõe uma desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, afirmando que este princípio está em incompatibilidade com o sistema constitucional dos direitos fundamentais.

⁵ Binenbojm, Gustavo (2005). *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. Revista De Direito Administrativo, 239, 1-32.

Por fim Daniel Sarmento (2005) vai propor o Princípio da Tutela do Interesse Público⁶, que defende que a Administração Pública deverá buscar os interesses pertencentes a toda a coletividade conforme definido pela ordem jurídica (jurisdição), e não perseguir os interesses privados dos administradores.

No mais, o princípio em estudo deve ser ponderado na sua aplicação no caso concreto, cabendo ao intérprete e aplicador do direito a função de delimitar o conteúdo do interesse público a ser delineado pelo princípio da proporcionalidade ou postulado normativo da proporcionalidade, como sugere Gustavo Binbenbim (2005) seguindo a linha de Humberto Ávila, que reconhece a proporcionalidade não como um princípio, mas, sim, um postulado normativo, vale dizer: uma norma jurídica de segundo grau).

Assim, a ação do Estado na promoção do interesse público deve buscar ponderar adequadamente os interesses públicos e privados presentes em cada situação concreta, baseando esse sopesamento no princípio da proporcionalidade.

Ressalta-se a posição de Alice González Borges⁷ em artigo sobre o tema *Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?* defendendo que ao invés da “desconstrução” proposta pelos críticos, sugere uma “reconstrução” do supraprincípio em estudo, alertando que não é possível haver desvirtuamento do entendimento sobre a supremacia do interesse público com manipulações de “autoritarismo retrógrado e reacionário” de algumas autoridades administrativas.

Importante termos como premissa que a preservação dos direitos individuais é parte integrante do próprio interesse público, portanto, devendo haver uma influência mútua entre tais interesses.

6 SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados. In Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. “Diante deste quadro, parece-nos inadequado falar em supremacia do interesse público sobre o particular, mesmo em casos em que o último não se qualifique como direito fundamental. É preferível, sob todos os aspectos, cogitar em um PRINCÍPIO DA TUTELA DO INTERESSE PÚBLICO, para explicitar o fato de que a Administração não deve perseguir os interesses privados dos governantes, mas sim os pertencentes à sociedade, nos termos em que definidos pela ordem jurídica (princípio da jurisdição). Se a ideia de supremacia envolve uma comparação entre o interesse público e o particular, com atribuição de preeminência ao primeiro, na noção de tutela este elemento está ausente, o que se afigura mais compatível com o princípio da proporcionalidade, fechando as portas para possíveis excessos (...) Dessa forma, a ação estatal conforme ao Direito não será aquela que promover de forma mais ampla o interesse público colimado, mas sim a que corresponder a uma ponderação adequada entre os interesses públicos e privados presentes em cada hipótese, realizada sob a égide do princípio da proporcionalidade. Com a ressalva, contudo, de que quando os direitos fundamentais estiverem ausentes da balança, o escrutínio judicial da conduta estatal deve ser mais cauteloso, prevalecendo, na dúvida, a decisão já adotada pelo Poder Público.” (p. 114 e 115).

7 “É preciso não confundir a supremacia do interesse público – alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo – com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas”. (Revista Diálogo Jurídico-n.º 15 – jan/fev/mar/2007).

Indisponibilidade do Interesse Público

A defesa do interesse público é um *múnus* público, ou seja, um dever de atuação conforme a lei estabelece. O interesse é do povo, de modo que o administrador público não pode dele dispor, ou seja, o direito dito como indisponível é aquele que não se pode renunciar ou alienar.

O interesse público não pode ser simplesmente definido como o somatório dos interesses particulares. O interesse público vai além, é o interesse social, da consecução da vontade estatal, e, portanto, ainda que o somatório dos interesses particulares seja um interesse autônomo devem se coadunar com os interesses da sociedade como um todo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016) diz que: “O interesse público inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”. A Fazenda Pública assume a função de preservadora do interesse público quando atua judicialmente.

Mas os interesses ou direitos tutelados pela Fazenda Pública são sempre indisponíveis? Defendemos que não. Cabe aqui abordar que os contratos entabulados pela Administração Pública, podem se dar como “contratos administrativos”, regidos por normas de interesse público, notadamente o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, e “contratos da administração”, celebrados em regime de igualdade entre administração e o particular, e regidos por normas de direito privado. Por exemplo, nos casos em que a Administração Pública litiga em torno de obrigações tipicamente privadas, como no caso de um contrato de locação imobiliária, não há falar em direitos indisponíveis, visto ter o direito material natureza exclusivamente privada.

Tradicionalmente, são feitas considerações sobre a natureza dos direitos indisponíveis, sendo ora identificado como interesse público primário, ora como secundário. Assim, sempre se defendeu que o direito da Administração Pública quando baseado em interesse público primário, ou seja, aquele que representa a finalidade do Estado enquanto representante da sociedade, será indisponível. Em contrapartida, o direito da Administração Pública com esteio no interesse público secundário, ou seja, quando a atuação do Estado está adstrita à satisfação do interesse da pessoa jurídica de direito público como sujeito de direito, seria, portanto, disponível.

Eduardo Talamini (2016) afirma que:

Se não há direito em favor da Administração, não há que se falar em interesse público. De há muito, a doutrina já esclareceu que interesses pragmáticos da Administração que não encontrem amparo no ordenamento não constituem interesse público, são meros interesses secundários, ilegítimos. O interesse de que o agente público deve buscar a satisfação não é, simplesmente, o interesse da Administração como sujeito jurídico em si mesmo (“interesse secundário”), mas, sim, o “interesse primário”, formado pelo complexo de interesses prevalecentes na

coletividade. Nesse passo, cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado é atender ao interesse público. Só assim estará sendo observado o interesse público primário, que é o verdadeiro e único interesse público.

A indisponibilidade do interesse público apresenta-se como a medida do princípio da supremacia do interesse público. A supremacia do interesse público consagra que os interesses coletivos devem prevalecer sobre o interesse do administrador ou da Administração Pública; O princípio da indisponibilidade do interesse público vem firmar a ideia de que o interesse público não se encontra à disposição do administrador ou de quem quer que seja.

INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E INDISPONIBILIDADE DO PROCESSO

Será que ao se falar em indisponibilidade do interesse público não se quer dizer que os direitos tutelados pela Fazenda Pública são todos indisponíveis? Poderia haver negociação com questões vinculadas a Administração Pública?

Os direitos tutelados pela Fazenda Pública podem se ancorar no interesse público primário, e também no secundário. Quando for primário, estamos falando de interesse de toda a coletividade, não cabendo nenhum tipo de negociação. Entretanto, se houver discussão acerca de direito público secundário, pertencente privativamente a um determinado ente federativo, aí sim poderíamos ter uma negociação.

Contudo, para Marco Antônio Rodrigues (2016) não existe essa divisão tradicional entre interesse público primário e secundário, mas o que existe é interesse do particular ou da coletividade, dispensada a divisão entre primário e secundário.

Atualmente, fala-se na promoção da consensualidade como mecanismo de gestão da coisa pública. Em muitos casos, na busca da promoção do melhor interesse público a Administração deve despir-se de sua potestade para buscar consensos, reconhecendo que a lógica da autoridade nem sempre é o meio mais eficiente de apuração do interesse público.

Não se trata de renunciar à potestade estatal, mas de verificar os casos ou situações genéricas em que a negociação e o acordo podem responder melhor a objetivos de interesse público pretendidos pelo próprio ordenamento jurídico.

Ressalte-se que a atuação consensual não representa, renúncia do interesse público, tampouco ao dogma da indisponibilidade do interesse público. Ao contrário, atualmente a consensualidade pode ser um meio apto de melhor se atingir o interesse público de forma muita mais eficaz.

São absolutamente indisponíveis aqueles interesses que são de interesse de toda a coletividade, todos os outros são disponíveis, inserindo-se como interesse coletivo disponível o de negociar e conciliar a fim de encontrar a solução mais adequada ao caso concreto.

Nesse contexto, nas palavras do professor Gustavo Binenbojm (2021): “A atividade consensual da Administração não só é conveniente, como também é necessária e juridicamente embasada”, devendo ser incentivada pelos órgãos da Administração Pública, inclusive na busca de uma solução consensual no âmbito do processo judicial já polarizado.

A FAZENDA PÚBLICA E A AUDIÊNCIA PRÉVIA DE CONCILIAÇÃO DO ARTIGO 334, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A ideia que gira em torno da previsão legal disposta no artigo 334 do Código de Processo Civil, com a inclusão da realização prévia de audiência de conciliação e mediação, é a preservação de três princípios que estão diretamente relacionados ao tema em estudo: o acesso à justiça, a cooperação, e a razoável duração do processo.

A audiência prévia de conciliação surge como ferramenta que privilegia a razoável duração do processo e a consensualidade, nesse sentido, Alves e Montenegro (2014) enfatizam que:

Em tempos de crise do Poder Judiciário (grande parte causada pelo acúmulo de processos em todas as instâncias), é importante estimular a possibilidade de o processo ser encerrado através da homologação do acordo de vontades, evitando que se perpetue, causando às partes (principalmente ao autor) o intitulado dano marginal, além de impor o perecimento do direito material, funcionando o processo como fim, não como meio, o que não podemos admitir.

A audiência preliminar, no procedimento comum, é imprescindível, independentemente de quem são as partes do processo, ou seja, deve ser privilegiado o processo que está em desenvolvimento. Para Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2017) a audiência de conciliação e mediação é fase indispensável nos processos de procedimento comum, pois após o oferecimento da contestação o conflito poderá exacerbar-se, tornando mais difícil a conciliação entre as partes.

O Código de Processo Civil deixa claro o incentivo à cultura da conciliação ao instituir a audiência de conciliação e mediação de forma obrigatória. De acordo com o texto legal, o magistrado ao verificar que a petição inicial preenche os requisitos essenciais, não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, designará a audiência de conciliação e mediação, nos termos do artigo 334, caput do Código de Processo Civil, determinando a citação do réu.

E pelo novo entendimento sobre a autocomposição, é que só se autoriza a não realização da audiência em duas hipóteses⁸: quando ambas as partes dela

8 (...) § 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

declinarem (artigo 334, § 4º, I, CPC); e quando a lide versar sobre direitos a respeito dos quais as partes não possam transigir (artigo 334, § 4º, II, CPC).

A primeira causa de dispensa da audiência preliminar ocorrerá se ambas as partes manifestarem expressamente desinteresse na conciliação. Todavia, se apenas uma das partes não desejar a conciliação, nesse caso o juiz terá de designar a audiência, exceto se, com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, ambas as partes manifestarem o desinteresse.

A segunda hipótese de não realização da audiência de conciliação poderá ocorrer quando a natureza da ação versar sobre direitos indisponíveis, sendo assim entendidos, aqueles que não admitem composição. Fredie Didier (2015) ensina que não se pode confundir “não admitir autocomposição”, situação que por si só autoriza a dispensa da audiência, com ser “indisponível o direito litigioso”, pois pode ocorrer de o direito ser indisponível, mas ser possível a autocomposição em parte do procedimento a ser adotado.

E como fica a obrigatoriedade da realização de audiência prévia do artigo 334 do Código de Processo Civil para a Fazenda Pública? Ela está autorizada a ceder em algum de seus direitos ou parte deles?

A princípio, a Fazenda Pública estaria dentro do permissivo de dispensa de realização da audiência de conciliação, pois as partes podem demonstrar desinteresse na audiência preliminar, pois julgam que esta não será frutífera, uma vez que o direito discutido seria indisponível. A ideia ortodoxa acerca do tema é que nas ações em que uma das partes for pessoa jurídica de direito público a autocomposição não será permitida.

Todavia, a celebração de acordos pela Administração Pública precisa envolver a discussão sobre alguns paradigmas do adotados no direito administrativo. Como ensina Gustavo Binenbojm (2021):

O direito administrativo brasileiro foi construído a partir de uma matriz eminentemente francesa, caracterizada por um regime jurídico pautado na supremacia do interesse público, na relação vertical entre Administração Pública e o particular, e na atuação do Estado por meio de atos administrativos unilaterais, imperativos e autoexecutórios.

Nessa visão, o interesse público, deve sempre prevalecer sobre os interesses particulares, sendo proibido, a disposição ou transação desse interesse público, consolidando a ideia da *“intransacionabilidade processual e material dos interesses da Administração Pública”* (Binenbojm, 2015).

Toda essa celeuma acontece porque não há uma devida separação entre as ideias de autocomposição e indisponibilidade do direito em litígio. Não se pode confundir a ideia de direito que não admita autocomposição, com a ideia de indisponibilidade do direito. Também não podemos confundir indisponibilidade com intransigibilidade, pois esta somente está presente quando a lei veda expressamente a transação. Ex. TAC, ACP, acordo de leniência, art. 28 da LINDB.

No mais, podemos afirmar que a Lei de Mediação no artigo 3º, parágrafo 2º⁹ resolve parte da questão envolvendo a disponibilidade ou não dos interesses públicos, posto que permite o uso da mediação nos direitos indisponíveis transacionáveis.

A indisponibilidade do direito existe, mas não há impedimento de se realizar composições. Negocia-se a forma de que determinado direito da coletividade será atingido. Como exemplo, podemos citar o caso de imposição, por decisão judicial, de demissão de médicos durante temporada de verão em um município litorâneo. Evidente que durante a temporada de verão, o município tem um aumento significativo de sua população, e não poderia ter todos os médicos não concursados sendo demitidos neste momento. No caso, acaso houvesse uma negociação por parte da Fazenda Pública interessada e o autor da ação, provavelmente o Ministério Público, pela escolha do melhor momento para efetivar a decisão judicial, não se estaria relativizando o princípio da legalidade, o respeito ao concurso público – interesse público indisponível – mas estaria se negociando a melhor forma que se dará o cumprimento da lei sem que haja impacto na prestação do serviço público.

A composição não pode levar a renúncia do direito coletivo, não pode haver nem mesmo a relativização do que a coletividade tem direito de receber no caso concreto, mas deverá ser buscado uma convenção processual com escopo de atingir a melhor forma que se dará o atendimento ao interesse público.

Ademais, deve o administrador estar atento ao princípio da eficiência que impõe à Administração Pública buscar os métodos e soluções que melhor atenda aos seus anseios, evitando, sempre que possível, o desperdício de recursos, a falta de produtividade e a morosidade. Conforme ensina Marçal Justen Filho (2013):

A eficiência consiste em considerar a atividade administrativa sob prisma econômico e político. Como os recursos públicos são escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo. Há dever de eficiência gerencial que recai sobre o agente público.

Promover a consensualidade nas questões que envolvem a Fazenda Pública é mais um mecanismo, que tem se mostrado eficaz, na gestão da coisa pública. No caso concreto, a Administração Pública deve descer do seu pedestal, deixar de lado sua potestade (e não renunciar) e buscar promover o melhor interesse público possível, compreendendo que nem sempre a imposição da sua autoridade ou posição privilegiada se mostra o meio mais eficiente de atingimento do interesse público.

9 Art. 3º *Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.*

§ 1º *A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.*

§ 2º *O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.*

Negócio Jurídico Processual

O Código de Processo Civil traz uma cláusula geral de negócios processuais. Nos termos do artigo 190¹⁰, nas causas 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. Caberá ao juiz da causa controlar a validade desses negócios processuais, 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.

O que se busca é a realização de negociação dentro dos processos judiciais já polarizados, a fim de priorizar a simplificação de procedimentos, a cooperação entre as partes, e a busca perene pela pacificação ou tentativa de pacificação social.

Mostra-se que a legislação buscou um caráter mais dialógico para o processo, admitindo expressamente a autocomposição sobre o procedimento para ajustar as especificidades da causa, podendo haver negociação sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, conforme mencionado no artigo acima citado.

Como exemplo podemos citar a previsão da figura do “calendário processual” (negócio processual típico), por meio do qual, de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. E o mais inovador é a dispensa de intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

A base de legitimidade para tal negócio processual está na própria permissão da Arbitragem. Se é possível a um árbitro decidir o direito material, mas ainda seria o magistrado, desta feita por meio de procedimento ajustado pelas partes.

Em encontro realizado em agosto de 2015 pela ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados), foi publicado o Enunciado nº 37¹¹ que prevê a nulidade de convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, trazendo novamente à baila a questão da constitucionalização sistêmica do direito.

10 Art. 190. 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. Parágrafo único. 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.

11 Enunciado nº 37, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados são nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação.

No mesmo sentido das disposições acima, o artigo 357, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil¹², quando trata do saneamento do processo permite que as partes delimitem, de modo consensual, as questões de fato e de direito que serão provadas e apreciadas.

Como visto a legislação processual preocupou-se em legitimar as negociações processuais, tendo em vista o viés cooperativo que deve ter o processo, primando pela solução consensual de conflitos que hoje se revela no Código de Processo Civil.

Desse modo, têm as partes amplo espaço para ajustar o procedimento às necessidades da pretensão exposta em juízo. No mais, não vemos qualquer ressalva legal da Fazenda Pública realizar negócios processuais, desde que seja resguardado o interesse público envolvido na questão. E além, ressaltamos que a promoção da realização de negócios jurídicos processuais envolvendo a Fazenda Pública, devem ser incentivados pelo gestor público, e pelos representantes daquela, a fim de atingir o interesse público de forma legal, mais eficiente e consensual.

O Papel do Procurador

Nesse contexto surge a necessidade de discutir acerca do papel dos procuradores, representantes da Fazenda Pública em juízo. Os procuradores garantem sua independência funcional pela escolha da estratégia defensiva que melhor atinja e resguarde esse interesse coletivo. A questão da escolha está apenas na elaboração de sua estratégia de defesa, mas o interesse público deve ser sempre protegido, não há escolha na defesa ou não dos interesses da Fazenda Pública, é uma atividade vinculada.

Como pontuou o advogado Nixonn Freitas Pinheiro¹³ em seu artigo *O “Tribunal Multiportas” e o advogado do futuro*, os operadores do Direito, quer extrajudicial como judicialmente, carregam a obrigação de aperfeiçoamento e atualização para adaptação ao chamado Tribunal Multiportas, que é compreendido como um instituto que direciona os processos judiciais polarizados para a busca de solução através dos métodos adequados de solução de conflitos.

E dessa forma, essa nova alternativa de solução de conflitos sem socorrer ao Poder Judiciário, deve ser aplicado também nas ações judiciais que envolvem a Fazenda Pública. A adoção de negociação ou mesmo conciliação pela Fazenda

12 Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

13 PINHEIRO. Nixonn Freitas. *O “Tribunal Multiportas” e o advogado do futuro*: “Como invocadores do Direito, quer extrajudicial como judicialmente, nós advogados carregaremos o ônus do aperfeiçoamento para nos adaptarmos ao que chamam, hoje, de “Tribunal Multiportas”, instituído no mundo pelo professor emérito da faculdade de Harvard, Frank Sander, e que nada mais é do que um instituto inovador que direciona os processos que chegam ao Judiciário para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando-se tempo e dinheiro tanto para as Cortes de Justiça quanto para os jurisdicionados que recorrem a elas.” Consultado em: <<https://www.mediadorfernandotoledo.com.br/categorias/conciliacao/page/4>> Acesso em 28 de junho de 2021.

Pública pode ocorrer por reconhecimento do pedido, autorização para desistência de ações propostas ou para renúncia do direito, e mesmo para a dispensa de apresentação de recursos.

Cabe aqui aos procuradores solicitar autorização à sua respectiva procuradoria para formular, em juízo, pedido de desistência dessas demandas judiciais, no caso de vício processual, ou renúncia ao direito em que se funda a ação, com consequente resolução do mérito, na hipótese de se verificar inexistência do direito subjetivo material deduzido, ou até mesmo para dispensa de apresentação de recursos, como numa questão de caráter humanitário, como no caso de fornecimento de medicamentos de alto custo.

Os procuradores na maioria das vezes não contam com autorização legislativa para realizar a negociação ou a transação judicial. Por isso alguns órgãos têm alguma normativa ou autorização especial para autorizar seus membros a reconhecer o pedido ou mesmo deixar de apresentar recurso diante de uma decisão contrária aos interesses da Fazenda Pública.

Nesse sentido o Enunciado 33, do Fórum Nacional do Poder Público¹⁴, diz ser necessária autorização para transigir ou celebrar algum negócio jurídico pelo representante da Fazenda Pública.

Também o Enunciado 16, do Fórum Nacional do Poder Público¹⁵ e o Enunciado 573, do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis¹⁶, alertam sobre a necessária publicização do que pode ser objeto de transação e da negociação por parte da Fazenda Pública, preservando a transparência e o princípio da não-surpresa.

Assim diante da necessidade de autorização legal prévia para que os representantes da Fazenda Pública possam transacionar ou celebrar um acordo, deve ser disciplinada as hipóteses de cabimento da autocomposição, e ser publicizada, sob pena de se designar uma audiência de conciliação ineficaz.

O ESTADO COMO INCENTIVADOR DO TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS

No Código de Processo Civil o legislador impõe ao Estado o dever de promover, quando possível, uma solução consensual entre as partes para a resolução de conflitos. O incentivo pela autocomposição se dá pelo fato que a solução do conflito de forma consensual, com efetiva participação das partes envolvidas, terá um resultado que irá gerar uma satisfação muito maior do que se tivesse uma decisão imposta pelo juiz.

14 Enunciado 33 do Fórum Nacional do Poder Público: A audiência de conciliação do art. 334 somente é cabível para a Fazenda Pública se houver autorização específica para os advogados públicos realizarem acordos.

15 Enunciado 16 do Fórum Nacional do Poder Público: A Administração Pública deve publicizar as hipóteses em que está autorizada a transacionar.

16 Enunciado 573 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis: As Fazendas Públicas devem dar publicidade às hipóteses em que seus órgãos de Advocacia Pública estão autorizados a aceitar autocomposição.

Na autocomposição é possível que as partes cheguem a um meio termo e a um aceite maior da solução obtida, uma vez que o foco não é a simples solução, mas sim a pacificação social da questão.

Esse fomento a autocomposição dos conflitos, se reflete na ideia atual dos legisladores, que disciplinam em inúmeras normativas a possibilidade de solução alternativas do conflito, demonstrando maior adesão a possibilidade de autocomposição pela Administração Pública e a celebração de acordos no âmbito administrativo e judicial. Tal incentivo também ocorre nas causas em que envolvem a Fazenda Pública, a fim de trazer maior segurança e garantia de proteção do interesse público nas composições, sem, contudo, renunciar o caráter indisponível do interesse da coletividade.

Dito isso, podemos demonstrar pela simples leitura de vários artigos do Código de Processo Civil como a consensualidade se tornou pano de fundo para as relações processuais, com a adoção preferencial de soluções consensuais de conflitos, que deverão ser promovidas pelo Estado, sempre que possível, conforme dispõe o artigo 3º, parágrafos 2º e 3º.¹⁷

O artigo 174 também do Código de Processo Civil¹⁸, reproduzido pelo artigo 32 da Lei de Mediação¹⁹, traz a imposição de criação das câmaras de mediação e conciliação e autoriza a atividade consensual envolvendo a Fazenda Pública em todos os níveis, sendo que será a própria Administração Pública quem instaurará os processos administrativos para solução consensual de conflito, onde ela tem interesse, e cuja decisão será tomada por um integrante desta mesma administração.

Todavia, desde o ano de 2010 o Decreto nº 7.392/2010 já previa no artigo 18 a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem pela Administração Federal, com a incumbência de mediar casos complexos e que envolvem entes da administração

17 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 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.

18 Art. 174. 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.

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

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

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

pública. Assim, como os Enunciados do Conselho da Justiça Federal nº 18²⁰ e 25²¹, formulados na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios.

A edição do artigo 10 da Lei nº 10.259/2001²² e do artigo 8º da Lei nº 12.153/2009²³, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal e sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, respectivamente, demonstra a evolução da lei para autorização genérica para autocomposição.

O legislador reconheceu que não poderia dispor de todos os casos em que poderia se dar a transação ou negociação, mas dentro dos parâmetros legais já adotados traçou os contornos para adoção da iniciativa do consensualismo pela Administração Pública nos juizados especiais.

A Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), no artigo 3º²⁴, organizou a ideia de autocomposição e indisponibilidade do direito, sendo neste último necessária a oitiva do Ministério Público como fiscal da lei para garantir e assegurar o respeito ao interesse público, e a homologação judicial dos acordos. Já o artigo 32, parágrafo 3º²⁵, da mesma lei vai além, e estabelece que o acordo obtido pelas câmaras de mediação e conciliação existentes na organização de um ente público, constitui título executivo extrajudicial, não havendo necessidade de homologação judicial.

20 Enunciado CJF nº 18: Os conflitos entre a administração pública federal direta e indireta e/ou entes da federação poderão ser solucionados pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal - CCAF - órgão integrante da Advocacia-Geral da União, via provocação do interessado ou comunicação do Poder Judiciário.

21 Enunciado CJF nº 25: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm o dever de criar Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos com atribuição específica para autocomposição do litígio.

22 Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

(...)

Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

23 Art. 8º Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.

24 Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

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

(...)

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

O parágrafo único do artigo 33²⁶ da Lei de Mediação permite à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias dos Estados, Distrito Federal e Municípios a instauração de procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

A legislação também admite a utilização de arbitragem na Administração Pública, reconhecendo a existência de direitos patrimoniais disponíveis na seara pública, conforme artigo 1º, §1º, da Lei nº 9.307/1996²⁷.

Ainda nessa toada, destacam-se as novas regras da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-Lei nº 4.657/42, na redação introduzida pela Lei nº 13.655/2018), que a partir da redação de seu artigo 26²⁸ possibilitou a celebração de compromissos pela Administração Pública para eliminar irregularidades, incertezas jurídicas ou situações contenciosas na aplicação do direito público. Trata-se de uma cláusula geral de negociação para celebração de acordos pela Administração Pública, inclusive no campo das sanções, sendo desnecessária a previsão de tipos específicos previstos na legislação. É uma busca pela quebra de formalismo exagerados, de forma a atender a eficiência e atingimento de resultados na atuação administrativa.

Ainda o Manual de Negociação baseado na Teoria de Harvard²⁹, editado pela Advocacia-Geral da União, traz uma inovação no tratamento de fomento a consensualidade na Administração Pública Federal tendo por escopo apresentar a teoria da Negociação aos membros e servidores da Advocacia-Geral da União, confirmando a ideia trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, no sentido de estimular às partes e aos seus procuradores a buscarem a autocomposição de conflitos, possibilitando a mudança de concepção na solução de litígios no âmbito da Administração Pública.

Analisados os contornos das normativas citadas, podemos concluir que a inadmissão da autocomposição está diretamente atrelada a inexistência de lei que

26 Art. 33. *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.*

27 Art. 1º *As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*

§ 1º *A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*

28 Art. 26. *Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.*

29 *Manual de Negociação baseado na Teoria de Harvard.* MARASCHIN. Márcia Uggeri. Consultado em: <<https://www.trt1.jus.br/documents/21708/20713963/Negocia%C3%A7%C3%A3o+em+Harvard.pdf/eb69304c-91e8-470a-9466-b6de4a3e3dc6>> Acesso em 29 de junho de 2021.

autorize, de forma expressa, a autocomposição. Mas a análise do caso concreto é que determinará se na ausência de lei autorizativa para a composição, sendo o direito envolvido na discussão transacionável, será possível a conciliação. Nesse caso, a doutrina majoritária entende que poderá haver uma solução consensual, pelo fato de que a Fazenda Pública está vinculada à lei de forma negativa, ou seja, ela só não poderia fazer se existisse uma lei proibindo expressamente a atuação um ou noutro sentido.

Apesar dos esforços legislativos citados, o fato é que as normas que já estão postas no nosso ordenamento jurídico fazem parte de um pequeno universo onde predominam as normas que impedem a atuação consensual da Fazenda Pública em juízo e fora dele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro passou por um processo de verdadeira mutação no entendimento da atuação administrativa, em que a celebração de acordos, antes vista como excepcional e dependente de autorizações legislativas, passa a ser encarada como uma regra geral autorizativa para a atuação consensual da Administração Pública.

Busca-se com o consensualismo na Administração Pública o atingimento do melhor resultado prático possível, com o fim de trazer o diálogo, e conseqüentemente, maior democracia e eficiência na consecução da finalidade institucional, que é a preservação do interesse público.

Como dito anteriormente, o direito material e o direito processual não se confundem. O que não pode ser materialmente negociado não inviabiliza o que processualmente pode ser ajustado. Sempre será possível negociar as questões secundárias que garantam a proteção ao interesse público que se quer tutelar.

Ressalta-se, que a Fazenda Pública é a maior demandante do país. E como uma grande litigante, talvez seja a maior responsável pela morosidade dos tribunais brasileiros que precisam se debruçar nas causas onde a Fazenda Pública é parte, deixando de lado a prioridade que as causas de particulares demandariam, entregando decisões lotéricas a quem merecia maior cuidado na apreciação da sua demanda.

Atento a essa necessidade o legislador instituiu, de forma obrigatória, a realização de audiência de conciliação e mediação, inclusive nas demandas em que envolvem a Fazenda Pública, e que apenas não será realizada se as partes expressamente manifestarem seu desinteresse na autocomposição ou se o direito discutido nos autos assim não admitir. A instituição obrigatória da audiência de conciliação e mediação incorporando ao sistema judiciário os meios alternativos de resolução de conflitos é de fundamental importância para que haja uma mudança de paradigma quanto a prestação da tutela jurisdicional que é oferecida pelo Estado, empreendendo mais eficiência na atividade jurisdicional que efetivamente passa a proporcionar o tão sonhado acesso à justiça.

Deve ser buscada a instituição de protocolos institucionais entre os entes públicos e o Poder Judiciário, a fim de esclarecer em quais casos poderia haver a composição, e daí decidir ou não pela dispensa da audiência de conciliação prévia.

Na sua atuação a Fazenda Pública deve sempre dar publicidade em que situações os seus órgãos estão autorizados a realizar a composição, de modo que a transparência também servirá para assegurar a defesa eficiente do interesse público.

Diante da ineficiência do Poder Judiciário de resolver os conflitos de interesses que lhe são destinados, uma nova postura deve ser adotada com adoção dos meios adequados de resolução de conflitos, dando-se maior ênfase para os métodos consensuais, para que haja uma transformação social no sentido de se abandonar a cultura da sentença e da excessiva litigiosidade para construirmos uma cultura conciliatória de efetiva pacificação social, inclusive dos conflitos que envolvem a Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueiredo; MONTENEGRO, Misael Filho. **Manual das Audiências Cíveis**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**. Revista De Direito Administrativo, 239, 1-32. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **A consensualidade administrativa como técnica juridicamente adequada de gestão eficiente de interesses sociais**. Consultado em: <file:///Users/FAMILIA/Downloads/190-Texto%20do%20artigo-370-4-10-20210112.pdf> Acesso em 28 de junho de 2021.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 8ª Edição, São Paulo/SP, Saraiva, 2017, p. 438.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Lei nº 13.105 de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 27 de junho de 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

_____. **Os “princípios” da mediação e conciliação: uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/15 e da Lei no 13.140/2015**. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETTI JR, Hermes (Org.). **Justiça multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e Arbitragem**. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

PEIXOTO, Ravi. **A nova sistemática de resolução consensual de conflitos pelo poder público – uma análise a partir do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015**. Revista de Processo | vol. 261/2016 | p. 467 - 497 | novembro de 2016.

RODRIGUES, Marco Antônio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 384.

SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus interesses privados. *In* **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TALAMINI, Eduardo. **A Indisponibilidade do Interesse Público: Consequências Processuais (Composições em juízo, Prerrogativas Processuais, Arbitragem, Negócios Processuais e Ação Monitória) – Versão Atualizada para o CPC/2015**. In: ZANETTI, H. e CABRAL, T. **Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 275-297.

TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público**. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETTI JR., Hermes. (Orgs.) **Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: JusPodivm, 2017.

TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. **Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública**. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio. **Coleção Repercussões do Novo CPC – vol. 3**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 289.