

A utilização de métodos de solução de conflitos no NCPC/2015 tendo como uma das partes a Fazenda Pública

Giovana Aparecida Fazio Zanetti Isaac¹

Resumo: Com o advento do novo Código de Processo Civil (CPC), o legislador processual deixou clara uma imposição normativa de incentivo à solução de controvérsias envolvendo não só particulares, mas estes e a Administração Pública, ou esta com os demais entes públicos, que deve ser observada pelos magistrados, advogados e membros do Ministério público e pela própria Administração Pública, com criação de centros judiciários e câmaras de conciliação e mediação na Administração Pública. O presente artigo tem por objetivo o estudo das formas de resolução dos conflitos, bem como seus meios alternativos envolvendo a Fazenda Pública, sob uma perspectiva da conciliação, da mediação e da arbitragem. O problema que se coloca é como conciliar esses dispositivos processuais e, por extensão, as normas administrativas de sede constitucional e infraconstitucional que autorizam a disposição sobre direitos e interesses deduzidos em juízo pela Fazenda Pública, de forma a evitar uma demanda judicial de maior impacto entre os conflitantes, quando um destes é a Fazenda Pública.

Palavras-chave: Fazenda Pública e Solução de Conflitos; Código de Processo Civil; Mediação; Conciliação; Arbitragem.

A criação de um microsistema de meios adequados de solução de controvérsias

Com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, às formas consensuais de resolução de conflitos foi dada maior importância, tendo sido incluída no rol a *Mediação* ao lado da *Conciliação* e da *Arbitragem*, que já eram previstas no CPC/73.

Não se trata apenas de uma ênfase a esses métodos ou técnicas. O legislador processual deixou clara uma imposição normativa de incentivo à solução de controvérsias envolvendo não só particulares, mas estes e a Administração Pública, ou esta com os demais entes públicos, que deve ser observada pelos magistrados, advogados e membros do Ministério Público e pela própria Administração Pública, com criação de centros judiciários e câmaras de

¹ Zanetti, Giovana. Mestranda em Direito Processual da UFES. Advogada. Professora da Faculdade Pitágoras em Linhares/ES. Especialista em: Direito Processual (Faculdade UNILINHARES); Direito Público (Faculdade UNIVILA); e Prática Judicial (Faculdade Metodista em parceria com a Escola da Magistratura do ES – EMES). E-mail: zanettiadv@hotmail.com. Linhares – ES.

conciliação e mediação na Administração Pública. É o que se depreende na leitura do art. 3º e seus parágrafos 2º e 3º e nos art. 165 e 174, todos da novel legislação processual.

O CPC/15, a Lei de Mediação (Lei 13.140/15), no que diz respeito à Administração Pública, representa, como ensina Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral (2016):

[...] uma quebra de paradigmas sobre a possibilidade de disputas que envolvam o interesse público, se resolvem mediante autocomposição, com benefícios para todos os participantes. O assunto, que sempre foi alvo de intensos debates na doutrina pela questão a indisponibilidade, começa a ter uma interpretação condizente com o grau de interesse público envolvido no conflito, permitindo que controvérsias transacionáveis, ainda que referente à direitos indisponíveis, sejam objeto de autocomposição, sepultando, assim, restrições injustificáveis e sem efetividade.

Também na seara privada, estes meios de autocomposição (Conciliação e Mediação) e heterocomposição (Arbitragem) têm grande importância, já que outras portas se abrem, além do litígio judicializado, para que os conflitos se resolvam de forma mais célere e menos dispendiosa, com métodos que enfrentem a fundo o problema que causou a demanda, buscando pacificar relações outrora desgastadas por mágoas e ressentimentos, visando estabelecer ou restaurar o diálogo e a compreensão, preservando-se a confidencialidade das declarações feitas pelas partes (como ocorre na Mediação), sendo o acordo uma consequência disso.

No que tange à imparcialidade e à confidencialidade como um dos princípios da Mediação, ao lado da isonomia, informalidade, oralidade, autonomia da vontade, busca do consenso e boa-fé, constantes no art. 2º da Lei 13.140/15, Paolo Comoglio e Paolo Della Vedova (2006), ao tratar do tema *conciliação extrajudicial*, aborda a *imparcialidade* e a *confidencialidade* como sendo necessárias nas conciliações e mediações:

Si sostiene da taluno che, invece di imparzialità, debba parlarsi più correttamente di neutralità. In ogni caso, mentre la prima può intendersi come 'attitudine soggettiva del conciliatore a non favorire una parte' in danno dell'altra, la seconda può definirsi come 'posizione di disinteresse rispetto all'esito della lite'. Può, anche, parlarsi, di indipendenza o di terzietà, nel senso di escludere qualsiasi vincolo oggettivo, strutturale o funzionale con taluna delle parti. [...]
Si richiede, inoltre che tutte le informazioni emerse e le dichiarazioni rese nel corso del procedimento rimangano, per quanto possibile, riservate e non utilizzabili al di fuori di esso. Un vincolo assoluto di riservatezza deve gravare anzitutto sul conciliatore e, quindi, sulle stesse parti (p. 47).

Para o professor Marcelo Abelha (2016, p. 95-96),

Esses métodos alternativos (ao Estatal) de resolução de conflitos, tanto de autocomposição (as próprias partes resolvem) quanto de heterocomposição (solução entregue ao terceiro) são denominados de *equivalentes jurisdicionais*, e mesmo com o advento da jurisdição permanecem vivos, devendo, inclusive se, sempre que possível, utilizados em conjunto com a atividade jurisdicional, como demonstra o art. 3º do CPC, isso porque a jurisdição não é um fim em si mesma, mas sim uma atividade-dever-função com a finalidade de alcançar a paz social.,

que inclusive o regulamenta sobre como deve ser exercido, sempre tendo como norte o devido processo legal.

Abelha (2016) traz como exemplos de equivalentes jurisdicionais: (1) a autotuleia; (2) a autocomposição; (3) mediação; (4) a conciliação. A arbitragem não seria um equivalente jurisdicional, mas, sim, atividade jurisdicional propriamente dita, já que o juiz arbitral, em seu entendimento, também exerce função jurisdicional, quando substitui a vontade das partes julgando o conflito, sendo sua decisão definitiva, não necessitando de prévia homologação para ser título executivo.

Independentemente da classificação que é dada à Arbitragem, se esta é ou não método alternativo de conflito, o que se defende no presente estudo é que ela é perfeitamente possível de ser utilizada nas relações em que um dos polos é a Fazenda Pública, assim como são a Conciliação e a Mediação, sem que isso signifique um desrespeito ou inobservância ao seu regime jurídico, como veremos a seguir.

Será abordado no presente trabalho a possibilidade de se compatibilizar os princípios processuais trazidos no NCPC com o regime jurídico administrativo, trazendo à baila os limites e condicionantes a que se está sujeita a Administração Pública para que se realizem de forma consensual os conflitos nos quais faça parte.

O regime jurídico administrativo: os princípios constitucionais da legalidade, da supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público e sua compatibilização com os princípios da nova ordem jurídica processual

O Direito Administrativo está informado por determinados princípios, alguns deles próprios também de outros ramos de Direito Público e outros específicos e enquadrados como setoriais, na classificação de Cretella Júnior, conforme Maria Sylvia (2015). O professor Cláudio Madureira (2016), por sua vez, ao falar sobre o CPC de 2015 e a Conciliação nos Processos envolvendo a Fazenda Pública, questiona:

[...] o problema que se coloca é como conciliar esses dispositivos processuais e, por extensão, as normas administrativas de sede constitucional e infraconstitucional que autorizam a disposição sobre direitos e interesses deduzidos em juízo pela Fazenda Pública – que admitem a celebração de transações em demandas que não valem a pena sob o ponto de vista financeiro, desde que observados os limites legais, e que orientam a composição do litígio, por incidência dos princípios constitucionais da legalidade administrativa, da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, quando se verifica nos casos concretos, que a parte adversária tem razão, o que põe em evidência que a decisão administrativa que orienta o acordo não se fundamenta na vontade do agente estatal, que não é autônoma, mas vinculada ao Direito. [...] – aos preceitos do novo código que relacionam a conciliação à autonomia da vontade (art. 166 e p. 4º), admitindo, inclusive a utilização de técnicas negociais com o propósito de proporcionar ambiente favorável à autocomposição [...]. (MADUREIRA, 2016, p. 170-171).

No que tange ao princípio da legalidade, Di Pietro (2015) destaca que:

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. (DI PIETRO, 2015, p. 97-98).

Enquanto nas relações entre particulares vigora o princípio da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe (BRASIL, 1988, Art. 5^o2), na Administração Pública vigora o princípio da legalidade (BRASIL, 1988, Art. 37), segundo o qual a Administração Pública só pode fazer o que está previsto na lei.

A Administração está presa ao princípio da legalidade para que possa alcançar o interesse público. Assim, "a administração não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto ela depende de lei" (DI PIETRO, 2015, p. 98).

Para Carvalho Filho (2006, p. 16),

É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude.

Esse pensamento se coaduna ao de Madureira (2016, p. 172-173) sobre a atuação do advogado público, posto que, diante da ilegalidade do ato impugnado, não está autorizado "[...] a contestar o incontestável, ou sustentar o insustentável, contrapondo-se, assim, ao Direito pátrio, ainda que a pretexto de ampliar as suas receitas e/ou de minimizar as suas despesas".

O dever de submissão da Administração Pública ao *princípio da legalidade* deixa claro que "uma vez constatando que não tem razão em dado conflito, tem o dever de submeter-se aos parâmetros da legalidade." (TALAMINI, 2016, p. 277). Ao lado do princípio da legalidade, tem previsão constitucional o *princípio da Moralidade* (*caput* do art. 37), o qual determina que a Administração pautar sua conduta na boa-fé. Não se pode aceitar uma postura desleal da Administração Pública quando claramente constatada que o particular tem razão em sua posição jurídica, que seu direito existe, sendo vedado àquela valer-se de artifícios ou subterfúgios ao cumprimento do dever existente.

Acerca do *princípio da boa-fé*, nos atos da Administração Pública, Jesús González Pérez (2004) ensina que:

² Conf.: Art. 5^o da Constituição Federal, inciso II: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

Las administraciones públicas están investidas de unos privilegios excepcionales que las dispensan de acudir a los jueces para dirimir conflictos jurídicos y realizar forzosamente sus decisiones frente a los obligados. Pueden dictar atos obligatorios y ejecutivos, que asimismo podrán ejecutar forzosamente a través de procedimientos administrativos ejecutivos

Ahora bien, el ejercicio de la autodefensa está sujeto a los límites que el Ordenamiento jurídico establece y a los principios que lo informan, entre ellos, el de la buena fe. (PÉREZ, 2004, p. 254).

No que tange ao *princípio da boa-fé*, quando desnecessário a utilização do processo, Pérez (2004, p. 256) afirma:

Cuando la doctrina procesal se refiere al principio general de la buena fe cita preferentemente entre los supuestos de aplicación la utilización del proceso para fines contrarios a aquellos para los que está instituido. El proceso es el instrumento idóneo para lograr la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos, tutela que se ha constitucionalizado (art. 24 de la Constitución). Por tanto, se contraría el principio de la buena fe siempre que se utiliza para un fin distinto, cuando sea realmente innecesario – por no existir oposición a la satisfacción de los derechos e intereses legítimos extraprocesalmente – o por ser realmente inútil – por estar prejuzada la cuestión.

Quanto ao *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, o professor Madureira (2016) explica:

[...] que os agentes estatais devem cultivar, em suas atividades cotidianas uma correta aplicação do Direito; mesmo quando, em concreto, dela puder resultar contrariedade a interesses transitoriamente defendidos pelo poder público, comumente designados como interesses secundários, segundo a classificação de Renato Alessi⁴²³. É que esses interesses não se apresentam como legítima expressão do interesse público, mas se qualificam, simplesmente, como interesses particulares do Estado (MADUREIRA, 2016 p. 176).

É importante esclarecer que:

uma coisa é a estrutura do interesse público' e outra, completamente diferente é 'a inclusão e o próprio delineamento, no sistema normativo, de tal ou qual interesse que, perante este mesmo sistema, será reconhecido como dispondo desta qualidade'. Nessa concepção, não necessariamente constitui 'interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo [...], mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo'. O interesse público terá, então, conforme Bandeira de Mello, a conotação que o Direito lhe atribuir. Afinal, 'tratando-se de um conceito jurídico [...], é óbvio que a concreta individualização dos diversos interesses qualificáveis como públicos só pode ser encontrada no próprio direito positivo' (Ibid., 2016, p. 177).

³ Conf.: ALESSI, Renato. Sistema Institucional del diritto amministrativo italiano. 3ed. Milão: Giuffrè, 1960.p. 197.

Há de se mencionar que o princípio da indisponibilidade do interesse público não é afetado quando a Administração Pública reconhece e dá cumprimento ao direito alheio, isso porque:

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 (TALAMINI, 2016, p. 277).

Nesse diapasão, para que se tenha a resposta à indagação feita pelo prof. Madureira (2016) acerca da compatibilização dos princípios do NCPC com o regime jurídico administrativo, importante se faz verificar se esses princípios acima identificados interferem, ou estão aptos a interferir, na deliberação da Advocacia Pública, em celebrar acordos em processos judiciais. Assim, é necessário, primeiramente, que se entenda as modalidades de conciliação abertas à Fazenda Pública, bem como os limites e condicionantes para cada espécie levada em consideração.

A Lei de Mediação como marco na solução de conflitos envolvendo a Fazenda Pública

Embora a Mediação seja comumente confundida com a conciliação, a arbitragem tem características (finalidades e formalidades) próprias, apesar da semelhança dos objetos entre os três institutos (direitos patrimoniais disponíveis ou indisponíveis que podem ter o seu valor convencionalizado). Seu objetivo é estabelecer ou restaurar vínculos afetivos ou de convivência, podendo ser utilizada em soluções de conflitos envolvendo relações privadas, mas também em litígios comunitários, escolares e serventias extrajudiciais, excluindo as relações trabalhistas, reguladas por lei própria.

A Mediação é introduzida legalmente em diversos ordenamentos como Argentina, Uruguai, Japão, Austrália, Itália, França dentre outros. No Brasil, houve um tempo de maturação muito expressivo conforme veremos a seguir. A doutora Trícia Navarro Xavier Cabral (2016) traz a evolução legislativa deste Instituto, que podem ser assim resumidos:

No Brasil, os mecanismos autorizadores da Mediação podem ser extraídos de diversos preceitos (CABRAL, 2016): *Do Preâmbulo da CF/88; Do art. 4º, VII da CF/88; Do Art. 5º, XXXV CF; Do II Pacto Republicano assinado em 13/04/09 pelos estados da federação; Da Resolução 125/10 complementada pela Recomendação 50/2014 do CNJ;*

A primeira proposta de regulamentação surgiu logo após a promulgação da CF/88, com o Projeto de Lei 4827/98, que fora apresentado em 10/11/1988. Aguardando sua aprovação

final, fora devolvido sem manifestação em 16/12/10 – um dia após a aprovação pelo Senado do Projeto de Lei do NCPC.

Conforme Cabral (2016), em 2011, foi apresentado no Senado o PLS 517/11 de iniciativa do Senador Ricardo Ferraço, objetivando regular de modo abrangente a mediação, suprimindo a lacuna então existente em nossa legislação. O PLS 517/11 foi aprovado pela Câmara como Projeto de Lei 7169/14 em 02/06/15, em caráter de urgência no Plenário do Senado e sancionado em 26/06/15 e deu ensejo à *Lei 13.140/15, em 29/06/15*.

É importante destacar que a Lei 13.140/15 (Lei de Mediação) foi o marco teórico do tema resolução de conflitos envolvendo a Fazenda Pública, já que logo no seu art. 1^o⁴ traz este Instituto como meio de solução de controvérsias entre particulares e também em conflitos no âmbito da Administração Pública, possibilitando a composição de litígios mesmo na categoria de direitos indisponíveis, mas transigíveis. Tem-se, pois, que

O conceito de Mediação está previsto no § 1^o ⁵, sendo que a lei preferiu usar a expressão “atividade técnica” fugindo da controvérsia da natureza jurídica do instituto (se processo, procedimento, contrato, negociação assistida, equivalente jurisdicional, jurisdição, etc) (CABRAL, 2016, p. 466).

E, por fim, destaca-se da Lei de Mediação os arts. 32 a 40, que regulamenta a mediação em conflitos envolvendo a administração pública⁶, bem como o parágrafo único do art. 33, que prevê o procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos⁷.

As espécies de conciliação possíveis de serem realizadas pela Fazenda Pública e seus limites condicionantes

É sabido que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e que essa presunção não é absoluta, mas relativa. Contudo, podem ocorrer, na prática, equívocos pela Administração Pública da correta aplicação do direito do administrado.

⁴ Conf.: Art. 1o: “Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

⁵ Conf.: Art. 1^o, parágrafo único: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

⁶ Conf.: 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.

⁷ Conf.: Art. 33. 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” (grifo nosso).

É possível que esses equívocos sejam corrigidos pela Advocacia Pública, no exercício da sua atividade consultiva, sob a invocação do instituto da autotutela, no entender da doutrina majoritária, como explica o prof. Celso Antônio Bandeira (2010). Por conseguinte, os advogados públicos ao perceberem, no exercício de sua atividade contenciosa, que o ato sobre o qual divergem as partes foi praticado em desrespeito ao Direito pátrio, não devem apresentar em juízo defesa ou recursos no processo.

Nesse sentido, Madureira (2016) defende a proposta de Jefferson Carús Guedes, quando este propõe que

para os casos em que se depreender equívocos da Administração Pública na aplicação do Direito, em prejuízo aos direitos subjetivos do cidadão, o emprego da conciliação (lato sensu), 'como forma consensuada de pôr fim ao conflito material (material ou processual)', a ser empregada 'por hipóteses ou espécies diversas, tais como a desistência, a renúncia, o reconhecimento do direito ou a transação'. (MADUREIRA, 2016, p. 180 - 181).

Segundo Madureira (2016), Caio Mário Rodrigues, em "A advocacia do Estado", opõe-se à tese supracitada de Carús Guedes, ao expor que um membro da Advocacia Pública, mesmo reconhecendo o caráter ilegal do ato, não pode se negar a defender a sua legalidade, por não apresentar como

O juiz da Administração Pública, cumprindo ao procurador dentro da sua possibilidade de convencimento, levar a sua palavra de orientação, o seu conselho à Administração Pública, se nela enxerga uma lesão ao direito individual, mas lhe é defeso defender a legalidade do ato contra a tese sustentada pela Administração Pública (MADUREIRA, 2016, p. 182).

Como dito, a doutrina em sua grande maioria entende que não só é uma possibilidade, mas um dever do Estado corrigir os equívocos e ilegalidades diante do princípio da legalidade e da supremacia do interesse público, consubstanciado no respeito aos direitos do administrado. Essas correções quando não realizadas através da autotutela, podem se dar através de métodos de resolução de conflitos consensuais, quer seja realizando concessões recíprocas ou reconhecendo a pretensão alheia. Pode ocorrer, ainda, na esfera extrajudicial ou mesmo diante de uma demanda já judicializada através da autocomposição (como na Conciliação e Mediação) ou heterocomposição (como no juízo arbitral).

A autocomposição:

Trata-se de solução parcial (por ato dos sujeitos em conflito) na qual as partes chegam a um acordo quanto à existência ou inexistência de um direito, seja pela renúncia, pela transação (concessões recíprocas) ou mediante o reconhecimento da pretensão alheia, pondo fim ao conflito de interesses existentes. Tal método não desapareceu dos ordenamentos jurídicos modernos, sendo consentido e até mesmo estimulado em muitas situações (desde que se trate de direitos disponíveis ou de reflexos patrimoniais de direitos indisponíveis – v.g.: valor discutido para pensão alimentícia), embora subsistam críticas quanto à aparente espontaneidade do sacrifício próprio, bem como à desvantagem para a parte mais fraca, resultante de disparidades econômicas ou de uma interpretação errônea ou incompleta do direito. (PINHO, 2008, p. 3-4).

Na heterocomposição, cuja arbitragem é uma modalidade, o julgamento do litígio é realizado por um terceiro escolhido consensualmente pelas partes, também voltada à fixação de existência ou inexistência de um direito. A diferença primordial da heterocomposição para a conciliação é que esta é meio de conciliação induzida por alguém imparcial que apenas conduz as partes a um acordo, sem poder decisório, como ocorre no juízo arbitral, nada podendo fazer se a composição for inviável.

As modalidades de conciliação abertas à Fazenda Pública encontram amparo na novel legislação processual (CPC/15) em seu artigo 174⁸, bem como na Lei de Arbitragem (Lei 9307/96) em seu art. 1º, § 1º⁹. Desta feita, nos resta compreender quais são essas modalidades ou espécies.

Madureira (2016) explica que:

A conciliação é o modo pelo qual se realiza uma transação. A transação por sua vez, é meio hábil a prevenir e findar um litígio, mediante concessões mútuas das partes envolvidas na controvérsia, conforme descrita pelo art. 840 do Código Civil¹⁰. Assim, a transação tem conteúdo material, relacionando-se, portanto, a interesses cuja titularidade é debatida na contenda, enquanto que a conciliação tem conteúdo processual, e por isso diz respeito à maneira como esses interesses se realizam no processo. (MADUREIRA, 2016, p. 188).

O que se deve deixar claro é que nem sempre um acordo se faz através de concessões mútuas entre os litigantes, sendo instrumentalizada apenas como transação, mas pode haver uma composição do litígio quando, por exemplo: A parte autora renuncia ao direito sob o qual se funda a ação; o requerido reconhece a procedência do pedido do autor, deixando de apresentar contestação; uma das partes deixa de apresentar recurso.

Pode ocorrer, contudo, que além dessas hipóteses, as partes também possam abreviar o desfecho da causa manifestando ao juízo o seu interesse em conciliar-se, ou reconciliar-se. Daí que, como defende Madureira (2016), apoiando-se em Jefferson Carús Guedes “[...] a conciliação, em geral, não requer reciprocidade de concessões entre as partes para a prevenção ou término do conflito” (MADUREIRA, 2016, p. 190), a menos que seja implementada mediante transação.

Contudo, o acordo ou a composição do litígio só poderão ser implementados se a lei expressamente autorizar, pois se não fundando em acordo (ajuste) em erro judiciário, não se

⁸ Conf.: 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”.

⁹ . 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. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015).

¹⁰ Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

cogitará, de violação ao princípio da legalidade administrativa, da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público.

A Fazenda Pública diante da verificação de que a parte adversária detém e/ou que é legítima a sua resistência à pretensão da Administração Pública, ou ainda, que a demanda sob o ponto de vista econômico, levando em consideração seus custos e benefícios, não vale a pena, terá num ou noutro caso motivação para realizar acordos (em sentido *lato sensu*) no processo.

No primeiro caso, reconhecendo que a parte tem razão, não pode o Poder Público condicionar o acordo a concessões mútuas entre as partes, já que não vige no Direito Público o princípio da autonomia da vontade (comum nas relações entre particulares), mas o princípio, como já comentado, da indisponibilidade do interesse público, impondo à Administração e a seus agentes a observância da ordem jurídica estabelecida.

Na segunda hipótese aventada (transação), pode-se parecer que esta não tem viabilidade nos casos das relações entre particulares e a Fazenda Pública, embora exija alguns requisitos legais específicos e, por isso, maior exigência do legislador para que a conciliação aconteça, mas ela é perfeitamente possível. Como dito, a motivação é a seguinte: a manutenção judicial não vale a pena e a lei expressamente autoriza o acordo.

A fim de ilustrar tal possibilidade vejamos a seguinte situação: Supondo que exista uma lei estadual que estabeleça que, para causas no valor de até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o procurador vinculado ao feito está autorizado a celebrar acordos no processo, contudo, esta mesma lei condicione a celebração do ajuste a que a parte adversária abra mão de 10% sobre o proveito da causa. Assim, o acordo seria instrumentalizado sob a forma de transação (concessões mútuas).

Não obstante, existem alguns limites e condicionantes à composição em exame: é necessário prévio processo administrativo, na qual a Administração constate objetivamente que não tem razão quanto à posição que está defendendo em juízo; a composição depende de expressa autorização da autoridade administrativa que teria competência para o cumprimento espontâneo da obrigação em questão, e não por ato autônomo do procurador; a composição não ficará necessariamente imune do controle desenvolvido pelos órgãos incumbidos de fiscalizar a Administração (Tribunal de Contas e Poder Legislativo); deve-se respeitar o princípio da isonomia; respeito à ordem de preferência dos precatórios obedecendo a parâmetros isonômicos.

Retorna-se novamente à questão duvidosa suscitada como objeto do presente estudo: *a possibilidade de compatibilização desses meios conciliatórios com a indisponibilidade do interesse público*. Existiria alguma limitação ou condicionante à disponibilidade pela Administração Pública do seu direito material ou da pretensão à tutela jurisdicional estatal?

Para examinar o tema, vejamos no próximo ponto a diferença entre as duas hipóteses de indisponibilidade sob o enfoque da melhor doutrina.

A indisponibilidade do direito material e da pretensão à tutela jurisdicional estatal pela administração pública

Importante, inicialmente, que se distinga o direito material (substancial) do direito processual. Nas lições do professor Abelha (2016), vemos que:

Ambos preveem normas gerais e abstratas, espécies fáticas que aguardam a ocorrência de fatos específicos para que, uma vez interpretados, possam tornar concreta uma vontade abstrata. A diferença, entretanto, é de função. A função das normas substanciais é precisamente regular a vida das pessoas e distribuir ou atribuir bens. A norma processual existe para assegurar a observância das normas substanciais, e, por isso diz-se que são normas que sobrevivem em função da outra, lhes é serviente, acessória, instrumental. A autonomia da norma processual não lhe garante uma independência absoluta e irrestrita, pois só existe para atender àquelas (as normas substanciais) (ABELHA, 2016, p. 36-37).

Para Talamini (2016), a diferença entre indisponibilidade material e indisponibilidade à tutela jurisdicional estatal concerne ao objeto em que recai a indisponibilidade num e no outro caso. No primeiro caso, incide sobre o próprio direito material; o sujeito abre mão do direito de que é titular. No segundo, por sua vez, a indisponibilidade concerne ao direito de proteção judiciária. Aquele que não tem razão deixa de valer-se do direito à tutela de direito, curvando-se à razão do adversário.

No primeiro caso (indisponibilidade do direito material), existem valores, atividades e bens, que, por sua imprescindibilidade para que o Estado exista e atue, são irrenunciáveis e inalienáveis. No que tange ao núcleo fundamental das tarefas, funções e bens essencialmente públicos, não há espaço para atos de disposição (TALAMINI, 2016).

Ainda segundo o autor, não podem ser objeto de transação ou composição: atividades e bens que por sua absoluta essência não podem ser abdicados ou alienados. Nem por lei pode se conceber. Ex.: Renúncia ao poder de legislar ou à titularidade do poder de polícia. Outros valores podem como por ex. em direito tributário a lei pode autorizar a remissão e anistia do crédito fiscal.

No segundo caso (indisponibilidade da pretensão à tutela jurisdicional estatal), as partes envolvidas no litígio, notadamente aquela que não tem razão, abdicam da possibilidade de submeter o litígio ao Poder Judiciário. Assim, existem mecanismos estritamente processuais de indisponibilidade em prol da Fazenda Pública, que, segundo Talamini (2016, p. 281), "trata-se de regras destinadas a impedir que a simples omissão na prática de atos processuais, pelo representante da Fazenda em juízo, venha a acarretar ao ente público consequências negativas que poderiam conduzir à sua derrota no processo".

Alguns exemplos: Não se dá o efeito principal da revelia quando estiver envolvido o interesse público (art. 345 CPC); O poder público não tem o ônus de impugnar especificadamente fato a fato da inicial (art. 341, I c/c 392 CPC); Não se concebe a confissão do Poder Público quando presente o interesse público (art. 392 CPC); Em certos casos, há reexame necessário de decisões contrárias à Fazenda Pública e suas autarquias e fundações (art. 496, I e II CPC).

Conclusão

A possibilidade de soluções consensuais para conflitos envolvendo a Fazenda Pública é perfeitamente possível. Primeiro porque nem todo direito defendido pela Administração Pública é indisponível, devendo se diferenciar as relações jurídicas de direito material de natureza administrativa e de natureza civil das quais participa a Administração Pública.

Como visto, houve uma superação do dogma da indisponibilidade absoluta do interesse público, podendo ser objeto de transação todos os interesses com expressão patrimonial, desde que obedecidos os limites estabelecidos por lei. Ademais, mesmo no direito indisponível é possível transação a respeito das formas e prazos de cumprimento da obrigação, exatamente como ocorre no processo coletivo.

Contudo, não se pode olvidar que os métodos alternativos, entendidos como conciliatórios são, como a própria expressão aduz, alternativa ao direito essencial de acesso à justiça ao lado do devido processo legal, os quais devem complementar-se a fim de que se consiga resolver de uma ou de outra forma conflitos de dimensões diversas e com causas muito peculiares.

Compor conflitos envolvendo a Fazenda Pública através dos métodos alternativos não é tarefa fácil. A questão vai além da possibilidade de compatibilizar o regime jurídico administrativo com os princípios processuais trazidos com o advento do NCPC, dada à imposição normativa a que a Advocacia Pública disponha sobre direitos e interesses deduzidos em juízo, mas contrários aos textos normativos.

Evidente as naturais dificuldades que os advogados públicos encontram, especialmente diante da distância entre estes e seus procuradores-chefes encarregados de apreciarem suas propostas de disposição de interesses deduzidos em juízo pelo Poder Público, tem a potencialidade de conduzir ao seu isolamento dentro das procuradorias; em especial do âmbito da Advocacia Pública Federal, cujos chefes atuam em outras unidades federadas, notadamente na capital da República. Essa circunstância pode sugerir aos procuradores que, sob o ponto de vista de dispêndio de tempo e de trabalho exigido para a sua implementação e do risco que correm, caso os procuradores chefes não apreciem suas manifestações em tempo hábil, o direcionamento a essas chefias de requerimentos de autorização para deixar de apresentar defesas e recursos e/ou para promover a conciliação no processo a eles será mais onerosa que uma irrefletida apresentação às peças processuais que lhes são demandadas pelo iter processual, que pode ser resolvido através da implementação de um sistema informatizado, no âmbito das procuradorias (MADUREIRA, 2015).

Quanto à insuficiência de regulamentação do tema nas leis administrativas que disciplinam a questão, comungamos com o entendimento do professor Madureira (2015) de que mesmo diante desta insuficiência, é possível afastá-la por simples exercício hermenêutico, porque esta autorização pode ser extraída da própria Constituição, porque decorre da aplicação direta dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado, bem como do próprio princípio da indisponibilidade do interesse público.

Referências

- ABELHA, Marcelo. Manual de Direito Processual Civil. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Forense.
- BANDEIRA, Celso A. Curso de Direito Administrativo 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CABRAL, Trícia. N. X. Análise Comparativa entre a Lei de Mediação e 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. 463-483.
- CABRAL, Trícia N. X. NCPC: Conciliação e Mediação: uma visão sobre o Novo Sistema. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/346227885/ncpc-conciliacao-e-mediacao>. Acesso em 07 de abril de 2017.
- CARVALHO FILHO, José d. S. Manual de Direito Administrativo. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- COMOGLIO, Paolo; VEDOVA, Paolo D. Lineamenti di diritto processuale societário. Milano: Giuffrè, 2006.
- DI PIETRO, Maria. S. Direito Administrativo. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MADUREIRA, Cláudio P. O Código de Processo Civil de 2015 e a Conciliação nos Processos Envolvendo a Fazenda Pública. In: ZANETTI, H. e CABRAL, T. Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 169-209.
- MADUREIRA, Cláudio P. Advocacia Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- NEVES, Daniel A. Novo Código de Processo Civil: Leis 13.105/2015 e 13.256/2016. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- PÉREZ, Jesús. G. El Principio General de la Buena Fe em el Derecho Administrativo. 4ª Ed. Madrid: 2004.
- PINHO, Humberto D. B. Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo. 2ª Ed. Ampliada, revista e atualizada até a Lei 11694 Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- 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.