

O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO PEDIDO PELA FAZENDA PÚBLICA SOB UMA ÓTICA NEOCONSTITUCIONALISTA

Lara Ferreira Giovannetti

Especialista em Direito Processual pela
Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Resumo: O presente trabalho busca analisar a possibilidade de reconhecimento jurídico de pedido nas lides formadas pela Fazenda Pública como ré, em atendimento aos princípios democrático, da cooperação, da boa-fé processual e da duração razoável do processo.

Abstract: This article makes an analysis about the possibilities of the representatives of Public Treasury recognise the provenance of the plaintiff's claim, in order to attend the democratic principle, the cooperation, the fairness and the reasonable durability of the process.

Palavras-chave: Fazenda Pública, Reconhecimento Jurídico do Pedido; Submissão; Processo; Métodos Alternativos.

Keywords: Public Treasury; Recognition of the Plaintiff's Claim; Submission; Process; Alternative Dispute Resolution.

Sumário: 1.Introdução; 2. A indisponibilidade do interesse público e intenresses transigíveis; 2.1. Interesse Público na concepção clássica; 2.2.A concepção neoconstitucionalista de interesse público; 2.3. Prerrogativas da Fazenda Pública no Processo Civil; 2.4.Interesses Públicos Transigíveis e Legislação Permissiva. 3.Neoprocessualismo, cooperação e interesse público; 3.1.A visão cooperativa do processo; 3.2. A autocomposição como forma de cooperação; 3.3. A advocacia pública, o interesse público e o processo coletivo; 4. A pretensão resistida como suposta forma de resguardo do interesse público e a possibilidade de reconhecimento jurídico do pedido pela Fazenda Pública; 5. Conclusão; Referências.

Introdução

Existe o entendimento quase que consolidado pela doutrina e jurisprudência brasileiras de que a Fazenda Pública está impedida de proceder ao reconhecimento jurídico do pedido nas demandas em que atuar como ré. Tal conclusão parte da premissa de que a Fazenda Pública apenas tem a missão de resguardar o interesse público, da qual não é detentora, e por isso não pode dele dispor livremente.

Ocorre, no entanto, que a base ideológica sobre a qual se debruça o supracitado entendimento tem sido veementemente questionada pela nova doutrina neopositivista, a qual busca reformular o conceito de interesse público, compatibilizando-o com o novo cenário constitucional a partir de 1988, e com os ditames morais que já não podem mais ser ignorados pelo Direito. Com base nessas novas premissas, o próprio regime jurídico administrativo vem sendo reorganizado em favor do administrado, e não mais unicamente em favor dos administradores.

A mudança de paradigma não ocorreu apenas no âmbito do Direito Administrativo, alcançando também o Processo Civil, o qual passou a buscar legitimar seus procedimentos mediante a persecução, em cada provimento jurisdicional, de valores fundamentais e garantias individuais. Por isso, a doutrina processualista veio a questionar os formalismos destituídos de capacidade de propiciar ao jurisdicionado maior participação dialógica no processo, garantindo-lhes força cogente apenas quando visem eminentemente a contribuir para a promoção do verdadeiro contraditório. Partindo dessa mesma ideia, os mecanismos alternativos de solução de controvérsias ganharam mais força e prestígio, passando a serem, inclusive, incentivados.

Unindo essas premissas, o presente trabalho pretende advogar em favor da busca pela Fazenda Pública de formas cooperativas de atuação processual, especialmente colaborando com o encurtamento das demandas, com o desafogamento do Judiciário, através, especialmente, da autocomposição. Restringimo-nos, no entanto, à análise da possibilidade de os advogados públicos reconhecerem juridicamente o pedido em sede judicial, em casos de demandas em que o direito do administrado é patente.

1. A indisponibilidade do interesse público e interesses transigíveis:

1.1. Interesse Público na Concepção Clássica:

O Direito Administrativo teve seu surgimento atrelado a uma ideia de “direito excepcional”, notadamente antitético Privado (já mais desenvolvido em suas bases teóricas), pois pressupunha a existência, em prol do Estado, de prerrogativas inexistentes nas relações entre os particulares, por isso, chamadas de “exorbitantes”. Em razão disso, foi amplamente difundida uma concepção deste ramo da ciência jurídica como um direito em favor do Poder, orientado em prol dos administradores, subvertendo a ordem lógica da razão de sua existência: um conjunto de limitações aos poderes do Estado, com a finalidade de salvaguardar os interesses dos administrados¹.

Na verdade, a base principiológica do Direito Administrativo é o próprio Estado de Direito, na medida em que estabelece que a atuação da Administração Pública está atrelada inequivocamente ao império da Lei. Sendo assim, não é legítimo que o administrador atue de modo a restringir a liberdade do particular, sem que tal medida esteja prevista na legislação vigente. O Direito Administrativo não cria poderes para a Administração Pública e, sim, deveres desta em prol do particular.

A concepção clássica do Direito Administrativo criou bases para o conceito de um regime jurídico administrativo, tecnicamente diferenciado do regime de direito privado, por estabelecer dois importantes princípios específicos deste ramo do Direito, concernentes à função Estatal: o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. A doutrina clássica entende que “*a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão-somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o direito administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa*”².

O regime jurídico administrativo, como dito, toma por base a ideia de interesse público, um conceito complexo e de difícil definição. Intuitivamente, podemos tratá-lo como algo que se contrapõe ao interesse privado, do particular; subsumindo-se, assim, à

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 43

² DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 58.

idéia de interesse de uma coletividade, de um todo social, mas não como uma soma de interesses individuais aproximados. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello³, o interesse público, a despeito de não ser o somatório de interesses privados, não destoa ou se destaca desses interesses particulares – sob pena de se tornar um notório contrassenso –, de onde decorre a natural dificuldade em precisar seu conceito. Além disso, cumpre informar, é sempre possível que um específico interesse individual choque-se com o interesse público, mas não é possível que todos os interesses particulares sejam a ele contrapostos. O renomado autor, conclui, então, em sua obra, que “*o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, dos interesses de cada indivíduo enquanto participe da sociedade*”⁴.

Classicamente considerado, o regime administrativo resume-se a duas palavras: prerrogativas e sujeições. A dimensão do regime, nesse aspecto, baseia-se absolutamente na ideia de interesse público, na medida em que este serve de justificativa para criar uma situação sobreposta da Administração Pública sobre o Particular, já que é a Administração a guardiã e protetora do interesse público, de acordo com a doutrina mais conservadora.

Para aperfeiçoar seu conceito de interesse público, numa nítida perspectiva legalista e positivista, Bandeira de Mello encontra apoio na teoria de Renato Alessi, jurista italiano que buscou construir uma distinção entre interesse público primário e secundário. A referida concepção explica que os interesses primários resguardam os interesses da coletividade como um todo enquanto os secundários consubstanciam-se naqueles interesses que o próprio Estado poderia ter independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros, mas como de qualquer outro sujeito de direito ordinário. O interesse público secundário, nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli, relaciona-se com “*o modo pelo qual os órgãos da Administração vêem o interesse Público*”⁵.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público primário sintetiza-se nos fins que cabe ao Estado promover, como o bem-estar social; são os interesses de toda a sociedade, em geral. O interesse público secundário, por sua vez, é

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 59

⁴ *Ibidem*, p. 60.

⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p. 47

aquele da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica; e, em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do Erário, que visa à maximização da arrecadação com o menor dispêndio possível.

Diz-se uma concepção legalista, pois, de acordo com a teoria apresentada por Alessi e utilizada por Bandeira de Mello, o interesse público seria aquele disposto pelo ordenamento infraconstitucional e desenvolvido pela Administração Pública com base nos ditames legais. Desse modo, a definição do que seria o interesse público primário ficaria inicialmente a cargo do Poder Constituinte, posteriormente conformada pelo legislador ordinário, o que legitimaria as escolhas da Administração Pública em seu trabalho de conformação fática dos termos normativos acerca do interesse público.

Nesses termos, a partir da definição do que seria o interesse público, notadamente o primário, a conceituação do princípio da supremacia do interesse público pode tornar-se mais precisa. De acordo com a doutrina, trata-se de um princípio implícito da Constituição de 1988, derivado de outras garantias fundamentais e do papel da Administração na persecução do interesse comum. Estabelece que toda atuação Estatal deve ser pautada no interesse público, este determinado pela Constituição e conformado pelas leis. Decorre desse princípio a idéia de que, na hipótese de haver qualquer conflito entre o interesse público e o interesse dos particulares, deverá prevalecer o primeiro, com respeito aos demais direitos e garantias individuais expressos na Constituição da República. De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro:

O princípio da supremacia do interesse público, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação ⁶.

Ligado a esse princípio de supremacia do interesse público, está o da indisponibilidade do interesse público o qual, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁷, preconiza que, sendo os interesses públicos qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição do administrador. O órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, posto não ser o titular desses, e lhes incumbe apenas por eles zelar, em conformidade com o que

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 68

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 74.

dispuser a lei. Não há disponibilidade sobre o interesse público, na medida em que a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental.

1.2. A Concepção Neoconstitucionalista de Interesse Público

Os direitos fundamentais e a democracia enquanto fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito e do Neoconstitucionalismo tornaram-se também a base das idéias de constitucionalização do Direito Administrativo⁸, as quais buscavam a “*superação do positivismo normativista*”⁹. A partir dessas novas concepções, os conceitos já enraizados dos mais importantes institutos desse ramo jurídico foram reconstruídos, especialmente o conceito de supremacia e indisponibilidade do interesse público, conforme será analisado a seguir.

Em análise minuciosa acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, Humberto Ávila afirma que aparentemente a descrição clássica do instituto, como acima descrita, parece muito apropriada. Mas apenas à primeira vista. Inicialmente, o autor critica sua conceituação como um princípio: de acordo com o renomado jurista, conceitualmente, não se trata de uma norma-princípio, de modo que possui apenas um grau normal de aplicação, sem qualquer referência às possibilidades normativas e concretas; normativamente, também não se trata de uma norma-princípio, já que ele não pode ser descrito como um princípio-constitucional imanente¹⁰.

O autor, além de desconstruir a idéia de que se trata de uma norma-princípio, também afirma que não é o caso de um postulado normativo: a supremacia do interesse público não poderia ser descrita separada ou contrapostamente aos interesses privados, já que os interesses privados consistiriam em uma parcela do interesse público. Ainda o negando como um postulado, afirma que ele não pode ser descrito sem uma referência a uma situação concreta e, assim sendo, teríamos apenas “*regras condicionais concretas de prevalência*”, e não um princípio abstrato de supremacia¹¹.

A consequência da adoção do entendimento supramencionado seria a inexistência, no Direito Brasileiro, de uma norma-princípio da supremacia do interesse

⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 49.

⁹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 82.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Repensando a Supremacia do Interesse Público sobre o Particular*. Salvador: Revista de Direito Público sobre a Reforma do Estado, IBDP, 2007, p. 09.

¹¹ *Ibidem*, p. 10.

público e, então, a Administração Pública não poderia exigir comportamentos do particular com base nesse argumento, ou criar normas legais legitimadas constitucionalmente com base em um princípio inexistente – não haveria, *a priori*, base constitucional para criar regras de preponderância dos interesses da Administração (ou dito interesse público). A segunda decorrência seria o fato de que a única ideia apta a explicar a relação entre interesses particulares e o interesse público seria sugerida pelo princípio da ponderação entre interesses reciprocamente relacionados, fundamentado na sistematização das normas constitucionais¹².

Quanto à sistemática constitucional que justificaria a aplicação de uma ponderação aos interesses relacionados do Estado e do cidadão, podemos afirmar que a Constituição Cidadã de 1988, através de seus princípios, direitos e garantias fundamentais, protege a liberdade, a esfera íntima e a vida privada, bem como a igualdade, a cidadania, a segurança e a propriedade privada, o que até poderia gerar a presunção da existência de uma regra de prevalência dos interesses privados sobre os públicos, embora não seja exatamente o caso. O que ocorre, na verdade, é que a Constituição brasileira institui normas-princípios, baseando-os na dignidade da pessoa humana, como direitos subjetivos, procedimentos administrativos garantidos e garantias de interesses individuais frente aos interesses públicos. E isso nos mostra que, na verdade, não há, definitivamente, uma regra de prevalência dos interesses do Estado sobre os interesses particulares, o que gera a necessidade de ônus argumentativo quando for imprescindível alguma superposição de interesses¹³.

O que sintetiza, portanto, a visão neoconstitucionalista dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, é o fato de que nossa Constituição Cidadã consagrou em seu texto um rol imenso de direitos e garantias fundamentais, os quais formam a base de nosso ordenamento jurídico, fundamentado num Estado Democrático de Direito. E não há, em nosso texto constitucional, qualquer dispositivo que permita a prevalência apriorística de um interesse público sobre os particulares. Autores como Marçal Justen Filho¹⁴ afirmam que “*a Constituição de 1988 assegurou a prevalência dos direitos fundamentais antes e acima do chamado interesse público*”.

¹² *Ibidem*, p. 10.

¹³ *Ibidem*, p. 11.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 56.

Não podemos nos filiar a tais argumentos sem uma análise mais profunda e crítica do conceito de interesse público, o qual poderá invariavelmente englobar outros direitos fundamentais. Mas, de algum modo, concepções como essa são capazes de alertar o administrado, assim como os próprios administradores de que estes não poderão refugiar-se no princípio da supremacia do interesse público para evitar o controle de seus atos ou a tutela dos atos eivados de nulidade, que violam as referidas garantias fundamentais¹⁵.

A doutrina moderna¹⁶, então, conclui que:

(...) o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais. Quando se invoca o “interesse público” somente se pode ter em vista a realização de direitos fundamentais, cuja titularidade pode ser atribuída ao Estado, precisamente pela inviabilidade de sua realização pelos sujeitos privados, de modo individual.

1.3. Prerrogativas da Fazenda Pública no Processo Civil:

O interesse público costuma ser definido com um conceito indeterminado, o que favorece o entendimento de que poderá ser preenchido pelo processo legislativo infraconstitucional, além de também facilitar o reconhecimento da norma jurídica como algo em constante construção e que, portanto, valoriza o papel do Judiciário na sua definição concreta. Além disso, a existência desse conceito jurídico indeterminado acaba servindo de escudo para uma atuação pouco questionada e acrítica dos administradores públicos e do próprio legislador na persecução de objetivos (públicos ou, infelizmente, individuais).

Sob essa mesma perspectiva, o legislador editou inúmeras normas que favorecem ou facilitam a atuação da Fazenda Pública ao litigar em juízo, alegando que tais regras contribuem para a persecução do interesse público. Para que essas regras sejam melhor delineadas, é necessário estabelecer um conceito adequado de Fazenda Pública:

De acordo com Leonardo da Cunha Carneiro, em sua origem, o termo “Fazenda Pública *é a expressão que se relaciona com as finanças estatais, estando imbricada*

¹⁵ *Ibidem*, p. 56.

¹⁶ *Ibidem*, p. 67.

com o termo Erário, representando o aspecto financeiro do ente público”¹⁷. Para o autor, citando Cândido Rangel Dinamarco, a expressão Fazenda Pública representa a personificação do Estado¹⁸, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais. Por isso, quando é utilizado o termo, em geral, faz-se referência à União, aos Estados, aos Municípios, Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações. Já que empresas públicas e sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado e não integram o conceito de *Fazenda Pública*. Por fim, ainda compõem o conceito as associações públicas, constituídas na forma da Lei nº 11.107/05, em razão da formação de consórcio público.

Guardando uma enorme aproximação ideológica com a conceituação clássica de interesse público, o regime jurídico processual ao qual se submete a Fazenda Pública relaciona-se especialmente com os princípios da legalidade, da presunção de legitimidade dos atos administrativos (e sua auto-executoriedade), bem como o da supremacia do interesse público sobre o privado. Logo, o processo que envolve a Fazenda deve estar adequado a essa base principiológica, o que acaba por garantir-lhe um tratamento diferenciado. Sendo assim, foram criados procedimentos específicos para as demandas que envolvam o ente federativo ou a pessoa administrativa de direito público, como as ações populares, o mandado de segurança, a ação de desapropriação, a ação civil pública, o executivo fiscal, entre outras.

Além de ações e procedimentos específicos que cuidam dos interesses do Erário, ainda podemos citar as verdadeiras prerrogativas processuais das quais a Fazenda Pública pode se valer nos procedimentos ordinários em que litigue contra o particular, bem como, algumas vezes, nos procedimentos especiais, tais como o reexame necessário (art. 475 do CPC), a intervenção anômala (art. 5º, parágrafo único, da Lei 9469/97), a suspensão de liminar, de segurança e de tutela antecipada (art. 15 da Lei 12.016/09), prazos em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar (art. 188 do CPC), prazos prescricionais de cinco anos em quaisquer pretensões contra a Fazenda (art.1º do Decreto nº 20.910/32), sistema de precatórios para pagamentos de débitos judiciais (art. 100 da CF/88), a dispensa de pagamento de despesas judiciais no curso do processo, entre muitas outras.

¹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10ª edição. São Paulo: Dialética, 2012, p. 21.

¹⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. Cit.*, p. 15 *apud* DINAMARCO, Candido Ranger. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo I, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, n. 78, p. 179.

As prerrogativas processuais da Fazenda Pública, de acordo com a doutrina contemporânea majoritária¹⁹, não ofendem o artigo 125, I do Código de Processo Civil, o qual exige do juiz que se confira às partes igualdade de oportunidades. Argumenta-se que embora não seja o Estado o único a buscar e alcançar o interesse público, a Fazenda Pública se apresenta como um ente especificamente destinado a preservá-lo, na medida em que estará protegendo, em última análise, o Erário²⁰. Sob essa ótica, quando se viabiliza uma atuação mais ampla da Fazenda no processo judicial, a própria coletividade seria beneficiada em última instância. Defende-se ainda que essa lógica atenderia ao princípio da Isonomia em seu sentido aristotélico, tratando de forma igual os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

De acordo com a doutrina²¹, a desigualdade a que invariavelmente estaria fadada a Fazenda Pública se daria em razão da burocracia inerente a sua atividade, o que pode impedi-la de ter acesso aos fatos, elementos e dados da causa. Também o volume de trabalho na advocacia pública impede o desempenho de seus deveres dentro dos prazos fixados para os particulares. Por fim, há que se ressaltar que, ao contrário do que ocorre com o particular, o advogado público não pode declinar de sua função e não pode recusar as causas que não lhe convêm.

A despeito da argumentação supramencionada, é indubitável que, faticamente, muitas vezes a Fazenda Pública acaba perseguindo interesses alheios ao interesse da coletividade, defendendo seus próprios interesses, enquanto sujeito de direitos e obrigações. Em regra, defende-se que a Fazenda esteja, nesses momentos, perseguindo o interesse público secundário, nos termos da didática dicotomia criada por Alessi, acima comentada. Exemplo dessa dicotomia seria a “conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública”, segundo Barroso²², de acordo com a qual a defesa do interesse público primário incumbiria ao Ministério Público, enquanto que à Advocacia Pública caberia o resguardo do interesse público secundário.

¹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. Cit.*, p. 92

²⁰ *Ibidem*, p. 94

²¹ *Ibidem*, p. 95

²² BARROSO, Luís Roberto. *O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público* (Prefácio). In: Sarmiento, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Embora não possamos concordar com o exemplo apresentado, na medida em que a Advocacia Pública é a entidade que assegura a defesa da Fazenda Pública contra possíveis pretensões injustas de particulares mal-intencionados, bem como visa a defender o patrimônio que pertence a toda coletividade (e este é quem realiza as necessidades públicas), há momentos em que a defesa do Erário torna-se um fim em si mesmo e acaba por não realizar o verdadeiro interesse público, a defesa dos direitos fundamentais.

1.4. Interesses Públicos Transigíveis e Legislação Permissiva:

De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha²³, além das peculiaridades supracitadas que cercam a atuação processual da Fazenda Pública, também a doutrina não tem admitido, em regra, que a Fazenda Pública reconheça a procedência do pedido, já que se diz indisponível o direito tutelado por ela. Por isso, têm-se celebrado transações apenas quando haja lei conferindo tal possibilidade ao Procurador-Geral ou ao Advogado-Geral do ente público, o qual, por sua vez, autoriza ao procurador do processo específico a celebrar a transação.

A possibilidade de transação no âmbito da Fazenda Pública não é uma novidade, uma vez que a Lei nº 6.825/1980, art. 5º já previa a possibilidade de transação nas causas de valor igual ou inferior a 10 ORTNs, e também afastava o reexame necessário nessas mesmas causas. Já em 1991, foi editada a Lei nº 8.197, que admitia a transação nas causas de interesse da União, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais, limitadas ao valor de trezentos mil cruzeiros, admitida a ampliação desse valor com prévia e expressa autorização, e sujeita a homologação do Ministério Público²⁴.

A Lei nº 9.469/1997 estendeu a possibilidade de transação para causas de até cinquenta mil reais, mediante autorização do Advogado-Geral da União ou dos dirigentes máximos das autarquias, fundações e empresas públicas federais. Com a anuência expressa do Ministro ou Secretário da Pasta correspondente esse valor limite poderia ainda ser aumentado. Tal lei foi recentemente modificada pela Lei 11.941/09, a qual passou a permitir que o Advogado-Geral da União autorize o acordo ou transação

²³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Op. Cit.*, p. 96

²⁴ GUEDES, Jefferson Carús. *Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 11.

para extinção de litígio até quinhentos mil reais, mantendo-se a previsão de anuência do chefe da Pasta para valores maiores. Passou a prever também que o Procurador-Geral da União, o Procurador Geral Federal e os dirigentes máximos de empresas públicas e do Banco Central do Brasil poderão autorizar a realização de acordos homologáveis em juízo de valores até cem mil reais em até 60 parcelas mensais sucessivas²⁵.

Além dos casos mencionados, em 1995 foi editada a Lei dos Juizados Especiais Estaduais e, posteriormente, a Lei 10.259 de 2001, as quais passaram a prever maiores possibilidades de transigibilidade de interesses públicos, inclusive quanto à própria ação penal. Em especial, a Lei nº 10.259/01 passou a considerar a hipótese de que os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais pudessem conciliar, transigir ou desistir (possibilidade de reconhecer o direito alegado pelo autor, ou concordar com a desistência ou renúncia do direito pelo autor), nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais²⁶. Lembrando que o mesmo dispositivo foi repetido na Lei de Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/09).

Hodiernamente, há também um importante instrumento típico de transigibilidade de interesses públicos, acordo estabelecido entre a Administração e o administrado ou entre o Ministério Público e o investigado, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Esse instrumento foi originalmente previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1989), aventando a possibilidade de compromisso de ajustamento em matéria de defesa de interesses metaindividuais de crianças e adolescentes. Logo após, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/89) introduziu o mesmo instituto na Lei de Ação Civil Pública, inserindo-o definitivamente no microssistema de defesa dos direitos e interesses coletivos do ordenamento jurídico pátrio, com o fim de prevenir litígios ou por fim neles, dando, em favor do autor, um título executivo judicial ou extrajudicial nos mesmos termos²⁷.

A Lei nº 8.884/1994 (que atualmente encontra-se revogada pela Lei 12.529 de 2011), que dispunha sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, passou então a estabelecer que compete ao Presidente do CADE, autarquia federal, assinar os compromissos de cessação de infração da ordem econômica e os

²⁵ *Ibidem*, p. 11.

²⁶ *Ibidem*, p. 12.

²⁷ *Ibidem*, p. 13.

compromissos de desempenho, que descumprido constitui-se em título executivo executável pelo Ministério Público ou pela Advocacia-Geral Federal²⁸.

Das mencionadas normas originais, o instituto sofreu uma grande evolução, estando presente hoje não apenas na legislação federal, mas também na legislação dos Estados e até mesmo de muitos Municípios, e em várias formas distintas, com diferentes finalidades, como ocorre na seara ambiental (pelo SISNAMA), no âmbito das agências reguladoras, como a Agência Nacional de Saúde, a Agência Nacional de Energia Elétrica, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, bem como em alguns Ministérios, como ocorre com o Ministério da Educação²⁹.

Por fim, cumpre ainda informar que a Lei Complementar 73/1993, que Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, prevê que o AGU pode desistir, transigir, acordar, firmar compromisso; prevenir e dirimir controvérsias; editar enunciados de súmula administrativa, com a finalidade de redução da litigiosidade. Nesse sentido foi editada a Portaria nº 1.281, de 27/09/2007, que prevê a possibilidade de o deslinde de controvérsias entre entes da Administração Federal dar-se por meio de conciliação e arbitragem. Então, o Advogado-Geral da União editou o Ato Regimental nº 5, de 27/09/2007, com a finalidade de regular o procedimento administrativo para esse fim³⁰.

Como podemos ver, além das mencionadas, as possibilidades de transação, conciliação, arbitragem e desistência do processo por parte da Administração Pública são muitas em nosso ordenamento jurídico, a despeito da doutrina mais tradicional ainda questionar tais possibilidades, como já foi dito, em razão da indisponibilidade do interesse público. É sabido que os processos judiciais nos quais figure a Fazenda Pública, em regra, lidam com questões não podem ser tratadas levemente, mas, como será posteriormente demonstrado, a conciliação, a transação e a desistência do processo por parte da Administração Pública podem em muito contribuir para a promoção do próprio interesse público, na medida em que podem diminuir o inchaço do Judiciário brasileiro, como medidas alternativas de solução de conflitos.

²⁸ *Ibidem*, p. 13.

²⁹ *Ibidem*, p. 15.

³⁰ *Ibidem*, p. 19.

2. Neoprocessualismo, cooperação e interesse público

De acordo com Fredie Didier Jr.³¹, a metodologia jurídica sofreu grandes transformações a partir da segunda metade do século XX, e o Direito processual civil não é imune a toda essa transformação. No ordenamento jurídico marcadamente positivista, classicamente considerado, o papel do juiz se restringia a revelar a solução contida na norma; isto é, o juiz não fazia juízo de valor, o que envolvia uma tomada de posição diante da realidade. No positivismo jurídico, então, a análise do magistrado se baseava na imposição das leis como verdade única e expressão máxima do Direito. Tendo em vista as consequências catastróficas que podem advir de uma atuação que se legitima exclusivamente na existência da lei válida, as bases teóricas do positivismo foram questionadas.

Passou-se, então, de um modelo de Estado fundado na lei (Estado legislativo) para um modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional). Essa mudança baseia-se especialmente na ideia da Força Normativa da Constituição, de acordo com a qual a Lei Maior passa a ser o principal veículo normativo de nosso sistema jurídico, com eficácia imediata e, muitas vezes, independente da legislação infraconstitucional para ser aplicada. Além disso, o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios, a consagração dos direitos fundamentais como um conteúdo ético mínimo do Direito formam as bases ideológicas das transformações sofridas no pensamento jurídico moderno³².

Hodiernamente, portanto, é crescente a ideia de um direito processual civil que, com base na teoria dos direitos fundamentais e na força normativa da Constituição, vise a promoção dos interesses individuais e coletivos. O Direito Processual, então, com origem nos mesmos precedentes, vem alterando suas bases principiológicas, dando margens ao fenômeno do neoprocessualismo - "*o estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico*"³³.

Sob essa ótica, o processo, enquanto ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, deve ser entendido como um instrumento de realização de valores e, especialmente, de valores constitucionais, e não

³¹ DIDIER JR., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em: http://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos, p. 1.

³² *Ibidem*, p. 1-3.

³³ *Ibidem*, p. 6.

como mera técnica de decisões. A partir de tal concepção, deve-se considerá-lo como direito constitucional aplicado às decisões jurisdicionais.

Sendo assim, a relação entre a Constituição e o processo pode se dar de duas formas distintas: diretamente, quando a Carta Magna elenca os direitos e garantias processuais fundamentais, estrutura as instituições essenciais à realização da justiça e quando cria mecanismos formais de controle constitucional. Indiretamente, essa relação se dá na medida em que possibilita que o legislador infraconstitucional preveja regras processuais mais específicas, possibilitando que o juiz concretize a norma jurídica no plano fático³⁴.

Tal entendimento é importante para que seja ressaltada a atual e marcante incidência de determinados princípios nas relações processuais, o que acaba por alterar o papel das partes e do juiz nos litígios, bem como dar um novo fundamento e significado aos provimentos jurisdicionais, na medida em que esses passam a visar, principalmente, à consecução de direitos fundamentais, e não apenas à solução das lides conforme a letra da lei.

2.1. A Visão Cooperativa do Processo

O princípio da cooperação, com tímida repercussão na doutrina e jurisprudência brasileiras, ressoa nos ordenamentos jurídicos europeus, como França, Alemanha e Portugal, e visa a orientar o magistrado a posicionar-se como um agente colaborador do processo, como um participante ativo do contraditório e não mais como um mero fiscal de regras. O juiz deve, então, adotar uma postura de diálogo com as partes e demais sujeitos do processo³⁵.

A partir desse princípio, deve-se encarar o processo como um produto de uma atividade cooperativa, de modo que cada parte tenha sua função, mas todos persigam conjuntamente um objetivo comum, que é a prolação de uma sentença final, com a consequente resolução do litígio. Este comportamento cooperativo acaba por impedir ou dificultar a decretação de nulidades processuais, bem como o próprio juízo de inadmissibilidade, encaminhando a lide ao seu rumo final, sem óbices unicamente

³⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n° 6, 2007, p. 1-44.

³⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 23ª ed. Salvador: Jus Podvum, 2009, p. 50.

pautados em formalidades às vezes desnecessárias e excessivas. De acordo com Fredie Didier Jr.³⁶, o princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado: o dever de esclarecimento, o dever de consultar e o dever de prevenir.

O dever de esclarecimento consiste na obrigação do juiz em esclarecer e informar às partes acerca de suas dúvidas sobre alegações, pedidos ou sobre sua posição em juízo, evitando decisões tomadas com base em percepções equivocadas ou apressadas³⁷. Já a prevenção pode ser entendida como o dever do juiz em apontar às partes as deficiências de suas postulações que podem ser supridas, sem a prévia decretação de nulidade processual, cabendo ao magistrado indicar a providência jurisdicional adequada para sanar o vício. Por fim, cumpre ao juiz o dever de consultar, uma manifestação da garantia do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia³⁸.

Embora classicamente o dever de cooperação estivesse eminentemente voltado para a atuação do magistrado, hodiernamente o novo direito processual fundado no neoconstitucionalismo defende a necessidade de uma democracia participativa, imputando também às partes a necessidade de atender aos ditames da cidadania e da boa-fé objetiva no campo processual. Dessa forma, seguindo esse entendimento, o projeto do novo código de processo civil (PL 8.046/10), afirma, em seu artigo 5º, que “*as partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência*”.

A visão cooperativa do processo, com bases neopositivistas, parte da premissa de que o dever primordial do Estado é “*propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana*”³⁹.

³⁶ *Ibidem*, p. 50.

³⁷ DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.*, p. 51 *apud* GRASSI, Lúcio. “Cognição processual civil: atividade dialéctica e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2003, n. 06, p. 50.

³⁸ DIDIER JR., Fredie. *Op. Cit.*, p. 51 *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 39-42.

³⁹ MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo. O Direito Processual Civil no marco teórico do formalismo valorativo*. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1>> Acesso em: 10 fev. 2013, p. 102.

Propicia, portanto, uma posição coordenada entre o indivíduo, sociedade e Estado, promovendo os direitos fundamentais no âmbito processual.

Assim, num processo cooperativo, o ativismo do magistrado deve ser estimulado e conciliado com o das partes, atendendo à finalidade social do processo moderno e buscando uma maior aproximação possível da verdade. Esse modelo processual, ainda, é pautado, além do diálogo judiciário, na colaboração e na lealdade das pessoas que participam do processo. É o processo do Estado constitucional, em que a decisão judicial é legitimada porque consagra e busca a promoção de direitos e garantias fundamentais⁴⁰.

Para a doutrina, tal visão processual também tem o intuito de legitimar o procedimento, na medida em que preconiza que o correto cumprimento das normas procedimentais possibilita aos destinatários a sua verdadeira participação no processo, promovendo a fiel observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, valores fundamentais de nosso ordenamento jurídico; é, então, a base do chamado *formalismo-valorativo*.

O formalismo-valorativo destaca a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual. De acordo com esse método, o formalismo processual tem que ser reorganizado a fim de que o processo possa levar a cabo sua vocação de ponto de encontro de direitos fundamentais, propiciando uma tutela jurisdicional justa e efetiva⁴¹.

Torna-se necessário, pois, renovar mentalidades com o intuito de afastar o individualismo do processo, de modo que o papel de cada um dos operadores do direito seja o de cooperar com boa-fé numa eficiente administração da justiça. O processo deve, pois, ser um diálogo entre as partes e o juiz, como uma pauta constante na marcha procedimental, e não um jogo de impulso egoístico⁴².

O modelo cooperativo, no entanto, ainda não é a regra em nosso ordenamento jurídico. Para que seja proposta uma mudança gradativa da visão dos participantes processuais, a mera criação de regras balizadoras e impositivas que visem combater a

⁴⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁴¹ *Ibidem*, p. 12.

⁴² NUNES, Elpídio Donizetti. *Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC*. Disponível em : <<http://atualidadesdodireito.com.br/elpidionunes/2012/05/06/29/>> Acesso em 18 fev. 2013.

má-fé processual não seria suficiente. O que se impõe, para uma verdadeira mudança de paradigma, é a conscientização das partes, dos magistrados, dos serventuários da justiça acerca da relevância social do processo, como um instrumento de pacificação social e de promoção dos valores sociais.

2.2. A Autocomposição como Forma de Cooperação

A autocomposição é a atividade que previne ou soluciona os litígios por decisão consensual das próprias partes envolvidas. Não há a imposição de uma solução às partes, de modo que esta é fruto de um consenso. Pode se dar de forma unilateral, quando apenas uma das partes cede ao acordo, a qual pode ser manifestada pela renúncia (quando o próprio autor abre mão de sua pretensão – abandono da pretensão) ou pela submissão (quando o réu reconhece a pretensão do autor como justa – abandono da resistência). E pode ser também bilateral, manifestando-se por meio da transação, de acordo com a qual, ambas as partes do conflito abrem mão parcialmente do que entendem ser seu direito⁴³.

A doutrina especializada denomina de autocomposição judicial a solução do litígio encontrada pelas próprias partes envolvidas na demanda, havendo posterior homologação por parte do magistrado. A autocomposição não se resume às atividades tratativas que se realizam em juízo, mas pode ser realizada em qualquer circunstância, e desde que se obtenha uma participação conclusiva do juiz, ela será denominada "autocomposição judicial". Por sua vez, a conciliação consiste num mecanismo que tem por escopo a obtenção da autocomposição com o auxílio de um terceiro imparcial. Percebe-se, pois, que quando a conciliação é frutífera, a autocomposição é o seu resultado⁴⁴.

Frente aos inúmeros problemas enfrentados pelo nosso Poder Judiciário, a ausência de celeridade, as demandas intermináveis, o aumento crescente no número de causas a serem julgadas por um Judiciário já saturado e os altos custos processuais, são uns dos que andam efetivamente trazendo maiores preocupações aos órgãos públicos competentes, bem como à própria doutrina especializada e à jurisprudência. São de

⁴³ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 53-55.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 141-142.

sumária importância as questões citadas na medida em que são capazes de comprometer seriamente a eficácia dos provimentos jurisdicionais e, conseqüentemente, a credibilidade do próprio Poder Judiciário. Nesse diapasão, a busca por meios alternativos de solução de controvérsias, como a autocomposição, a mediação e a arbitragem, vem se tornando crescente e recebendo mais prestígio. Além de serem capazes de diminuir o número de causas que chegam aos gabinetes dos juízes, também podem colaborar com a prolação de soluções mais autônomas e mais conscientes pelas próprias partes. Essas formas alternativas capazes de por fim os litígios, especialmente quando endoprocessuais, acabam por eliminar muito tempo perdido durante o decorrer das demandas com formalidades desnecessárias e burocracias esvaziadas de sentido.

Frente a tais questões, a postura ideal dos intérpretes e aplicadores do Direito é estimular a adoção de medidas que possibilitem a melhoria da consecução da justiça, como os meios alternativos de solução de controvérsias, sem ter que esperar uma postura impositiva do legislador. O que se propõe, então, é que sejam apontados os benefícios da autocomposição, em especial a judicial, tanto para as partes quanto para os magistrados. Sendo assim, o incentivo pela autocomposição não ocorre apenas objetivando desobstruir o Judiciário e diminuir a quantidade de lides existentes, mas sim, em prol da própria utilização deste meio, que é o mais coerente para a satisfação mútua das partes, considerando a sua participação cooperada.

Para que seja incentivada a utilização e a busca por formas alternativas de solução das lides, em especial a conciliação, é de extrema importância que as partes, o juiz e demais envolvidos no litígio ajam de modo cooperativo, deixando de lado seus impulsos egoísticos, intenções de prejudicar a parte contrária e visão do processo como um campo de batalhas. O que se deve almejar no âmbito de uma lide processual é a própria solução do conflito, da forma mais harmônica para os litigantes, do modo menos dispendioso e desgastante possível, e são essas mesmas vantagens que tem a conciliação a oferecer.

De acordo com Petrônio Calmon⁴⁵, a conciliação almejada seria baseada na negociação cooperativa, aquela que pressupõe a possibilidade de que os negociadores possam satisfazer seus recíprocos interesses, mediante a criação de alternativas à promoção do esforço conjunto das partes para resolver o conflito. E não apenas as

⁴⁵ *Ibidem*, p. 116.

partes, mas também o próprio magistrado, tem o dever de agir em colaboração com os litigantes em conciliação: no momento da homologação do acordo, faz-se mister que o juiz explicita em que medida a decisão tomada foi coerente com os princípios, regras e valores questionados na demanda, além de salientar que não houve submissão de uma parte à outra, mas uma colaboração mútua. Trata-se de uma atitude apaziguadora e cooperativa do magistrado em prol da solução final do litígio.

Conclui-se, portanto, que o princípio da cooperação deve também incidir tanto na prevenção de litígios quando na busca de uma solução mais justa e efetiva para os mesmos. As partes, seus procuradores, o magistrados e demais envolvidos na lide devem sempre buscar contribuir para que seja alcançada uma solução ideal, eficaz e menos desgastante para as demandas. O ideal de um processo cooperativo, então, deve relacionar-se com a autocomposição, incentivando-a, na medida em que ela é capaz de reduzir inúmeros problemas enfrentados pelo Judiciário, bem como diminuir os desgastes psicológicos e financeiros das partes litigantes em juízo.

2.3. A Advocacia Pública, o Interesse Público e o Processo Cooperativo

O advogado público é aquele que representa em juízo os interesses e direitos das pessoas políticas, União, Estados, Distrito Federal e Municípios e das pessoas administrativas, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. No âmbito federal, pois, ligados às pessoas jurídicas de direito público federal, são advogados públicos os Advogados da União, os Procuradores Federais, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Procuradores do Banco Central do Brasil (embora o Banco Central também seja uma entidade autárquica, seus advogados não fazem parte dos quadros da Procuradoria Federal). Por sua vez, vinculados às pessoas jurídicas de direito público estaduais e municipais, há os Procuradores dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, além dos procuradores autárquicos estaduais e municipais.

São também considerados advogados públicos aqueles que tenham vínculo de emprego regido pela legislação trabalhista (CLT e demais legislações extravagantes), decorrente de aprovação em concurso público, que pertençam aos quadros de sociedades de economia mista e empresas públicas da Administração Indireta da União,

Estados, Distrito Federal e Municípios. Ainda que as sociedades de economia mista e as empresas públicas sejam pessoas jurídicas de direito privado, estas também compõem a Administração Indireta dos entes federativos a que se vinculam (lembrando, contudo, que as referidas entidades de direito privado não integram o conceito de Fazenda Pública). Cumpre, ainda, informar que os advogados contratados para as mesmas tarefas, independentemente de concurso público, temporariamente, não ostentam a qualidade de advogado público.

Na medida em que a advocacia pública se presta à defesa dos interesses e direitos da entidade administrativa ou política a que se vincula, tem, por conseguinte, a obrigação profissional de zelar pelo interesse público. A Administração Pública, embora possa ser considerada sua principal guardiã, não é a detentora do interesse público, e, por isso, não pode dele dispor com maiores liberdades. Da mesma forma, enquanto os advogados asseguram, em juízo, os interesses administrativos e interesses da coletividade, não podem autonomamente decidir sobre seus rumos, dispensabilidade ou obrigatoriedade. Por isso, não existe, na Advocacia Pública, um elevado grau de autonomia desses advogados, não apenas porque devem observar as normas e regulamentos criados pelos procuradores-chefes, mas porque cuidam de interesses de toda a sociedade.

O entendimento supramencionado baseia-se na premissa, também já discutida, da indisponibilidade do interesse público, que ainda rege a atuação da Administração Pública. De acordo com essa premissa, na medida em que os bens e o patrimônio são públicos, pertencem a toda coletividade, e não pode-se abrir mão deles sem um procedimento específico legal (ou mesmo constitucional). Rapidamente, os menos elucidados vieram a concluir que seria quase que impossível transacionar no âmbito da Administração Pública, levando-se em conta os conceitos de indisponibilidade do interesse público e inalienabilidade dos bens públicos.

Tal falácia foi levada tão a sério que grande parte dos advogados públicos federais, mesmo no rito dos juizados especiais federais, simplesmente deixam de comparecer às audiências de conciliação, imperativas, nos termos legais, no âmbito dos juizados. Essa prática acabou por convencer os próprios magistrados a alterar o rito sumaríssimo previsto na Lei nº 10.259/01, deixando de marcar a audiência conciliatória – seja por descrédito pessoal em seus possíveis benefícios ou por ineficiência da

mesma⁴⁶. Nesse aspecto, tanto o procurador desidioso quanto o próprio magistrado acabam por ofender inúmeras garantias processuais fundamentais, tais como o devido processo legal e a duração razoável do processo (já que poderiam abreviar as mazelas processuais mediante a conciliação e simplesmente decidem por não fazê-lo), além de ofender o próprio interesse público, quando abusam da máquina judiciária para prolongar um dissídio que poderia ter sido solucionado muito anteriormente, na própria audiência de conciliação.

Cumprindo ainda informar que tal comportamento vai de encontro aos explícitos preceitos legais da normatização dos Juizados Especiais Federal e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, ferindo gravemente à regra da legalidade, tendo em vista que o artigo 10, parágrafo único, da Lei 10.259/01 e o artigo 8º da Lei 12.153/09 afirmam que ficam os advogados públicos do âmbito federal autorizados a conciliar, transigir, ou desistir dos processos da competência desses juizados⁴⁷.

A principal justificativa para a ineficácia da conciliação no âmbito dos Juizados Especiais Federais, acima de todos os problemas já mencionados, se encontra no Decreto Presidencial nº 4.250 de 2002, o qual impõe a necessidade de expressa autorização dos chefes das respectivas procuradorias para que possam os procuradores federais, da Fazenda ou advogados da União conciliar, transigir e desistir nas causas de sua responsabilidade. Com base nesse argumento, os referidos advogados públicos sustentam que, via de regra, não têm poderes de autocomposição nas causas judiciais em que figuram. Eis o teor do Decreto:

Art. 1º Nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais, a União será representada pelas Procuradorias da União e, nas causas previstas no inciso V e parágrafo único do art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, pelas Procuradorias da Fazenda Nacional, e as autarquias, fundações e empresas públicas federais, pelas respectivas procuradorias e departamentos jurídicos, ressalvada a representação extraordinária prevista nos arts. 11-A e 11-B da Lei nº 9028, de 12 de abril de 1995.

§ 1º O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, os Procuradores-Gerais, os Chefes de procuradorias ou de departamentos jurídicos de autarquias e fundações federais e os dirigentes das empresas públicas poderão designar servidores não integrantes de carreiras jurídicas, que tenham completo conhecimento do caso, como auxiliares da

⁴⁶ FARIA, Márcio. *A conciliação como método alternativo à resolução de conflitos, os juizados especiais e a Fazenda Pública*. Inédito.

⁴⁷ *Ibidem*. Lembrando que o referido artigo foi escrito em 2008, quando ainda não tinha sido editada a Lei que regulamenta os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/09).

representação das respectivas entidades, na forma do art. 10 da Lei nº 10259, de 12 de julho de 2001.

§ 2º O ato de designação deverá conter, quando pertinentes, poderes expressos para conciliar, transigir e desistir, inclusive de recurso, se interposto

Por sua vez, a Portaria nº 505 de 2002, que regulamenta o referido decreto, continuou por minuar as possibilidades de conciliação, transação e desistência por parte dos advogados públicos federais, elencando-as em escassas hipóteses:

Art. 1º Os órgãos jurídicos das entidades previstas no art. 6, II, da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, poderão transigir, deixar de recorrer, desistir de recursos interpostos ou concordar com a desistência do pedido, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, nos termos desta Portaria.
(...)

Art. 3º A transação ou a não interposição ou desistência de recurso poderá ocorrer quando:
I - inexistir qualquer controvérsia quanto ao direito aplicado;
II - houver reconhecimento de erro administrativo por autoridade competente.

Em 2007, contudo, foi editada a Portaria nº 109, que buscou ampliar o rol de possibilidades de conciliação, transação e desistência nas causas judiciais em que a União figurasse como parte. Por outro lado, a mesma norma criou ainda outras restrições para essas possibilidades, de modo que, ao final, os advogados públicos mantiveram-se tão engessados quanto antes:

Art. 3º *A transação ou a não interposição ou desistência de recurso poderá ocorrer quando:*

I - houver erro administrativo reconhecido pela autoridade competente ou, quando verificável pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, pelo advogado ou procurador que atua no feito, mediante motivação adequada; e

II - inexistir controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado.
§ 1º A inexistência de controvérsia quanto ao fato deve ser verificável pelo advogado ou procurador que atua no feito pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, e a inexistência de controvérsia quanto ao direito aplicado deve ser reconhecida pelo órgão consultivo competente, mediante motivação adequada em qualquer das situações.

§ 2º Os valores envolvidos nas conciliações e transações não poderão exceder ao teto previsto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, observado o disposto no art. 260 do Código de Processo Civil.

§ 3º *Não serão objeto de acordo:*

I - as hipóteses em que se discute penalidade aplicada a servidor;
II - os casos de dano moral, salvo se o agente causador do dano for entidade credenciada, contratada ou delegada de órgão de Administração Pública Federal e assumida, em juízo, a responsabilidade pelo pagamento acordado; e
III - o litígio que estiver fundado exclusivamente em matéria de direito e houver a respeito enunciado da Súmula da AGU, parecer aprovado na forma do art. 40 da Lei Complementar 73, de 1993 ou orientação interna adotada

pelo Advogado-Geral da União contrários à pretensão. § 4º *Os acordos conterão obrigatoriamente cláusula de renúncia a eventuais direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial.*

O que se pode concluir, mediante a análise do teor da Lei federal 10.259/01, em confronto com o que é afirmado pelo Decreto 4.250/02 e pelas supracitadas Portarias (em especial a 505/02 e a 109/07), é que as normas infralegais mitigaram em larga escala a permissão legal, ao ponto de praticamente revogarem a intenção legislativa constante do art. 10 da Lei dos Juizados Especiais Federais (e o mesmo dispositivo reproduzido em 2009 na Lei de Juizados Especiais da Fazenda Pública, em seu art. 8º). De acordo, pois, com a doutrina constitucionalista, as regras constantes de atos infralegais servem para dar aplicabilidade ao texto legal, e não para praticamente retirá-lhe a eficácia. Dessa forma, por força do art. 59 de nossa Constituição Federal, deveria o teor da Lei prevalecer sobre o das normas infralegais no que lhe fossem contrárias⁴⁸.

Além de tudo isso, a ideia trazida pelo Decreto 4.250/02 e pelas Portarias que lhe conformam abarca uma lógica invertida acerca do resguardo do interesse público. A criação de grandes obstáculos às possibilidades conciliatórias nos processos judiciais em que a Fazenda Pública figura como parte traz consequências absolutamente indesejáveis para a sociedade: o aumento do número de processos no Judiciário, o prolongamento desnecessários das demandas judiciais em desfavor do jurisdicionado, os altíssimos gastos públicos para, não só fazer girar o próprio Judiciário, mas para fazer funcionar a própria advocacia pública, cada vez mais carente de profissionais enquanto as demandas judiciais crescem desenfreadamente. Em que medida está resguardado o interesse público nesse caso?

Mais ainda: atuação da advocacia pública em juízo deve se pautar na busca constante pela consecução dos valores e direitos fundamentais consagrados em nosso texto constitucional, de modo a viabilizar o reconhecimento dos direitos aos particulares, quando for o caso, abdicando da ultrapassada “advocacia de governo”, filosofia de cunho protelatário e autoritário, que acaba por podar o processo dialógico entre as partes do litígio. Esse diálogo entre os litigantes é essencial para um processo social e democrático e para a busca pela justiça. Assim, o processo deve sempre ser entendido como um instrumento de comunicação entre Poder Público e sociedade,

⁴⁸ *Ibidem.*

como uma forma de cooperação entre todos aqueles que dele participam para a melhor composição da controvérsia.

3. A pretensão resistida como suposta forma de resguardo do interesse público e a possibilidade de reconhecimento jurídico do pedido pela fazenda pública

As vantagens dos resultados da autocomposição unilateral judicial, aquela dependente da homologação do magistrado, podem ser citadas em consonância com aquelas já listadas pela doutrina acerca da conciliação: em primeiro lugar, permite-se que seja posto fim ao litígio com isenção do ônus de sucumbência, podendo as despesas processuais ser rateadas entre as partes, conforme ajuste entre elas. Além disso, o resultado satisfatório da autocomposição da lide também permite a antecipação do encerramento do processo, seja bem no seu início, como ocorre nos ritos sumário e sumaríssimo ou um pouco mais adiante, nos casos do procedimento ordinário, bem como permite a redução dos gastos com o processo. Por fim, cumpre citar uma terceira vantagem, a de que as partes já saem da audiência sabendo o resultado daquele processo, o que aumenta a segurança jurídica das relações sociais, realizando, assim, em maior medida, a finalidade de apaziguamento social do processo.

De acordos com os ensinamentos de Carnelutti, a "*lide é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*". Logo, o que se pode depreender é que não existe conflito quando não há quem se oponha ao direito alegado pelo atacante, ou quando este deixa alegar sua pretensão. O foco da autocomposição unilateral, portanto, é a renúncia de uma das partes à pretensão (desistência) ou à resistência da pretensão (submissão). A parte, então, deixa de sustentar seu direito por entender que este, de fato é inexistente, ou simplesmente porque, embora acredite ser detentora da pretensão, prefere a sucumbência ao enfrentamento das mazelas processuais. Trata-se, pois, de uma forma ou de outra, de um ato altruístico.

Na defesa dos interesses da Fazenda Pública, os advogados públicos não têm o poder de optar pela mera sucumbência nos litígios em que atuam, simplesmente, por entenderem que os desgastes psicológicos e financeiros trazidos pelo processo serão proporcionalmente maiores que os benefícios colhidos numa possível vitória judicial. Tal escolha não compete aos procuradores públicos porque a hipótese não se aplica à

Fazenda Pública, uma litigante habitual, que tem a missão de resguardar os interesses de toda a coletividade.

Por outro lado, o reconhecimento jurídico do pedido pela Fazenda Pública é faticamente possível, na medida em que o procurador da causa, com os elementos fáticos e probatórios em mãos, é capaz de analisar se tem condições ou não de resistir àquela demanda, se tem ou não o direito que pretende alegar. Muitas das vezes, o advogado público apenas contesta a lide com modelos já prontos, sabendo de antemão que sua resposta não será suficiente para obstar a pretensão autoral. Nesse diapasão, procura alegar nulidades processuais ou vícios capazes de macular o processo, orientando-o a uma sentença sem julgamento de mérito.

Faz-se mister analisar objetiva e subjetivamente esse tipo de comportamento corriqueiro no âmbito da advocacia pública. Acredita-se, sem uma análise mais crítica, que vencer a lide, a qualquer custo, importaria na verdadeira proteção ao interesse público. No entanto, não existe uma valoração quanto à medida que esse interesse público (qual interesse público? O que é verdadeiramente o interesse público?) é resguardado pela praxe na advocacia pública. Existe, portanto, a falsa ideia de que a defesa incondicional do Estado em juízo é a única forma de fazer valer a supremacia do interesse público, que, por sua vez, é tido como indisponível. E, ainda, que só o Chefe do Poder Executivo pode definir o melhor e mais condizente com o interesse público, editando normas que balizam (ou, na verdade, engessam) a atuação dos procuradores estatais. De acordo com a doutrina⁴⁹:

[...] ultrapassado o entendimento segundo o qual o princípio da legalidade e da indisponibilidade impõem que a fazenda pública deve buscar os seus créditos a todo custo, ainda que sejam irrisórios ou de satisfação extremamente improvável. O princípio da eficiência, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, determina que o agente público sempre leve em consideração se o resultado almejado é condizente com o esforço para alcançá-lo.

A premissa que devemos entender é: "*quando se trata da Fazenda Pública em juízo, o interesse público pode estar tanto na impugnação do pedido como no reconhecimento da sua procedência*"⁵⁰. Portanto, o reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública (o que não pode ser confundido com a confissão de fatos

⁴⁹ SILVA, Marcello Terto e. *A Fazenda Pública em Juízo, o Reconhecimento do Pedido e a Nova Advocacia Pública*. Revista de Direito da PGE-GO, vol. 24. Disponível em: <<http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/161>> acesso em 03 abr. 2013. p. 22.

⁵⁰ SILVA, Marcello Terto e. *Op. Cit.*, p. 19.

ou liberalidade sobre direitos disponíveis) pode ocorrer sem que isso ofenda o dito interesse público, já que pode ocorrer de o interesse público indisponível coincidir com o atendimento do pedido do autor⁵¹. Mas como seria o resguardo do verdadeiro interesse público nas hipóteses de reconhecimento jurídico do pedido pela Fazenda Pública?

Inicialmente é preciso entender que no âmbito das demandas judiciais que envolvem o setor público, existem demandas de massa em que claramente os requerentes fazem jus ao atendimento do pedido, porque a própria Administração Pública deixa de lhes atender, mediante justificativas infundadas e desarrazoadas⁵². Por que o Estado deveria resistir à pretensão do autor, nesses casos, quando é devida? Quais poderiam ser os ganhos da Fazenda Pública em criar embaraços ao pleito autoral? O Estado não deve encarar o administrado como um inimigo; ao contrário, deve conceder-lhe o seu direito da forma menos onerosa possível.

De acordo com o que foi abordado inicialmente, a doutrina neoconstitucionalista do Direito Administrativo nos informa que nossa Constituição tem como base e fundamento inúmeros direitos fundamentais consagrados, sem qualquer norma que permita a prevalência apriorística de uma ou outra garantia, e nem do dito "interesse público" sobre qualquer uma delas. Para a moderna doutrina já citada, o núcleo da atividade administrativa reside na promoção desses direitos individuais constitucionalmente abarcados, sendo este o verdadeiro interesse público.

Podemos, portanto, concluir que, na medida em que a atividade estatal se torna facilitadora do alcance de direitos fundamentais pelos administrados, o interesse público, do qual é guardião, está sendo cumprido em boa medida. Sendo assim, quando a advocacia pública atua obstruindo o caminho do administrado nas demandas judiciais, evitando a autocomposição, recorrendo infindavelmente, alegando vícios que possam impedir o julgamento de mérito da demanda, ela vai de encontro aos preceitos democráticos de nosso ordenamento jurídico, agindo exclusivamente em favor da própria Administração Pública.

A atuação colabolarativa das procuradorias requer uma análise minuciosa das demandas judiciais em que atuam, verificando a necessidade do administrado, suas

⁵¹ *Ibidem*, p. 20.

⁵² *Ibidem*, p. 19.

alegações, o material probatório e o verdadeiro interesse do Estado em negar a pretensão. Se o direito alegado é patente, se o conjunto probatório é consistente e se o Estado só está protelando um dever Iminente, não existem argumentos reais em desfavor do reconhecimento jurídico do pedido por parte do advogado público.

Advogamos, portanto, contra a tese de que seria necessária autorização do Chefe do Poder Executivo competente para os casos de submissão judicial por parte da Fazenda Pública, na medida em que não existe prejuízo patente para a coletividade, quando esta atuação é proba e sensata. As inúmeras Portarias, Decretos e demais normas infraconstitucionais editadas para criar entraves à transação, à submissão e à desistência padecem de irremediável inconstitucionalidade e ilegalidade, na medida em que diminuem o alcance das garantias individuais da duração razoável do processo, da economia processual, da lealdade processual, do devido processo legal, da cooperação, da boa-fé, dentre muitos outros.

O reconhecimento do pedido do autor por parte do ente público não tem por escopo causar prejuízos à administração fazendária, mas encurtar o reconhecimento de uma obrigação já existente, que deve ser cumprido em favor do jurisdicionado, sob pena de ir de encontro aos princípios acima listados. O alcance do resguardo ao interesse público vai muito além da mera pretensão resistida, ele abarca uma atuação estatal ordenada em favor do administrado e de suas garantias individuais. Não há que se falar em indisponibilidade do interesse público como óbice à autocomposição. O interesse público é sempre indisponível. O que se cumpre percorrer é o conteúdo principiológico do que é tido como interesse público, e é neste ponto que a advocacia pública costuma estar equivocada.

Conclusão

Não podemos mais nos filiar ao entendimento ultrapassado e acrítico de que o interesse público e sua indisponibilidade se tornam óbices quase que intransponíveis às possibilidades de autocomposição das demandas judiciais pela Fazenda Pública.

A doutrina neopositivista nos ensina, com muita clareza, que o interesse público se consubstancia na promoção dos valores fundamentais e garantias individuais aos administrados. Com base nesse entendimento, a defesa judicial do interesse público não

deve se pautar na absoluta resistência da pretensão autoral em desfavor da Administração Pública. Muito ao contrário, a doutrinária da visão colaborativa do processo entende que a autocomposição pode ser uma forma eficaz e legítima de a Fazenda Pública contribuir com o jurisdicionado e, conseqüentemente, com o verdadeiro interesse público.

Dessa forma, não há óbices constitucionais ao reconhecimento jurídico do pedido por parte da Fazenda Pública; muito ao contrário a Carta Magna de 1988 traz inúmeros princípios que coadunam com essa possibilidade: o devido processo legal, a boa-fé objetiva, a lealdade processual, a celeridade e economia processual, a duração razoável do processo. Além desses, o princípio democrático, fundante de nossa ordem constitucional nos mostra que o processo não deve se pautar num jogo egoístico de interesses, mas sim numa lógica cidadã colaborativa em favor da solução pacífica de controvérsias.

Nesse aspecto, podemos finalmente concluir que o entendimento que restringe a atuação conciliatória da Administração Pública no âmbito processual padece de falta de embasamento constitucional. Da mesma forma, a legislação infraconstitucional e as normas infralegais que mitigam a possibilidade de autocomposição pela Fazenda Pública, engessando os advogados públicos, estão eivadas de forte inconstitucionalidade, na medida em que destituem de eficácia os ditames constitucionais processuais já mencionados acima. Essas normas restritivas impedem a consecução do verdadeiro interesse público, a promoção de garantias fundamentais, e agem em favor apenas dos interesses fazendários, enquanto sujeito de direitos e obrigações.

Referências bibliográficas

- ÁVILA, Humberto. *Repensando a Supremacia do Interesse Público sobre o Particular*. Salvador: Revista de Direito Público sobre a Reforma do Estado, IBDP, 2007.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. “O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público” (Prefácio). In: Sarmento, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10ª edição. São Paulo: Dialética, 2012.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 23ª ed. Salvador: Jus Podvum, 2009.
- DIDIER JR., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o Neoprocessualismo*. Disponível em: [http://www.academia.edu/225914/Teoria do Processo e Teoria dos Direitos](http://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos)
- Acesso em 15 mar. 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FARIA, Márcio. *A conciliação como método alternativo à resolução de conflitos, os juizados especiais e a Fazenda Pública*. Inédito.
- GUEDES, Jefferson Carús. *Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 19ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

MELO, Gustavo Medeiros. *O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo*. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (Organizadores). *Constituição e Processo: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010

MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo. O Direito Processual Civil no marco teórico do formalismo valorativo*. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1>> Acesso em: 10 fev. 2013.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Princípio da cooperação (ou da colaboração) – arts. 5º e 10 do projeto do novo CPC*. Disponível em : <<http://atualidadesdireito.com.br/elpidionunes/2012/05/06/29/>> Acesso em 18 fev. 2013.

SILVA, Marcello Terto e. *A Fazenda Pública em Juízo, o Reconhecimento do Pedido e a Nova Advocacia Pública*. Revista de Direito da PGE-GO, vol. 24. Disponível em: <<http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/revistapge/article/view/161>> acesso em 03 abr. 2013.