

MARCO ANTONIO RODRIGUES

A FAZENDA PÚBLICA NO PROCESSOCIVIL

4ª edição

Revista, atualizada
e ampliada

2025

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

A FAZENDA PÚBLICA E OS DIVERSOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

15.1 O ACESSO À SOLUÇÃO JUSTA E OS DIVERSOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

A Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXXV, consagra o direito fundamental de acesso à justiça, que se traduz num direito de acesso a uma prestação jurisdicional justa. Ademais, de tal dispositivo é extraída a inafastabilidade da jurisdição,¹ o que significa dizer que o legislador não pode afastar o jurisdicionado de levar seus conflitos ao Poder Judiciário.

De fato, a necessidade de acesso a um Poder estatal que possa solucionar confrontos de interesses, pacificando com justiça, se revela essencial para a vida em sociedade. Os conflitos são inerentes à vida em sociedade, em que a multiplicidade de relações jurídicas entre as pessoas pode acarretar litígios das mais variadas ordens.

Note-se, porém, que as formas de solução de conflitos podem variar, a partir de uma sociedade para outra. Existem sociedades em que uma lide pode ser comumente solucionada por meio de mecanismo externo ao uso

1. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 155.

do Judiciário, enquanto em outras este se revela instituição fundamental para a justiça.²

No entanto, nem sempre o Poder Judiciário será meio mais adequado para a obtenção de uma solução justa.³ Isso porque os órgãos jurisdicionais possuem atualmente uma quantidade enorme de processos, que os impede frequentemente de proferir uma decisão final em prazo razoável. Ademais, por vezes a demanda em jogo envolve questões técnicas que os órgãos jurisdicionais não possuem conhecimento suficiente para resolver da maneira mais adequada, o que põe em risco a própria pacificação.

Nesse contexto, a “cultura da sentença”⁴ vem sendo substituída pelo uso de meios consensuais à solução de controvérsias,⁵ bem como pela própria arbitragem, que, embora não seja propriamente um meio consensual⁶, decorre de um acordo de vontades para submeter o conflito a um árbitro.

Destaque-se que, em 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 125, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, que objetiva promover uma resolução de controvérsias por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

2. Sobre como a cultura influencia os métodos de solução de conflitos, confira-se: CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. de Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
3. Analisando criticamente a utilização do Poder Judiciário enquanto meio principal para a solução dos conflitos, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça – condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
4. WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Vol. 86, p. 76-83.
5. “A adoção de meios alternativos de composição de conflitos é uma tendência mundial que vem sendo estimulada não só em virtude dos problemas dos sistemas jurídicos e judiciários vigentes, mas também pela evolução da sociedade rumo a uma cultura participativa, em que o cidadão seja protagonista na busca da solução por meio do diálogo e do consenso” (TARTUCE, Fernanda. *Mediação dos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 201).
6. Destaque-se, na mesma linha, que há quem relativize a qualidade consensual do processo arbitral, sob o argumento de que se trataria, em última análise, de um mecanismo adjudicatório. Nesse sentido, Carlos Alberto de Salles: “A arbitragem, não obstante construída sobre uma base consensual, estabelecida por meio da convenção arbitral, é um mecanismo adjudicatório.” O mesmo autor, todavia, reconhece em outro momento de sua obra “O consenso pode ser atingido por meio da negociação direta, da atuação de arranjos institucionais ou por meio de intermediação de terceiros neutros. Pode, ainda, mesmo configurado o conflito, estabelecer-se um compromisso arbitral.” SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem nos contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. A doutrina é farta em apontar arbitragem como mecanismo inspirado pelo consensualismo: “Dúvidas não há, portanto, que o consentimento se constitui em verdadeiro princípio fundante para a validade do procedimento e do laudo arbitrais” (TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. *Revista Forense* n. 903. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 9-26). E ainda, “Em outros termos, a jurisdição estatal depende em tudo e para tudo, da manifestação volitiva das demandantes.” MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a lei de arbitragem: comentários à lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 318. Assim sendo, pode ser utilizado o termo consensual também ao se tratar da arbitragem, pelo fato de ser meio de solução de controvérsias que tem origem num acordo de vontades entre os interessados.

Nessa linha, vale registrar que o próprio artigo 1º de tal resolução, em seu parágrafo único, institui que aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação,⁷ o que demonstra um dever ao próprio Judiciário de promover os mecanismos consensuais de solução de controvérsias.

Embora já existissem normas prevendo o uso de mecanismos que não a adjudicação pelo Judiciário, como é o caso da Lei n. 9.307, fato é que a referida resolução é um marco na criação de uma política pública de Estado para o uso de outros meios de solução de controvérsias, e que gera, portanto, deveres de promoção de tal política pública.

Nessa esteira, o Código de Processo Civil de 2015 também conferiu enorme importância aos diferentes meios de solução de conflitos, o que se pode vislumbrar desde logo no artigo 3º, constante do capítulo de normas fundamentais do processo civil. Tal dispositivo legal, no seu *caput*, traz o direito fundamental de acesso à justiça, ao prever que não se excluirá do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito. Ademais, nos seus parágrafos, há a expressa consagração de outros meios de solução de controvérsias. O parágrafo 1º consagra a possibilidade de uso da arbitragem, nos casos previstos em lei. Já o parágrafo 2º, por sua vez, prevê um dever a advogados, juízes, defensores e membros do Ministério Público de promover os métodos de solução consensual de controvérsias, inclusive no curso de processo judicial.

Veja-se que há até mesmo um papel simbólico no artigo 3º do Código de Processo Civil de 2015: são normas fundamentais, previstas no mesmo dispositivo legal, não apenas o acesso ao Judiciário, mas também o uso da arbitragem e dos meios consensuais de solução de controvérsias. Pode-se afirmar que o legislador trouxe todos esses meios de resolução de conflitos no mesmo artigo do Código, como forma de demonstrar sua igual dignidade enquanto mecanismos de pacificação social. De fato, esta não depende apenas do Poder Judiciário, podendo ser obtida pelos jurisdicionados de outras formas, por vezes mais rápidas e mais econômicas.

Assim sendo, constata-se que, na atualidade, são métodos adequados à solução de conflitos não apenas a solução adjudicada pelo Poder Judi-

7. “Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.”

ciário, mas também a arbitragem e os meios consensuais de resolução de controvérsias.

Registre-se que o Código de Processo Civil também previu, no artigo 165, a criação pelos tribunais de centros judiciários de solução consensual de conflitos, e a criação de câmaras de conciliação e mediação, para a resolução de controvérsias no âmbito administrativo, no artigo 174.

Ademais, nessa linha adotada pelo legislador de estímulo à autocomposição, vale salientar que, na forma do artigo 334 do Código de Processo Civil, o procedimento comum possui uma audiência de conciliação ou mediação após a citação, e que apenas excepcionalmente não ocorrerá, como se verá mais à frente.

Note-se, porém, que os meios alternativos à solução de controvérsias não representam a solução para todos os problemas encontrados pela coletividade na busca de pacificação social. Consoante já defendemos juntamente com Rodrigo Gismondi:

As especificidades de cada situação concreta determinarão qual o meio de solução de conflito que se releva mais adequado para a efetiva resolução do conflito de interesses. Ao contrário do que se possa pensar, os meios alternativos à jurisdição não são a solução para todos os problemas enfrentados pelo Judiciário ou representam etapa indiscriminadamente prévia a qualquer demanda judicial. Chegou-se mesmo a propor a criação de verdadeiros “Sistemas de Múltiplas Portas”⁸ com a função de proporcionar àqueles que se veem diante de determinado conflito a possibilidade de tomar contato com diversas possibilidades para a sua solução e, assim, se chegar àquela que melhor se amolda ao caso concreto.⁹

8. “O Sistema de Múltiplas Portas (*Multidoor Courthouse System*) pode ser definido como um mecanismo de aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos no qual, a partir do conflito apresentado pelas partes interessadas em negociar, é disponibilizada uma variedade de meios ou “portas”, a fim de que se possa identificar qual a mais adequada para a propositura de um acordo eficaz e que seja cumprido e satisfatório por ambos os indivíduos. Tal sistema é amplamente utilizado nos Estados Unidos, especialmente em Estados como Flórida, Washington e Nova York. A ideia de se criar um mecanismo tal como o Sistema de Multiportas surgiu a partir de uma conferência (*Pound Conference*), realizada em 1976 que discutiu acerca da insuficiência do Poder Judiciário para atender a todas as demandas com justiça. Foi apresentada pelo professor da faculdade de Direito de Harvard Frank Sander e, a partir daí, tem se aprimorado e, atendendo a demanda da complexidade dos conflitos, vem apresentando novos métodos (ou portas) ao passo que novas formas de conflitos surgem” (SALES, Lília Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário brasileiro. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 5, n. 16. p. 204-220, jul./set. 2011, p. 204).

9. RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Métodos de solução consensual de conflitos e a Fazenda Pública. In: Humberto Dalla Bernardina de Pinho; Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues. (Org.). *Mediação*

15.2 OS DIVERSOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PODEM SER UTILIZADOS PELA FAZENDA PÚBLICA? A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NÃO GERA A INDISPONIBILIDADE DO PROCESSO JUDICIAL

Apesar de o Código de Processo Civil ter dado significativa importância à resolução de controvérsias por outros métodos que não apenas o Judiciário, ao se pensar nos conflitos que possuem como um dos interessados uma pessoa jurídica de direito público surge a dúvida se é possível a utilização de tais meios. Isso porque o interesse público,¹⁰ de acordo com entendimento de longa data difundido no Direito Administrativo, é indisponível, o que significa dizer que os agentes públicos, enquanto meros representantes do ente público, não podem abrir mão dos interesses que justificam sua atuação.¹¹

No entanto, a indisponibilidade do interesse público não representa a indisponibilidade do processo judicial. Os meios de se atingir a tutela ao interesse da coletividade são disponíveis e se encontram numa esfera de escolha justificada pelo administrador, que tem o poder-dever de buscar o melhor método para atingi-lo. Assim já tivemos a oportunidade de sustentar, em conjunto com Pedro Perri Alvarez:

É preciso destacar que a indisponibilidade do direito não significa a indisponibilidade da ação: pode se estar diante de um interesse que deve ser cumprido independentemente de demanda judicial. A intervenção jurisdicional não é imprescindível em toda e qualquer relação de direito público.¹²

e arbitragem na administração pública: volume 2. 1 ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020, v. 2, p. 93-120.

10. Analisando em que consiste o interesse público, remete-se o leitor ao Capítulo 1, *supra*.
11. Nas palavras de Diógenes Gasparini: "Não se acham, segundo esse princípio, os bens, direitos, interesses e serviços públicos à livre disposição dos órgãos públicos, a quem apenas cabe curá-los, ou do agente público, mero gestor da coisa pública. Aqueles e este não são seus senhores ou seus donos. cabendo-lhes por isso tão só o dever de guardá-los e aprimorá-los para a finalidade a que estão vinculados. O detentor dessa disponibilidade é o Estado. Por essa razão, há necessidade de lei para alienar bens, para outorgar concessão de serviço público, para transigir, para renunciar, para confessar, para relevar a prescrição (RDA. 107:278) e para tantas outras atividades a cargo dos órgãos e agentes da Administração Pública." GASPARI, Diógenes. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16.
12. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos; ALVAREZ, Pedro de Moraes Perri. Arbitragem e a Fazenda Pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Vol. 14, p. 388, 2014. Na mesma linha, TALAMINI, Eduardo. A (in) disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação). *Revista de Processo*, Vol. 128, out. 2005; CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL,

Dessa forma, pode-se afirmar que a indisponibilidade do interesse público não configura óbice à utilização de meios consensuais à solução de controvérsias ou à arbitragem. Ao contrário, tais mecanismos podem promover uma tutela mais adequada ao interesse público em jogo. Tome-se como exemplo uma hipótese de ato ilícito praticado por policial, que levou a óbito cidadão, havendo provas cabais da ocorrência da ilicitude e dos danos dela decorrentes. Caso seja proposta uma ação de reparação de danos, a realização de uma composição dentre o Estado e os filhos do morto, a partir da verificação do valor médio de indenizações concedidas pelo Poder Judiciário em casos análogos, é uma forma de gerar a promoção do direito dos sucessores à reparação dos danos devidamente comprovados, bem como gera uma economia aos cofres públicos, em razão do fato de que o ente devedor não terá de arcar ao final de um longo processo judicial com juros moratórios e atualização monetária. Além disso, vale recordar que o artigo 90, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil traz regras que estimulam economicamente a realização de autocomposição, pois, havendo transação antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver; e de outro lado, se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação que reconheceu, os honorários serão reduzidos pela metade.

Pode-se afirmar, portanto, que a consensualidade na atividade administrativa é uma realidade no Estado contemporâneo,¹³ e atua como vetor na busca de maior eficiência do Poder Público, evitando, inclusive, posteriores questionamentos perante o Poder Judiciário.¹⁴

Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 551.

13. Note-se que a transação pelo Poder Público é fenômeno comum inclusive em muitos outros países. Narrando experiências de transações administrativas no direito estrangeiro: SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 244-254.
14. “A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem). Em suma, a consensualidade como alternativa preferível à imperatividade, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional (ex.: o poder de polícia). A partir desses dados, pode-se estabelecer uma tipologia da consensualidade em referência às funções fundamentais do Estado. *Primo*, a consensualidade na produção das normas, com o reaparecimento de fontes alternativas, fontes consensuais e de fontes extraestatais: a regulática. *Secundo*, a consensualidade na administração de interesses públicos, com o emprego das formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por

É preciso, porém, a verificação na situação concreta da adequação do uso do método consensual, em respeito à moralidade, eficiência e legalidade administrativas.

15.3 MEDIAÇÕES E CONCILIAÇÕES PELA FAZENDA PÚBLICA

Além dos negócios processuais, destaque-se que o Código de Processo Civil também estimulou bastante a adoção dos métodos consensuais de solução de controvérsias, especialmente a mediação e a conciliação, consoante se viu no seu artigo 3º. O parágrafo 2º desse dispositivo previu um dever de estímulo aos meios consensuais sobre os advogados, sendo que os advogados públicos se inserem em tal categoria.

Diante disso, verifica-se que também os representantes judiciais da Fazenda Pública estão sujeitos a tal dever, impondo-se que, verificando as chances de mediação¹⁵ ou conciliação, venham a estimulá-las.

Note-se que a escolha entre o uso da mediação ou da conciliação¹⁶ vai ser balizada pelo artigo 165, parágrafos 2º e 3º, do Código de Processo Civil, que estabelecem as funções do conciliador e do mediador, respectivamente, o que indica a pertinência da utilização de cada um desses métodos. Nesse sentido, a conciliação é indicada para os casos em que não houver vínculo anterior entre as partes. O conciliador poderá, diante de autor e réu, sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação, a fim de que eles conciliem. Por exemplo, numa ação de reparação de danos proposta em face da União fundada em responsabilidade civil extracontratual (e.g., um atropelamento por carro oficial federal), o método consensual para a solução do conflito é a conciliação.

A mediação, por sua vez, é indicada preferencialmente para as hipóteses em que houver vínculo anterior entre as partes. O mediador atuará,

cooperação e por colaboração. *Tertio*, a consensualidade na solução dos conflitos, com a adoção de formas alternativas de composição" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 41).

15. Também admitindo a mediação pelo Poder Público, GISMONTI, Rodrigo Altenburg Odebrecht Curi. *Mediação pública*. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Vol. 13, p. 168-202, 2014.

16. Note-se que há entendimento doutrinário segundo o qual: "A mediação é forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, o que é o suficiente para ser considerada espécie de forma consensual do conflito, mas não deve ser confundida com a autocomposição. [...] Para que seja possível uma solução consensual sem sacrifício de interesses, diferente do que ocorre na conciliação, a mediação não é centrada no conflito em si, mas sim em suas causas." (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Volume único. 14. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 66-67).

então, buscando auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, a fim de que possam, com base no restabelecimento da comunicação que fora perdida quanto ao vínculo que tinham, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. No caso do Poder Público, tal método consensual se revela menos comum, podendo-se imaginar, exemplificativamente, uma demanda relativa a matéria de pessoal, proposta por servidor com quem a Administração possui um vínculo já de longa data.

15.3.1 Regulamentação legal da consensualidade pela Administração

Importante salientar que há tempos, em situações específicas, já havia previsões legais facultando, de forma expressa, a consensualidade no âmbito da Administração Pública.

A título exemplificativo, é possível citar: (i) termo de ajustamento de conduta com o Ministério Público ou com os demais órgãos legitimados para propor ação civil pública (art. 5º, §6º, Lei n. 7.347/1985)¹⁷; (ii) acordo no âmbito dos Juizados Especiais Federais (arts. 6º e 16, Lei n. 10.259/2001)¹⁸ e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (arts. 2º e 12, Lei n. 12.153/2009)¹⁹; (iii) termo de compromisso envolvendo a Comissão de Valores Mobiliários – CVM (art. 11, § 5.º, Lei n. 6.385/1976)²⁰; (iv) termo de compromisso de cessação de prática e acordo de leniência no bojo do

17. “§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

18. “Art. 6º Podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível:

I – como autores, as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996;

II – como rés, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais.

[...]

Art. 16. O cumprimento do acordo ou da sentença, com trânsito em julgado, que imponham obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa certa, será efetuado mediante ofício do Juiz à autoridade citada para a causa, com cópia da sentença ou do acordo.”

19. “Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

[...]

Art. 12. O cumprimento do acordo ou da sentença, com trânsito em julgado, que imponham obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa certa, será efetuado mediante ofício do juiz à autoridade citada para a causa, com cópia da sentença ou do acordo.”

20. “§ 5º A Comissão de Valores Mobiliários, após análise de conveniência e oportunidade, com vistas a atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o procedimento administrativo destinado à apuração de infra-

Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC (arts. 85 e 86 da Lei n. 12.529/2011)²¹; (v) acordo de leniência na Lei Anticorrupção (art. 16 da Lei n. 12.846/2013)²²; (vi) acordos e conciliação em setores regulados por agências como a ANATEL (art. 93, XV, Lei n. 9.472/1997)²³, a ANP (art. 43, X, Lei n. 9.478/1997)²⁴ e a ANS (art. 29, §1º, Lei n. 9.656/1998)²⁵.

Da mesma forma, o próprio Supremo Tribunal Federal, ainda no ano de 2002, reconheceu a consensualidade como uma forma de maximização do atendimento ao princípio do interesse público. Confira-se a ementa do julgado:

-
- ção prevista nas normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a:
- I - cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e
 - II - corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.”
- 21 “Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.
- [...]
- Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:
- I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e
 - II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.”
22. “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:
- I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e
 - II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.”
23. “Art. 93. O contrato de concessão indicará:
- [...]
- XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.”
24. “Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:
- [...]
- X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;”
25. “Art. 29. As infrações serão apuradas mediante processo administrativo que tenha por base o auto de infração, a representação ou a denúncia positiva dos fatos irregulares, cabendo à ANS dispor sobre normas para instauração, recursos e seus efeitos, instâncias e prazos.
- §1º O processo administrativo, antes de aplicada a penalidade, poderá, a título excepcional, ser suspenso, pela ANS, se a operadora ou prestadora de serviço assinar termo de compromisso de ajuste de conduta, perante a diretoria colegiada, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, obrigando-se a:
- I - cessar a prática de atividades ou atos objetos da apuração; e
 - II - corrigir as irregularidades, inclusive indenizando os prejuízos delas decorrentes.”

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimização deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.²⁶

Contudo, é preciso se ater para o fato de que, na época desse julgado, não havia uma norma geral que trouxesse segurança jurídica ao administrador, de forma clara, acerca da possibilidade de utilização da consensualidade no setor público, embora esse posicionamento pudesse ser extraído, a partir da análise do caso concreto, de uma interpretação teleológica do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse contexto, as previsões do Código de Processo Civil, da Lei 13.140, de que adiante se falará, e do artigo 26 da LINDB em boa hora criaram um microsistema normativo de consensualidade pela Administração Pública.

Cabe aqui destacar o artigo 32 da Lei 13.140/2015²⁷, segundo o qual 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.

O parágrafo 1º do mencionado dispositivo legal prevê que o modo de composição e funcionamento das câmaras será estabelecido em regulamento

26. STF, RE 253885, Relator(a): ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796.

27. Norma semelhante ao artigo 174 do Código de Processo Civil.

de cada ente federado, norma essa que procura proteger a autonomia federativa de cada ente. Por sua vez, o parágrafo 2º dispõe que a submissão do conflito às câmaras é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial, nos termos do parágrafo 3º. Nesse ponto, vale destacar que, havendo processo judicial, a Administração e a outra parte poderão levar o termo de acordo à homologação judicial, sendo causa de resolução de mérito, na forma do artigo 487 do Código de Processo Civil, e tal sentença configurará título executivo judicial, por força do artigo 515, II, do mesmo diploma legal.

Conforme o parágrafo 4º, não se incluem na competência dos órgãos das câmaras as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo. Em contrapartida, o parágrafo 5º estabelece que se compreendem na competência das câmaras a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

A LINDB, no artigo 26, traz aquilo que é chamado por parte da doutrina de cláusula geral de negociação pela Administração Pública. O artigo 26 autoriza a celebração de compromisso com os interessados com vistas a eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral. A autocomposição tem a importante função de prestigiar a segurança jurídica e a eficiência, bem como o interesse público na solução da controvérsia.²⁸

28. "O grande mérito do compromisso previsto no art. 26 da LINDB é superar a dúvida jurídica sobre o permissivo genérico para a Administração Pública transacionar. De modo claro e contundente, a autoridade administrativa poderá firmar compromisso, ou seja, celebrar acordos. Para tanto, a LINDB criou uma nova espécie de acordo – o *compromisso do seu art. 26* – e trouxe o *mínimo regulamentar* desta figura, com os requisitos de validade imprescindíveis à efetividade e à garantia dos interesses gerais. O permissivo da Lei da Ação Civil Pública pecava pela ausência de disciplina regulamentar mínima, o que resultou um cenário atentatório ao Estado de Direito: o Ministério Público, parte e operacionalizador da Lei, terminou por dar os contornos regulamentares do TAC na ação civil pública. Desse modo, as previsões contidas no art. 26 da LINDB garantem os direitos na negociação e o atendimento ao fim público, como oportunamente será analisado, sem incorrer no risco de subversão ou desnaturação pelo exercício do poder regulamentar." (GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB - Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>> Acesso em 07/03/2023).

Deve-se observar, ainda, que o referido compromisso, na forma do § 1º do artigo 26, buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais (inciso I), não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral (inciso III) e deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento (inciso IV).

Nada obstante a LINDB, em seu artigo 26, traga a denominada cláusula geral de negociação por parte da Fazenda Pública, a regulamentação por cada ente federativo é importante de modo a que as particulares locais, bem como opções legítimas da Administração, possam concretizar a referida cláusula.

15.3.2 O regime da Lei n. 13.140, sua aplicação à esfera federal e as regras de incidência nacional. A transação por adesão

Quanto às mediações, a Lei nº 13.140/2015 trouxe regulamentação de âmbito nacional e federal acerca de sua celebração. Entre os artigos 32 e 34, houve a disciplina de âmbito nacional, aplicável à União, Estados, Distrito Federal e Municípios e, na sequência, para a Fazenda Pública federal, com regras nos artigos 35 a 40.

Ocorre que é fundamental que haja a devida regulamentação por cada ente quanto às exigências para que seus representantes realizem mediações ou conciliações, em nome da autonomia federativa, decorrente do artigo 18 da Constituição da República.

Para a resolução consensual de controvérsias pela Fazenda Pública federal, foi definido, no artigo 35, como meio adequado a transação por adesão, ou seja, o jurisdicionado pode aderir a uma minuta de acordo formulada pelo Poder Público federal.

Para que seja possível a celebração da transação por adesão, o artigo 35 exige que haja autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República. No que se refere à primeira hipótese, parece-nos que a expressão “jurisprudência pacífica” deve ser interpretada não apenas como a existência de decisões repetitivas no mesmo sentido nos tribunais superiores, mas também engloba eventual acórdão proferido em sede de casos repetitivos.

Além da existência da autorização ou do parecer acima mencionados, os parágrafos 1º e 3º do artigo 35 para que seja possível a transação é preciso que tenha havido resolução administrativa própria, de efeitos gerais, que será aplicada aos casos idênticos, que tenham se habilitado tempestivamente ao pedido de adesão. Trata-se de aplicação da impessoalidade sobre a Administração, pois a resolução ter efeitos gerais e se aplicar a casos idênticos evita a ocorrência de tratamento privilegiado em favor de um administrado, por meio da transação, em detrimento de outro em iguais condições.

Note-se que, consoante os parágrafos 4º e 5º, a adesão acarreta a renúncia aos direitos que fundamentam o recurso administrativo ou judicial, ou a demanda eventualmente pendentes, no que tange às questões objeto da resolução administrativa. Além disso, pode ser que exista ação coletiva em andamento, da qual o jurisdicionado é parte. Nesse caso, a transação também exige renúncia expressa quanto ao direito em jogo, devendo ser apresentada ao juízo da ação.

Saliente-se, outrossim, que a formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão. Trata-se de importante regra em favor dos entes públicos federais, pois pode ser que não haja interesse de transação por determinado administrado, e a mera existência da resolução administrativa não pode afetar o prazo prescricional em andamento, já que a resolução em questão apenas representa um ânimo de solução consensual de eventuais controvérsias, e não um reconhecimento de direito em favor dos administrados.

Podem surgir, também, conflitos entre órgãos e entidades públicos da Administração Pública federal. De modo a solucioná-los, o artigo 36 da Lei n. 13.140 estabelece que a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União. Se não houver acordo, caberá a este decidir, com base na legislação afeta, sendo que nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação extrajudicial dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator. Essa exigência de anuência do Judiciário ou do Ministro Relator no Tribunal de Contas se justifica no fato de que, nestes últimos casos, a matéria fugiu do âmbito puramente do administrador, e eventual composição administrativa pode ser inócua, sem a concordância do juiz ou do Ministro relator.

Na forma do artigo 37, é facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito. Tal regra não contém a melhor redação, considerando que empresas públicas e sociedades de economia mista federais também são pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública federal. Com efeito, tendo em vista as atribuições da Advocacia-Geral da União, o artigo 37 parece se referir a conflito entre as Fazendas estaduais, municipais ou distritais, ou empresas públicas e sociedades de economia mista federais, e as pessoas jurídicas de direito público federais. De todo modo, tal regra parece ser de difícil aplicabilidade prática, em razão da autonomia federativa, pois dificilmente um ente de outra esfera concordará em se submeter espontaneamente a uma solução definida pela Advocacia da União.

No âmbito estadual e municipal, também podem e devem ser editadas leis que regulamentem os métodos autocompositivos, o que trará maior segurança jurídica para o administrador público e para o requerente de uma autocomposição, assim como estimulará o uso de tais métodos.

A título exemplificativo, há a Lei n. 9.629/2022, a qual dispõe sobre a autocomposição no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, e sobre a Câmara Administrativa de Solução de Controvérsias - CASC, de que trata o decreto estadual nº 46.522/2018.

Conforme o art. 2º do mencionado diploma legal, a Procuradoria Geral do Estado poderá promover a realização de acordos para prevenir ou findar litígios, inclusive os judiciais, que envolvam a Administração Pública Estadual, direta ou indireta, sem a necessidade de prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo: I - na realização de acordos que não envolvam a assunção direta de obrigação de pagar por ente estadual e ;II - na realização de acordos que envolvam créditos ou débitos com valor igual ou inferior a 100 (cem) salários-mínimos ou a 2% (dois por cento) do faturamento da empresa, na hipótese de empresa pública, na forma estabelecida por ato do Procurador-Geral do Estado.

Acordos que não estiverem previstos nas hipóteses acima explicitadas necessitarão, em regra, de autorização do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 2º, §3º da Lei.

15.3.3 A necessária mudança de cultura e o regime de responsabilidade do advogado público

Importante salientar, outrossim, que é preciso haver uma mudança de cultura por parte dos órgãos de controle da Administração, para que se confie nas escolhas administrativas por meios consensuais que estejam devidamente justificadas nos princípios constitucionais da Administração e no melhor interesse público para a situação em jogo. Assim, deve haver uma deferência às escolhas administrativas e à autonomia técnica do advogado público na escolha do método autocompositivo.

Isso não significa dizer, contudo, que tais soluções alternativas à decisão jurisdicional estejam imunes a controle²⁹. Ao contrário, deve haver um controle de sua juridicidade, porém, respeitando-se a opção seguida pelo advogado público, se devidamente justificada.

Nessa linha, em boa hora o artigo 40 da Lei n. 13.140/15 trouxe regra geral acerca da responsabilidade civil dos agentes públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, pois somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

Veja-se que tal regra de responsabilidade civil apenas em casos de dolo ou fraude vai na mesma linha do Código de Processo Civil, em seu artigo 184, no que se refere à responsabilidade civil dos advogados públicos: como forma de garantir maiores independência e segurança em sua atuação, a responsabilidade civil dos agentes públicos que participarem da composição extrajudicial de conflitos, tal qual a dos advogados públicos, e mesmo dos defensores públicos e membros do Ministério Público, depende de dolo ou fraude.

29. "Igualmente, espera-se que o desenvolvimento da política pública de estímulo à solução consensual dos conflitos também traga aos órgãos de controle e fiscalização a percepção, acima defendida, de que acordos motivados e justificados geralmente significam um ganho para a sociedade e para a realização do interesse público. Assim, também se pode evitar o início ou mesmo o prosseguimento de processos judiciais com o comprometimento do sistema judiciário, o que também beneficia a sociedade como um todo." (RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Métodos de solução consensual de conflitos e a Fazenda Pública. In: Humberto Dalla Bernardina de Pinho; Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues. (Org.). *Mediação e arbitragem na administração pública*: volume 2. 1 ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020, v. 2, p. 93-120).

15.3.4 Confidencialidade da conciliação ou da mediação?

No entanto, tratando-se de meios consensuais quando é parte a Fazenda Pública, ainda há um ponto que poderia levar a dúvidas. O artigo 166 do Código de Processo Civil arrolou princípios que informam a conciliação e a mediação: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada. De outro lado, é princípio constitucional da Administração Pública a publicidade, prevista no artigo 37, *caput*, da Constituição da República, que determina que toda a Administração atue de forma transparente, de modo a se permitir um controle dos atos praticados.

Diante disso, é possível afirmar que a publicidade é óbice à realização de conciliações ou mediações, em função da confidencialidade que as informa? Destaque-se, preliminarmente, que embora a confidencialidade tenha sido prevista como princípio informativo dos métodos consensuais de solução de conflitos no Código de Processo Civil, é questionável se toda e qualquer autocomposição precisa de confidencialidade.³⁰

No caso da Administração Pública, entretanto, a confidencialidade³¹ prevista no artigo 166 deve ser sopesada com a publicidade, já que esta é princípio constitucional fundamental a incidir sobre a Administração.

Por isso, parece-nos que as tratativas da conciliação ou da mediação são confidenciais, como forma de permitir que as partes possam abordar com liberdade todos os pontos da controvérsia, mas seu resultado, assim como

30. Tratando da confidencialidade nos Estados Unidos: “A confidencialidade, embora com frequência considerada um aspecto importante e na verdade uma necessidade funcional da mediação, não é universalmente garantida ou necessária. Alguns Estados dos Estados Unidos proporcionam garantias legais de confidencialidade entre os disputantes e o mediador [...] Outros Estados não permitem a confidencialidade e, às vezes, podem solicitar dados ou intimar os mediadores a testemunhar nos procedimentos legais de pós-mediação, quando as partes não conseguiram chegar a um acordo. Os mediadores devem descrever os limites de confidencialidade permitidos em seu Estado ou agência, para que os disputantes conheçam os limites de sua privacidade” (MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2. ed. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 176-177).

31. Já tivemos a oportunidade de definir a confidencialidade juntamente com Rodrigo Gismondi: “a confidencialidade representa o dever de sigilo em relação a terceiros sobre a existência do conflito, dos documentos exibidos, das provas produzidas, do desenrolar das negociações e de eventual decisão (caso o processo seja heterocompositivo, como ocorre com a arbitragem, por exemplo). É sinônimo de sigilo. Também pode significar a imposição de sigilo para todos os sujeitos que participam do método não jurisdicional de solução do conflito” (RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. *Métodos de solução consensual de conflitos e a Fazenda Pública*. In: Humberto Dalla Bernardina de Pinho; Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues. (Org.). *Mediação e arbitragem na administração pública*: volume 2. 1 ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020, v. 2, p. 93-120). Na primeira menção ao sigilo, como defendido no referido texto, tem-se a confidencialidade *lato sensu*, e na segunda menção, a confidencialidade *stricto sensu*.