

A Participação da Fazenda Pública na audiência do art. 334 do NCPC

Ana Karenina Silva Ramalho Andrade

Mestre em Direito, Estado e Constituição (UnB)
Professora universitária. Advogada da União (DCM/PGU)

Cássio Cavalcante Andrade

Mestre em Direito do Estado (PUC-SP)
Professor universitário. Advogado da União (CJUSP/CGU)

Sumário.

1. Introdução. 2. A (in)disponibilidade do interesse público. 3. A Fazenda Pública e a audiência de conciliação ou mediação do art. 334. 4. Conclusão.

1.Introdução.

Decorrente do princípio da ubiquidade da jurisdição, secular e arraigado em nossa cultura e pensamento jurídicos, o Judiciário brasileiro vê-se às voltas com os problemas decorrentes da crescente judicialização da vida, das mais diversas relações entre os indivíduos e, cada vez mais intensamente, desses com o Estado, ao qual a Constituição de 1988 cometeu a função de realizador dos direitos humanos de segunda dimensão.

Pode-se afirmar mesmo – e seguramente – que o sistema judicial brasileiro, atualmente, encontra-se em colapso, incapaz que é de vencer, com fluidez e eficiência, um sufocante volume de processos, a maioria deles representativa de demandas repetitivas. Resta prejudicada, em consequência, a satisfatória prestação de um serviço público que se mostra dos mais caros à pacificação social e à materialização de diversos direitos sociais.

Tudo isso porque a efetividade da tutela jurisdicional é considerada uma garantia fundamental que proporciona ao jurisdicionado acesso à justiça de forma real, e não meramente formal ou teórica, por meio de decisões justas e tempestivas, conforme preceituam os valores insculpidos nos arts. 5º, XXXV e 3º, I, todos da Constituição Federal de 1988 e reafirmados no II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO, de 13 de abril de 2009.

Por isso, a adoção de meios alternativos de resolução de conflitos é apontada, por grande parte dos operadores do direito, como um dos instrumentos capazes de proporcionar o desafogamento do Poder Judiciário.¹

Na busca pela concretização de tal solução, foi introduzido, através da publicação da Lei n. 13.140/2015 e do Novo Código de Processo Civil (NCPC), no ordenamento jurídico brasileiro, um verdadeiro microsistema de resolução consensual de conflitos,² a ponto de o diploma processual de 2015 erigi-lo, tamanha a sua importância, à condição de norma fundamental, conforme estabelecido no seu art. 3º, §2º.³

Daí, pode-se afirmar que, imbuído desse espírito, o referido Código adotou, como regra, a audiência de conciliação ou mediação, antes da citação do promovido, com o escopo de fomentar a pacificação prévia do conflito entre as partes e evitar a instalação do litígio, nos termos do art. 334 do NCPC.

A opção legislativa acima normatiza a política pública já adotada pelo CNJ na Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, na qual resta evidenciada a importância da participação das partes na construção da resolução da disputa.⁴

Eis a problematização: como compatibilizar a utilização dos meios consensuais de resolução do conflito pela Fazenda Pública (grande responsável pela litigiosidade em juízo), em prol da efetividade da prestação jurisdicional, especialmente no que tange à indisponibilidade do interesse público?

É o que passará a ser objeto de estudo.

¹ Sobre o tema, afirma a *Justiça em Números de 2017*, “A taxa de congestionamento, que mede o percentual de processos em tramitação que não baixou durante 2016, permanece alta, com percentual de 73%. Isso quer dizer que foram solucionados apenas 27% de todos os processos. A taxa de congestionamento líquida, que desconsidera casos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório aguardando alguma situação jurídica futura, também se mantém alta, em 69,3%.” - <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf> - Acesso em 16 de outubro de 2017.

² Abordando a questão, Isabel Kluever Koneski, afirma que não se pode “desconsiderar tal destaque à solução consensual de conflitos diante da literalidade do texto legal: (i) a palavra ‘conciliação’ aparece 37 vezes no CPC; (ii) na mesma linha, ‘mediação’ apareceu outras 39 vezes; (iii) a palavra ‘arbitragem’ é 12 vezes explicitada. (...)” (O artigo 334 do CPC/2015 e a audiência de conciliação ou mediação quando em juízo a Fazenda Pública. In: *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 7, 2016, p. 224. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Artigo7.pdf> Acesso em: 21/09/2017.)

³ Art. 3º, §2º: O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual do conflito.

⁴ Ada Pellegrini Grinover elenca a participação popular na administração da justiça como um dos fundamentos das vias consensuais. (Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo e LANASTRA NETO, Caetano (Coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 4.).

2. A (in)disponibilidade do interesse público.

O interesse público é, certamente, a mais importante categoria de pensamento do direito público, instituto central que atravessa as relações dos cidadãos/administrados com o Estado, impondo a prevalência dos interesses da coletividade⁵ sobre os individuais, como também a sua indisponibilidade.

É função dos Estados contemporâneos,⁶ em medida que varia conforme as vocações liberais ou dirigentes de cada um, tutelar os interesses mais relevantes do grupo social, tais como, mas não exhaustivamente, os relativos à saúde, educação, segurança, previdência e assistência sociais. Consequencialmente – e é bom que se frise -, os recursos financeiros e orçamentários do Estado, no mais das vezes, deixam de se constituir em pretensão meramente egoística sua para representar a realização daqueles interesses superiores e primários da coletividade. Recebem, por isso, a proteção ideológica e jurídica dos interesses que materializam, juntamente com todo o aparato normativo que lhes determina a destinação.

Como toda categoria clássica, tradicional do direito, vez por outra, o interesse público, sua prevalência e indisponibilidade ganham releituras ou sofrem contrastes. Para os propósitos deste trabalho, invocamos aquela que evidencia a sua relação com o regime dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o depoimento de Marçal Justen Filho:

“(…) Em outras palavras, o interesse público prevaleceria sobre todos os demais interesses e o regime de direito administrativo seria destinado a assegurar a prevalência dele.

Essa orientação apresenta a virtude de acentuar a natureza publicística do regime de direito administrativo e a necessidade de dissociar as finalidades buscadas pelo Estado da conveniência dos eventuais governantes. Mas a tese

⁵ Aqui, quando nos referirmos à coletividade, fá-lo-emos considerando aquela politicamente organizada, dirigida por um governo, o governo do Estado. Os interesses da coletividade, desse modo, igualmente os dos indivíduos, se tutelados pelo ordenamento jurídico, são categorizados como “interesse público”, tornando-se interesses do Estado, a quem a lei confia a sua proteção e realização. Fazemos tal advertência porque, sob outra ótica, igualmente correta, há quem faça associações diversas, como Leonardo José Carneiro da Cunha, para quem, “Na verdade, o interesse ‘social’ e o ‘geral’ estão relacionados com a ‘coletividade’ ou a ‘sociedade civil’, enquanto o ‘interesse ‘público’ mantém ligação com o Estado.” (*A Fazenda Pública em juízo*. 6.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Dialética, 2008).

⁶ Hely Lopes Meirelles, a propósito, já ensinara que “(…) A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral.(…)” (*Direito administrativo brasileiro*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 95).

apresenta inconvenientes práticos e defeitos teóricos, que exigem o seu aperfeiçoamento.

Sob o enfoque prático, a história brasileira evidencia que a supremacia e a indisponibilidade do interesse público têm sido invocadas, com frequência, para justificar atos incompatíveis com a ordem constitucional democrática. É necessário, por isso, encontrar solução mais satisfatória e mais adequada em face da Constituição de 1988.

Em uma abordagem teórica, reputa-se que a Constituição de 1988 assegurou a prevalência dos direitos fundamentais **antes** e **acima** do chamado interesse público. Mais ainda, existe a dificuldade insuperável para identificar o conteúdo da expressão “*interesse público*”, sem considerar o problema frequente da pluralidade de interesses públicos entre si contrapostos.

(...)

No passado, o governante adotava fórmulas imprecisas (tal como o “poder de império”, o “poder discricionário”, o “poder de polícia” ou a natureza política do ato) para justificar decisões subjetivas incompatíveis com a ordem jurídica. A evolução democrática eliminou essas práticas. Na atualidade, o exercente do poder político refugia-se no princípio da supremacia do interesse público para evitar o controle ou o desfazimento de atos defeituosos, violadores de garantias constitucionais.

Mais ainda, a teoria da supremacia e indisponibilidade do interesse público não esgota o regime de direito público, que comporta outros princípios ainda mais fundamentais.”⁷ (grifo do original)

A seu turno, dissentindo, José dos Santos Carvalho Filho dispõe:

“Algumas vozes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. A “*desconstrução*” do princípio espelha uma visão distorcida e

⁷ *Curso de direito administrativo* .5. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010, pp.59-60.

coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita “reconstrução”, vale dizer, a adaptação à dinâmica social, como já se afirmou com absoluto acerto.”⁸

Reputamos conciliáveis tais posições, mesmo que os discursos, como postos, a par de suas inquestionáveis autoridades científicas, sugiram uma dissociação teoricamente inevitável.

O interesse público, para nós, é aquilo que ordenamento diz que assim o é. O Brasil é um Estado Democrático Social de Direito,⁹ o que se retira, quanto ao adjetivo “social”, mais pontualmente, das fórmulas constitucionais estampadas nos arts. 1º, II, a IV (fundamentos republicanos); 3º, I, III e IV (objetivos fundamentais republicanos); 5º, *caput*, XXIII, XXIV, XXV e XXXII (direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos); 6º a 9º (direitos sociais); 170, *caput*, III a VIII (princípios gerais da atividade econômica); 193 e seguintes (ordem social); etc. Segue daí que a proteção das coletividades tem uma projeção importante no direito brasileiro, mas é preciso compreender que a invocação do interesse público, como interesse da coletividade, constitui-se na expressão última de direitos fundamentais do grupo social, assim considerado como conjunto de individualidades. Quando o Estado interdita empresa que processa alimentos em desconformidade com posturas sanitárias, o faz em nome do resguardo do direito fundamental da coletividade à saúde. A desapropriação é uma solução para atender a direitos coletivos fundamentais os mais diversos, como a fluidez do deslocamento urbano, a instalação de aparelhos públicos escolares, de saúde, de assistência social e culturais, dentre outros.

A realização do interesse público, enquanto interesse da coletividade, por óbvio, pode - e no mais das vezes é o que sucede – implicar no sacrifício de direitos individuais. No primeiro exemplo acima, o sacrifício decorreu de um mau uso do direito de explorar uma atividade inicialmente lícita (arts. 1º, IV; 5º, XIII; 170, *caput*; todos da CF/88); desse abuso, derivou a restrição do direito individual e a elevação do interesse público da coletividade. No segundo exemplo, não se fala do abuso do direito fundamental e individual de propriedade (5º, XXII) e, bem por isso, a desapropriação implica em justa e prévia indenização em dinheiro (5º, XXIV; 182, § 3º), diversamente do que ocorre na desapropriação-sanção dos arts. 182, § 4º, III, e 184, *caput* (descumprimento da função

⁸ *Manual de direito administrativo*. 24. ed. rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.29-30.

⁹ Expressão adotada por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, no *Curso de direito constitucional*, 10. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 99-101.

social das propriedades urbana e rural – artigo 5º, XXIII) ou a expropriação do art. 243 (culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo).

Como se percebe, os interesses públicos da coletividade e dos indivíduos são realidades de um mesmo corpo normativo e ao menos ideologicamente orgânico, com espaços cognitivos distintos, porém conciliáveis. Há, pois, interesse público na realização de direitos dos indivíduos, como também da coletividade, vistos, estes, como universalidades dos direitos dos indivíduos, agrupadamente considerados. Celso Antônio Bandeira de Mello, a propósito, ensina que “(...)o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.**”¹⁰ (grifado no original).

No que diz de perto com a advocacia pública, a sensibilização acerca dessa realidade muda o eixo da percepção que, até então, deixou adormecida a competência¹¹ conciliatória da Administração, uma realidade normativa que vem sendo construída, acenando, a nosso ver, para um futuro de efetivação da justiça.

Como todo edifício em erguimento, uma compreensível resistência deita sombra sobre o processo de reconhecimento e materialização dessa competência, muito pelo risco de responsabilização civil e administrativa do advogado público, decorrente de uma visão ainda míope dos mais diversos órgãos de controle acerca da importância da cultura da conciliação.

Esses receios,¹² de efeito bastante severo sobre o agir do advogado público, vêm sendo superados pela confecção de teia normativa, delimitando, no âmbito dos diferentes entes federativos, as condições para as transações. Antes de significarem a limitação da competência conciliatória daquele que *apresenta* o ente ou entidade estatais, esses condicionamentos a confirmam, na medida em que permitem a sua realização desembaraçada, destemida.

O exercício da competência e capacidade conciliatórias transfere a realização da justiça do juiz para o advogado público. De acordo com pensamento sedimentado, é a

¹⁰ *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. até a EC nº 71/2012, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 62.

¹¹ Competência, aqui, utilizada em sua acepção técnica, qual seja, a capacidade e o dever-poder de decidir do agente público.

¹² Para aplacar, mesmo que em parte, esses receios, a Lei nº 13.140/2015 dispôs, no seu art.40, que os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

relação triangular dos atores processuais que inaugura, estabelece e soluciona a controvérsia jurídica, num conhecido esquema de tese (autor), antítese (réu) e síntese (juiz). Eis uma estrutura, sem dúvida alguma, complexa e custosa, a par de ter sido, por muito tempo, a melhor solução, porquanto a única. O processo civil conscientizou-se de que a conciliação era uma forma de racionalização e justiça, contemplando-a nos arts. 125, IV, 277 e 331, do CPC 73, para ficarmos em alguns poucos exemplos. Nesse sentido, os mutirões idealizados e conduzidos pelos tribunais brasileiros e o Conselho Nacional de Justiça mostraram-se como a sua demonstração mais eloquente.

Quando se opera a transação no âmbito da Administração, seja no seu seio ou na fase processual do art. 334 do NCPC, há aproximação da síntese à tese ou antítese, ainda num momento em que, por paralisação temporária da resistência à pretensão da parte, a presença do terceiro, árbitro, mostra-se desnecessária.

É a oportunidade para que a dialética da relação processual (administrativa ou processual judicial) mais se apresente dialógica, realizando interesse público, ao mesmo tempo da coletividade e do particular, para todo lado que se aborde a questão, seja reconhecendo com presteza o legítimo direito do cidadão/administrado de ver sua situação jurídica restaurada, seja não ativando inutilmente, porque já previsto o desfecho final da demanda, toda a estrutura das funções essenciais à Justiça.

O interesse público, então, numa só toada, é satisfeito com a imediata entrega da justa pretensão do indivíduo, mas também com a economia de recursos públicos gerada pela não utilização inócua do aparato das Advocacias-Gerais, Defensorias Públicas, Ministérios Públicos e Poder Judiciário, pelos deságios próprios das transações e a pela fuga das condenações a multas, juros moratórios e honorários advocatícios.

Essa avaliação, no caso concreto, cabe ao advogado público, a partir de diretrizes dadas por normativos baixados pelos órgãos centrais das Advocacias-Gerais, com caráter de generalidade, a partir, quase sempre, do histórico de recorrentes insucessos judiciais, mas também do reconhecimento administrativo de legítimas posições jurídicas dos administrados. Garante-se, assim, um exercício impessoal da competência conciliatória, resguardando aquele que apresenta o ente ou entidade, por tudo isso, um também realizador da justiça.

Num passo mais adiantado, nota-se que o ordenamento jurídico, especialmente com o ambiente gerado pelas delações premiadas (Lei nº 12.850/2013), viu-se receptivo a transações envolvendo sanções penais, como forma de, arrefecendo as penas impostas ao delator, aumentar o alcance das persecuções, o rol de envolvidos e a extensão dos

danos, reconhecendo-se, nessa manobra, a satisfação de um interesse público maior do que aquele relativo à punição de apenas alguns dentre os envolvidos, com chances pouco expressivas de recuperação do patrimônio público, material ou imaterial, lesado.

Não pode ser diferente com as questões não penais,¹³ mas sancionatórias. Defendemos que, assegurada a previsão genérica e impessoal, firmada pela autoridade superior, o mesmo regime pode ser aplicado a sanções administrativas disciplinares, às decorrentes do exercício do poder de polícia e, de um modo geral, àquelas derivadas do exercício de seu poder punitivo, sempre que, com o objetivo de alcançar uma proteção maior do ordenamento jurídico e dos valores que tutela, a transação se mostrar a melhor solução.

Sob qualquer enfoque, pois, o interesse público mantém-se indisponível, conquanto, em algumas situações, sejam manobráveis, por meio da transação, as circunstâncias e condições que o desvelam.¹⁴

3. A Fazenda pública e a audiência de conciliação ou mediação do art. 334.

Como vimos na introdução deste trabalho, os meios consensuais de solução de conflitos representam uma importante política de gestão das contendas jurídicas, apresentem-se elas antes ou depois de formada a relação processual perante o Judiciário. Trata-se de novo pensamento que, ainda em processo de construção, vai alterando o padrão de uma cultura que, por muito tempo, viu na litigiosidade o traço mais característico do direito brasileiro.¹⁵

Essa construção tomou fôlego com a edição do Novo Código de Processo Civil, que, a par de reforçar a presença da arbitragem entre os métodos de heterocomposição das controvérsias deflagradas por ameaças ou lesões a direito, erigiu a normas fundamentais do processo aquelas vertidas em seu art. 3º, mais especificamente nos §§ 2º e 3º, de acordo com os quais o Estado promoverá, sempre que possível, a solução

¹³ Outros exemplos de transação podem ser encontrados nas Leis nº 12.529/2011 (art. 86) e nº 12.846/2013, ambas versando sobre acordos de leniência, e nº 13.140/2015, que dispõe sobre mediação entre particulares e autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

¹⁴ Interesse público ou direito indisponíveis podem ou não ser transigíveis, realidade jurídica, a propósito, confirmada pela locução do art. 3º, § 2º, da Lei nº 13.140/2015, no que diz respeito à mediação entre particulares.

¹⁵ Sobre o tema, Kazuo Watanabe afirma que “com todas essas iniciativas, a atual cultura da sentença será, com toda certeza, paulatinamente substituída pela cultura da pacificação.” (A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflito no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo e LANASTRA NETO, Caetano (Coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 10).

consensual dos conflitos, cujos métodos, incluindo aí a conciliação e a mediação, deverão ser estimulados pelos mais diversos operadores do direito, também no curso do processo judicial.

Vemos que a fórmula do § 2º acima citada, no que diz com a expressão “sempre que possível”, em plena decorrência da teoria da reserva do possível, flexibiliza a cogência que deriva de seu enunciado, não para infirmá-lo ou torná-lo menos efetivo; antes, ao contrário, para confirmá-lo, conformando-o à realidade e ao estado de desenvolvimento da infraestrutura jurídica (não só judiciária) necessária para sua implantação e aplicação.

Eis o viés pelo qual pretendemos apreciar mais especificamente a questão, em consonância mesmo com o que se observa no art. 334, do diploma processual civil. Porém, antes de enfrentar a celeuma da participação cogente da Fazenda Pública na audiência de mediação ou conciliação do art. 334, é importante tecer alguns comentários sobre essa inovação introduzida pela citada Lei Adjetiva.

Estabelece o art. 334 do Código de Processo Civil:

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

(...)

§ 4º A audiência não será realizada:

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

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

(...)

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.
(grifo nosso)

Da leitura do caput, percebe-se a inegável importância que o novo Código de Processo Civil atribuiu aos meios consensuais de resolução de conflito, ao ponto de estabelecer a regra¹⁶ da obrigatoriedade da designação da audiência de conciliação ou

¹⁶ Sobre a questão, é importante ressaltar que parcela da doutrina crítica a obrigatoriedade da participação na audiência do art. 334, do NCPC, considerando a positivação do princípio da autonomia da vontade.

mediação pelo magistrado. Além disso, o não comparecimento não se trata de faculdade das partes, posto que a ausência injustificada é considerada um ato atentatório à dignidade da justiça, com aplicação de multa de até 2% do valor da causa ou da vantagem econômica pretendida.

Além disso, deve-se destacar que a não realização da audiência é uma exceção que ocorrerá apenas quando a contenda não admitir autocomposição ou nas hipóteses de manifestação negativa expressa de ambas as partes (duplo “não”),¹⁷ restando claro o dever do autor e do réu de indicar, de forma expressa, respectivamente, na petição inicial ou por petição incidental, até 10 dias antes, o seu desinteresse na participação da audiência de conciliação ou mediação.

No ponto central, cogita-se, pois, sobre a obrigatoriedade da participação da Fazenda Pública na audiência de conciliação ou mediação, quando a outra parte manifesta o desejo, expresso ou tácito, na sua realização, estando presente discussão acerca de interesse público indisponível e intransigível, ou transigível, porém ainda não regulamentado pela autoridade administrativa competente.

É cediço que a Fazenda Pública, em juízo, na maioria das vezes, defende direitos indisponíveis. Todavia, já vimos, é ultrapassado o mito de que a indisponibilidade do direito prejudica a adoção de meios alternativos de solução de conflitos, sejam eles autocompositivos – conciliação ou mediação-, sejam hetecompositivos – arbitragem.¹⁸

Partindo desse pressuposto, a indisponibilidade do direito não se enquadraria na hipótese de exceção da inadmissão da autocomposição, estabelecida no inciso II, do §4, do art. 334, do NCPC, haja vista que não pode ser confundida com a proibição à transação. Por outro prisma, não podemos desconsiderar o regime jurídico diferenciado a que a Fazenda Pública é subordinada, especialmente formatado pelo plexo de princípios da

Nesse sentido: MIRANDA NETO, Fernando Gama; SOARES, I. C. de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Org.). *A mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.117.

¹⁷ Enunciado nº 02 do Fórum Nacional de Conciliação (Fonacon): “No silêncio do autor sobre a opção pela audiência de conciliação ou mediação (arts. 319, VII, e 334, § 4º do NCPC), o juiz designará a audiência, sem a necessidade de emenda à inicial.”

¹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Novo Código de Processo Civil introduz a audiência de conciliação ou de mediação* - <https://www.conjur.com.br/2016-abr-26/paradoxo-corte-cpc-introduz-audiencia-conciliacao-ou-mediacao>. Acesso em: 27 de outubro de 2017.

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estabelecidos no art. 37 da CF/88, que norteiam toda a atividade da administração pública.

Diante de tal situação, observamos inicialmente que, em decorrência do princípio da legalidade, a margem de liberdade para realização dos acordos pelos entes públicos é menor do que a dos particulares¹⁹, posto que deve haver autorização normativa para transigir em juízo, na forma de regulamento que fixe previamente, de forma geral e impessoal, as condições para realização de composições resolutivas de conflitos.²⁰

Sendo assim, com o escopo de viabilizar a utilização dos meios consensuais e por obediência ao princípio da legalidade, foram editadas as Leis 9.469/1996, com redação alterada pela Lei n. 13.140/2015 e a Lei 10.259/2001, autorizando os membros da advocacia pública a realizarem acordos ou transigirem para prevenir ou extinguir litígios, inclusive os judiciais.

Ocorre que tais autorizações são genéricas, logo necessitam de atos normativos com critérios específicos, como forma de dar efetividade aos princípios da impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, foi editada a Portaria AGU nº 109/07, que autoriza a utilização de meios autocompositivos nas hipóteses em que a autoridade competente reconhecer erro administrativo, ou quando inexistir controvérsia quanto ao fato e direito aplicado.

Em relação à segunda hipótese, de ausência de controvérsia, é importante destacar a edição das Portarias AGU nº(s) 487 e 488/2016, que estabelecem procedimentos a serem adotados em caso de reconhecimento da procedência do pedido, abstenção de contestação e de recurso, ou a sua desistência por parte dos Advogados da União e dos Procuradores Federais, respectivamente, que igualmente podem, por

¹⁹ Nesse sentido, discordamos, em parte, do Enunciado 04 do II Fórum Nacional de Conciliação que estabelece o seguinte: Não havendo vedação legal expressa, o princípio da indisponibilidade do interesse público não é óbice à conciliação nos conflitos administrativos (Art. 3º da Lei 13.140/2015 e art. 334, §4º, II, CPC/2015).

²⁰ KONESKI, Isabel Kluever, op. cit. p. 235. Também Didier Jr, para quem “O Poder Público, por exemplo pode resolver o conflito por solução consensual de conflitos quando houver autorização normativa para isso – fora dessas hipóteses, não há como realizar a solução consensual de conflitos.” (*Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 625).

interpretação sistemática, nesses casos de inexistência de controvérsia do direito, transigir. Isso significa, na prática, que o advogado público pode, diante de situação em que o direito é incontroverso e a demanda é desfavorável ao ente público, ao invés de simplesmente reconhecer a pretensão da outra parte, deve aproveitar o seu ensejo para negociar parâmetros de cumprimento da obrigação, alcançando condições, especialmente de natureza financeira, que se mostrem, a um só tempo, vantajosas para a Fazenda (redução de custos do processo e da condenação), para o outro litigante (que veria satisfeito seu pleito em menor tempo) e, de um modo geral, da estrutura judiciária (que se libera para empreender esforços em outras demandas).

Neste diapasão, verificamos que os referidos critérios, previamente estabelecidos, garantem o cumprimento da impessoalidade, moralidade e publicidade, viabilizando a possibilidade de controle *a posteriori* das transações realizadas pelos entes públicos – *accountability* e *disclosure*.

Fixadas as premissas que autorizam a Fazenda Pública a transigir em juízo, resta vencer, então, a obrigatoriedade da audiência imposta pelo art. 334. A tanto, poder-se-ia invocar a estratégia hermenêutica que manda ler as regras jurídicas a partir e sob a luz dos princípios, de modo que se operasse a leitura do dispositivo legal segundo o princípio do interesse público e de sua indisponibilidade. Não é preciso ir tão longe e nem empreender esforço desse jaez. A solução está bem ali, na subsunção aplicada no inciso II, do § 4º, do próprio art. 334, nos termos do qual se reconhece a limitação para a transação quando a mesma se mostra jurídica ou faticamente impossível. É o caso. Interesses públicos intransigíveis ou transigíveis, mas ainda não regulamentados, representam a limitação a que alude o inciso II.

A questão foi discutida na I Jornada de Processo Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, ao final da qual se produziu o seguinte Enunciado 24:

Havendo a Fazenda Pública publicizado ampla e previamente as hipóteses em que está autorizada a transigir, pode o juiz dispensar a realização da audiência de mediação e conciliação, com base no art. 334, § 4º, II, do CPC, quando o direito discutido na ação não se enquadrar em tais situações.

É interpretação que resguarda o interesse público, especialmente por atender aos princípios da eficiência, duração razoável do processo e da boa-fé processual, uma vez

que a não designação de audiência inócua, de uma só vez, protege o erário público (gasto com a remuneração de conciliadores/mediadores, deslocamento dos advogados públicos, tantas vezes a grandes distâncias), acelera o trâmite processual, na medida em que suprime uma etapa processual,²¹ e poupa a parte adversa do esforço de se dirigir a um encontro que será infrutífero.

Longe de representar um desestímulo à utilização dos meios consensuais pelos entes públicos, o entendimento aqui firmado revela uma condição bem peculiar da atuação da Administração Pública, cuja vontade conciliatória só se forma após percorrer um complexo e, não raro, demorado iter cognitivo, sempre com a preocupação, dos agentes públicos, de quem tutela direito e patrimônio alheios, e são chamados a prestar contas a respeito.

4. Conclusão.

A indisponibilidade do interesse público não implica, necessariamente, na impossibilidade de transação de alguns de seus aspectos decorrentes, secundários (a exemplo dos patrimoniais), ou mesmo, excepcionalmente, primários, centrais, substanciais, desde que, com isso, se alcance um benefício maior a outro interesse público mais relevante. Há, pois, dentre eles, aqueles que, nesse sentido, admitem transação, ou os que são intransigíveis.

Os métodos autocompositivos – mediação e conciliação - são importantes e necessários mecanismos de racionalização e efetividade da prestação jurisdicional.

A autocomposição administrativa, em juízo ou fora dele, só pode ser realizada mediante autorização normativa específica, em que se estabeleçam, previamente, as condições para realização de acordos, formuladas sempre de modo geral e impessoal. É uma realidade jurídica irreversível. Sua materialização fática, no entanto, depende, ainda, de um agir das Administrações Públicas por condução de suas Advocacias-Gerais. O ente público tem a obrigação de identificar as hipóteses de transação e dar-lhes publicidade.²²

²¹ Ao abordar a audiência do art. 334, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que o legislador não previu o prazo máximo para designação da audiência, o que dependerá da estrutura do Judiciário. (*Manual de direito processual civil – Volume único*. 9ª ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 646).

²² Isso, aliás, restou consignado no Enunciado 573 do Fórum de Permanente de Processo Civil, de acordo com o qual “As Fazendas Públicas devem dar publicidade às hipóteses em que seus órgãos de Advocacia Pública estão autorizados a aceitar autocomposição.”.

A obrigatoriedade da audiência do art. 334, do NCPC, só se aplica à Fazenda Pública quando existente autorização normativa para realização de transação na hipótese específica versada em determinada demanda judicial. Nos demais casos (interesses e direitos intransigíveis ou transigíveis, mas não regulamentados), deve ser dispensada, mesmo que a outra parte nela tenha interesse, cabendo ao juiz apenas mandar citar a Fazenda, suprimindo fase processual desnecessária. Trata-se de medida de eficiência administrativa e judiciária, que aproveita a todos os atores da relação processual, escorada na disposição prevista no inciso II, do § 4º, do art. 334.

Referências

ANDRADE, Cássio Cavalcante. O processo administrativo e sua contribuição para o fortalecimento da confiança na Administração Pública. In: *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 162, ago. 2014, pp.13-28.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, 10. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO Fº, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 6.ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Dialética, 2008.

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

DUARTE, Ana Karenina Silva Ramalho. *A (in)adequação da substituição processual na execução de direitos individuais homogêneos*. Pará de Minas: Editora Virtualbooks, 2014.

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2017, Florianópolis. Disponível em: < <http://fpprocessualistascivis.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 28 de outubro de 2017.

ENUNCIADOS DO II FÓRUM NACIONAL DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO, 2016, Florianópolis. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/enunciados-fonacon.pdf/>>. Acesso em: 03 de outubro de 2017.

ENUNCIADOS DA I JORNADA DE PROCESSO CIVIL DO CJF, 2017. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1141>>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo e LANASTRA NETO, Caetano (Coord.). *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdiciona*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

JUSTEN Fº, Marçal. *Curso de direito administrativo* .5. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010

JUSTIÇA EM NÚMEROS 2017. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf> > Acesso em: 16 de outubro de 2017.

KONESKI, Isabel Kluever. O artigo 334 do CPC/2015 e a audiência de conciliação ou mediação quando em juízo a Fazenda Pública. In: *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 7, p. 215-245, 2016. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Artigo7.pdf> Acesso em: 21 de setembro de 2017.

MIRANDA NETO, Fernando Gama; SOARES, I. C. de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha (Org.). *A mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. até a EC nº 71/2012, São Paulo: Malheiros, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único*. 9ª ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

PEIXOTO, Ravi. Opinião: A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-07/ravi-peixoto-fazenda-audiencia-conciliacao-CPC/2015>>. Acesso em: 23 de setembro de 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Novo código de processo civil introduz a audiência de conciliação ou de mediação*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr->

[26/paradoxo-corte-cpc-introduz-audiencia-conciliacao-ou-mediacao](#) . Acesso em: 27 de outubro de 2017.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil In: GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo e LANASTRA NETO, Caetano (Coord.). In: *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdiciona*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.