



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Cristiane Rodrigues Iwakura

Conciliação na Administração Pública

Rio de Janeiro

2010

Cristiane Rodrigues Iwakura

Conciliação na Administração Pública

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Greco

Rio de Janeiro

2010

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

I96c Iwakura, Cristiane Rodrigues.

Conciliação na Administração Pública / Cristiane Rodrigues Iwakura. -
2010.
131 f.

Orientador: Leonardo Greco.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Administração pública - Teses. 2. Conciliação - Teses. 3. Interesse
público - Teses. I. Greco, Leonardo. II. Universidade do Estado do Rio de
Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 35

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Cristiane Rodrigues Iwakura

Conciliação na Administração Pública

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em: 11 de agosto de 2010.

Orientador:

Prof. Dr. Leonardo Greco

Faculdade de Direito da UERJ

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Flávio Mirza Maduro

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernadina de Pinho

Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr.^a Márcia Cristina Xavier de Souza

Faculdade de Direito da UFRJ

Rio de Janeiro

2010

RESUMO

RODRIGUES IWAKURA, Cristiane. Conciliação na Administração Pública. 131f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

O presente trabalho tem por objeto de estudo a possibilidade de aplicação da conciliação na Administração Pública, partindo da conceituação de interesse público para em seguida verificar que bens e interesses do Poder Público podem ser transacionados em prol da garantia da ordem pública e do bem estar da coletividade. Embora os Princípios da Supremacia e da Indisponibilidade dos Bens e Interesses Públicos à primeira vista possam parecer obstáculo à transação entre o Estado e particulares, há normas constitucionais que permitem, para a consecução da finalidade pública, a adoção de meios alternativos – com destaque para a conciliação – como forma de pacificação célere e eficaz dos litígios estabelecidos com a Fazenda Pública. Para a introdução ao tema, apresenta-se um breve panorama dos meios alternativos de solução de conflitos no direito estrangeiro, da conciliação no ordenamento jurídico brasileiro, e, finalmente, do procedimento conciliatório perante a Administração Pública, identificando os obstáculos à sua difusão e as vantagens que decorreriam de sua disseminação. Por fim, estabelece-se a importância do papel desempenhado pelos magistrados, conciliadores, advogados privados e públicos como difusores da prática conciliatória, tendente a viabilizar maior efetividade processual e a melhoria da prestação dos serviços públicos aos administrados.

Palavras-chave: Meios alternativos. Conciliação. Negociação. Interesse público. Transação. Fazenda Pública.

ABSTRACT

This study aims to provide the full introduction of the reconciliation between citizens and the government, seeking to demonstrate, from the concept of the public interest, which goods and rights entered into the heritage state may be negotiated in favor of public order and the welfare of society. At first sight, the Principle of Supremacy and the unavailability of public goods and rights apparently preclude the negotiation of individuals with the government. In the other hand, there are several provisions and constitutional mechanisms that allow some kind of balance standards, which are crucial and helpful to the establishment of the legal questions, making authorized the use of alternative dispute resolutions as effective means of pacifying the social relations in a faster and more suitable way, with special emphasis on conciliation. Throughout this academic work, a brief overview of alternative dispute resolution is held by presenting the mechanisms adopted in comparative law, conciliation in the brazilian legal system, and finally, the conciliatory proceedings in relations involving the government, making an overview of the advantages and the obstacles that avoid its spread. Finally, we highlight the importance and the expected behavior of the main characters that leads the conciliatory process to justice, namely judges, conciliators, private and public lawyers like the broadcasters of conciliation, aimed at enabling more effective procedural and improving the provision of the public services to citizens.

Keywords: Alternative dispute resolution. Conciliation. Negotiation. Public Interest. Government.

SUMÁRIO

| | | |
|------------|---|-----------|
| | INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 1 | LINHAS GERAIS SOBRE OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS..... | 10 |
| 1.1 | Processo, autocomposição e autodefesa..... | 10 |
| 1.2 | Definição e conceito das espécies de meios alternativos de solução de conflitos: conciliação e mediação..... | 14 |
| 1.3 | Mecanismos alternativos de solução de conflitos no Direito estrangeiro. | 19 |
| 1.3.1 | <u>Itália.....</u> | 19 |
| 1.3.2 | <u>França.</u> | 21 |
| 1.3.3 | <u>Portugal.....</u> | 22 |
| 1.3.4 | <u>Espanha.....</u> | 25 |
| 1.3.5 | <u>EUA.....</u> | 26 |
| 1.3.6 | <u>Argentina.....</u> | 28 |
| 2 | ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVIDADE PROCESSUAL..... | 30 |
| 2.1 | A crise da Justiça..... | 34 |
| 2.2 | A crise da Administração Pública..... | 37 |
| 2.3 | A cultura da litigiosidade em juízo..... | 42 |
| 3 | CONCILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO..... | 48 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 3.1 | Importância da conciliação como meio de pacificação social dos conflitos..... | 51 |
| 3.2 | Movimentos de conciliação na justiça brasileira..... | 54 |
| 3.3 | Conciliação nos Juizados Especiais..... | 57 |
| 4 | ADMISSIBILIDADE DA CONCILIAÇÃO COMO MECANISMO SOLUCIONADOR DE CONFLITOS NAS DEMANDAS JUDICIAIS EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... | 62 |
| 4.1 | Condições de procedibilidade da conciliação envolvendo a Administração Pública..... | 64 |
| 4.1.1 | <u>Necessidade de prévio requerimento administrativo.....</u> | 64 |
| 4.1.2 | <u>Disponibilidade dos bens e interesses públicos.....</u> | 67 |
| 4.2 | Importância dos meios alternativos de solução de conflitos na Administração Pública..... | 69 |
| 5 | INTERESSE PÚBLICO..... | 74 |
| 5.1 | Relação entre a Administração Pública e os particulares..... | 75 |
| 5.2 | Relação entre a Administração e a Advocacia Pública..... | 80 |
| 5.3 | Conceito, características e classificação do interesse público..... | 81 |
| 5.3.1 | <u>Interesse público como conceito jurídico indeterminado.....</u> | 82 |
| 5.3.2 | <u>Conceituação por exclusão de interesse público.....</u> | 85 |
| 5.3.3 | <u>Interesse público primário e secundário.....</u> | 88 |
| 5.4 | Disponibilidade do interesse público..... | 90 |
| 5.5 | Disponibilidade dos bens patrimoniais nas causas envolvendo a Administração Pública..... | 90 |

| | | |
|------------|---|------------|
| 6 | VANTAGENS E DESVANTAGENS DA CONCILIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... | 94 |
| 7 | PAPEL DOS SUJEITOS ENVOLVIDOS NA CONCILIAÇÃO ENTRE PARTICULARES E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... | 99 |
| 7.1 | Poder Judiciário..... | 99 |
| 7.2 | Advocacia..... | 103 |
| 7.2.1 | <u>Advocacia Privada.....</u> | 103 |
| 7.2.2 | <u>Advocacia Pública.....</u> | 105 |
| 7.2.3 | <u>Defensoria Pública.....</u> | 107 |
| 7.3 | Conciliadores..... | 109 |
| 8 | CONCLUSÃO..... | 111 |
| | REFERÊNCIAS..... | 114 |
| | Anexo I..... | 124 |
| | Anexo II..... | 125 |
| | Anexo III..... | 127 |
| | Anexo IV..... | 129 |

INTRODUÇÃO

Os meios de solução alternativa de conflitos têm revelado significativa importância para a celeridade e efetividade nos procedimentos judiciais.

Neste contexto, é crescente a aceitação e utilização dos mecanismos alternativos de pacificação dos conflitos pela Fazenda Pública, mediante constantes e sucessivas edições de normas internas reguladoras da conciliação e arbitragem em sede judicial.

Por outro lado, ainda há grande resistência por parte da Administração Pública em pôr em prática esta inovação procedimental, seja pela insegurança dos agentes públicos (decorrente de uma cultura embasada na legalidade estrita e na indisponibilidade do interesse público), seja pela insuficiência de clareza das normas que autorizam a sua aplicabilidade.

A partir desta constatação, o presente estudo buscará demonstrar que a indisponibilidade do interesse público não é de forma alguma um empecilho à conciliação pela Administração Pública.

Posteriormente, serão estudados pontualmente problemas relativos à utilização da conciliação na Administração Pública.

Outra questão importante a ser enfrentada no presente trabalho relaciona-se com a estrutura e a organização do Poder Executivo e do Poder Judiciário, elementos capazes de denunciar se existem condições adequadas para que a conciliação em face da Administração Pública seja colocada em prática, e, numa análise mais abrangente, quais seriam os fatores que causariam empecilhos à adoção do referido mecanismo em conformidade com as garantias fundamentais atinentes aos direitos individuais e ao devido processo legal previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Em última análise, ainda no plano interno da Administração Pública, passa-se a demonstrar de que forma tem sido propagado o uso da conciliação nas causas fazendárias, e quais são as principais mudanças e efeitos decorrentes da adoção de uma postura conciliatória.

O principal objetivo deste estudo é viabilizar a propagação da conciliação no âmbito da Administração Pública, a qual, apesar de estar sendo progressivamente inserida como meio de resolução dos conflitos na via jurisdicional, ainda figura em nosso sistema processual de forma bastante tímida e instável, em razão da ausência de regulamentação concisa e clara acerca dos parâmetros a serem observados pelos agentes públicos, e da dificuldade de criação de uma cultura conciliatória para os sujeitos envolvidos.

Com isto, estabelece-se ao final outra importante meta a atingir com a presente exposição, qual seja, a divulgação de conhecimentos e experiências jurídicas referentes à adoção dos meios alternativos de pacificação de conflitos no direito comparado, de modo a proporcionar uma análise crítica do sistema brasileiro, e, assim, promover reflexões e sugestões para seu aperfeiçoamento.

1. LINHAS GERAIS SOBRE OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

1.1 Processo, autocomposição e autodefesa

De início, importante situar o leitor acerca de alguns conceitos que servirão de base para o presente estudo.

A noção mais adequada de litígio para o tema em questão é extraída a partir da definição de CARNELUTTI, representada por um conflito juridicamente transcendente e suscetível de solução na via judicial, seja pela decisão imperativa de um terceiro, seja por consenso dos próprios litigantes. A lide seria caracterizada pela resistência de uma parte à pretensão de outra.

Na visão de CARNELUTTI, a solução parcial de um litígio pode ser alcançada de duas formas: 1) com o sacrifício dos próprios interesses (autocomposição); 2) com o sacrifício dos interesses alheios (autodefesa)¹.

Tanto a autocomposição quanto a autodefesa comportam o sacrifício dos interesses de forma unilateral (ex.: legítima defesa, estado de defesa) ou bilateral (ex.: conciliação, mediação e arbitragem).

ALCALÁ-ZAMORA também aponta a subclassificação da solução parcial como egoísta (autodefesa) ou altruísta (autocomposição). Para o autor, as três válvulas de escape dos litígios seriam basicamente **o processo, a autocomposição, e a autodefesa**².

¹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones Del Proceso Civil*. Trad. da 5ª Ed. italiana por Santiago Sentis Melendo. EJEA, v. I, Buenos Aires, 1989, pp. 364-365.

² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa (Constitucional estudio de los fines del proceso)*. México: Universidade Autónoma de México, 2000, p. 12.

A *autodefesa* constitui mecanismo bastante deficiente e perigoso por revestir-se de caráter predominantemente primitivo (pois reflete reações naturais e impulsos), além de ostentar menor complexidade em seu desenvolvimento jurídico. Isto explica o fato de ser um mecanismo repudiado em alguns ordenamentos – e, quando previsto, sua utilização é admitida somente em casos excepcionais, como por exemplo, a legítima defesa.

A *autocomposição*, por sua vez, pode surgir antes ou depois do processo e revela-se, à primeira vista, como o melhor dos três mecanismos de solução dos litígios em razão dos baixos custos que oferece, além de ser resultante de um consenso entre as partes. No entanto, aponta ALCALÁ-ZAMORA que o consenso formado nem sempre é ideal, sendo tal condição dependente da concorrência positiva de vários fatores externos (organização social e política, nível ético dos profissionais de direito, eficiência da legislação processual etc).

A partir de tais considerações, ALCALÁ-ZAMORA conclui que o *processo* seria, afinal, o meio que apresenta maiores condições de oferecer uma solução justa e pacífica. Mas, para que o processo atinja um resultado ideal, é necessária a presença de um terceiro imparcial mais “forte” que as partes litigantes, para que possa impor coativamente a sua “vontade”, de modo a repelir possível resistência ou desobediência aos comandos que vier a proferir. Daí se extrai a soberania dos Estados, refletida no exercício da função jurisdicional.

ALCALÁ-ZAMORA faz uma crítica à posição de HELLWIG, de que o processo só comportaria a existência de dois pólos na relação processual (demandante X demandado) – tal posicionamento não seria condizente com a possibilidade de sucessão processual, litisconsórcio e intervenção de terceiros. Assim, a definição sugerida por HELLWIG seria, na visão do autor, incompatível com a realidade processual, pois o número de partes envolvidas não deve se confundir com o número de pólos na relação processual.

ALCALÁ-ZAMORA defende o estudo dos institutos da autocomposição e da autodefesa dentro do Direito Processual, uma vez que se ocupam de finalidade característica do processo jurisdicional³. Além disso, a autodefesa é o antecedente histórico do processo, e a autocomposição objetiva proporcionar a prevenção e a redução das demandas judiciais.

Além da legítima defesa e do estado de necessidade, ALCALÁ-ZAMORA cita outros exemplos de autodefesa comumente aceitos pelos ordenamentos jurídicos:

³ Ibid. p. 22.

reclamações administrativas; revisão dos atos administrativos pela própria Administração; exercício do Poder Disciplinar; controle do exercício de atividades profissionais por entidades de classe; arbitragem em matéria esportiva e, por fim, aponta uma espécie de “zona cinzenta” ao relacionar os movimentos grevistas, boicote, lock out, que, tratados pelo Direito do Trabalho, expressam, de certa forma, uma espécie de autodefesa. No âmbito internacional, são expressões de autodefesa: as guerras, as intervenções de grandes potências sobre as menores potências; a criação de tribunais de exceção; os embargos comerciais; as rebeliões; os golpes políticos e as revoluções.

Daí se extraem como características inerentes ao mecanismo da autodefesa a parcialidade e o egoísmo, apenas se excetuando deste último a legítima defesa de terceiro. Para ALCALÁ-ZAMORA, a *legítima defesa de terceiro* reveste-se de importante função social, representando a forma mais intensa de cooperação dos cidadãos com a luta contra o crime. Isto seria, na visão de CARNELUTTI, hipótese em que se contemplaria um particular exercendo uma verdadeira função pública⁴.

Para o autor, a autodefesa não se distingue dos demais mecanismos de solução de conflitos em razão da preexistência de um ataque, nem pela inexistência de um determinado procedimento. Os elementos diferenciadores da autodefesa seriam:

- a) Ausência de um juiz distinto das partes;
- b) Imposição das decisões por uma parte sobre a outra (aspecto egoísta).

Ao discorrer sobre a razão de ser da autodefesa, o autor reconhece que, se por um lado sua utilização pode trazer grandes males aos litígios de grandes proporções, por outro, tem a sua utilidade como mecanismo de filtragem dos litígios submetidos ao Poder Judiciário – razão pela qual destaca a autodefesa como meio eficaz para a resolução de conflitos de menor relevância. Esta consideração não afasta a advertência quanto aos perigos da utilização da autodefesa como mecanismo solucionador de conflitos, nem serve como argumento para propagar sua generalização ante a falência do Estado, mas autoriza que a autodefesa como meio pacificador não seja descartada de plano, pois sua utilização em determinados casos poderia proporcionar economia processual.

⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones Del Proceso Civil. Trad. da 5ª Ed. italiana por Santiago Sentis Melendo*. EJE, v. I, Buenos Aires, 1989, p. 374.

Ao citar CARNELUTTI, ALCALÁ-ZAMORA destaca que a afirmação de que a autodefesa acarreta o sacrifício da composição do litígio na via processual em favor da solução imediata do litígio não seria correta, devendo ser entendida a autodefesa como um meio que sacrifica a composição *imparcial* do litígio em favor de uma composição *parcial* do litígio⁵.

Ao discorrer sobre os motivos que levam as partes a estabelecer um acordo, importante destacar a ponderação do autor no sentido de que uma autocomposição mal conduzida seria equiparável à autodefesa. Dentre as genuínas formas de autocomposição são enumeradas a desistência, o reconhecimento do pedido e a transação.

A consignação em pagamento, de acordo com ALCALÁ-ZAMORA, também constituiria uma forma de autocomposição, uma vez que o autor, ao depositar em juízo o valor que entende devido, implicitamente propõe um acordo, qual seja, o de pagar a quantia “X” ao seu credor.

A confissão, por outro lado, não implica necessariamente o encerramento do processo por autocomposição dando ensejo tão-somente ao reconhecimento dos fatos apresentados, que servirá apenas como meio probatório para a formação da convicção do julgador.

A perempção, a renúncia e a desistência, por emanarem da vontade das partes, também constituem formas de autocomposição.

Na concepção de ALCALÁ-ZAMORA, o consentimento da vítima não se confunde com a desistência, a renúncia, ou o perdão, uma vez que o consentimento se prestaria à prevenção do litígio.

Na retratação, desistência espontânea e no arrependimento eficaz, a autocomposição só se faz presente quando o resultado ilícito não é atingido ou a situação anterior é recomposta (se atingido ou irreversível, a desistência e o arrependimento valem apenas como circunstância atenuante). Nestes casos em que o resultado é evitado eficazmente, a autocomposição precede o processo que se instaura, sendo a via judicial hábil a promover tão-somente a sua homologação.

⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa (Constitucional estudio de los fines del proceso)*. México: Universidade Autónoma de México, 2000, p. 30.

1.2 Definição e conceito das espécies de meios alternativos de solução de conflitos: conciliação e mediação

É relevante esclarecer a definição de cada mecanismo de autocomposição que servirá como base para o desenvolvimento do presente trabalho, pois há na doutrina diversos conceitos e classificações conflitantes acerca dos mecanismos de autocomposição – fato que muitas vezes torna difícil e confusa a compreensão dos institutos da conciliação e da mediação.

O problema se torna ainda mais preocupante à medida que se constata grande discrepância terminológica no Direito Comparado, uma das principais fontes concernentes à aplicação dos meios alternativos de solução dos conflitos na Administração Pública.

Neste ensejo, HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO afirma que

a distinção entre mediação e conciliação é tarefa um tanto árdua. Alguns autores recomendam tratar os dois termos como sinônimos. Entretanto, na Itália os autores estão traduzindo a palavra inglesa *mediation* para *conciliazione*, reservando o termo *mediazione* para a gestão dos conflitos em matéria familiar, social, escolástica e penal. Isso tem o objetivo de distinguir claramente a atividade praticada pelo Estado em face da existência ou iminência de um processo (*conciliazione*), da atividade meramente espontânea de pacificação social, praticada em face da existência de conflitos latentes ou iminentes, mas sem que ainda se tenha cogitado do processo judicial (*mediazione*). Porém, considerando que o sistema norte-americano é eminentemente paraprocessual e parajudicial, a proposta brasileira a ele em muito se assemelha. Mantendo a nomenclatura norte-americana, está sendo proposta no Brasil a mediação paraprocessual. Podemos, então, estabelecer três critérios fundamentais: Quanto à finalidade, a mediação visa resolver abrangentemente o conflito entre os envolvidos. Já a conciliação contenta-se em resolver o litígio conforme as posições apresentadas pelos envolvidos.⁶

A conciliação em geral no sistema brasileiro conceitua-se como o mecanismo hábil a proporcionar a obtenção da autocomposição em sede judicial.

⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “A Mediação na atualidade e no futuro do Processo Civil Brasileiro”. Disponível no site: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_na_atualidade_e_no_futuro_do_proc_civ_brasileiro.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2010.

Conciliação, palavra derivada do latim *conciliatione*, significa ato ou efeito de conciliar, ajuste, acordo ou harmonização de pessoas desavindas; união, composição ou combinação⁷.

Na conceituação de FERNANDO HORTA TAVARES, conciliação é “o processo pelo qual o conciliador tenta fazer com que as partes evitem ou desistam da jurisdição, encontrando denominador comum, seja renunciando ao seu direito, seja submetendo-o ao de outrem, ou mesmo transigindo, nos moldes previstos pela Lei Civil”.⁸

O ordenamento jurídico pátrio consagra a conciliação em vários dispositivos, dando-se destaque aos artigos 125, IV⁹, 331¹⁰, 448¹¹, e 740¹² do Código de Processo Civil e no artigo 21 da Lei nº 9.099/95¹³.

A mediação, por sua vez, é entendida comumente como “o instrumento de natureza autocompositiva marcado pela atuação, ativa ou passiva, de um terceiro neutro e imparcial, denominado mediador, que auxilia as partes na prevenção ou solução de litígios, conflitos ou controvérsias”.¹⁴

⁷ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos – O Cidadão na Administração ad Justiça*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 31.

⁸ TAVARES, Fernando Horta. *Mediação & Conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, pp. 42-43.

⁹ Art. 125 - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

¹⁰ Art. 331 - Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

¹¹ Art. 448 - Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

¹² Art. 740 - Recebidos os embargos, será o exeqüente ouvido no prazo de 15 (quinze) dias; a seguir, o juiz julgará imediatamente o pedido (art. 330) ou designará audiência de conciliação, instrução e julgamento, proferindo sentença no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

¹³ Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as conseqüências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.

¹⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (coordenador). *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. [...] Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, pp. 19-20.

Esta conceituação acadêmica torna evidente a importância de se diferenciar a conciliação da mediação, pois só nesta última está presente a possibilidade de participação ativa ou passiva de terceiro neutro e imparcial – já adiantando nesta oportunidade que este será um dos principais fundamentos para a nulidade de ato judicial que se revele constrangedor ou impeditivo da realização de acordo em sede judicial.

Reconhecendo a existência do problema conceitual da conciliação e da mediação, PETRÔNIO CALMON considera três aspectos fundamentais para a distinção dos mecanismos: a finalidade, o método e os vínculos.¹⁵ A partir destes três elementos diferenciadores, sustenta que seria aconselhável “denominar-se conciliação qualquer mecanismo que tenha vínculo direto com o Poder Judiciário”.¹⁶

Para GARCEZ, a mediação e a conciliação nada mais são, essencialmente, do que táticas psicológicas destinadas a minimizar conflitos desnecessários ao corrigir percepções unilaterais e desproporcionais em relação ao conflito, reduzir medos e ansiedades também irrazoáveis e expandir a comunicação entre as partes, de forma a permitir uma troca positiva de opiniões e discussões entre elas, que tornem possível o acordo.¹⁷

Interessante destacar a definição de conciliação dada por CHRISTOPHER MOORE, que também incorpora em seu conceito o elemento psicológico da mediação.¹⁸ Para este autor, a conciliação é um processo contínuo que depende da confiança e da cooperação entre as partes, revelando-se como verdadeira tática psicológica aplicada que facilita a comunicação, o diálogo entre os litigantes, de modo que se viabilize o solucionamento da questão de maneira racional, superando medos e preconceitos.

CHRISTOPHER MOORE, ao tratar do conceito de mediação, considera o instituto como um “prolongamento ou aperfeiçoamento do processo de negociação” que envolve a participação de um terceiro, dotado de poder para decidir de maneira limitada ou não-autoritária. Assim, na mediação, persistiria a vontade das partes, porém caberia ao mediador

¹⁵ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 105.

¹⁶ Ibid. p. 106.

¹⁷ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 3.

¹⁸ MOORE, Christopher. *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998, p. 177.

auxiliar os litigantes a lidar com suas diferenças, chegando a uma solução satisfatória para todos.

Em igual sentido, MARIA DA NAZARETH SERPA considera a mediação como “um processo onde o papel do mediador é mais ativo, em termos de facilitação da resolução do conflito e mais passivo em relação à intervenção no mérito ou enquadramento legal”.¹⁹

Com isto, pode-se extrair a seguinte conclusão parcial sobre a diferenciação entre os conceitos de mediação e conciliação: em um primeiro momento, ambos podem se confundir, na medida em que as doutrinas pátria e estrangeira admitem nos dois conceitos a composição de um litígio de forma mais abrangente, envolvendo aspectos pessoais e psicológicos; numa análise mais detida, os institutos são dotados de peculiaridades próprias, quais sejam, na conciliação, a solução é obtida a partir das provas colhidas no processo, e varia de acordo com a posição apresentada pelos litigantes em determinado momento, não importando se o resultado irá efetivamente terminar com todas as desavenças não abrangidas pelo bem da vida em discussão; na mediação, a solução pode ser obtida por meio de qualquer elemento trazido pelas partes para que se chegue a um consenso, sendo relevante a obtenção de uma resolução definitiva que coloque um ponto final em todas as questões conflitantes existentes entre os litigantes.

A maior liberdade de negociação na mediação permite ao terceiro interventor a adoção de uma postura mais ativa, sendo-lhe permitido propor às partes soluções mais criativas, considerando as peculiaridades de cada caso, e a partir de minúcias observadas na relação existente entre elas; daí se extrai, como principal característica desta modalidade de solução alternativa de conflitos, uma maior abrangência objetiva e subjetiva na fase de negociação.

A partir desta flexibilização objetiva na mediação, afigura-se justificável a associação do instituto com aspectos pessoais e psicológicos das relações sociais estabelecidas. Isto não significa que na conciliação não exista uma discussão que adentre as mesmas questões; ela também ocorrerá, de forma limitada, uma vez que está restrita às questões ventiladas no processo.

¹⁹ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 146.

Para que exista mediação, não é necessária a instauração de um processo. No caso da conciliação, o processo é imprescindível, pois só assim ter-se-á um regramento temporal e lógico das questões trazidas pelas partes, com a outorga do poder decisório ao terceiro interventor, caso não se estabeleça um acordo. Por isto, na condução do procedimento conciliatório, o terceiro interventor (em geral, um juiz togado ou um conciliador por ele nomeado) não poderá assumir uma postura tão ativa quanto o mediador na fase de negociação, cabendo tão-somente às partes eleger as possíveis soluções, e mensurar a viabilidade do acordo, conforme suas possibilidades.

Pelo exposto, defende-se neste trabalho que, em se tratando de conflitos com a Administração Pública, só serão cabíveis a conciliação e a arbitragem, pois as peculiaridades inerentes às relações estabelecidas entre o Estado e os seus administrados são incompatíveis com uma negociação mais abrangente, que vá além das posições apresentadas pelas partes em um determinado conflito, com a possibilidade de que o terceiro interventor, em não havendo um consenso, decida a lide, independentemente da vontade dos litigantes.

Em igual sentido, JOSÉ LUIS LOPES DOS REIS asseverou que

Em bom rigor, importa notar que mediação e conciliação são métodos distintos de resolução de litígios, a que correspondem, por isso, conceitos diferentes. Enquanto que na mediação, o agente, o mediador, apenas assume o encargo de aproximar as partes, de as ajudar a negociar, enquanto são as próprias partes que vão procurando, com o auxílio do mediador, encontrar um quadro mutuamente aceitável para a resolução do seu litígio, na conciliação as partes cometem ao conciliador o poder de averiguar os factos e de procurar uma solução para o litígio, recomendando-a à aceitação das partes. Ambos são processos negociais com a intervenção de um terceiro, mas em que o papel deste difere substancialmente. A verdade é que esta distinção teórica não tem um grande relevo na prática. Embora, por exemplo, os regulamentos da AAA se refiram a mediação, não é seguro que os mediadores americanos não actuem frequentemente como conciliadores (13). Aliás, recordando experiência nacional, também a legislação que regula a contratação colectiva laboral, que prevê a mediação e a conciliação como fases do processo negocial, não estabelece uma distinção clara entre os dois meios, já que confere quer ao mediador quer ao conciliador o poder de propor soluções às partes.²⁰

Esclareça-se, por oportuno, que, dentre as peculiaridades que impedem a maior abrangência de negociação por intermédio da mediação na Administração Pública, estão a supremacia do interesse público primário, as prerrogativas do Poder Público em juízo e a predominância da impessoalidade nas relações jurídicas estabelecidas entre a Administração Pública e os seus administrados.

²⁰ REIS, João Luís Lopes. “Mediação e Conciliação. O Regulamento de Mediação e Conciliação do Centro de Arbitragem Comercial”. Disponível no site: <<http://www.arbitragemsantos.com.br/conteudo/artigos024.htm>> Acesso em 01 de mar. 2010.

1.3 Mecanismos alternativos de solução de conflitos no Direito Comparado

A partir deste ponto, passa-se a expor algumas experiências estrangeiras com os meios alternativos de solução de conflitos que serão importantes para o estudo da conciliação na Administração Pública. Por isso, serão também mencionadas outras medidas alternativas, como a mediação e a arbitragem, que, apesar de saírem um pouco do objeto em foco, que é o instituto da conciliação, trazem consigo alguns questionamentos importantes sobre a disponibilidade dos interesses e bens públicos.

1.3.1 Itália

O tema referente à adoção dos mecanismos alternativos de solução de conflitos – MASC's – tem merecido destaque na doutrina, como observado por NINO LONGOBARDI, em trabalho dedicado à avaliação dos modelos administrativos de solução das controvérsias na Itália. O autor afirma que existem rígidos *standards* comunitários, parte do *network* europeu para o desenvolvimento das A.D.R., com vistas a alcançar uma correta e uniforme aplicação dos institutos. São referidas, em especial, as garantias da independência, do contraditório, da transparência e da eficácia.²¹

Ao discorrer sobre a impossibilidade de transigir nas causas em que figura o Poder Público como parte, FRANCESCO GOISIS faz as seguintes observações:

Sabidamente, é condição essencial para a celebração de acordo entre as partes a transigibilidade dos bens e direitos envolvidos no conflito. O Poder Público ao realizar conciliação ou mediação com um particular, não está renunciando aos seus direitos ou à sua posição jurídica subjetiva, mas sim, reconhecendo uma posição de vantagem ao oponente, em troca de alguma vantagem. Logo, eventual renúncia decorrente das negociações não afetará a posição subjetiva do ente público, apenas gerando a renúncia parcial à pretensão material objeto da lide. O interesse do Poder Público em realizar a conciliação e a mediação surge no momento em que se constata razoável dúvida por parte da administração quanto à aplicação

²¹ LONGOBARDI, Nino. “Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, ano XXIII, fasc. 1, março/2005, ed. Giuffrè, Milano, tradução livre, p. 58.

das normas publicistas ao caso concreto, restando assim imprevisível a possibilidade de êxito judicial por parte do requerente.²²

Os debates sobre o tema são acirrados. Na Itália, afirma FRANCESCO GOISIS, para exemplificar, em passagem do trabalho dedicado à arbitrabilidade (e transigibilidade) das controvérsias relativas ao exercício do poder administrativo, que a possibilidade de a transação recair, em alguns casos, sobre tributos já inscritos e com cobrança judicial iniciada demonstra que não é verdade que a transação sobre o exercício do poder administrativo sempre importa em renúncia ilegítima ao interesse público. Tal previsão legislativa revela, antes, no campo tributário, que a realização do crédito mediante transação pode ser vista como um modo mais eficiente de perseguir o interesse público.²³

LUIGI PAOLO COMOGLIO também reconhece que os meios alternativos de tutela são capazes de promover a solução dos litígios de forma mais célere, econômica e simplificada, evitando e prevenindo a utilização da via judicial, que, ao contrário, tem se revelado dispendiosa, complexa e morosa.²⁴ Para COMOGLIO, a obrigatoriedade da tentativa de conciliação não é incompatível com a garantia constitucional da tutela jurisdicional, pois tal imposição não implica uma subordinação da ação a uma prévia tutela não jurisdicional perante um órgão não judicial, não sendo uma condição para o exercício do direito de ação, mas sim uma condição de procedibilidade, já que geraria como efeito a suspensão do processo até o final da fase conciliatória.²⁵

O artigo 11 da Lei Italiana nº 241/90, por sua vez, prescreve: “a administração competente pode concluir, sem prejuízo dos direitos de terceiros, e sempre em atendimento ao interesse público, acordos com os interessados, com o fim de determinar o conteúdo discriminatório da decisão final, ou nos casos previsto em lei, a substituição da mesma”.

²² GOISIS, Francesco. “Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all’esercizio del potere amministrativo”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, ano XXIV, fasc. 1, março/2006, ed. Giuffrè, Milano, tradução livre, pp. 252-265.

²³ SCHENK, Leonardo. “Reflexões sobre a arbitrabilidade das causas envolvendo o Estado”. Não publicado. Rio de Janeiro: set. 2008.. Gentilmente cedido pelo autor.

²⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. “Mezzi Alternativi di tutela e garanzie costituzionali”. In *Revista de Processo n. 99*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 253.

²⁵ *Ibid.* p. 273.

Por fim, exemplificando alguns sintomas de evolução dos meios alternativos na Itália, LEONARDO SCHENK²⁶ salienta a recente admissibilidade de arbitragem nas matérias patrimoniais indisponíveis no âmbito do direito das sociedades: ficou proibida a decisão por equidade nessas matérias, mas não a arbitragem em si mesma, implicando, mesmo que em espaço reduzido, a aceitação do modelo alemão.

1.3.2 França

Na França, a mediação pode ocorrer incidentalmente no processo, a qualquer momento, provocada pelo juiz da causa com a concordância das partes.

PHILIPPE PEYRAMAURE²⁷ cita interessante experiência francesa recente, no domínio dos procedimentos de recuperação de empresas: o Tribunal de Comércio nomeia um conciliador, incumbido de auxiliar a administração da empresa em dificuldades, na obtenção de acordos com os seus credores.

Na França, a Lei 95-125, de 8 de fevereiro de 1995, introduziu a figura da conciliação e mediação judiciais, permitindo que o juiz, mediante acordo das partes, designe um terceiro para proceder às tentativas de conciliação prescritas na lei ou a mediação, em qualquer estado da causa e mesmo em procedimentos cautelares. Depois, o decreto 96-652, de 22 de julho de 1996, acrescentou um título VI bis (arts. 131-1 a 131-15) ao *Nouveau Code de Procédure Civile*, regulando a mediação.²⁸

Registre-se que a preocupação com a eficiência na justiça é mundial. Neste ensejo, observa-se que a Comissão de Finanças na França constituiu uma Missão de Avaliação e de Controle dos meios dos serviços judiciais no intuito de promover a melhoria da prestação jurisdicional e o incremento da utilização dos meios alternativos na pacificação dos conflitos instaurados entre particulares e a Administração Pública.

²⁶ SCHENK, Leonardo. “Reflexões sobre a arbitrabilidade das causas envolvendo o Estado”. Não publicado. Rio de Janeiro: set. 2008.

²⁷ PEYRAMAURE, Philippe. “Le projet d’institution d’un règlement amiable dans le traitement des difficultés d’entreprises”, in *Le Règlement des Différends Commerciaux*, Paris, 1984, pp. 49-52.

²⁸ Texto na íntegra disponível no site: <<http://juripole.u-nancy.fr/braudo/arbmed/sources/conciliationG/concilgen.html>>. Acesso em 01 de mar. 2010.

1.3.3 Portugal

A cultura da pacificação de conflitos por meios alternativos em Portugal parece estar num estágio bem mais avançado em relação ao Brasil. A exemplo disto, nos currículos da Universidade Católica de Portugal já estão inseridas disciplinas mistas de direito e gestão, direito e economia, de forma a ampliar o horizonte do estudante e incentivá-lo a buscar novas soluções para velhos problemas de administração da justiça.

Segundo relato de JOÃO LUÍS LOPES REIS, “a conciliação judicial é um instituto com raízes fundas no direito português, porventura o primeiro a criar para ela um quadro normativo, na Ordenação e Regimento de D. Manuel I, de 25 de Janeiro de 1519”.²⁹

JOÃO REIS, ao analisar o novo Regulamento de Mediação e Conciliação do Centro de Arbitragem Comercial, asseverou que o diploma não fazia uma distinção entre os conceitos de mediação e conciliação:

O termo utilizado para o terceiro intermediador do processo é uniformemente conciliador; e o próprio processo é referido, ao longo de regulamento, a partir do n.º 2 do artigo 3º, como tentativa de conciliação, ou simplesmente como conciliação.³⁰

No que respeita aos poderes do conciliador, o Regulamento em questão determina que deve apreciar as pretensões das partes e os seus fundamentos, ajuizando-os de acordo com a prova oferecida (art. 6º). O conciliador pode solicitar das partes elementos e informações complementares (art. 7º, n.º 3), tendo a obrigação de promover a tentativa de conciliação, sempre observando os princípios de imparcialidade, equanimidade e justiça (art. 7º, n.º 1), também sendo-lhe facultado apresentar propostas de acordo às partes (art. 8º, n.º 2, b). Outra interessante disposição do Regulamento possibilita ao conciliador que concluir, em qualquer momento, pela inutilidade da tentativa de conciliação, encerrá-la de ofício, formalizando-a em declaração que produz a cessação do processo conciliatório e sempre fundamentando a sua decisão (art. 10º, n.º 1).

²⁹ REIS, João Luís Lopes. Mediação e Conciliação. “O Regulamento de Mediação e Conciliação do Centro de Arbitragem Comercial”. Disponível no site: <<http://www.arbitragemsantos.com.br/conteudo/artigos024.htm>> Acesso em 01 de mar. 2010, p. 24.

³⁰ Ibid. p. 25.

Resta assim evidente que a figura do conciliador prevista no Regulamento de Mediação e Conciliação do Centro de Arbitragem Comercial português detém, em princípio, mais poderes que um mediador. No entanto, registra REIS que “a medida exacta dos poderes de cada conciliador vai depender sobretudo da disposição das partes no processo negocial: casos haverá em que as partes não precisam de mais do que um mediador e outros em que elas querem uma verdadeira intervenção conciliatória do terceiro”.³¹ No que tange à nomeação do conciliador, destaca que:

O conciliador é designado pelo Centro de Arbitragem Comercial, de entre os membros da sua lista de árbitros. Não se prevê que as partes designem o conciliador de comum acordo. Mas não há qualquer razão, a priori, para que o Presidente do Conselho de Arbitragem recuse designar um membro da lista em cujo nome as partes acordem. Se bem que, em princípio, essa nomeação não possa recair em pessoa estranha à lista, ainda que as partes a recomendem, a aplicação subsidiária do Regulamento do Tribunal Arbitral (art. 16º) permite encontrar, no artigo 10º deste, solução para a hipótese, se ela alguma vez ocorrer: quando da lista de árbitros não constem pessoas com as qualificações técnicas exigidas para o conhecimento da matéria específica do litígio em causa, poderá ser designado um conciliador estranho à lista.

Dentre os impedimentos à nomeação de conciliadores, dispõe o artigo 4º, n.º 2 do regulamento que não pode intervir como conciliador “qualquer pessoa que, em relação a qualquer das partes ou a representantes delas, tenha qualquer ligação pessoal ou profissional que seja susceptível de pôr em causa a sua independência ou isenção”. Quanto a isto, REIS salienta que a aplicação subsidiária do Regulamento do Tribunal Arbitral torna, por outro lado, aplicáveis ao conciliador os motivos de suspeição e escusa dos juízes dos tribunais judiciais (cf. art. 8º, n.º 1 do RTA).

Ainda segundo REIS, o traço fundamental do processo de mediação e conciliação em Portugal é a confidencialidade, tratada no artigo 8º do Regulamento, que vincula “o conciliador, as partes, os advogados ou outros assessores destas, bem como qualquer pessoa que intervenha no processo, a guardar segredo de quanto ocorre neste”.

A confidencialidade no processo conciliatório português busca assegurar às partes a garantia de que poderão discutir abertamente o seu litígio sem correrem o risco de serem

³¹ Ibid. p. 26. Também registra o autor que “A falta de experiência do Centro em processos de mediação e de conciliação torna irrealista a criação, nesta fase, de uma lista autónoma. Não se ignora, certamente, que alguns membros da lista de árbitros se sentirão mais confortáveis na pele de conciliadores e que, inversamente, se corre o risco de designar para processos de mediação pessoas com perfil pouco conciliatório, se a imagem é permitida. Mas há passos que só se dão quando se começa a caminhar com segurança; este, o da criação de uma lista autónoma de conciliadores, é um desses. O Centro dá-lo-á quando for oportuno. Exige-se do conciliador a mais absoluta neutralidade relativamente às partes”.

revelados no exterior os fatos que oportunamente forem revelados durante as negociações, reforçando a confiança pública na sua utilização.³²

O artigo 9º, n.º 2 do Regulamento prevê algumas exceções ao dever de confidencialidade, que são, basicamente, a vontade das partes em contrário e a necessidade da publicidade para a sua aplicação ou execução.

Outra característica importante do processo de conciliação português está na preocupação constante do legislador de assegurar a flexibilidade do procedimento com a total observância dos princípios e garantias processuais a ele inerentes. Para REIS:

Na mediação e conciliação apenas têm de observar-se regras elementares da condução leal de processos negociais, como os princípios de imparcialidade, equanimidade e justiça a que alude o artigo 7º, n.º 1 do regulamento.

A imparcialidade decorre da neutralidade do próprio conciliador: não tendo qualquer interesse na causa ou qualquer espécie de laço com as partes, o conciliador deve tratar o caso sem se deixar atrair, em qualquer momento do processo negocial, pela posição de alguma delas.

A equanimidade é, por assim dizer, o outro lado da imparcialidade, ou o princípio positivo que lhe serve de contraponto: corresponde ela à *billiges Ermessen* do direito alemão e ao *equo apprezzamento* do direito italiano e significa o dever de ter em conta todas as circunstâncias que tenham sido comunicadas (no caso) ao conciliador, ou cujo conhecimento seja possível segundo a normal diligência de uma pessoa equilibrada e avisada. A justiça corresponde ao dever do conciliador de procurar e de só patrocinar uma solução justa, mais no sentido etimológico, próximo da equidade, do que no sentido da conformidade com o direito que, não podendo ser desprezada, tem aqui um papel secundário.

Para além da observância destes princípios, o conciliador procede livremente à organização da tentativa de conciliação, como consigna o artigo 7º, n.º 1 do regulamento; e deve, nos termos do artigo 5º, organizar com as partes o calendário dos trabalhos na conferência em que inicia a sua intervenção. Assim, da flexibilidade processual da mediação e conciliação decorre também a simplicidade do seu processo. Esta simplicidade -- nos termos em que fica definida a intervenção do mediador -- tornará, em alguns casos, aparentemente dispensável a intervenção de advogados. Mas, como esta está longe de ter interesse apenas por razões processuais, caberá sempre às partes decidir se querem ou não fazer-se assistir por advogado; e na maior parte das vezes, tal intervenção será pelo menos conveniente, quando não absolutamente necessária.

Por fim, registre-se que, no ordenamento português, em 1º de janeiro de 2004, entrou em vigor o Código de Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA),³³ consagrando, de

³² Ibid. pp. 28-29. A respeito da confidencialidade na conciliação, registra o autor que “Não tendo, embora, natureza legal, mas convencional -- por isso mesmo pode ser dispensado pelas partes -- o segredo a que o conciliador está vinculado corresponde ao mesmo interesse público que justifica o segredo profissional do advogado, ou do médico, ou do jornalista: o de reforçar a confiança pública na função e naqueles que a desempenham. Como, por um lado, a mediação e conciliação não é um processo ilícito e, por outro, ela é de inegável utilidade e interesse, quer para reduzir a litigiosidade judicial, quer para promover a paz social, o progresso dos negócios e a confiança recíproca dos comerciantes, não há razão alguma para tratar a obrigação de segredo a que o conciliador está vinculado, no que respeita à sua tutela, de modo diferente daquele que a lei dispensa aos outros segredos profissionais”.

³³ Aprovado pela Lei 15/2002, de 22 de fevereiro, e alterado pela Lei 4-A/2003, de 19 de fevereiro. Texto na íntegra disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt>> Acesso em 03 mar. 2008.

modo geral, em capítulo próprio, a arbitrabilidade das questões administrativas, em atendimento ao disposto no art. 1º, 4, da Lei de Arbitragem Voluntária.³⁴

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, em estudo sobre o tema, fez uma interessante ponderação sobre o novo contencioso administrativo português:

torna-se claro [...] que o debate sobre a arbitrabilidade de litígios com entes públicos se desloca, no que ao Direito administrativo respeita, do plano da *abstracta admissibilidade* para o plano da *concreta configuração e limites* do recurso ao instituto [...] a faculdade que é agora legalmente cometida aos árbitros representa aparentemente uma erosão no critério da disponibilidade do direito, ou, mais rigorosamente, no significado que, na concepção tradicional, este assumia. [...] a nova regulação da matéria da arbitragem no contencioso administrativo português só muito limitadamente pode, na realidade, ser encarada como um avanço de relevo na abertura da arbitragem ao controlo da legalidade de actos administrativos. [...] Assim, o campo de arbitrabilidade dos litígios de Direito administrativo alarga-se efetivamente por força da referida alternatividade entre acto e contrato, mas não porque deixe de valer ou sofra erosão o critério da disponibilidade do direito. Antes é o próprio espaço de disponibilidade concedido à Administração Pública que se alarga. Confirma-se, pois, que a arbitrabilidade dos litígios jus-administrativos obedece o critério geral da disponibilidade da situação material controvertida, expressamente estipulado no art. 1.º/1 da LAV para os litígios de Direito privado e interpretativamente extraído do art. 180.º/1 do CPTA, para os litígios de Direito Público.³⁵

Na mesma linha, FRANCISCO CALVÃO e PAULO DA CUNHA MONTEIRO, em análise ao CPTA português, afirmam que

Na verdade, se há matérias de direito administrativo que estão, do ponto de vista substantivo, subtraídas à vontade das partes, forçoso é proibir a estas últimas a obtenção dum resultado, que lhes está legalmente vedado, através de um processo indirecto de desistência do pedido ou da instância, da confissão ou de transacção judicial efectuada no âmbito de um conflito confiado a um tribunal arbitral.³⁶

A partir da experiência portuguesa, ao afirmar a legitimidade do critério da disponibilidade e, ao mesmo tempo, aclarar a necessidade de tratar seus limites *in concreto*, revela importantes diretivas para a necessária conformação entre o mito da indisponibilidade do interesse público e a sujeição ao procedimento conciliatório das causas intentadas em face da Administração Pública.

1.3.4 Espanha

³⁴ A Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa exige lei especial para a arbitrabilidade dos litígios de direito administrativo. Lei 31/86, de 29 de agosto. Texto na íntegra disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt>> Acesso em 03. mar. 2010.

³⁵ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 69.

³⁶ CALVÃO, Francisco; MONTEIRO, Paulo da Cunha. “Análise de algumas disposições do Código de Processo dos Tribunais Administrativos à luz da Lei da Arbitragem – breves questões”. Fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://verbojuridico.pt>> Acesso em 01 de mar. 2010.

Na Espanha, o acordo judicial entre a Administração Pública e o particular está previsto na Lei nº 29/98, inaugurando a possibilidade de discussão entre as partes em igualdade de condições, com a eleição de uma solução para a controvérsia de forma consensual e bilateral, posteriormente submetida à homologação pelo juízo competente.

Resta assim evidenciada na Espanha a mesma preocupação observada nos demais países europeus, no sentido de promover a redução dos investimentos no aparelhamento do Poder Judiciário mediante a racionalização e otimização dos meios disponíveis.

Segundo MARCELLA DE ARAÚJO DA NOVA BRANDÃO, na Espanha, estudos do Tribunal de Contas sobre o Poder Judiciário, entre 1989 e 1992, em compasso com os estudos realizados pela justiça francesa, recomendaram uma definição de metas e indicadores de eficácia dos tribunais espanhóis, assim como a realização de um estudo aprofundado para uma reforma estrutural do sistema, de forma a desafogar o Judiciário.³⁷ Nota-se, assim, que os países europeus estão caminhando juntos, na busca de uma solução para os problemas referentes ao bom funcionamento do Poder Judiciário, e mais uma vez, os meios alternativos de pacificação de conflitos figuram como medida urgente hábil a viabilizar a redução dos litígios com a racionalidade e celeridade necessárias à efetiva prestação de justiça, sem prejuízo das garantias constitucionais.³⁸

1.3.5 EUA

De acordo com CHRISTOPHER MOORE, a mediação atualmente nos Estados Unidos possui um campo de aplicação bastante abrangente, segundo padrões jurídicos europeus. Além dos litígios de natureza comercial e trabalhista, a mediação aplica-se em litígios de natureza social, em escolas e instituições de estudos superiores, e até em relações familiares, ou afins a questões de direito penal e penitenciário. Em alguns casos, os tribunais,

³⁷ BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. “A consensualidade e a administração pública em juízo”. Rio de Janeiro, 2009. Disponível no site: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2766>. Acesso em 01 de mar. 2010, p. 39.

³⁸ Ibid. p. 42.

ao abrigo de disposições legislativas ou de regras jurisprudenciais, remetem incidentalmente as partes para a mediação – fenômeno designado como *court-administered mediation*.³⁹

A respeito da mediação nos EUA, JOÃO LUÍS LOPES REIS afirmou que

Ainda recentemente, num estudo realizado pelo poder judicial federal norte-americano e destinado ao planeamento a longo prazo do sistema judicial federal dos EEUU, se recomendou que os tribunais distritais (primeira instância no sistema federal) fossem encorajados a ter disponível uma variedade de técnicas, processos e recursos alternativos de resolução de litígios, para ajudarem a conseguir uma justa, rápida e barata decisão dos litígios cíveis.⁴⁰

Há que se registrar que, nos EUA, a prática do *alternative dispute resolutions movement* evoluiu inicialmente a partir de questões comerciais, trabalhistas, de família e de consumo até timidamente alcançar controvérsias de direito público, especialmente envolvendo política urbana, aspectos raciais e de meio-ambiente.

HELENO TAVEIRA TORRES registra que países de bases democráticas sólidas conseguiram ao menos normatizar a questão da utilização dos meios alternativos de soluções de controvérsias a litígios com entes públicos em um dos pólos da relação jurídica (judicial ou extrajudicial).⁴¹

Esta tendência de admitir a transigibilidade em países com bases democráticas justifica-se pela necessidade de aprovação popular pelos governantes, que manejam a legislação processual de modo a possibilitar uma aproximação entre os particulares e os mecanismos de tomada de decisões pela Administração Pública.

A exemplo disto, nos EUA, a Secretaria de Planejamento de Colúmbia (*The District of Columbia Office of Planning*) ofereceu uma mediação com a população para definir o local onde seria construída uma unidade pública para tratamento de pacientes com Mal de Alzheimer. Os procuradores de Massachusetts foram instados a participar como conciliadores em disputas entre consumidores e fornecedores no Estado, onde o Poder Público atuava como interveniente.⁴² No que diz respeito aos conflitos “de massa”, em 1997, foi firmado um termo

³⁹ MOORE, Christopher. *The Mediation Process*. Jossey-Bass: San Francisco, 1982, p. 19.

⁴⁰ REIS, João Luís Lopes. “Mediação e Conciliação. O Regulamento de Mediação e Conciliação do Centro de Arbitragem Comercial”. Disponível no site <http://www.arbitragemsantos.com.br/conteudo/artigos024.htm>. Acesso em 01 de mar. 2010.

⁴¹ TORRES, Heleno Taveira. “Transação, Arbitragem e Conciliação Judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa”. In *Revista Fórum de Direito Tributário*, ano 1, n. 2, mar./abr. 2003, p. 91.

⁴² *Ibid.* p. 92.

de ajustamento de conduta no processo movido por fazendeiros afro-americanos contra o Departamento de Agricultura dos Estados Unidos por discriminação racial na distribuição dos subsídios à agricultura.

Interessante a disposição prevista na regra 68 prevista na *Federal Rules of Civil Procedure*, segundo a qual aquele que se recusar a celebrar acordo oferecido pela parte contrária, pagará as custas processuais se ao final do processo, com o julgamento receber menos do que lhe fora ofertado em acordo⁴³. Cuida-se de regra com patente finalidade de favorecer a realização de acordos e evitar julgamentos desnecessários, regramento que também se aplica aos conflitos judiciais com a administração pública.

1.3.6 Argentina

A experiência argentina é bastante relevante para o estudo dos meios alternativos no ordenamento jurídico brasileiro, pois a mediação prévia obrigatória instituída na província de Buenos Aires pela Lei Federal Argentina n° 24.573/95 foi o principal modelo utilizado como inspiração na elaboração do anteprojeto apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, posteriormente incorporado ao Projeto de Lei n° 94/2002.

Neste ensejo, relatam ANA TEREZA PALHARES BASÍLIO e JOAQUIM DE PAIVA MUNIZ que “a mediação prévia passou a ser condição da ação para todos os processos judiciais propostos na Província de Buenos Aires”, sendo afastada a sua

⁴³ Federal Rules of Civil Procedure, Rule 68.

(a) Making an Offer; Judgment on an Accepted Offer.

More than 10 days before the trial begins, a party defending against a claim may serve on an opposing party an offer to allow judgment on specified terms, with the costs then accrued. If, within 10 days after being served, the opposing party serves written notice accepting the offer, either party may then file the offer and notice of acceptance, plus proof of service. The clerk must then enter judgment.

(b) Unaccepted Offer.

An unaccepted offer is considered withdrawn, but it does not preclude a later offer. Evidence of an unaccepted offer is not admissible except in a proceeding to determine costs.

(c) Offer After Liability Is Determined.

When one party's liability to another has been determined but the extent of liability remains to be determined by further proceedings, the party held liable may make an offer of judgment. It must be served within a reasonable time — but at least 10 days — before a hearing to determine the extent of liability.

(d) Paying Costs After an Unaccepted Offer.

If the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made. Donations cover only 20% of our costs.

obrigatoriedade somente nos casos de “ações penais, trabalhistas e relativas ao direito família. Já nas ações de execução e despejo, a mediação prévia é facultativa”.⁴⁴

A mediação prévia na Argentina é instaurada mediante a apresentação de formulário perante o distribuidor competente que fará por sorteio a escolha do mediador atuante.⁴⁵ As partes são intimadas a comparecer à audiência de mediação, e se não comparecerem na data estipulada, terão que pagar uma multa no valor equivalente a duas vezes a retribuição básica a que teria direito o mediador por sua atuação. Se, por outro lado, as partes comparecerem na audiência de mediação e realizarem um acordo, será firmado um termo de conciliação pelo mediador, partes e procuradores, que terá exequibilidade análoga à de título executivo judicial.

Os arts. 736 e 737 do Código Processual Civil e Comercial da Nação, na Argentina, estabelecem que toda questão entre as partes, *ressalvadas aquelas que não podem ser objeto de transação*, poderá ser submetida à decisão de juízes árbitros, antes ou depois de iniciado o processo judicial e independentemente da sua fase, podendo ser convencionalizada em contrato ou em ato posterior.⁴⁶

⁴⁴ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim de Paiva. “Mediação: Relevante Instrumento de Pacificação Social” in *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XVIII, Direito Arbitral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 15.

⁴⁵ Ibid. p. 16. O mediador atuante será necessariamente um advogado constante do quadro de mediadores na Argentina, subordinado ao controle do Ministério da Justiça, que ficará impedido, de acordo com a Lei Federal Argentina n° 24.573/95, de assessorar ou representar qualquer das partes envolvidas no período de um ano, contado a partir do cancelamento de sua inscrição no registro de mediadores do Ministério da Justiça

⁴⁶ Os dispositivos têm a seguinte redação:
“Artículo 736: OBJETO DEL JUICIO.- Toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el artículo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste. La sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior”.
“Artículo 737: CUESTIONES EXCLUIDAS.- No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción.”.
Texto disponível na íntegra em: <<http://www.infoleg.gov.ar>>. Acesso em 01 de mar. 2010.

2 ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVIDADE PROCESSUAL

Inicialmente, a preocupação da doutrina com relação ao Princípio do Acesso à Justiça era a busca de mecanismos efetivos que viabilizassem a prestação jurisdicional a todos os cidadãos, de modo a superar as barreiras geográficas, econômicas e burocráticas impostas ao funcionamento do Poder Judiciário.

Hodiernamente, os problemas relacionados ao Acesso à Justiça não estão mais restritos aos custos processuais ou à disponibilização da prestação jurisdicional de forma igualitária e ao alcance de todos. A questão, na atualidade, também está relacionada com a qualidade dos serviços oferecidos e com a eficácia dos mecanismos de solução para a pacificação das relações sociais.

De acordo com JASSON AYRES TORRES:

A experiência de conciliação com o objetivo de resolver situações de caráter patrimonial disponível, no campo extrajudicial, tem como idéia a supervisão do Poder Judiciário, contando com a presença e a iniciativa de magistrados, assim como, engajamento de órgãos públicos e entidades particulares para efetivar a solução dos conflitos, numa demonstração inequívoca de buscar o mais amplo acesso à Justiça.⁴⁷

Em estudo sobre o Acesso à Justiça, LEONARDO GRECO afirma a necessidade de pôr à disposição do cidadão não só os serviços de prestação jurisdicional, mas também o dever de informação e conscientização dos direitos de cada indivíduo pelo Estado, que deverá fornecer todas as condições para livremente exercê-los.⁴⁸ Ao lado da melhoria qualitativa dos serviços jurisdicionais, destaca que “o acesso à Justiça dependerá em grande parte da estruturação e fortalecimento de várias modalidades de tutela jurisdicional diferenciada. A tutela diferenciada abrange os meios alternativos de solução de conflitos, como a mediação, a arbitragem e a justiça interna das associações”.⁴⁹

⁴⁷ TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 164

⁴⁸ GRECO, Leonardo. “O acesso ao direito e à justiça”. In: __ *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 2-3.

⁴⁹ *Ibid.* p. 17.

PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, ao tratar do Acesso à Justiça, registra a importância de uma atuação ética de todos os profissionais que participem da atividade judicial ou extrajudicial, e a indispensabilidade da “utilização dos instrumentos e dos institutos processuais de forma a obter a melhor produtividade possível, ou seja, utilização da técnica a serviço dos fins idealizados”.⁵⁰

A preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional é evidenciada no relato de WALSIR EDSON RODRIGUES JÚNIOR, para quem

[...] deve-se tomar o cuidado para, em nome de uma justiça mais célere, não se colocar em risco os princípios do contraditório e ampla defesa, pois, conforme adverte Humberto Theodoro Júnior, “a pressão da opinião pública contemporânea por procedimentos mais rápidos e mais baratos não pode, evidentemente, subverter os fundamentos de um procedimento justo.

A doutrina, também, já começa a explicitar outros métodos de solução de conflitos, destituídos de intervenção da autoridade judicial, como forma de minimizar a crise do judiciário. Tais métodos não pregam o fim do monopólio estatal sobre a função jurisdicional. O que se busca, são alternativas mais baratas e dinâmicas para a pacificação social. Além disso, nada impede, quando necessário, que os interessados recorram ao Órgão Público. Ligado ao exposto, Alexandre Câmara enfatiza que é necessário que a sociedade se conscientize de que os meios alternativos de resolução de conflitos, tais como a mediação e a arbitragem, já podem ser utilizados e produzem resultados semelhantes aos que são alcançados por meio do processo judicial, com a vantagem de que estão livres dos entraves da burocracia estatal.

O cidadão, idealmente, ao escolher qualquer forma alternativa de solução de conflitos, não o deve fazer por inacessibilidade ou ineficiência do órgão estatal, mas deve pautar a escolha pela sua livre vontade. Por isso, não basta instituir outras formas de composição de conflitos e acreditar que a crise do Judiciário estará superada. As mudanças em tal órgão são necessárias e urgentes, mas devem ser conciliadas com essa nova tendência mundial de se resolverem conflitos.”⁵¹

Segundo BOLZAN DE MORAIS, a adoção de tais métodos alternativos de resolução de conflitos deverá

[...] deixar para trás aquela visão de que um sistema só é eficiente quando, para cada conflito, há uma intervenção jurisdicional e passa-se à construção da idéia de que um sistema de resolução de conflitos é eficiente, quando conta com instituições e procedimentos que procuram resolver controvérsias, a partir de necessidades e dos interesses das partes. Ou seja, a provocação dos tribunais, que se dá em nível inicial, passaria a ter um caráter subsidiário. O sistema judicial só seria acionado depois de tentados outros métodos de resolução, a não ser que a questão envolvida versasse sobre direitos não disponíveis pelas partes envolvidas, ou que não seja aconselhado o tratamento judicial meramente subsidiário, ou seja, quando a provocação da jurisdição seja absolutamente necessária.⁵²

⁵⁰ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da formulação de uma nova Teoria Geral do Processo*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 63.

⁵¹ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática de mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 34-37.

⁵² BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 107.

Assim, face à exigência de democratização do acesso à justiça, a tendência é desenvolver mecanismos de pacificação social mais eficientes. MAURO CAPPELLETTI reforça a idéia de que são necessárias medidas alternativas que estejam ao alcance de todos os cidadãos, capazes de promover a resolução dos conflitos de maneira mais simples, econômica e rápida:

[...] devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil/ entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente.⁵³

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA frisa que “se o Estado tem o monopólio da jurisdição, não tem o monopólio da realização da justiça. Esta pode ser alcançada por vários meios, sendo a jurisdição apenas um deles”.⁵⁴

Por fim, SÉRGIO GUERRA e LESLIE FERRAZ registram que

com efeito, a demanda por justiça é também a demanda por justiça tempestiva e íntegra as Cartas Constitucionais não como uma garantia secundária, mas como um dos componentes do devido processo legal. [...] O julgamento que demora a ser proferido, mas vai perdendo, progressivamente, o seu sentido reparador, até que transcorrido o tempo razoável para solução do conflito, qualquer solução será irremediavelmente injusta, por mais justo que seja o seu conteúdo.⁵⁵

Pelo exposto, verifica-se que os problemas atuais enfrentados pelos processualistas brasileiros não estão mais adstritos à falta do acesso à justiça, mas também dizem respeito à qualidade da prestação jurisdicional e ao tempo estimado para que um litígio seja definitivamente resolvido na via judicial.

O indivíduo que provoca a atuação jurisdicional para a resolução de um conflito não espera apenas a procedência do seu pedido; ele necessita, em verdade, de uma resposta para as suas questões de forma célere e devidamente fundamentada.

A celeridade é fator muito importante na condução de um litígio, pois sabidamente é bastante desgastante prolongar por muito tempo qualquer discussão, ainda mais quando existe

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”. In *Revista de Processo*, n. 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 82-97.

⁵⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 42.

⁵⁵ FERRAZ, Leslie; GUERRA, Sérgio. “A Demora do Judiciário e o custo Brasil”. In *Jornal Valor Econômico*, Publicado em 8 de jan. 2009.

algum grau de animosidade e descontentamento entre as partes. Além dos atritos emocionais, na maioria dos casos há alguma urgência na definição das relações sociais envolvidas, por motivos familiares, financeiros, de saúde, ocupacionais e até psicológicos, a demandar uma solução rápida e eficaz para as questões controvertidas. Quando a solução final para um determinado conflito demora muito para ser proferida, várias relações jurídicas correlatas ao objeto litigioso podem ser reflexamente comprometidas, gerando inúmeros prejuízos e ocasionando maiores dificuldades a serem enfrentadas pelas partes.

É inconcebível pensar que o Poder Judiciário, ao invés de resolver os problemas que lhes são submetidos à apreciação acabe ocasionando maiores prejuízos aos interessados em razão da morosidade nos julgamentos. Infelizmente, na prática, a demora nos julgamentos torna vários provimentos jurisdicionais ineficazes, pois quando prolatados não há mais possibilidade de reversão da situação de equilíbrio, seja em razão do tempo, seja em razão de alguma situação impeditiva que se concretizou antes. Muitas vezes, em demandas judiciais ajuizadas por idosos, enfermos, pessoas em estado de grave necessidade, os autores vêm a falecer antes de obter algum pronunciamento judicial favorável.

Tamanha é a importância da celeridade processual que o legislador constituinte a erigiu como princípio básico, inserindo por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a regra prevista no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo a qual: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A fundamentação de uma decisão por sua vez, possui também grande relevância para a realização do acesso à justiça em sua inteireza, pois além da função de assegurar segurança jurídica ao provimento jurisdicional correlato, possui uma missão instrutiva e pedagógica sobre os direitos e deveres das partes envolvidas. As partes precisam ser convencidas pelo magistrado de que aquela decisão é a que melhor se aplica ao seu caso concreto. Não se trata de exigir a concordância com a decisão (na maioria das vezes, a parte sucumbente continua crendo estar com a razão, bem como apresentará diversos fundamentos para impugnar o provimento desfavorável), mas uma decisão bem fundamentada, com linguagem clara e acessível ao conhecimento de seus destinatários, condizente com as provas apresentadas nos autos e em consonância com as normas legais aplicáveis, terá maiores chances de dar término ao conflito, minimizando inclusive a predisposição dos sucumbentes à interposição de recurso.

2.1 A crise da Justiça

A respeito da crise da Justiça, FÁTIMA NANCY ANDRIGHI faz a seguinte crítica: embora haja um grande número de operadores do direito “propalando o exercício da cidadania, realçando a crise do Poder Judiciário [...] poucas são as propostas concretas oferecidas para que se possa ver alguma esperança [...]”.⁵⁶

Dentre as possíveis soluções para a crise do Poder Judiciário, ANDRIGHI destaca: 1) necessidade de se criar e manter assessorias técnicas para os magistrados, mediante a grande quantidade de demandas judiciais submetidas à apreciação de cada profissional, num pequeno espaço de tempo; 2) treinamento e capacitação de conciliadores judiciais para cada vara judicial, no intuito de aumentar o número de audiências de conciliação, e, conseqüentemente, promover uma filtragem das demandas que serão submetidas ao julgamento pelo magistrado.

No entanto, embora existam soluções conhecidas por todos para a melhoria da prestação jurisdicional, muitos são os obstáculos a serem enfrentados para sua concretização, como

[...] a mentalidade da administração da Corte que entende como desvio de função o fato de um funcionário ser deslocado por algumas horas por semana para servir um juiz de vara cível para presidir as audiências de conciliação. [...] a aceitação dos próprios juizes que têm dificuldade de dividir a sua cátedra, porque na audiência de conciliação o conciliador é um juiz de fato, e ficam cheios de medo em permitir que alguém sente na sua cadeira. [...] a reação dos advogados quer por desconhecimento, quer por dificuldade de tratar com um leigo que está, naquele momento, desenvolvendo a atividade jurisdicional. [...] a nossa formação romanista de que só o juiz investido das funções jurisdicionais é o único ser capaz de resolver os conflitos judicializados.⁵⁷

Para LEONARDO GRECO, o progresso da mediação no Brasil é uma das conseqüências da crise da administração da Justiça. Segundo o ilustre processualista, o

⁵⁶ ANDRIGHI, Fátima Nancy. “Conciliação Judicial”. Palestra Proferida na IV Jornada Brasileira de Direito Processual Civil. Fortaleza, 09 Agosto de 2001. Disponível no site: <http://bdjur.stj.jus.br>. Acesso em 01 de mar. 2010.

⁵⁷ Ibid.

sucesso dos mecanismos alternativos “dependerá fundamentalmente da sua credibilidade, ou seja, da sua aptidão de gerar soluções que satisfaçam aos contendores”.⁵⁸

Outra forma de amenizar os problemas encontrados no funcionamento do Poder Judiciário se deu por meio de inúmeras alterações legislativas processuais, tendentes a promover a conciliação entre as partes litigantes em sede judicial. A respeito do tema, WALSIR EDSON RODRIGUES JÚNIOR destaca:

No Brasil, a Lei 8.952/94 reformou o Código de Processo Civil, incluindo no procedimento ordinário uma audiência preliminar de conciliação, visando a conciliar os litigantes e sanear o processo, e no caso de não haver acordo, deixar disposição para a conciliação ser proposta a qualquer momento, com o objetivo de dar um fim pacífico ao litígio; a Lei 9.099/95 prevê, no seu art. 2º, o uso da conciliação e transação; e a Lei 9.307/96 regulamentou o instituto da arbitragem. Por meio dessas leis, buscou-se adequar o sistema judicial brasileiro à atual realidade social. Entretanto, tais medidas, em muito pouco, contribuíram para sanar as patentes falhas da tutela jurisdicional prestada pelo Estado brasileiro, mostrando-se insuficientes em seus propósitos de erradicar o problema. Até porque, segundo entendimento de Humberto Theodoro Júnior, a essência do problema da Justiça brasileira e, mais especificamente, do emperramento dos processos, está nos critérios administrativos arcaicos e não nos procedimentos legais ou nas próprias leis processuais em vigor.⁵⁹

Neste ensejo, RONALDO BRÊTAS DE CARVALHO DIAS assevera que

[...] a eficiência da função jurisdicional, recomendação principiológica contida na Constituição Federal [...] jamais será conseguida pelo Estado com magníficas construções doutrinárias ou reformas amiúde feitas nos códigos processuais como sucede em nosso País, às vezes de forma leviana. Na realidade, o brasileiro tem o fetiche da lei. Ao mudá-la, ilude-se, supondo que a modificação introduzida no ordenamento jurídico opera, automaticamente, a transformação da realidade. A eficiência da função jurisdicional, a ser exercida pelo Estado no processo, sem dilações indevidas, somente será conseguida, em primeiro lugar, com a reforma da mentalidade e com a melhoria da formação técnica dos operadores do direito. Em segundo lugar, com adequada infra-estrutura material e pessoal dos órgãos jurisdicionais e da introdução de métodos racionais de trabalho.⁶⁰

No que diz respeito às causas e soluções para a crise da justiça, PETRÔNIO CALMON reconhece que

é unânime a constatação da desproporção entre a oferta de serviços e a quantidade de conflitos a resolver. [...] Em realidade, outros fatores devem ser considerados, desde a existência de uma massa de conflitos represada pelos obstáculos econômicos, social, políticos e jurídicos no acesso à justiça, até a baixa qualidade do serviço judicial, sobretudo a necessidade de se oferecer o serviço justiça da forma mais ampla possível, com a utilização dos diversos mecanismos desenvolvidos para essa finalidade. [...] Considerando a crise da justiça e a eficiência própria das soluções autocompositivas, embora seus mecanismos mais eficientes sejam eminentemente uma atividade privada, é imprescindível que o Estado adote medidas de incentivo à sua realização, promovendo o que se chama, nesse trabalho, de uma

⁵⁸ GRECO, Leonardo. “O acesso ao direito e à justiça”. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

⁵⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *A prática de mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13

⁶⁰ CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.202.

política pública de incentivo à utilização em larga escala dos mecanismos para obtenção da autocomposição.⁶¹

Vê-se que a doutrina brasileira é uníssona ao apontar como principais causas da crise jurisdicional a morosidade e o comprometimento da qualidade dos provimentos judiciais, ambos decorrentes do desequilíbrio existente entre a quantidade de demandas ajuizadas e a capacidade operacional disponibilizada ao Poder Judiciário por força de lei. A partir daí exsurge a preocupação de dotar os procedimentos judiciais de mecanismos que acelerem o andamento processual e permitam a filtragem das causas submetidas à apreciação dos magistrados, que, em número bastante reduzido e sem condições adequadas para o exercício de sua função jurisdicional, acabam não correspondendo aos anseios dos jurisdicionados, não logrando êxito, em vários casos concretos, em pôr um fim satisfatório aos conflitos levados ao seu conhecimento.

Destarte, a doutrina reconhece que a solução para os problemas no funcionamento do Poder Judiciário dependerá da adoção de mecanismos de tutela diferenciada, que não se rendam às limitações organizacionais e ao hipossuficiente aparelhamento judicial. É justamente neste momento que os meios alternativos de pacificação surgem como possíveis instrumentos de contenção e prevenção das demandas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, resolvendo de forma mais rápida os litígios de menor complexidade já postos em juízo, e solucionando conflitos extrajudiciais de maneira mais eficiente, sem as restrições formais impostas legalmente aos procedimentos judiciais.

Em meio a tantos problemas, os magistrados muitas vezes se sentem reféns da situação na qual se encontram, e, sem os instrumentos adequados para o exercício de sua função pacificadora, acabam desestimulados, acomodando-se em uma rotina burocrática, sem maiores expectativas. Neste ensejo, LEONARDO GRECO afirma que “os mais perniciosos riscos a que se sujeitam os juízes em razão do excesso de trabalho, da rotinização das suas atividades e da falta de estímulo ao desempenho qualitativo, são o conformismo e a indiferença burocrática”,⁶² e, em contraposição ao desestímulo dos magistrados resultante das deficiências estruturais e procedimentais, alerta que:

Os juízes precisam com frequência renovar a sua têmpera, avaliar o desempenho do Judiciário e de si próprios e aferir se estão com eficiência atendendo à demanda social por

⁶¹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 5-7.

⁶² GRECO, Leonardo. “O acesso ao direito e à justiça”. In: __ *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

Justiça, inserindo nesse processo necessariamente mecanismos de consulta pública e de participação democrática que contribuam para o constante aprimoramento da sua atividade. Os cidadãos precisam confiar no Judiciário como garantia da eficácia dos seus direitos e de uma convivência social pacífica e justa. Essa confiança resulta menos do valor intelectual dos juízes e da erudição das suas decisões, e mais da consciência dos cidadãos de que o Judiciário de fato assume a responsabilidade de buscar com todo o empenho a realização daqueles objetivos, enfrentando e superando todos os obstáculos que se antepõem e colocando-se efetivamente à disposição de todos que dele necessitam.

Em suma, observa-se que os problemas na organização e capacidade de atendimento do Poder Judiciário são muitos, no entanto, a solução talvez seja, a princípio, utópica, embasada na força de vontade dos profissionais do direito e na utilização de mecanismos alternativos de pacificação e contenção de conflitos. Mas há esperança, e, como se verá adiante, várias experiências bem sucedidas de superação de problemas estruturais comprovam que a criatividade dos operadores do direito, a humanização das relações sociais estabelecidas e a persistência do meio jurídico e acadêmico em buscar novos sistemas de trabalho contribuem significativamente para a melhoria da prestação jurisdicional.

2.2 A crise da Administração Pública

Grande parte dos problemas observados no desempenho da função jurisdicional advém da chamada “crise da Administração Pública”, como observa MARCELLA BRANDÃO:

Ao longo dos anos, a administração pública foi se tornando um fim em si mesma. Poucas vezes se constatava que um órgão público visava à sua missão na prestação de serviço público de qualidade.

Por outro lado, a própria sociedade, razão primeira de existência da administração pública e destinatária do serviço por ela prestado, afundada em procedimentos estatais burocratizados, torna-se cada vez mais insatisfeita com a máquina pública, embora pareça conformada com isso. Pode-se afirmar que a letargia da sociedade ainda impera, de forma que são comumente aceitas as falhas e o descaso da administração. Pior: são toleradas as ineficiências do setor público incorporadas na cultura brasileira até mesmo sob a forma de anedotas.⁶³

À medida em que o cidadão perde a confiança na Administração Pública, a mesma presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos que torna indiscutível a questão em dado momento, praticamente obriga o Administrado que não tem o seu pleito

⁶³ BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. “A consensualidade e a administração pública em juízo”. Rio de Janeiro, 2009, p. 49. Disponível no site: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2766>. Acesso em 01 de mar. 2010, p. 28.

analisado de maneira adequada a ingressar em juízo para que satisfaça sua pretensão inicial.

MARCELLA BRANDÃO destaca que

a posituação do princípio da eficiência pretende garantir ao cidadão justamente que o Poder Judiciário terá meios de avaliar a eficiência da administração e não apenas se ela agiu de acordo com a lei ou dentro de seu juízo de discricionariedade. A administração pública deve passar a perceber que o cidadão não é mais súdito ou administrado, mas cidadão e participante da formação da vontade coletiva, titular de direitos e, desse modo, apto a exigir melhores resultados de uma boa administração, como corolário da eficiência.⁶⁴

Há, portanto, claro desvirtuamento dos Princípios da Indisponibilidade do Interesse Público e do Princípio da Legalidade, que, ao invés de promoverem a realização de um bem comum, acabam na prática ocasionando um “engessamento da atuação administrativa, ao impedir que ela alcance as finalidades públicas e corresponda aos anseios dos cidadãos”.⁶⁵

O administrador público que, em nome da estrita observância da legalidade, elege caminhos de atuação extremamente burocráticos, omitindo-se ou exigindo do Administrado providências inúteis ou não razoáveis para que possa tomar alguma atitude em relação à sua pretensão deduzida, também viola o Princípio da Eficiência Administrativa e, conseqüentemente, acarretará sérios prejuízos ao erário. Da mesma forma, age mal o administrador que não fornece elementos suficientes para a defesa judicial da Administração Pública, obrigando o Procurador da entidade representada a apresentar contestações genéricas em completa afronta aos princípios da economicidade e da eficiência processual. Embora a legislação pátria limite a atuação positiva do administrador público às normas permissivas, por outro, não impede que o agente, dentro de sua esfera de discricionariedade, faça, no silêncio da lei, a ponderação entre os interesses privados e o interesse público primário, alcançando a solução que melhor atenda ao bem estar comum.

É por esta razão que se defende no presente trabalho que, a exemplo do gerenciamento existente nas empresas privadas, sejam impostas à Administração Pública metas de desempenho quantitativas e qualitativas, pois só a partir do estabelecimento de padrões ideais para o funcionamento da máquina estatal será possível mensurar a adequação e a pertinência das medidas administrativas definidas em lei.

O bom funcionamento da Administração Pública, sujeito que figura em grande número de ações intentadas perante o Poder Judiciário, seja no pólo ativo, seja no pólo

⁶⁴ Ibid. p. 29.

⁶⁵ Ibid. p. 30.

passivo, acarretaria certamente uma considerável redução das demandas judiciais propostas na atualidade.

A exemplo disto, no Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia federal encarregada de gerir a concessão e manutenção de benefícios previdenciários e assistenciais, um grave problema no atendimento inicial que gera, constantemente, várias ações judiciais para a revisão de decisões administrativas em trâmite nas comarcas estaduais do interior, onde não haja sede de Vara Federal (competência delegada prevista no art. 109, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil), nas varas federais, e, em maior número, nos Juizados Especiais Federais.

A partir do Programa de Redução de Demandas da Procuradoria Especializada do INSS em Ribeirão Preto, pôde-se constatar que a maior parte das controvérsias envolvendo a discussão de atos concessórios e revisionais de benefícios previdenciários e/ou assistenciais surgiram a partir de indeferimentos sem fundamentação adequada por parte do agente administrativo, ou por erro cometido pelo servidor em razão da excessiva quantidade de atendimentos num pequeno espaço de tempo. Não raro, requerimentos administrativos são indeferidos por graves erros decorrentes da falta de cruzamento de informações e da alimentação insuficiente de dados essenciais dos trabalhadores e contribuintes nos bancos de informação do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.⁶⁶ Muitas vezes, uma contribuição do segurado, crucial para o deferimento de uma aposentadoria, por exemplo, só é detectada a partir de uma consulta mais apurada no sistema. A burocratização do procedimento e a falta de especialização nas rotinas de trabalho do INSS prejudicam muito a qualidade dos serviços prestados, sem contar que o pessoal disponível para o atendimento de grandes metrópoles ainda é insuficiente em quantidade e qualidade.

Progressivamente, vê-se na Administração Pública uma maior preocupação com o grau de especialização dos servidores, passando-se a exigir uma formação específica e conhecimentos básicos sobre a legislação previdenciária, mesmo para o preenchimento do quadro de funcionários que irão atuar somente na parte administrativa. Esta medida, que vem sendo adotada desde a promulgação da Constituição da República de 1988, fortaleceu-se com a Reforma Administrativa operada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que passou a

⁶⁶ Esclareça-se, que, o Ministério da Previdência e da Assistência Social mantém sua base de dados no sistema PLENUS, e o Ministério do Trabalho e do Planejamento possui todas as informações dos trabalhadores e contribuintes individuais cadastrada no CNIS. Todos estes bancos de dados são gerados e mantidos pelo DATAPREV.

contemplar várias alterações relevantes para o regime dos servidores públicos e funcionamento da Administração Pública. Firmada a base constitucional, atos concretos de gestão dos órgãos públicos passaram a estabelecer concursos de seleção mais rigorosos, com a cobrança de conhecimentos pertinentes e mais aprofundados relacionados às matérias ligadas ao desempenho da função ofertada.

Dentre as principais mudanças decorrentes dessa reforma constitucional, pode-se citar a inserção do Princípio da Eficiência na Administração Pública (art. 37, *caput*, da CRFB)⁶⁷, a previsão expressa de investidura em cargo ou emprego público mediante realização de concurso público, adequado às necessidades da função a ser desempenhada (art. 37, inciso II da CRFB)⁶⁸, a participação do usuário no funcionamento da Administração Pública direta e indireta (art. 37, § 3º e incisos da CRFB)⁶⁹, a adoção de um regime jurídico único para os servidores (art. 39, *caput*, da CRFB)⁷⁰, manutenção de escolas de formação e aperfeiçoamento dos servidores (art. 39, § 2º da CRFB)⁷¹, incentivo aos programas de

⁶⁷ Art. 37, *caput* - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁶⁸ Art. 37, II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁶⁹ Art. 37, § 3º - A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁷⁰ Art. 39, *caput* - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. Importante salientar que este dispositivo teve sua eficácia parcialmente suspensa, por força de medida cautelar deferida por maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN 2135-4 (fase atual – aguardando julgamento), registrando-se que “O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Nelson Jobim, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, deferiu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 039, *caput*, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 019, de 04 de junho de 1998, tudo nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira, esclarecido, nesta assentada, que a decisão - como é próprio das medidas cautelares - terá efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie, que lavrará o acórdão. Não participaram da votação a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Gilmar Mendes por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Nelson Jobim e Néri da Silveira”. Fonte: Consulta on line – andamento processual - <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2135&processo=2135>. Acesso em 01 de abr. de 2010.

⁷¹ Art. 39, § 2º - A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

melhoria de qualidade e produtividade na Administração Pública (art. 39, § 7º da CRFB)⁷², e, por fim, avaliação periódica de desempenho dos servidores, que poderão perder o cargo se reprovados, assegurada ampla defesa em processo administrativo disciplinar (art. 41, incisos II e III da CRFB).⁷³

A previsão de medidas punitivas tem um lado positivo evidente, ao permitir a sanção e mesmo a demissão dos servidores públicos que não desempenham a contento suas funções por desídia ou falta de interesse possam ser excluídos do quadro funcional. Por outro lado, há que se reconhecer que tais medidas punitivas também geram uma margem de insegurança para uma atuação do servidor um pouco afastada das regras de caráter estritamente burocrático, fazendo com que os agentes administrativos tenham temor de reconhecer um direito segundo seu juízo de valor e convencimento, a partir da apreciação de documentos e elementos formadores de sua convicção. O ato de indeferimento, se torna, em vários casos, uma solução mais confortável e segura para o agente administrativo.

A partir desta constatação, observa-se um interessante reflexo nas causas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário. Várias pretensões deduzidas em juízo são manifestamente procedentes; no entanto, foram indeferidas pelo servidor público pela ausência de uma formalidade prevista em ato interno ou estabelecida pelo sua chefia imediata.⁷⁴ Mesmo existindo a previsão em lei para o julgamento embasado no Princípio da Eficiência e, sendo-lhe conferida discricionariedade para decidir, nos moldes da lei, o agente administrativo,

⁷² Art. 39, § 7º - Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁷³ Art. 41 - São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

⁷⁴ A exemplo disto, no âmbito do INSS, tem-se o caso do deferimento da pensão por morte à companheira ou companheiro. São exigidas pelo menos três documentos que comprovem a união estável, e a justificação administrativa ficaria, em tese, a cargo do agente administrativo para a colheita de prova testemunhal. Em várias situações levadas ao juízo, se constata a apresentação de dois documentos que atestam a convivência comum na época imediatamente anterior ao óbito do instituidor, e a apresentação de depoimento testemunhal consistente. Pela falta de estruturação de uma justificação administrativa, e pela ausência de um documento, o benefício é indeferido de plano da via administrativa. Cuida-se de caso que, se fosse devidamente analisado pelo servidor, sem o temor de ser repreendido por emitir um julgamento um pouco fora dos limites internamente estabelecidos pela chefia local, ouvindo ele próprio as testemunhas e registrando a termo os depoimentos, não haveria a necessidade de questionamento jurisdicional.

temendo sofrer uma punição arbitrária pelo descumprimento de uma ordem imediata, mesmo que desnecessária ou contrária aos ditames constitucionais, prefere evitar colisão com seus superiores, abstendo-se de conceder o direito ao requerente em situações limítrofes, fazendo do ato indeferitório uma espécie de refúgio.

Como contraponto a esta assertiva, destaca ROSEANE MILANEZ DE FARIAS em estudo sobre a Reforma Administrativa que:

a quebra da estabilidade, por si mesma, não poderá ampliar o poder discricionário do administrador público a ponto de agir contrário ao princípio da legalidade com demissões arbitrárias. Por isto, não somos contra a demissão de servidores, sejam estáveis ou não, desqualificados, ineficientes, ineficazes, improdutivos e descompromissados com o serviço público e a sociedade, mas sim contra a demissão arbitrária, sem critérios objetivos e não embasada nas necessárias avaliações de desempenho periódicas, desenvolvidas obedecendo às técnicas da Ciência da Administração, pois qualquer procedimento diferente, além de descumprir preceito legal, estará distorcendo o modelo proposto para uma Administração Gerencial.⁷⁵

Com isto, resta claro que, além de mecanismos legais que propiciem a melhoria da prestação dos serviços pela Administração Pública, para que o agente atue com maior segurança e independência, sempre com a observância dos ditames constitucionais e legalmente estatuídos, é imprescindível estabelecer uma rotina uniforme e clara para a atuação, com constante renovação das informações e elementos necessários para a avaliação de um ato administrativo, garantindo-se ao bom servidor o exercício de sua função com condições suficientes de trabalho, e segurança para que não seja punido de forma arbitrária, quando desempenha seu juízo discricionário.

Daí também se extrai a necessidade de fundamentação suficiente e exaustiva dos atos administrativos, como forma de convencimento do requerente sobre a ausência dos requisitos necessários para a satisfação de sua pretensão, e como meio que propicie a segurança do agente administrativo que reconhece um direito agindo de boa-fé, prezando pela eficiência e pelo interesse público primário, superando barreiras burocráticas desnecessárias e contrárias à finalidade precípua da Administração Pública.

2.3 A cultura da litigiosidade em juízo

⁷⁵ FARIAS, Roseane Milanez de. "Reforma Administrativa: na busca pela qualidade do serviço público". Recife, 2000. Disponível no site: <http://www.tce.pe.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=57&Itemid=437>. Acesso em 01 de mar. 2010, p. 23.

O problema da “cultura da sentença”⁷⁶ é aplicável a toda e qualquer utilização dos meios alternativos de pacificação dos conflitos. De fato, evidencia-se no ordenamento jurídico brasileiro uma premente necessidade de formação acadêmica e profissional voltada para a utilização dos meios alternativos.

Como registra PETRÔNIO CALMON, “A sociedade moderna se apresenta como uma cultura de conflitos, na qual não somente se verifica uma enorme e interminável quantidade de conflitos, como, igualmente, o hábito predominante de atribuir ao Estado a responsabilidade de proporcionar sua solução”.⁷⁷

GARCEZ salienta que “a tradição cultural oriental prefere as culturas mútuas e negociações em contraposição ao litígio, porque as relações comerciais entre orientais são baseadas na boa-fé das partes, com forte ênfase no consenso social e na busca da harmonia nas relações humanas”.⁷⁸

A partir de uma análise apurada dos procedimentos adotados em nosso ordenamento jurídico brasileiro, resta patente que a boa-fé das partes foi relegada para um segundo plano, e a burocratização do sistema judiciário aparece como um inócuo instrumento contentor da atuação desleal dos litigantes em juízo.

A imposição de barreiras burocráticas e protocolos supostamente visa garantir a segurança do procedimento judicial, mas o seu efeito é exatamente o oposto ao pretendido.

O ser humano só deposita confiança em outro indivíduo quando sabe claramente as regras do jogo, e quais são as armas de que ambos oponentes dispõem para um possível enfrentamento. A burocracia e a complexização das relações humanas reduzem a transparência das regras e abrem oportunidades para manobras desleais, fraudulentas, inaugurando assim, um ambiente dificilmente propício para o estabelecimento de relações de confiança.

⁷⁶ WATANABE, Kazuo. “Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação”, in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684-690.

⁷⁷ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25.

⁷⁸ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 10.

Para que se reverta a cultura de levar os litígios exclusivamente ao Poder Judiciário, HUMBERTO DALLA afirma a necessidade de promover uma mudança na mentalidade dos juristas, o que seria propiciado por uma alteração nos programas de graduação das universidades que ofereçam o curso de Direito, com a inserção de disciplinas como “Teoria do Conflito”, “Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos”, “Negociação” e “Conciliação”.⁷⁹ Também EDUARDO MEDINA observa que

Hodiernamente, constata-se de modo bem claro que, não obstante a ampliação do uso de métodos alternativos de resolução de litígios, sobretudo após a implementação dos Juizados Especiais e depois da regulamentação da arbitragem, a sociedade e os profissionais do direito, de um modo geral, desconhecem ou confundem os diversos meios não-tradicionais da solução de conflitos. [...] As razões que explicam tamanha falta de conhecimento dos causídicos pátrios, sobre os métodos alternativos de solução de conflitos, são basicamente duas: a escassa literatura específica sobre o assunto no Brasil e o reduzido número de cursos jurídicos que tenham, nos respectivos currículos, disciplinas cujo conteúdo programático cuide desses temas. Em nosso país, mesmo quando o advogado possui conhecimentos a respeito de institutos como a arbitragem, a mediação e a conciliação, ainda assim, faz pouco uso dos métodos alternativos de solução de litígios. Alguns fatores contribuem de forma decisiva para que isso ocorra.⁸⁰

Na mesma direção, afirma MARIA DE NAZARETH SERPA:

entre 10 advogados entrevistados sobre mediação, 9 respondem revelando o seu total desconhecimento. Uns afirmam que praticam mediação, em seus escritórios, mas a descrevem como conciliação, transação e outras figuras jurídicas. Outros ainda confundem o processo com arbitramento, mas também não conseguem definir essa outra forma de resolver disputas.⁸¹

A partir de tais considerações, resta claro que, no Brasil, a cultura pacificadora ainda se amolda aos conceitos antigos de submissão dos litígios ao Poder Judiciário, mantendo-se imperiosa uma mudança na formação dos novos profissionais do direito e na mentalidade dos jurisdicionados quanto à utilização dos meios judiciais como *ultima ratio*, e não mais como única forma de resolução das disputas advindas das várias relações sociais estabelecidas.

A respeito da cultura da litigiosidade em juízo, FÁTIMA NANCY ANDRIGHI adverte que

⁷⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “A Mediação na atualidade e no futuro do Processo Civil Brasileiro”. Disponível no site: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_na_atualidade_e_no_futuro_do_proc_civ_brasileiro.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2010, p. 8.

Registre-se, por oportuno, que os programas de Pós-Graduação da UERJ já oferecem disciplinas voltadas para a discussão dos mecanismos alternativos no curso de Mestrado em Direito Processual, tais como “Métodos Alternativos de Solução de Litígios – Mediação de Conflitos” e “Novos Direitos e Novos Instrumentos de Tutela” (ministradas pelo Professor Humberto Dalla), “Novas Tendências do Direito Processual Civil” (ministrada pelo Professor Leonardo Greco) e “Acesso À Justiça, Tutela dos Direitos Fundamentais e Jurisdição Internacional” (ministrada pelo Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro). Frise-se que todas as disciplinas em apreço contribuíram significativamente para a confecção do presente estudo.

⁸⁰ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos – O Cidadão na Administração ad Justiça*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, pp. 107-108.

⁸¹ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 42.

A cultura conciliatória ainda não fincou definitivamente suas estacas no seio da advocacia, nem na magistratura. Temos um trabalho de catequese para fazer. O ensino da ciência do direito é pautado pelo incentivo à beligerância, isto é, o fim precípua das aulas nas faculdades de direito é doutrinar os alunos no sentido de, ao se depararem com qualquer ofensa ao direito subjetivo, seja grande ou pequena, o único caminho a ser trilhado será o ajuizamento de ações, e ganhará fama o advogado que manejar o maior número possível de pedidos de liminares.⁸²

Neste esteio, ANDRIGHI entende que a solução para o problema da falta de cultura conciliatória não depende exclusivamente de alterações legislativas, sendo também necessária “a transformação do comportamento dos integrantes dos vários segmentos profissionais que participam ativamente da operacionalização dos serviços judiciários”.⁸³ E prossegue a Ministra do Superior Tribunal de Justiça:

Pouca valia terá um bom ordenamento legal se estivermos à míngua de aplicadores conscientes e preparados para enfrentar os tempos modernos. Hoje dependemos muito mais da boa vontade de todos (juízes, advogados e funcionários das secretarias) do que das providências do legislativo para promovermos a verdadeira reforma do Judiciário. Creio que podemos começar esta reforma interna, de dentro para fora do Poder Judiciário, pela deliberação de aplicarmos a lei processual vigente, por exemplo, instalando, efetivamente, a prática da conciliação. Contudo, o que temos visto ocorrer na prática é o que se segue:

1) os juízes deixando de designar a audiência de conciliação prevista no art. 331, para fazê-lo apenas na audiência de instrução e julgamento nos termos do art. 448;

2) os advogados do autor se opondo à designação de mais uma audiência porque redundará em alongamento do processo por causa do asseveramento das pautas;

3) os advogados dos réus impugnando, mediante agravo, a ausência de designação da audiência de conciliação, cujo recurso chegará ao STJ quando o juiz já terá proferido sentença e a decretação da nulidade absoluta do processo importará em maior atraso no deslinde da causa. Evidentemente, devemos monitorar o procedimento do juiz que descumpre as regras processuais, mas antes de fazê-lo, precisamos verificar se ele recebeu do tribunal o treinamento adequado, com o fornecimento do ensino das técnicas conciliatórias para conduzir a audiência de conciliação. Precisamos observar se o juiz, de posse das referidas técnicas, se dispôs a ler o processo preparando-se, com a devida antecedência, para na audiência formular propostas concretas com o fim de resolver o processo. Todos sabemos que, quando o juiz só estuda o processo depois de iniciada a audiência conciliatória ou depois que restou frustrada a proposta, provocará insegurança às partes e descrédito no seu trabalho, pois é facilmente perceptível quando o juiz não está dominando o conteúdo do processo.⁸⁴

O principal obstáculo para ampla aceitação e uso dos mecanismos como o da arbitragem, a mediação e a conciliação, em nosso país, decorre da falta de uma cultura de soluções alternativas de conflitos.⁸⁵ EDUARDO MEDINA destaca o monopólio estatal de realização da justiça como um dos principais obstáculos à propagação da mediação e da conciliação como mecanismos de pacificação social:

⁸² ANDRIGHI, Fátima Nancy. “Conciliação Judicial”. Palestra Proferida na IV Jornada Brasileira de Direito Processual Civil. Fortaleza, 09 Agosto de 2001. Disponível no site: <http://bdjur.stj.jus.br>. Acesso em 01 de mar. 2010.

⁸³ Ibid. transcrição, p. 2.

⁸⁴ Ibid. transcrição, p. 3.

⁸⁵ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos – O Cidadão na Administração ad Justiça*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 127.

Deve-se reconhecer que o Estado não vem exercendo com eficiência a função jurisdicional. Em que pese o esforço de todos os profissionais que intervêm na esfera do Poder Judiciário, a verdade é que este órgão traduz a imagem de um organismo muito complexo, lento, caro e quase sempre inacessível aos hipossuficientes. É correto afirmar que algumas das afirmativas tomadas no intuito de melhorar o desempenho da jurisdição estatal, como, por exemplo, a Lei 9+099/95/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, vêm colaborando no sentido de melhorar a prestação jurisdicional do Estado, porém são ainda insuficientes.

Pensamos que ninguém melhor do que o cidadão para exercer a prerrogativa de escolha do método mais adequado à solução de sua lide. As alternativas à jurisdição cível em nada enfraquecem o Poder Judiciário. Ao contrário, vêm para minimizar suas mazelas, de modo que possa prestar melhor jurisdição nas hipóteses cujo deslinde refoge à competência da justiça privada, além de constituírem mais uma via de resolução de conflitos para os jurisdicionados.⁸⁶

Dentre outros óbices à difusão dos meios alternativos de pacificação no Brasil, EDUARDO MEDINA enumera a falta de uma cultura de soluções alternativas dos conflitos; a existência de preconceito e ignorância em relação a institutos como o da mediação e arbitragem e a tradução brasileira no que toca a um modelo conflitual de jurisdição, como única forma de resolução de litígios.⁸⁷

É ponto pacífico que a cultura da litigiosidade só poderá ser amenizada a partir de um trabalho de conscientização e formação dos operadores do direito, estabelecendo-se o Poder Judiciário como última medida a ser considerada para a resolução de qualquer problema.

De fato, a litigiosidade em juízo é combatida com maior fervor pelos magistrados e pelos advogados públicos, que sofrem os efeitos do crescimento e acúmulo de demandas judiciais de forma mais intensa, dadas as funções por eles desempenhadas.

Para os advogados particulares, em um primeiro momento, o crescimento de demandas judiciais significaria um aumento de clientela, o que em tese, possibilitaria aos profissionais um incremento nos ganhos com honorários contratuais e sucumbenciais. No entanto, há que se registrar, esta crença é equivocada, pois observa-se na prática processual que, à medida em que o volume de processos aumenta, o Poder Judiciário se utiliza cada vez mais do julgamento em bloco de questões semelhantes, sem adentrar os detalhes de cada caso concreto, o que faz crescer o número de improcedências e extinções dos processos sem o julgamento do mérito. Destarte, uma maior filtragem das demandas judiciais e a utilização dos meios alternativos como forma de resolução dos conflitos de menor complexidade

⁸⁶ Ibid. p. 128.

⁸⁷ Ibid. p. 129.

proporcionariam aos advogados particulares uma maior chance de êxito nas ações ajuizadas e a realização de acordos com os demandados traria resultados certamente positivos, com economia de tempo, plena satisfação dos clientes, e pagamento de honorários contratuais com maior rapidez.

O crescimento na dinâmica das relações sociais faz com que os mecanismos mais céleres aumentem as chances de ganho dos profissionais do direito, aumentando a capacidade de atendimento, e incrementando as possibilidades de atuação do advogado, que continuaria a prestar seus serviços de assistência judiciária, e também dando consultoria e assessoramento para a resolução de conflitos extrajudicialmente.

Pelo exposto, resta evidenciado que a adoção do mecanismo da conciliação nas causas em face da Administração Pública seria vantajosa para os magistrados, advogados públicos e particulares, serventurários da justiça, e, principalmente, para as partes litigantes.

3 CONCILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Em estudo sobre os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil, JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ salienta que a expressão “conciliação” tem sido vinculada ao procedimento judicial, logo, exercida por juízes (togados ou leigos) ou por conciliadores bacharéis em direito.⁸⁸

A partir desta concepção, resta claro que o conciliador, investido de função jurisdicional, não se limita a auxiliar as partes a chegarem consensualmente a um acordo, também tendo a faculdade de aconselhar e tentar induzi-las a que cheguem a esse resultado, dentro dos limites processualmente estabelecidos, respeitando-se as garantias legais e constitucionalmente estatuídas.

A conciliação no Brasil foi prestigiada pelas mini-reformas, tendo a recente Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, instituído a audiência preliminar (art. 331, CPC), com o deliberado propósito de estimular a composição das partes, abortando, por essa forma, o litígio. Como solução alternativa, foi promulgada a Lei nº 9.307/96, disciplinando a arbitragem.

A recomendação da utilização das formas alternativas de resolução de conflitos pode ser constatada nos seguintes textos normativos, entre outros: art. 114 §§ 1º e 2º da Constituição da República Federativa do Brasil⁸⁹, de 1988; arts. 277⁹⁰, 331⁹¹, 447 a 449⁹² e

⁸⁸ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 54

⁸⁹ Art. 114 [...]

§ 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁹⁰ Art. 277 - O juiz designará a audiência de conciliação a ser realizada no prazo de trinta dias, citando-se o réu com a antecedência mínima de dez dias e sob advertência prevista no § 2º deste artigo, determinando o comparecimento das partes. Sendo ré a Fazenda Pública, os prazos contar-se-ão em dobro. (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

§ 1º A conciliação será reduzida a termo e homologada por sentença, podendo o juiz ser auxiliado por conciliador. (Incluído pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

§ 2º Deixando injustificadamente o réu de comparecer à audiência, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados na petição inicial (art. 319), salvo se o contrário resultar da prova dos autos, proferindo o juiz, desde logo, a sentença. (Incluído pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

740⁹³ da Lei nº 5.869, de 1973 (Código de Processo Civil); art. 3º da Lei nº 7.783, de 1989 (Lei de Greve)⁹⁴; arts. 22 e 24 da Lei nº 9.099, de 1995⁹⁵; art. 34 da Lei nº 9.514, de 1997⁹⁶; art. 4º da Lei nº 10.101, de 2000⁹⁷; e art. 11 da Lei nº 10.192, de 2001.⁹⁸

§ 3º As partes comparecerão pessoalmente à audiência, podendo fazer-se representar por preposto com poderes para transigir. (Incluído pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

⁹¹ Art. 331 - Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

⁹² Art. 447 - Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Art. 448 - Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 449 - O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

⁹³ Art. 740 - Recebidos os embargos, será o exequente ouvido no prazo de 15 (quinze) dias; a seguir, o juiz julgará imediatamente o pedido (art. 330) ou designará audiência de conciliação, instrução e julgamento, proferindo sentença no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

⁹⁴ Art. 3º - Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho.

⁹⁵ Art. 22 da Lei 9.099/95 - A conciliação será conduzida pelo Juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Obtida a conciliação, esta será reduzida a escrito e homologada pelo Juiz togado, mediante sentença com eficácia de título executivo.

Art. 24 da Lei 9.099/95 - Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei.

⁹⁶ Art. 34 da Lei 9.514/97 - Os contratos relativos ao financiamento imobiliário em geral poderão estipular que litígios ou controvérsias entre as partes sejam dirimidos mediante arbitragem, nos termos do disposto na Lei nº 9.307, de 24 de setembro de 1996.

⁹⁷ Art. 4º -- Caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio:

I - mediação;

II - arbitragem de ofertas finais.

§ 1º Considera-se arbitragem de ofertas finais aquela em que o árbitro deve restringir-se a optar pela proposta apresentada, em caráter definitivo, por uma das partes.

§ 2º O mediador ou o árbitro será escolhido de comum acordo entre as partes.

§ 3º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência unilateral de qualquer das partes.

§ 4º O laudo arbitral terá força normativa, independentemente de homologação judicial.

⁹⁸ Art. 11 - Frustrada a negociação entre as partes, promovida diretamente ou através de mediador, poderá ser ajuizada a ação de dissídio coletivo.

§ 1º O mediador será designado de comum acordo pelas partes ou, a pedido destas, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, na forma da regulamentação de que trata o § 5º deste artigo.

§ 2º A parte que se considerar sem as condições adequadas para, em situação de equilíbrio, participar da negociação direta, poderá, desde logo, solicitar ao Ministério do Trabalho e Emprego a designação de mediador, que convocará a outra parte.

Segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO,⁹⁹ “O processo civil moderno inclui a conciliação entre as atividades inerentes ao exercício da jurisdição” destacando a inserção do instituto entre os deveres fundamentais do juiz, na forma dos artigos 125, IV, 331, *caput* e § 1º, e 342 do Código de Processo Civil. Para DINAMARCO, a conciliação homologada por ato do magistrado passa a ter a mesma eficácia pacificadora de uma sentença que julga o mérito, logo, “imunizadas pela coisa julgada material e em princípio só poderão ser rescindidas pela via da ação rescisória”¹⁰⁰.

No entanto, a conciliação realizada em sede de juizados especiais não é passível de rescisão por ação rescisória, (art. 59 da Lei nº 9.099/95)¹⁰¹ o que torna questionável a afirmação de DINAMARCO quanto à equiparação da eficácia pacificadora dos acordos judicialmente homologados com a eficácia das sentenças que julgam o mérito.

Na opinião de DINAMARCO, o caráter jurisdicional da atividade conciliatória hábil a ensejar os efeitos imunizadores da coisa julgada só se faz presente quando a atividade conciliatória é exercida por juiz togado, excluindo de imediato as conciliações realizadas por conciliadores e juizes leigos, por violação da garantia do juiz natural:

O princípio do juiz natural quer que somente sejam encarregados do pleno exercício da jurisdição os juízes ali relacionados e admitidos ao Poder Judiciária mediante as ordinárias regras de recrutamento, que nas instâncias ordinárias incluem geralmente o necessário concurso de ingresso. Só eles, ademais, são dotados da tríplice garantia constitucional da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, que constitui penhor inalienável de sua independência e, portanto, imparcialidade (art. 95, incs. I-III). Não se teria a segurança de um processo justo e equo, quando aquele exercício pleno fosse confiado a outros sujeitos, destituídos dessas garantias.

Por outro lado, ressalva DINAMARCO que se a conciliação realizada por juízes leigos e conciliadores for homologada por juiz togado, ter-se-ia como resultado um ato complexo autenticamente jurisdicional, sendo-lhe conferida eficácia semelhante à das sentenças judiciais que julgam o mérito.

§ 3º O mediador designado terá prazo de até trinta dias para a conclusão do processo de negociação, salvo acordo expresso com as partes interessadas.

§ 4º Não alcançado o entendimento entre as partes, ou recusando-se qualquer delas à mediação, lavrar-se-á ata contendo as causas motivadoras do conflito e as reivindicações de natureza econômica, documento que instruirá a representação para o ajuizamento do dissídio coletivo.

⁹⁹ DINAMARCO, Candido Rangel, Instituições de Direito Processual Civil – vol. 1. São Paulo: Malheiros Editores, p. 676.

¹⁰⁰ Ibid. p. 677.

¹⁰¹ Art. 59 - Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.

Neste ponto, não pode passar despercebido o fato de que muitas vezes o ato de homologação dos acordos realizados por juízes leigos e conciliadores será realizado sem uma análise apurada das garantias processuais envolvidas, funcionando como mero cancelamento formal dos atos praticados por sujeitos não investidos na função jurisdicional.

No que diz respeito ao momento da fase conciliatória, FÁTIMA NANCY ANDRIGHI destaca a importância de se oportunizar a propositura de acordos no início e na fase imediatamente anterior à prolação da sentença, sendo de maior importância que o magistrado profira o despacho saneador na audiência de conciliação ou até mesmo antes de sua realização. Saneado o processo em momento anterior à fase conciliatória, confere-se às partes maior segurança na negociação, porque eventuais preliminares que tenham sido suscitadas já terão sido apreciadas e superadas. Para ANDRIGHI,¹⁰² “a leitura mais adequada à expressão 'direitos disponíveis' deverá ser a mais ampla possível, por isso a realização da audiência de conciliação ocorrerá toda vez que o processo versar sobre direito que admita transação, isto é, direitos transigíveis, sem dúvida, uma expressão mais abrangente do que aquela constante na lei”.

3.1 Importância da conciliação como meio de pacificação social dos conflitos

Na fase de conciliação, as partes têm a oportunidade de obter uma solução consensual para o conflito mediante a ponderação dos valores subjetivamente considerados e dos direitos envolvidos dentro da esfera de risco pessoal de cada interessado, já tendo um prévio conhecimento das limitações de cada indivíduo para a satisfação da pretensão supostamente resistida.

Logo, a conciliação é um mecanismo que possibilita com maior presteza que as partes cheguem a interessantes conclusões que não poderiam ser extraídas de um julgamento completamente impessoal e imparcial proferido por um terceiro dotado de conhecimentos exclusivamente técnicos, sem qualquer envolvimento com a situação fática que deu origem ao conflito instaurado.

¹⁰² ANDRIGHI, Fátima Nancy. “Conciliação Judicial”. Palestra Proferida na IV Jornada Brasileira de Direito Processual Civil. Fortaleza, 09 Agosto de 2001. Disponível no site: <http://bdjur.stj.jus.br>. Acesso em 01 de mar. 2010.

A exemplo disto, citem-se casos em que as partes, ao tentar estabelecer uma negociação, expondo suas pretensões e suas posições acerca de determinada relação estabelecida, chegam à conclusão de que, de fato, não houve nenhuma violação de direito ou descumprimento de dever, e sim uma mera falha de comunicação, ou até o adimplemento voluntário de uma obrigação que até então seria desconhecido por um dos interessados por razões completamente justificáveis.

Evidentemente, se as partes não conseguirem na fase conciliatória chegar a um consenso, caberá à decisão judicial a pacificação do conflito e a estabilização da situação de cada indivíduo, conferindo-se àquela questão a correspondente segurança jurídica. Mas para que tal premissa seja realmente verdadeira, importante se faz oportunizar devidamente às partes um momento para discussão, para que dali se extraia um acordo de vontades, ou, ao menos, um melhor esclarecimento de todos os elementos do conflito.

Por meio de uma conciliação adequadamente conduzida, os litigantes podem chegar a uma solução mais satisfatória e muito mais célere, em comparação à decisão judicial obtida após regular tramitação processual.

A solução obtida judicialmente revela-se plenamente eficaz e satisfatória às partes nos casos em que o mecanismo conciliatório revelar-se inútil ou frustrado. O Poder Judiciário deve ser acionado somente em último caso, pois sabidamente as decisões judiciais, por melhor que sejam, não estão livres de limitações e riscos que as tornam, em grande parte dos casos, ineficazes ou insatisfatórias.

A impossibilidade de padronização das decisões decorre da particularidade de cada caso concreto que é submetido à apreciação judicial, e também das diferenças culturais, técnicas e ideológicas de cada julgador.

Com isto conclui-se que as partes que estabelecem uma relação jurídica entre si possuem, em relação ao magistrado, larga vantagem e maiores condições de chegarem a uma solução mais adequada às suas necessidades e limitações pessoais, uma vez que os interessados detêm naturalmente maior conhecimento da causa, do momento em que se estabeleceu o conflito, e das condições de cumprimento das obrigações pactuadas, dentro do espaço e do tempo.

Além disso, na atualidade, o Poder Judiciário sabidamente não tem tido condições operacionais adequadas para dar conta de todas as demandas judiciais levadas ao seu conhecimento. O despreparo da máquina judiciária para o volume de demandas é notório (aspecto quantitativo), assim como a falta de treinamento dos profissionais que atendem ao Poder Judiciário compromete a qualidade dos serviços prestados e, conseqüentemente, das decisões finais (aspecto qualitativo).

Em verdade, o magistrado não dispõe de tempo suficiente para analisar exaustivamente cada litígio. Além de ter que fazer um julgamento distanciado da realidade das partes envolvidas, o juiz encontra outras dificuldades para emitir sua decisão, por não contar com condições ideais e instrumentos adequados ao exercício de sua atividade jurisdicional.

Por isto, defende-se neste trabalho que a resolução de conflitos perante o Poder Judiciário deve ser considerada somente em último caso (*ultima ratio*), pois quando frustrada a negociação entre os particulares, não há tanto o que se perder com os riscos e limitações processuais inerentes ao exercício da função jurisdicional, situação em que a decisão judicial terá maior probabilidade de êxito e satisfatoriedade.

Ao lado da conveniência da conciliação como melhor instrumento para a pacificação dos conflitos, ressalta-se a sua utilidade como mecanismo de filtragem das demandas que realmente merecem a tutela jurisdicional.

A partir da redução das demandas judiciais, seja por utilização da conciliação, seja pela filtragem dos conflitos mediante a utilização de outros meios alternativos, como a mediação e a arbitragem, o problema da falta de infra-estrutura e de organização do Poder Judiciário seria em grande parte minimizado, o que tornaria a atividade do magistrado menos árdua.

Conseqüentemente, seria otimizado o tempo disponível para que o julgador conheça exaustivamente as lides, bem como para que atualize seus conhecimentos técnicos, pois diante do quadro atual, é impossível ao magistrado manter em dia seus estudos quando gasta praticamente todo o seu tempo trabalhando.

Assim, de forma reflexa, a filtragem das demandas judiciais por meio da conciliação (ao lado de outros mecanismos alternativos de pacificação e de outras inovações processuais

tendentes a propiciar maior celeridade aos procedimentos judiciais) abre a possibilidade ao magistrado de proferir decisões mais próximas da realidade dos fatos e das provas carreadas nos autos, em total conformidade com as inúmeras alterações legislativas e jurisprudenciais que ocorrem com tanta freqüência em nosso ordenamento jurídico.

3.2 Movimentos de conciliação na justiça brasileira

A conciliação no ordenamento jurídico brasileiro foi incorporada pela primeira vez nas Ordenações Manuelinas, de 1514 e Ordenações Filipinas, de 1603. Assim, a Constituição Imperial já previa a conciliação como condição prévia de procedibilidade, ao se estabelecer no parágrafo primeiro do art. 161 que “sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação não se começará processo algum”.¹⁰³

Com o advento do Código de Processo Civil de 1939 dá-se o enfraquecimento do instituto da conciliação, por falta de previsão específica quanto a sua utilização. No entanto, anos depois, com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, passou a ser prevista expressamente a conciliação na audiência preliminar na Justiça Trabalhista.

A partir do Código de Processo Civil de 1973, a conciliação foi reincorporada ao sistema processual civil brasileiro como medida necessária à contenção de problemas estruturais e procedimentais encontrados no funcionamento do Poder Judiciário, tais como “sobrecarga dos tribunais; complexidade da estrutura da Justiça Comum, pouco ou nenhum acesso do povo à Justiça; despesas altas com os processos; solução rápida para os litígios; decisões são mais bem aceitas; alternativa de pacificação social”.¹⁰⁴

Em 7 de novembro de 1984, a Lei nº 7.244 passou a dispor sobre a criação e o funcionamento dos Juizados de Pequenas Causas, trazendo no art. 2º previsão expressa do instituto da conciliação como um dos critérios norteadores do processo.¹⁰⁵

¹⁰³ VIEIRA, Marina Nunes. “Conciliação: simples e rápida solução de conflitos”. Disponível no site: http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/13_convidado_marina.pdf. Acesso em 13 de abr. 2010. p.2.

¹⁰⁴ Ibid. p. 2.

¹⁰⁵ Art 2º - O processo, perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes.

O movimento de conciliação no Brasil se intensificou com a Constituição da República de 5 de outubro de 1988¹⁰⁶ – que firmou em sede constitucional as suas bases por meio dos art. 98, I (criação dos Juizados Especiais); 111, III e 112 a 116 (previsão das Juntas de Conciliação e Julgamento)¹⁰⁷ – e das leis editadas para regulamentar a conciliação. A exemplo disto, pode-se citar a inserção, pela Lei nº 8.952/95, do art. 331 do Código de Processo Civil, que prevê a fase de audiência de conciliação prévia; a Lei nº 9.099/95, que ao criar os Juizados Especiais Cíveis e Criminais reproduziu em seu art. 2º a conciliação da mesma forma que anteriormente prevista na Lei nº 7.244/84; a Lei nº 9307/96, que instituiu e regulamentou o instituto da arbitragem – outro importante meio alternativo de pacificação dos conflitos; a Lei Complementar nº 59/2001, que contemplou os Juizes de Paz; e, por fim, a Lei nº 10.259/2001, que, ao instituir os Juizados Especiais Federais, trouxe no art. 3º regra expressa sobre a competência dos juízos para processar e conciliar causas submetidas à alçada da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos.

Acompanhando as alterações legislativas, no plano interno, surgiram várias Resoluções do Poder Judiciário regulamentando e fomentando o movimento de conciliação em várias regiões do país.

Em 23 de agosto de 2006, teve início o Movimento pela Conciliação, por meio de uma parceria estabelecida entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e vários órgãos do Poder Judiciário, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), e representantes da advocacia pública (Procuradorias Municipais, Estaduais e Advocacia Geral da União). O slogan do Movimento pela Conciliação – “Conciliar é Legal” – sugere a vinculação do instituto com as alterações legislativas e, a o mesmo tempo, a utilidade e os benefícios advindos de sua utilização.

Como já asseverado por KAZUO WATANABE, um dos principais obstáculos à adoção da conciliação como forma de pacificação dos conflitos está na chamada “cultura da

¹⁰⁶ Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004 veio fortalecer ainda mais a utilização da conciliação ao incluir o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição da República, passando a assegurar expressamente a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A Emenda Constitucional nº 62 de 2009, por sua vez, tratou da criação de câmaras de conciliação para o pagamento de débitos dos entes públicos.

¹⁰⁷ As Juntas de Conciliação e Julgamento foram extintas pela Emenda Constitucional nº 24 de 9 de dezembro de 1999. No entanto, a conciliação continua sendo bastante utilizada nos processos trabalhistas, destacando-se a criação das Comissões de Conciliação Prévia pela Lei nº 9.958/2000, que acrescentou os arts. 625-A a 625-H, 876 e 877-A da CLT.

sentença”,¹⁰⁸ problema que também se aplica a toda e qualquer utilização dos meios alternativos de pacificação dos conflitos.

De fato, evidencia-se no ordenamento jurídico brasileiro uma premente necessidade de formação acadêmica e profissional voltada para a utilização dos meios alternativos, deficiência esta que vem sendo gradualmente superada por meio de cursos de especialização oferecidos por Escolas de Formação de Magistrados, Associações de Advogados públicos e particulares, e por cursos de Graduação e Pós-graduação nas grandes Universidades, em todo o país.

A partir de 2007, o Movimento de Conciliação “Conciliar é Legal” começa a produzir efeitos concretos, com a instalação de Gabinetes de Conciliação em vários órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Federal, e com periódicos mutirões de conciliação nas justiças de primeiro grau. A idéia dos mutirões de conciliação nas justiças de primeiro grau é propagada com maior facilidade nos juizados especiais em razão da limitação ao valor da causa e da inexistência de condenação em honorários advocatícios na primeira instância. Por meio dos mutirões, há a realização de uma “triagem” dos processos em que o magistrado vislumbra uma maior chance de negociação inicial entre as partes, seja em razão da pequena complexidade das questões, seja pela existência de provas suficientes nos autos para o pronto julgamento; e, a partir daí, são marcadas audiências prévias de conciliação, reunidas em dias ou semanas específicas organizadas de acordo com os réus categorizados como “litigantes habituais”, ou seja, que figuram no pólo passivo em grande parte das demandas ajuizadas, como é o caso das empresas prestadoras de serviço público, Caixa Econômica Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Esta reunião dos processos para audiência prévia de conciliação com um réu em comum facilita bastante a operacionalização dos procedimentos (deslocamento de patronos previamente designados sem interrupções e atrasos nas audiências), bem como possibilita um maior enfoque sobre as questões peculiares de cada caso concreto, servindo a experiência de cada tentativa de conciliação como embasamento para situações semelhantes reunidas naquele mutirão.

¹⁰⁸ WATANABE, Kazuo. “Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação”, in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPI, 2005, pp. 684-690.

3.3 Conciliação nos Juizados Especiais

O rito dos juizados especiais propicia a celebração de vários acordos judiciais, seja em razão da menor complexidade das matérias e do valor envolvido, seja em razão da celeridade que é conferida ao processamento das demandas submetidas ao rito sumaríssimo.

A grande procura pelos juizados especiais como meio de pacificação social, seja pela gratuidade de justiça que lhe é inerente, seja pela simplicidade, celeridade e possibilidade de litigar em juízo sem a presença de um advogado no primeiro grau de jurisdição, compromete inevitavelmente a qualidade da prestação jurisdicional aumentando as chances de erro ou de inobservância das garantias processualmente envolvidas.

Logo, os efeitos da *coisa soberanamente julgada* nos acordos celebrados e homologados perante os juizados especiais devem ser repudiados não só em razão da ausência de atividade jurisdicional (aqui entendida como atividade praticada por juiz regularmente investido na função jurisdicional), mas também pela ausência de um procedimento especial equivalente inteiramente revestido de garantias processuais hábeis a ensejar a proibição de rediscussão das questões de fato e de direito suscitadas pelas partes.

Para PAULO CEZAR CARNEIRO, a conciliação “é o instituto mais precioso dos Juizados Especiais Cíveis”.¹⁰⁹ Em igual sentido, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO ao fazer alusão aos Juizados de Pequenas Causas, asseverou que a conciliação desde então já era considerada como o “objetivo primacial a ser perseguido”.¹¹⁰

Pode-se, assim, afirmar, que o meio mais propício para o desenvolvimento das técnicas de conciliação está no procedimento dos juizados especiais, em razão das características da informalidade, celeridade e flexibilidade do rito que lhes são inerentes, aptas a promover da melhor forma o desenvolvimento das negociações entre as partes, com a condução de um terceiro investido de função jurisdicional, capacitado e dotado de impessoalidade, que figurará não só como intermediador neutro mas também como fiscal da legalidade e razoabilidade das questões ventiladas no processo, e das propostas de acordo

¹⁰⁹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da formulação de uma nova Teoria Geral do Processo*, 2a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003., p. 77.

¹¹⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. Considerações sobre o processo e os juizados de pequenas causas, in *Revista de Processo* n. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 27.

ofertadas, acompanhando o seu desenrolar até a quitação total das obrigações colocadas em discussão.

No que diz respeito ao tema em questão, qual seja, a conciliação na Administração Pública, a discussão se limita até o presente momento, ao procedimento adotado nos juizados especiais federais, dada a impossibilidade de ente público figurar como parte nas causas em trâmite nos juizados especiais cíveis, nos termos do art. 8º, *caput*, da Lei nº 9.099/95¹¹¹.

Sendo assim, estabelece o art. 3º da Lei nº 10.259/2001 que “Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças”.

Esta limitação da competência cognitiva e executiva do juízo especial federal em razão do valor (art. 3º da Lei nº 10.259/2001) é complementada pela regra disposta no § 2º do referido dispositivo segundo a qual “quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art. 3º, *caput*”.

A partir da criação dos juizados especiais federais, impulsionou-se na Administração Pública Federal a utilização da conciliação como mecanismo pacificador de conflitos. Exemplificativamente, no âmbito interno da Advocacia Geral da União, foi editada a Portaria nº 505 de 19 de junho de 2002¹¹², quando ainda era Advogado Geral da União o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes. No âmbito da Administração Pública Federal, pode-se dizer que este foi o marco inicial para a inserção da política conciliatória, que, inicialmente limitava-se ao procedimento dos juizados especiais federais.

A citada Portaria estabelecia inicialmente duas hipóteses autorizativas para a realização do processamento conciliatório ou a manifestação de desistência recursal. A primeira situação contemplada dizia respeito à inexistência de controvérsia quanto ao fato ou direito aplicado, e, a segunda, ao reconhecimento de erro administrativo por autoridade competente. Em consonância com a regra prevista no art. 3º da Lei nº 10.259/2001, estabeleceu a Portaria nº 505 que os valores envolvidos na conciliação, na transação e na desistência não poderiam exceder ao teto de sessenta salários mínimos, incluindo-se o referido

¹¹¹ Art. 8º - Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.

¹¹² Portaria na íntegra, inserida no anexo I.

valor a soma das 12 parcelas vincendas, quando fosse o caso. Além disso, foi exigida para a formalização dos acordos em juízo a previsão expressa de cláusula de renúncia a todos os direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial.

Dentre as matérias que jamais poderiam ser objeto de acordo, a Portaria enumerava as penalidades aplicadas a servidor, os casos de dano moral (ressalvados os casos de assunção de culpa pelo dano por prestadora terceirizada que assumisse o pagamento e a responsabilidade integral pelos prejuízos causados), os litígios fundados exclusivamente em matéria de direito sem que houvesse súmula ou orientação interna da Administração reconhecendo sua procedência, e, por fim, as ações envolvendo a concessão de benefício previdenciário, sem que houvesse prévio requerimento administrativo.

No entanto, nem com a Portaria houve êxito na propagação da conciliação pelos Advogados Públicos Federais, por questões de insegurança dos profissionais diante da inovação procedimental e falta de treinamento prévio para a inserção do novo mecanismo em suas rotinas de trabalho, e também pela regra trazida no art. 4º do referido diploma, que exigia um procedimento extremamente burocrático consistente na remessa obrigatória de todos os acordos realizados, até o quinto dia útil do mês subsequente à sua homologação, à Secretaria Geral do Contencioso da Advocacia Geral da União para fins de fiscalização e controle.

Posteriormente, a Orientação Interna Conjunta INSS/DCPRES/PROCGER nº 56, de 20 de setembro de 2002,¹¹³ reproduzindo na íntegra os termos da Portaria nº 505, de 19 de junho de 2002, passou a atribuir expressamente a competência aos Procuradores Federais em exercício na Procuradoria Especializada junto ao INSS para conciliarem, transigirem e desistirem de recursos interpostos em nome do INSS nas causas em tramitação perante os Juizados Especiais Federais.

Interessante mencionar a regra do art. 4º § 1º da Portaria nº 505, exigindo que o Advogado Público, antes de fazer a proposta conciliatória, tivesse acesso a todos os documentos e informações pertinentes à demanda judicial instaurada, bem como a planilha de liquidação dos valores envolvidos numa possível condenação. Tal procedimento seria ideal, pois a transparência é um dos principais fatores que propiciam a análise das propostas de acordo entre as partes, demonstrando com maior exatidão o que cada interessado irá ganhar ou perder na negociação estabelecida. No entanto, como visto, qualquer procedimento

¹¹³ Orientação Interna Conjunta na íntegra no Anexo II.

extremamente burocrático ou que demande uma estrutura operacional não oferecida na prática aos agentes públicos está fadado ao insucesso, o que, de fato, ocorreu.

Na Advocacia Pública Federal, a estrutura de uma carreira de apoio é e sempre foi extremamente deficitária. Não há um número suficiente de servidores auxiliares para o desempenho de funções secundárias como o cadastramento, acompanhamento e controle das ações judiciais, análise de litispendência, registro estatístico de litígios por assunto e número de acordos realizados, enfim, atividades que, embora sejam mais simples, tomam muito do tempo do Advogado Público, tornando árdua a disseminação da conciliação nos moldes burocráticos estabelecidos a partir da Portaria nº 505 de 2002.

Em resposta a esta dificuldade de inserção da conciliação na Administração Pública, em 30 de janeiro de 2007 foi editada a Portaria AGU nº 109¹¹⁴ e em 16 de setembro de 2007 a Portaria AGU nº 915,¹¹⁵ que, ao lado de um programa de conscientização dos advogados públicos acerca da necessidade do instituto como meio pacificador dos conflitos trouxe três importantes inovações.

A primeira inovação relevante foi a menção expressa da Procuradoria da Fazenda Nacional e da Procuradoria do Banco Central do Brasil no rol dos advogados públicos federais autorizados a transigir, conciliar e desistir em juízo. Isto não significa que anteriormente não o fossem autorizados a tanto, no entanto, a enunciação literal e específica destes membros da carreira deixou clara a intenção do Advogado Geral da União de fazer propagar a difusão da conciliação nas causas patrocinadas por estes profissionais.

A segunda mudança de grande importância foi a previsão de ampliação das hipóteses de transação e não interposição ou desistência recursal da seguinte forma:

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.

¹¹⁴ Portaria na íntegra no Anexo III.

¹¹⁵ Portaria na íntegra no Anexo IV.

A terceira alteração consistiu em uma flexibilização da burocratização atinente ao controle dos acordos pactuados pelos advogados públicos federais, passando a estabelecer a informatização dos dados que deveriam ser divulgados, na forma do dispositivo da Portaria AGU nº 109 de 2007, a seguir em destaque:

Art. 5º Os dados relativos aos acordos firmados pelos órgãos jurídicos da União, autarquias e fundações públicas deverão ser informados, por meio eletrônico, aos órgãos centrais da Procuradoria-Geral da União, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, conforme o caso, para sistematização e divulgação.

No mais, foram mantidas as demais disposições da Portaria nº 505 de 2002, persistindo a limitação de propostas conciliatórias ao pagamento de valores não excedentes a sessenta salários mínimos.

Mediante as limitações impostas pelos atos internos da Advocacia Geral da União, resta evidente que o maior índice de acordos pactuados se dá no âmbito dos juizados especiais federais, seja em razão da limitação dos valores acordados ao teto de sessenta salários mínimos, seja pela inexistência de previsão de honorários sucumbenciais em primeira instância, que diminui a resistência por parte dos patronos dos particulares em firmarem propostas conciliatórias.

Em âmbito estadual e municipal, a conciliação ainda figura de forma bastante tímida, tendo-se pouca notícia a respeito de atos internos que autorizem a prática conciliatória pelos seus representantes judiciais.

A exemplo disto, na Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, a autorização para que os advogados públicos façam propostas conciliatórias foi conferida a partir do Decreto Estadual 40.500 de 01 de janeiro de 2007.¹¹⁶ No entanto, o procedimento ora adotado ainda é extremamente burocrático, devendo o advogado público submeter todas as suas propostas de acordo à apreciação do Procurador Geral do Estado antes de serem ofertadas.

¹¹⁶ Vide Anexo V.

4. ADMISSIBILIDADE DA CONCILIAÇÃO COMO MECANISMO SOLUCIONADOR DE CONFLITOS NAS DEMANDAS JUDICIAIS EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A análise da admissibilidade da conciliação como mecanismo de solução de litígios instaurados perante a Administração Pública demanda prévia explanação a respeito da arbitragem, pois foi a partir deste mecanismo alternativo que se inaugurou a discussão a respeito da incompatibilidade entre a negociação de interesses públicos e os princípios da supremacia e da indisponibilidade que lhes são afetos.

Uma das principais questões levantadas em sede de arbitragem diz respeito à possibilidade ou não de submissão dos conflitos com a Administração Pública aos mecanismos alternativos de solução de controvérsia. No tocante à arbitragem como meio pacificador nas contendas em face do Poder Público, RAFAELLA FERRAZ aponta a existência de três principais correntes doutrinárias:

Para uma corrente, representada por Pontes de Miranda, Luis Roberto Barroso, Carmem Tiburcio, Alexandre Santos de Aragão, dentre outros, a convenção de arbitragem somente pode ser celebrada por pessoa de direito público quando há lei expressa autorizativa. Outros doutrinadores reconhecem a exigência de autorização legal prévia, entretanto consideram essa já manifestada pelo legislador, quer por meio do artigo 1º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que prevê que as pessoas capazes de contratar (dentre as quais os entes públicos) podem submeter suas contendas envolvendo direitos patrimoniais disponíveis à arbitragem, quer por meio do artigo 23-A da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, com a redação dada pela Lei nº 11.196, de 22 de novembro de 2005, que, ao admitir a cláusula compromissória em contratos de concessão, tornou acessível o procedimento alternativo a todo e qualquer contrato administrativo. São seus patronos, em distintos graus: Caio Tácito, José Carlos de Magalhães, Arnoldo Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar, Ruy Janoni Dourado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Sergio de Andréa Ferreira e outros. Há ainda uma terceira opinião, minoritária, representada por Celso Antônio Bandeira de Melo, que julga inconstitucional a adoção de convenção arbitral pela Administração Pública em qualquer hipótese, inclusive naquelas em que há previsão legal expressa, caracterizando a mesma como violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público.¹¹⁷

Ocorre que, nas causas envolvendo a Administração Pública, o sigilo e a confidencialidade, notas características da arbitragem entre particulares,¹¹⁸ precisarão se

¹¹⁷ FERRAZ, Rafaella. *Arbitragem em Litígios Comerciais com a Administração Pública. Exame a Partir da Principialização do Direito Administrativo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, pp. 20-21.

¹¹⁸ “Substitui-se, assim, o juízo comum pelo arbitral, confiando-se a solução da lide ou dos conflitos de interesses a pessoas não pertencentes ao judiciário, mas competentes na matéria da controvérsia e merecedoras da confiança das partes. O juízo arbitral, além de proporcionar decisão rápida, é menos formal e dispendioso do que a justiça comum (custas, honorários, taxas, etc) e mais discreto, pois não tem publicidade, consistente, no mínimo, na notícia da existência do feito. Essas são as razões que militam em favor da adoção dessa medida”. DINIZ. *Curso de direito civil brasileiro ...*, p. 338-339.

amoldar ao princípio da publicidade, previsto no *caput* do art. 37, da Constituição da República.

Observa-se então, que a partir do precedente de 1946 do Supremo Tribunal Federal em julgamento de um litígio envolvendo a Organização Lage, foi confirmada a possibilidade de o Estado participar da arbitragem privada, mantida, contudo, a orientação no sentido da sua não aceitação, em regra, nas causas em que o Poder Público desempenha atos de império, e não de gestão, por serem insuscetíveis de transação.¹¹⁹

Em sede doutrinária, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO e DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, depois de estudo sobre a validade da cláusula compromissória existente em contrato de venda e compra de potência assegurada, firmado entre uma autorizatória de produção independente de energia elétrica e uma sociedade de economia mista, concluíram, dentre outros pontos:

3º - A arbitragem é de adoção juridicamente viável pela Administração Pública, sempre que a questão envolver interesses disponíveis. A lei de arbitragem, já decidida como constitucional pelo Eg. STF tem transformado o instituto ora analisado em verdadeira fórmula de efetividade da jurisdição, de modo a proporcionar aos administrados a rápida e eficaz onerosa solução dos conflitos de interesses, com atuação instrumental e adjetiva do Estado. A empresa estatal, na qualidade de sociedade de economia mista, submetida ao regime jurídico de direito privado, celebrando contratos regidos pelo direito privado, firmou, validamente, compromisso arbitral com a autorizatória; portanto, como partes capazes de pleno direito, ficam elas obrigadas ao juízo arbitral, por serem tais cláusulas juridicamente válidas.¹²⁰

CARMEN TIBURCIO sintetiza as principais posições doutrinárias sobre o tema da seguinte forma:

(a) Uma corrente sustenta que a arbitragem seria legítima em qualquer contrato administrativo com fundamento no art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/93, que dispõe serem aplicáveis supletivamente aos contratos administrativos, os princípios da teoria geral dos contratos, *in verbis*: "Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado".

(b) Outra corrente extrai de leis que autorizam a Administração a submeter-se à arbitragem em determinadas situações — como a Lei de concessões de serviços públicos, já referida (Lei nº 8.987/95, art. 23, XV) — uma autorização generalizada para que a arbitragem seja adotada em quaisquer circunstâncias.

¹¹⁹ Agravo de Instrumento n.º 52.181-GB. Disponível na íntegra em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 02.03.2010. No julgado, os herdeiros de Henrique Lage obtiveram indenização do Poder Público em sede arbitral, pela incorporação dos bens e direitos da empresa e de seu fundador pelo Governo Federal. Sustado o pagamento pelo Ministério da Fazenda, a questão foi remetida ao Judiciário. Em grau recursal, ficou assentada a natureza jurídica contratual da arbitragem e a sua submissão às regras de direito privado. Destarte, decidiu o STF que o Estado somente ficaria impedido de se submeter à arbitragem quando agisse como Poder Público, praticando os chamados atos de império, quando está investido de função constitucionalmente tida como soberana. Assim, o Supremo Tribunal Federal registrou neste precedente a natureza contratual da arbitragem e a legitimidade da União para a ela se submeter quando previamente pactuada.

¹²⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito Administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 495.

(c) Por fim, há ainda o argumento de que a arbitragem estaria autorizada genericamente para as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica por força do art. 173, §1º, da Constituição de 1988, no qual se prevê que elas estão sujeitas ao regime jurídico de direito privado.¹²¹

Nas causas em face do Poder Público, ganha relevo a garantia da *transparência*, exigida na Europa como marco de qualidade para o implemento e contínua evolução da arbitragem, entre outros meios alternativos de solução das controvérsias. Segundo CARMONA, não há qualquer incompatibilidade entre o juízo arbitral e a publicidade nas causas envolvendo a Administração.¹²² Muito pelo contrário, tanto mais legítimo será o resultado quanto mais amplamente conhecido e acompanhado for o procedimento de sua formação pelos interessados diretos, no caso a comunidade.

4.1 Condições de procedibilidade da conciliação nas causas envolvendo a Administração Pública

4.1.1 Necessidade de prévio requerimento administrativo

Por muito tempo, se defendeu a possibilidade de a Administração Pública solucionar seus conflitos de maneira consensual, com a participação ativa dos administrados no desenvolvimento das negociações.

Este movimento conciliatório que se iniciou com a admissão da arbitragem na Administração Pública, e hoje se revela de forma mais intensa a partir da celebração de acordos nas causas de menor complexidade, com valores limitados até sessenta salários mínimos, na atualidade, encontra algumas limitações lógicas e estruturais de procedibilidade.

Na medida em que a Administração Pública visa propagar a utilização dos meios alternativos como forma de resolução dos conflitos com particulares, algumas condutas, que

¹²¹ TIBURCIO, Carmen. *A arbitragem envolvendo a Administração Pública: REsp n.º 606.345/RS*. Revista de Direito do Estado. Ano 2, n.º 6, abr/jun-2007, p. 344-345.

¹²² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 67.

antes eram consideradas costumeiras e aceitas na sociedade, passam a apresentar evidente contradição com a nova postura adotada.

Uma dessas condutas anteriormente aceitas era o ajuizamento de ações judiciais sem que houvesse por parte do Administrado a realização e comprovação de um prévio requerimento administrativo. Em um mundo ideal, sem distorções estruturais e operacionais, seria razoável exigir do jurisdicionado a comprovação de um prévio requerimento administrativo e a comprovação da resistência injusta ou infundada à pretensão, no intuito de caracterizar o interesse de agir na esfera judicial. No entanto, historicamente observa-se na Administração, ao lado de uma burocracia exacerbada nos procedimentos, uma estrutura organizacional insuficiente para o atendimento de todos os cidadãos de maneira adequada, a falta de informação dos administrados a respeito dos seus direitos e do modo correto de deduzir seus pedidos na via administrativa e, por fim, a confusão do interesse público primário com uma posição de vantagem do Poder Público, calcada em uma concepção deturpada de soberania estatal.

Em decorrência desta deficiência histórica no funcionamento da máquina administrativa, passou-se a considerar com grande grau de notoriedade que a Administração Pública não era capaz de viabilizar o devido acesso dos administrados às suas instâncias inferiores, logo, o requerimento administrativo seria na prática uma etapa desrespeitada e praticamente nulificada, não sendo razoável a exigência de comprovação prévia pelo requerente de um ato publicamente ineficaz e impreciso, para que pudesse ter o devido acesso ao Poder Judiciário, em um segundo momento.

Várias omissões e deficiências em nosso sistema administrativo são toleradas e até amenizadas, por intermédio de normas legais que asseguram algumas prerrogativas e privilégios, no intuito de progressivamente proporcionar o desafogamento da máquina estatal, e para restabelecer a situação ideal tão esperada.

A exemplo disto, observa-se que a Fazenda Pública e a Defensoria Pública, em razão do aparelhamento insuficiente para o atendimento de todas as demandas judiciais que requerem sua atuação, gozam de privilégios processuais especiais e prerrogativas exclusivas a determinados membros de carreira, capazes de estabelecer um equilíbrio momentâneo das situação de desigualdade inicial existente, em relação aos particulares litigantes.

Por outro lado, à medida em que a situação de desigualdade vai diminuindo, os privilégios e garantias especiais conferidos a cada categoria passam por um processo de inconstitucionalidade progressiva, perdendo sua razão de existir quando restabelecida efetivamente a normalidade esperada, dentro dos padrões médios aceitos naquela realidade social. Seguindo este pensamento, ALEXANDRE DOS SANTOS ARAGÃO faz uma interessante ponderação:

As prerrogativas estatais sobre os particulares se justificavam em razão daquela visão do interesse público como superior à satisfação dos interesses individuais. Hoje, com a crescente identificação do interesse público justamente como a maior satisfação possível dos interesses dos cidadãos, o papel dessas prerrogativas, com a consequente exclusão do direito protetivo dos interesses individuais, deve ser atualizado. O interesse público e os interesses dos cidadãos, que antes eram vistos como potencialmente antagônicos, passam a ser vistos como em princípio, reciprocamente identificáveis.¹²³

Da mesma forma, a aceitação de uma ação ajuizada sem o prévio requerimento administrativo só é justificável na medida em que o Estado não proporciona ao administrado o devido acesso às instâncias administrativas, com uma adequada prestação do serviço de atendimento inicial, e proferindo decisões devidamente fundamentadas, na forma da lei.

Se o Estado passa a atuar de forma diferente, impondo melhorias ao funcionamento da administração, concebendo inclusive a possibilidade de transacionar com particulares para que se resolvam eventuais conflitos de forma mais eficiente, célere e econômica, a ausência do requerimento administrativo por parte dos administrados deixa de ser justificável, e não pode ser tolerada pelo Poder Judiciário, pois, do contrário, aqueles que não recorrerem previamente às vias administrativas antes de submeterem suas pretensões ao Poder Judiciário, colocarão a Administração Pública em posição de desigualdade, ao ter que se defender judicialmente de algo que nem teve a oportunidade de conhecer previamente, com todas as limitações processuais e procedimentais que lhes são impostas pelo ordenamento pátrio. Neste sentido, interessante registrar o posicionamento de HUMBERTO DALLA, segundo o qual

as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao Juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito. Não há necessidade de uma instância prévia formal ex trajudicial, como ocorre com as Comissões de Conciliação Prévias na Justiça do Trabalho; basta algum tipo de comunicação, como o em vício de uma carta ou e-mail, uma reunião entre advogados, um contato com o “call center” de uma empresa feito pelo consumidor; enfim, qualquer providência tomada pelo futuro demandante no sentido de demonstrar ao Juiz que o ajuizamento da ação não foi sua primeira alternativa. Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, como forma de

¹²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público Contemporâneo”. In *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3.

racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário. Mas esta é apenas uma das facetas desta visão. A outra e, talvez, a mais importante, seja a consciência do próprio Poder Judiciário de que o cumprimento de seu papel constitucional não conduz, obrigatoriamente, à intervenção em todo e qualquer conflito. Tal visão pode levar a uma dificuldade de sintonia com o Princípio da Indelegabilidade da Jurisdição, na esteira de que o juiz não pode se eximir de sua função de julgar, ou seja, se um cidadão bate as portas do Poder Judiciário, seu acesso não pode ser negado ou dificultado, na forma do artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988. O que deve ser esclarecido é que o fato de um jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva, sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva, limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto. Pode ser que o Juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica. E mais, num momento inicial, como é este em que se encontra o direito brasileiro, requer certa dose de postura educativa e pedagógica.¹²⁴

Pelo exposto, defende-se, a partir da inclusão dos meios alternativos como formas viáveis de solução dos conflitos perante a Administração Pública, que o requerimento administrativo deva figurar como uma das condições prévias de procedibilidade do procedimento conciliatório na via judicial.

4.1.2 Disponibilidade dos bens e interesses públicos

Como já visto ao longo do presente estudo, os meios de solução alternativa de conflitos têm revelado significativa importância para a celeridade e efetividade nos procedimentos judiciais.

Neste contexto, é observada de forma crescente a aceitação e utilização dos mecanismos alternativos de pacificação dos conflitos pela Fazenda Pública, mediante constantes e sucessivas edições de normas internas reguladoras da conciliação e mediação em sede judicial.

Em contraposição, verifica-se que os agentes públicos ainda opõem grande resistência a colocar estas medidas em prática, pois a cultura conciliatória, além de ser bastante recente, ainda não possui balizamentos bem definidos quanto à responsabilização dos servidores pela sua utilização. Apesar de existirem atos legais e infralegais regulando a conciliação e a arbitragem nas causas que envolvam direitos públicos, os limites à sua utilização e as hipóteses autorizadoras legalmente estatuídas ainda não se encontram bem

¹²⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, in *Acesso à Justiça: efetividade do processo* (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 20.

delineadas, o que gera inúmeras dúvidas que frustram em grande parte a propagação dos mecanismos de redução de demandas.

A propósito, ADILSON DE ABREU DALLARI afirma em estudo sobre a disponibilidade do interesse público que:

Fundados em um antigo preconceito no sentido da necessária oposição entre o interesse público e o particular, entendem alguns que a Administração Pública em juízo não pode transigir, não pode desistir e está obrigada a prosseguir em qualquer feito, indefinidamente, enquanto houver algum recurso abstratamente possível. Mas os tempos são outros. Atualmente, com base no princípio participativo, afirmado pela Constituição Federal, já se desenvolvem várias ações calcadas na colaboração, no entendimento e na soma de esforços de agentes privados e governamentais. A atividade legislativa já se desenvolve hoje em dia com ampla participação popular. Nos serviços prestados pela Administração Pública, isso é ainda mais nítido e freqüente. Diante disso, não pode o Judiciário, nas ações judiciais, simplesmente vedar e proscrever qualquer entendimento, qualquer negociação, que leve à satisfação do interesse público.¹²⁵

Necessário, então, esclarecer que a indisponibilidade do interesse público não é de forma alguma um empecilho à transação com um ente estatal. A respeito da ponderação dos interesses públicos e privados, MARCELLA BRANDÃO lembra que

Muitas vezes, o melhor interesse público somente é alcançado, no caso concreto: com a preponderância de um direito individual, confrontado a um suposto direito coletivo ou, ainda, com uma decisão contrária ao interesse da administração (interesse público secundário). Conclui-se que a indisponibilidade do interesse público primário não se confunde com a disponibilidade de recursos públicos, uma vez que interesses meramente patrimoniais não representam o interesse público primário. O interesse da coletividade é a redução da litigiosidade e do gasto público com a manutenção indefinida e litígios, apresentando-se a consensualidade uma solução de controvérsias que atende aos anseios expostos.¹²⁶

No Brasil, é firme a doutrina da necessária disponibilidade do objeto litigioso como condição prévia de procedibilidade da arbitragem, por força do art. 1º da Lei nº 9.307/96. O paradigma alcança não apenas as causas entre particulares, marcando também fortemente a arbitralidade objetiva daquelas causas em que é contratante a Administração Pública.

No campo da conciliação a linha de raciocínio a ser seguida é a mesma do estudo da arbitragem envolvendo a Administração Pública – a indisponibilidade dos interesses públicos há que ser considerada com parcimônia, não se trata de uma vedação absoluta. Antes de reputar indisponível um direito público, o administrador e o Advogado Público devem se fazer duas perguntas básicas: 1) o direito em questão, se realizado, priorizará a realização do

¹²⁵ DALLARI, Adilson Abreu. “Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular”. In *Revista Interesse Público* n. 13, 2002. p. 15.

¹²⁶ BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. “A consensualidade e a administração pública em juízo”. Rio de Janeiro, 2009, p. 42. Disponível no site: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2766>. Acesso em 01 de mar. 2010.

interesse público primário? e 2) as questões eventualmente transacionadas possuem reflexos puramente patrimoniais?

Só a partir da operação mental acima descrita, em se constatando respostas negativas para ambas questões, terá o agente público a certeza de que o direito público em questão não será disponível em qualquer hipótese. Superada esta primeira fase, surge para o representante do ente público (na via administrativa ou em juízo) o dever de efetuar um segundo exercício de raciocínio, só que agora, calcado nas garantias e direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, priorizando sempre a satisfação da dignidade da pessoa humana, sem qualquer prejuízo para a ordem pública e o bem estar comum.

4.2 Importância dos meios alternativos de solução de conflitos na Administração Pública

Passa-se a demonstrar a importância da utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos nas causas em que o Poder Público figura com parte, tendo em vista a necessidade crescente de concretização dos Princípios da Efetividade e da Celeridade Processual.

A partir do estudo em questão, concluir-se-á que nas causas que envolvam a Fazenda Pública, a conciliação e a arbitragem revelam-se como os meios alternativos de solução de controvérsias mais adequados, uma vez que o processamento destas espécies de mecanismos demonstra-se mais compatível com as peculiaridades dos interesses públicos e a especial proteção que lhes é conferida.

Neste ensejo, ADILSON DE ABREU DALLARI afirma que “ao optar pela solução amigável, a Administração Pública não está necessariamente transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público”.¹²⁷

¹²⁷ DALLARI, Adilson Abreu. “Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular”. In *Revista Interesse Público* n. 13, 2002, p. 16.

Sabidamente, a estrutura da Administração Pública é bastante limitada, e não apresenta as devidas condições operacionais para lidar com o número de demandas oferecidas pelos administrados de maneira eficiente. A única forma viável de contenção dos requerimentos levados ao conhecimento da Administração Pública está na propagação dos mecanismos de prevenção e de filtragem dos litígios.

Para que se possa operacionalizar a melhoria da gestão e desempenho dos serviços públicos, é mister incorporar à Administração Pública os mesmos conceitos de gerenciamento operacional adotados para o funcionamento das empresas privadas, que sempre mantêm uma preocupação com o equilíbrio entre os custos gerados e os benefícios, mantendo-se um alto grau de satisfação dos clientes.

O fato de inexistir finalidade estritamente lucrativa na prestação de um serviço público não torna dispensável a otimização da sua gestão. Ao invés de se pensar na satisfação de um cliente, pode-se pensar no atendimento ao interesse público primário como principal meta.

Os reflexos de uma prestação de serviços públicos ampla, acessível a todos os cidadãos e de ótima qualidade, não se restringem às relações entre o Estado e o administrado, ocasionando efeitos positivos em todos os setores produtivos e lucrativos do país.

A exemplo disto, imagine-se uma indivíduo que trabalhou durante toda a sua vida e pretende obter da Administração Pública a aposentadoria a que tem direito. Se o Poder Público satisfizer sua pretensão mediante a observância de todos os requisitos legais exigidos para a realização do ato concessório, num curto espaço de tempo, com um bom atendimento e fornecendo-lhe de forma eficaz todos os recursos a que tem direito, esta situação ideal, isoladamente, se propagará no espaço e no tempo, gerando outras conseqüências positivas.

O indivíduo, ao se aposentar, sairá do mercado de trabalho, passando à condição de consumidor e mantenedor de sua família. A partir deste indivíduo, serão propiciados, exemplificativamente: a educação e formação dos membros de sua família, conferindo-se embasamento profissional e condições de auto-sustento dos seus dependentes em momento futuro; o consumo de produtos agrícolas e industriais, fomentando-se o aquecimento da economia; a aquisição de medicamentos de prevenção e manutenção de sua saúde e de seus familiares, preservando-se, assim, o uso constante do sistema de saúde (sendo o custo dos

tratamentos terapêuticos muito mais dispendiosos ao Estado em relação às medidas de prevenção de saúde), e assim por diante.

Os resultados positivos são facilmente visualizados a partir de uma única situação concreta obtida a partir de um bom desempenho da máquina administrativa. Em proporções maiores, os benefícios certamente seriam multiplicados. À medida em que o funcionamento dos meios de prevenção e contenção fossem consolidados, os riscos sociais e os gastos com serviços públicos seriam reduzidos, e, com um número menor de ocorrências e sinistros, o equilíbrio das relações sociais seria mais facilmente alcançado.

Neste contexto, a conciliação, a mediação e a arbitragem, se inserem como importantes mecanismos de prevenção e contenção dos litígios envolvendo a Administração Pública.

Por limitação temática, não cabe dissertar neste trabalho, a respeito da utilidade da arbitragem na Administração Pública, prosseguindo-se a explanação somente a respeito da utilidade da conciliação na Administração Pública, lembrando que, pelas razões expostas no item 1.2., por questões conceituais, convencionou-se entender que a mediação não se aplica nas causas ajuizadas em face do Poder Público.¹²⁸

A conciliação na Administração Pública reveste-se, portanto, de uma importância preventiva e seletiva dos litígios em sede judicial.

Evidentemente, a ausência de previsão legal específica para todas as situações concretas envolvendo a Administração Pública ocasiona, a partir da delegação de discricionariedade ao administrador para decidir em vários destes casos, certa complexidade e dúvida por parte do administrado que não tem sua pretensão reconhecida na via administrativa.

Este constante descontentamento por parte dos administrados oriundo do exercício desse poder discricionário justifica grande parte dos problemas detectados pela Administração Pública, que, em um primeiro momento, não foi capaz de solucionar questões de menor complexidade sem um trâmite burocrático e despido de transparência, vindo a acarretar, em

¹²⁸ Destarte, recordando passagem do item 1.2., asseverou-se que: “[...] defende-se neste trabalho que, em se tratando de conflitos com a Administração Pública, só serão cabíveis a conciliação e a arbitragem, pois as peculiaridades inerentes às relações estabelecidas entre o Estado e os seus administrados são incompatíveis com uma negociação mais abrangente, que vá além das posições apresentadas pelas partes em um determinado conflito, com a possibilidade de que o terceiro interventor, em não havendo um consenso, decida a lide, independentemente da vontade dos litigantes.

um segundo momento, a inflação dos requerimentos administrativos submetidos à revisão em segunda instância, ou passíveis de questionamento judicial.

A partir deste efeito “bola de neve” incidente sobre o questionamento constante das decisões administrativas, sem que houvesse uma estrutura adequada e um procedimento célere para os seus julgamentos de maneira definitiva, a máquina administrativa além de não atender suficientemente as demandas já em trâmite, não conseguiu dar conta dos novos requerimentos administrativos, aumentando as chances de erros na prática de seus atos, e gerando insatisfação dos administrados pela demora no atendimento.

A saturação da máquina administrativa gerou o escoamento das demandas administrativas para o Poder Judiciário, servindo a prestação jurisdicional aos administrados como medida paliativa e emergencial para a resolução de seus problemas em face da Administração Pública.

A crise do Poder Judiciário e a crise da Administração Pública são fenômenos que “andam de mãos dadas”, pois o mau funcionamento dos serviços públicos, acarreta uma corrida frenética dos cidadãos aos meios de prestação jurisdicional como alternativa para a satisfação de seus interesses.

Como já visto, a Administração Pública é responsável pela grande maioria de demandas judiciais em curso no Poder Judiciário. Todos os efeitos decorrentes da ineficiência administrativa geram reflexos diretos e imediatos na capacidade de atendimento dos órgãos jurisdicionais.

Da mesma forma, o Poder Judiciário não obteve sucesso em solucionar todos estes conflitos, pois, da mesma forma que o Poder Administrativo, não havia estrutura adequada para o enfrentamento de todas as questões transferidas para o seu conhecimento e julgamento.

Conseqüentemente, os problemas oriundos do atendimento de base da Administração Pública, agravaram ainda mais a situação de crise do Poder Judiciário, incrementando os riscos e a margem de erros decorrentes dos julgamentos pelos magistrados, com o aumento da morosidade no andamento processual e, finalmente, aumentando o grau de insatisfação dos cidadãos com relação à prestação jurisdicional.

Enquanto os litígios perdurarem, tanto na via administrativa, como na via judicial, as relações sociais não serão estabilizadas, gerando, com isto, reflexamente, outros conflitos

interligados às questões não decididas. Assim, qualquer medida tendente a melhorar o funcionamento da Administração Pública e capaz de propiciar a filtragem das demandas judiciais, revela-se bem vinda na atualidade.

Dáí destaca-se a pertinência da conciliação na Administração Pública como mecanismo hábil a ensejar a melhoria tanto no setor administrativo, como também no setor judiciário. Suas peculiaridades, comportam sua aplicação por todos os poderes, dentro dos limites legais, de forma mais rápida e simplificada. Por meio da conciliação, há uma maior aproximação das partes, sendo facultada aos litigantes uma abertura no diálogo, para que questões e dúvidas controvertidas sejam sanadas de forma amigável e desburocratizada, ou seja, sem maiores aborrecimentos e desgastes emocionais, com economia de tempo, dinheiro e de forma mais transparente e simplificada.

Logo, as benesses advindas da conciliação na Administração Pública correlacionam-se não só com a melhoria da atuação administrativa, mas também com a otimização no desempenho da prestação jurisdicional.

5 INTERESSE PÚBLICO

5.1 Relação entre a Administração Pública e os particulares no ordenamento jurídico brasileiro

Antes de adentrar a conceituação do interesse público, evidencia-se como pressuposto lógico desvendar de que forma é estabelecida a relação entre o Estado e seus administrados no Brasil.

Neste ensejo, LEONARDO GRECO, ao tratar do acesso à justiça no Brasil, conclui categoricamente que

Pressuposto indispensável do acesso ao Direito é a transparência do Estado no trato de questões que possam afetar a esfera de interesses dos cidadãos, aos quais é indispensável assegurar o direito de influir eficazmente nas decisões do poder público, através dos mais diversos instrumentos de participação democrática.

Mais importantes ainda, no plano das relações entre o Estado e os cidadãos, são o espontâneo e impessoal reconhecimento e o respeito aos direitos subjetivos dos particulares por parte do Estado, quando a esses direitos correspondem deveres, obrigações, serviços ou atividades das pessoas jurídicas de Direito Público ou dos seus agentes.

A relação Estado-cidadão não é mais a relação soberano-súdito.

O cidadão tem o direito de exigir do Estado o pleno respeito ao seu patrimônio jurídico.

Lamentavelmente, a crise do Estado tem levado no Brasil a aceitar-se como normal que as pessoas jurídicas de Direito Público não cumpram devidamente as prestações positivas de que são devedoras perante os particulares, cabendo a estes demandar na Justiça para obtê-las.¹²⁹

ADILSON ABREU DALLARI, por sua vez, considera a necessidade de se enfatizar a confiança como uma das principais bases nas relações estabelecidas entre os particulares e o Estado:

A parceria entre agentes públicos e particulares tem como base a confiança recíproca. Os contratos firmados entre particulares e Poder Público também dependem de uma confiança recíproca. Não há por que sepultar essa confiança em caso de algum eventual litígio, pois dúvidas interpretativas sempre podem ocorrer, mesmo quando ambas as partes estão imbuídas dos melhores e mais honestos propósitos. Ao contrário, a confiança inicial que justificou a celebração do ajuste deve ser invocada e utilizada para resolver o conflito.

¹²⁹ GRECO, Leonardo. “O acesso ao direito e à justiça”. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 4-5.

Atualmente, o particular está deixando de ser considerado como um adversário da Administração Pública, para transformar-se em agente de realização de interesses públicos.¹³⁰

Assim, para que sejam estabelecidas as bases de um Estado Democrático, necessário se torna proporcionar ao cidadão uma maior participação na gestão da Administração Pública, fiscalizando os serviços públicos prestados e fazendo valer seus direitos quando suas garantias não forem devidamente atendidas.

A relação estabelecida entre o particular e a Administração Pública é contraprestacional, àquele cabe respeitar as normas administrativas e contribuir para o aparelhamento estatal por meio do pagamento de impostos. Ao Estado compete fazer a distribuição e a gestão dos recursos arrecadados, com o objetivo de promover a realização de serviços públicos essenciais, em favor de todos os administrados.

Destarte, da mesma forma que o Estado é dotado de poder para exigir dos cidadãos o cumprimento escorreito de suas obrigações, o particular também deve ser dotado de prerrogativas e mecanismos legais que possibilitem o devido acesso aos seus direitos e garantias constitucionalmente asseguradas, quando o Poder Público falha em sua gestão.

Do contrário, estar-se-ia estabelecendo uma situação de desigualdade odiosa, sem qualquer propósito ou razão de existência. A Constituição da República de 1988 é clara ao repudiar no caput do art. 5º qualquer tratamento discriminatório. E neste contexto, também se insere o Estado quando sujeito de uma relação pactuada com um particular.

Por isso, resta defensável, que, em igualdades de condições, deva também a Administração Pública, reconhecendo um erro ou uma falha de gestão, que tenha obstado injustificadamente a realização de uma pretensão individual, se utilize do mecanismo conciliatório como forma de pacificação dos conflitos existentes diante de seus administrados.

5.2 Relação entre a Administração e a Advocacia Pública

¹³⁰ DALLARI, Adilson Abreu. “Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular”. In *Revista Interesse Público* n. 13, 2002, p. 5.

A relação entre o Advogado Público e a Administração, seu cliente, baseia-se fundamentalmente em três deveres: 1) realização do interesse público primário; 2) dever de informação; e 3) dever de confiança.

Toda manifestação judicial realizada pelo Advogado Público depende essencialmente do fornecimento, em cada situação concreta, dos subsídios fáticos e comprovação documental obtidas a partir da Administração responsável pela prática do ato administrativo impugnado.

Infelizmente, a burocracia existente para que o Advogado Público obtenha as informações da Administração Pública praticamente obsta a realização de uma defesa exemplar, dentro do prazo estipulado para a Fazenda Pública se manifestar, que, mesmo já sendo dilatado em relação ao prazo dos particulares, ainda é insuficiente.

A burocratização dos procedimentos para a obtenção de subsídios fáticos estabelecida entre o Advogado Público e seu cliente é tão exagerada que vários magistrados reconhecem, na prática, ser mais fácil obter informações sobre o ato impugnado via expedição de ofício judicial diretamente para a autoridade administrativa, dispensando, em vários casos, a espera pelo pronunciamento da Procuradoria responsável pela defesa da entidade pública em juízo.

Essa dificuldade de comunicação entre as Procuradorias e as entidades públicas representadas é notória e comum em todos os setores da Administração Direta (Ministérios e Secretarias) ou Indireta (Autarquias, Empresas Públicas e Fundações) e em todas as instâncias governamentais (federal, estadual ou municipal).

De nada vale na prática a disposição da Lei nº 8.112/90, que estabelece em seu artigo 116 que o servidor tem como deveres, dentre outros, o exercício com zelo e dedicação das atribuições do cargo, mas também o atendimento com presteza às requisições dos Advogados Públicos.

No entanto, persiste a exigência estrita à disposição do Código de Processo Civil, em seu artigo 14, que elenca como sendo deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer

forma participam do processo, a exposição dos fatos em juízo conforme a verdade e o cumprimento exato dos provimentos judiciais.¹³¹

Neste ensejo, advertem OLAVO FERREIRA e ANA PAULA FARIA que

O não-fornecimento das informações solicitadas pelo Advogado da União ou seu encaminhamento tardio ou incompleto pode, portanto, implicar responsabilização civil, penal e administrativa do agente público incumbido de tal tarefa, com possibilidade e imposição de sanções de advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada, nos termos do artigo 127 da referida Lei nº 8.112/90.

[...] Em razão de tais peculiaridades, da estrutura altamente capilarizada da Administração Pública e das dimensões continentais do Estado brasileiro, é que merecem permanecer no ordenamento jurídico pátrio as prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública, especialmente a constante do artigo 188 do Código de Processo Civil.

[...] Há que se ter em conta também que nem sempre os prazos diferenciados serão utilizados em sua integralidade, constituindo idéia equivocada e preconceituosa a de que os Advogados Públicos são interessados na eternização das relações processuais.¹³²

No mais, MARCELLA BRANDÃO destaca que

Atualmente, o grande cliente do Poder Judiciário é o próprio Poder Público. Boa parte desse cenário deve-se a uma cultura de judicialização de questões que poderiam ser facilmente resolvidas pela administração pública dentro do seu poder-dever de autotutela, consagrado pelas súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal e pelo artigo 53 da Lei nº 8.974/99.

Todavia, também é fato que o cidadão não obtém da administração pública a resposta satisfatória na esfera extrajudicial, sendo quase obrigado a recorrer ao Poder Judiciário. Na seara administrativa, a conduta da administração não atende ao princípio da eficiência. Na prática, verifica-se que a administração pública em geral não atua eficazmente na seara administrativa e prefere judicializar seus conflitos, em desperdício de tempo e dinheiro.

Nesse contexto deve-se destacar não apenas a aplicação dos novos paradigmas da administração pública pós-moderna e notadamente a consensualidade na conduta administrativa do Estado e na típica função administrativa, mas, sobretudo, analisar como a consensualidade pode ser aplicada na redução dos conflitos objeto de demandas judiciais nas quais a administração pública figura em um dos pólos. A prática mostra que a atuação da administração pública em juízo ainda é extremamente atrelada ao princípio da legalidade, às prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo e às presunções dos atributos do ato administrativo.¹³³

E, em contraponto à defesa das prerrogativas processuais concedidas em favor do interesse público, MARCELLA BRANDÃO faz uma interessante consideração, ao reputar

¹³¹ Registre-se, por oportuno, que o Código Civil, no capítulo dedicado à responsabilidade civil, estatui que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ato este que deve reparar. Da mesma forma, o Código Penal também dedica alguns capítulos integralmente à descrição dos crimes praticados contra a Administração Pública e contra a Administração da Justiça. Dentre as vedações impostas ao servidor descritas no artigo 117 do mesmo diploma legal, encontram-se a de opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço e a de agir de maneira desidiosa.

¹³² FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. “A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado”. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2527>>. Acesso em: 25 set. 2008.

¹³³ BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. “A consensualidade e a administração pública em juízo”. Rio de Janeiro, 2009, p. 52. Disponível no site: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2766>. Acesso em 01 de mar. 2010.

como verdadeiro contrasenso a recusa do Poder Público, “que já goza de diversas prerrogativas [...] fique impossibilitada de conciliar, benefício oferecido a todos os demais litigantes¹³⁴”.

É neste ponto que se passa a expor outro papel fundamental do Advogado Público. Assim que tiver em mãos as informações necessárias para o deslinde da questão, deverá o profissional se despir de preconceitos mesquinhos e do ideal eminentemente fazendário, passando a analisar o caso concreto com a preocupação única de desvendar aonde está a real interesse público primário a ser tutelado.

Desta forma, o Advogado Público deve seguir duas regras básicas para o desempenho de sua função: ele deve dar o direito a quem tem o direito, e defender a qualquer custo a Administração quando verificada a legalidade e correição de seus atos.

E, fazendo justiça, cumpre esclarecer neste trabalho que é uma falácia o discurso de vários Advogados Públicos de que não possuem autorização legal para transigirem em juízo, como se demonstrar a seguir.

Em primeiro plano, observa-se que o art. 37 da Constituição, ao elencar como princípios básicos a Eficiência, Legalidade e Moralidade, pode servir como fundamento constitucional para que a Administração Pública possa revisar, *ex officio*, todos os seus atos praticados, declarando-os nulos, se for o caso, respeitados os prazos decadenciais estipulados em lei. Os enunciados 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal corroboram expressamente a possibilidade de a Administração Pública declarar a nulidade de seus próprios atos; anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada em todos os casos a apreciação judicial. Se é facultado ao agente administrativo fazer a revisão dos seus atos praticados, pautado num juízo de legalidade estrita, também está implicitamente prevista a autorização ao Advogado Público

¹³⁴ Ibid. p. 53.

Marcella Brandão destaca que “quando o ordenamento jurídico confere à administração pública um campo alargado de recurso à via contratual ou pactuada de atuação, está, inerentemente, a reconhecer-lhe uma margem de disponibilidade alargada sobre as situações jurídicas subjacentes. Ou seja, em áreas tradicionalmente associadas ao exercício de prerrogativas unilaterais, vistas como de total vinculação ou indisponibilidade, a administração pública passa a contar com uma intensificada margem de livre atuação, ainda que naturalmente balizada pelos princípios orientadores da atividades administrativa geral. Na realidade, nos casos em que o contrato administrativo é usado como alternativa ao ato administrativo, a administração faz uma opção entre duas formas de atuação específicas do direito administrativo, arredando a regulação unilateral em favor de uma regulação consensual ou negociada, assim procedendo à chamada negociação do Poder Público, pois que a administração usa o contrato negocia, ao invés de, como a lei lhe permite, atuar por via unilateral”.

para adequar a interpretação dada pelo administrador em sua atuação, quando surgir alguma dúvida relacionada à regularidade de um ato impugnado na via judicial. Além disso, registra MARCELLA BRANDÃO que a Advocacia conta com uma série de fatores que dão respaldo para sua atuação conciliatória:

Vale registrar que a legislação não é omissa a respeito. Pelo contrário, ao longo deste estudo confirmou-se que, a despeito da alegação genérica de falta de autorização legal para a aplicação da consensualidade pelo Poder Público em juízo: a) esta autorização legislativa específica como sugerem os advogados públicos não é necessária; b) há normas genéricas procedimentais que incentivam o acordo sem excluir da negociabilidade a relação jurídica de particular es com a administração pública ou mesmo entre os entes da administração pública em geral. Embora não seja o objeto direto da análise, destaca-se, primeiro, a questão dos Juizados Especiais Federais (JEFs), instituídos pela Lei nº 10.259/01. Uma das filosofias de funcionamento desses juizados é justamente a possibilidade de transação: o art. 10, parágrafo único, dessa lei autoriza a apresentação de proposta de acordo nas causas de valor até 60 salários mínimos, processadas nos JEFs¹³⁵.

MARCELLA BRANDÃO também frisa que “o advogado público em todos os casos, notadamente nos juizados especiais federais, deveria agir como agente político representante do Executivo, não vinculado a atos normativos internos, mas à sua missão constitucional”¹³⁶.

Na mesma linha, a posição de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

Nessa linha, é necessário insistir, que aqui volto a fazer, com muito empenho e com muita esperança nas reservas morais deste País, que os Estados não se confundem com seus Governos e, muito menos, com seus governantes e, por conseqüência, Advogados de Estado não podem ser tidos como advogados de governos ou, com mais razão, como advogados de governantes. [...] Isso significa que, nas condições expostas, um membro da Advocacia de Estado poderia, em tese, responder por perdas e danos perante os administrados, por desempenho de má-fé, mesmo que tenha agido a pretexto de cumprimento de ordens, pois nenhum deles poderia, sequer, alegar, como excusa, a existência de um —dever administrativo hierárquico— legal eticamente interferente em suas funções constitucionalmente independentes. [...] Mas há mais: os Advogados de Estado, mesmo que se encontrem esgotadas as possibilidades das vias burocráticas regulares internas da Administração, não podem se eximir de atuar como órgãos independentes, sempre que se trate, prioritariamente, da defesa da ordem jurídica. É que os interesses do aparelho de Estado são disponíveis, conforme a lei o regule, e cedem ante os interesses constitucionalmente supraordinados, ao passo que o interesse da preservação da ordem jurídica, este é sempre constitucionalmente indisponível, como interesse primário da sociedade posto à cura. [...] Quanto aos deveres do Advogado de Estado, acrescer-se-á aos mencionados deveres gerais de advogado, o dever funcional específico de zelar precipuamente por todos os interesses da sociedade (interesses primários) que foram confiados à pessoa jurídica de direito público a que se vinculam. [...] Para este cometimento, os membros da Advocacia de Estado têm, com muito mais razão, garantida sua independência funcional, na qual se inclui o mesmo e já referido indeclinável dever genérico de custos legis, no caso, voltado às atividades administrativas da unidade política a que está vinculado. É exatamente o que aguarda do comportamento dos exercentes das funções essenciais à Justiça e é essa característica a que mais lhes exalta a importância e, por isso, mas se lhes agravam as responsabilidades de serem agentes institucionais fortes, inabaláveis e intransigentes com os valores históricos que sua profissão lhe confia [...] Realmente, os Advogados de Estado não necessitarão de autorização hierárquica ou de beneplácito superior para atuarem, de acordo com sua ciência e sua consciência, como órgãos tecnicamente independentes, pois que o são, do contrário, teriam frustrada sua missão de controle da juridicidade plena (compreendida a legalidade, a legitimidade e a licitude) e de mantenedores e aperfeiçoadores da ordem jurídica,

¹³⁵ Ibid. p. 54.

¹³⁶ Ibid. p. 56.

funções essas que devem desempenhar como agentes constitucionais essenciais à justiça. No caso, a essencialidade dessa atuação, não será a de decidir de direito, tarefa que cabe aos agentes ativos da administração, mas será sempre, e em qualquer circunstância, a que lhes é típica e inalienável: a de sustentar o direito¹³⁷.

Parece válida a crítica de vinculação das advocacias públicas ao Poder Executivo, com a freqüente troca de chefias, o que reflete administrativamente na condução das questões internas das procuradorias, comprometendo a independência do advogado público, essencial para que este possa realizar sua missão constitucional.

Na prática, atualmente nas cortes judiciais, ocorre o registrado por ROBERTO GIL LEAL FARIA, com relação, por exemplo, ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS):

Assim, administrativamente muitos benefícios são indeferidos pelo fato de as peculiaridades que cercam o caso concreto não estarem previstas nas rígidas regras internas. A consequência natural de tal indeferimento administrativo é o processo judicial. Chegando tal demanda ao Judiciário, o procurador do INSS analisa o caso. Dentro de sua competência profissional, percebe que houve uma falha administrativa da autarquia em função de ilegalidade ou interpretação rigorosa das normas internas. Assim, apesar de ter ciência da alta probabilidade da demanda ser julgada procedente, mantém resistência ao processo por não haver previsão de acordo no caso concreto. O procurador que não oferece acordo, mas perde a causa e é condenado em verbas acessórias, não é investigado. Ao revés, aquele profissional jurídico que aplica a previsão legal e propõe acordo, gerando economia, pode ser alvo de fiscalização. A estrutura interna, portanto, incentiva a adoção de posturas antieconômicas.¹³⁸

Portanto, também papel do magistrado romper algumas barreiras à incorporação da consensualidade na rotina dos conflitos judiciais envolvendo entes públicos. Desponta uma nova forma de Justiça, participativa e cidadã, que deve buscar sempre o envolvimento de todos os sujeitos do processo na busca de uma solução mais célere e condizente com as possibilidades de cada litigante.

5.3 Conceito, características e classificação do interesse público

O interesse público em geral conceitua-se como o interesse que merece especial proteção, e por isso, sua titularidade é outorgada ao Poder Público, sendo-lhe conferidas prerrogativas exclusivas e diferenciadas.

¹³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 186, 207; 209 e 213.

¹³⁸ FARIA, Roberto Gil Leal. "Por que são efetivados poucos acordos nos juizados especiais federais?" In *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 24, abr. 2009.

A conceituação precisa do interesse público não é uma tarefa fácil. Para grande parte da doutrina, é praticamente impossível traçar objetivamente uma única definição para o interesse público. Neste sentido, assevera SELMA FERREIRA LEMES que o conceito de interesse público é “elástico e de difícil precisão. Muitas vezes, é utilizado como equivalente de bem comum, interesse geral, interesse social da lei etc”¹³⁹. Salienta DANIELLE SOUZA DE ANDRADE SILVA que o conceito de interesse público:

sofre recondiçõamentos de ordem metajurídica, os quais podem ser abstraídos conceitualmente, porém jamais olvidados numa análise concreta de sua utilização. Eis por que inegável a complexidade do conceito de interesse público, que não pode esgotar-se no rótulo formal em que se enquadram as atividades da Administração Pública. Entender que o interesse público é aquele definido pelo Estado, através do Direito, é curvar-nos por demais ao positivismo e ao legalismo, esquecendo-nos que o conceito tem conteúdo valorativo (portanto variável conforme as circunstâncias históricas) – o que não quer dizer que seja múltiplo, ao contrário, objetivo.¹⁴⁰

Conclui DANIELLE SOUZA que o interesse público deve corresponder à expressão positiva do bem comum, logo, para que seja identificado deve traduzir *aquilo que o povo quer ver preservado ou promovido, segundo uma escala prévia de valores ou uma síntese previamente estabelecida, extraídos de debates públicos a respeito das decisões públicas*.¹⁴¹ Ao final, refere a doutrina de HAROLD LASSWELL, ao afirmar que o interesse público, *como chave essencial da política pública, precisa ser constantemente redefinido e reavaliado, o que é função predominante do estudioso da jurisprudência*.¹⁴²

5.3.1 Interesse público como conceito jurídico indeterminado

A indeterminação do conceito de interesse público é uma das maiores preocupações dos operadores do direito. Para HÉLIO DO VALLE PEREIRA, a imprecisão que paira sobre o conteúdo do interesse público e sua “interminável fluidez propicia a utilização para fins

¹³⁹ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 125.

¹⁴⁰ SILVA, Danielle de Souza Andrade. *Atividade administrativa discricionária e determinação do conceito de interesse público*. In Revista n. 06 da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Pernambuco: 2008, pp. 199-201.

¹⁴¹ Ibid. p. 214.

¹⁴² Apud, LASSWELL, Harold D. “O interesse público: sugestões de princípios de conteúdo e método”. In: FRIEDRICH, Carl J. (ed.). *O interesse público*. Trad. bras. de Edilson Alkmin Cunha. 1ª ed. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, pp. 64-88.

antagônicos, prestando-se a encerrar todo debate, como se a sua menção, por intuitiva autoridade, impedisse divagação sobejante”.¹⁴³

A tentativa de conceituar com exatidão o interesse público é uma árdua tarefa, mas, por outro lado, não seria desgastante estabelecer com precisão as excludentes conceituais: da doutrina de HÉLIO PEREIRA extrai-se a interessante proposta de se conceituar o interesse público por exclusão, isto é, definindo-se sua existência ou não em determinado caso concreto a partir da não-constatação de elementos que não representam ou que não apresentem características inerentes à sua concepção publicista.

5.3.2 Conceituação por exclusão de interesse público

A conceituação “negativa” ou “por exclusão” de interesse público requer uma análise do direito envolvido em três etapas.

A primeira etapa consiste basicamente na *diferenciação entre interesse público e interesse do Estado*. Não raro, os conceitos de interesse público são confundidos com os interesses do governo, o que é inaceitável. Nas palavras de HÉLIO DO VALLE PEREIRA:

O Estado, mesmo que dogmaticamente tenha configuração de pessoa jurídica, não pode ser assimilado com essa simplicidade, equiparando-se a um agrupamento contingencial de pessoas. Admite-se que seja vislumbrado o Estado como um ente jurídico, a exemplo de tantos outros, mormente de natureza privada, mas se trata de construção voltada à facilitação da aplicação de variados institutos jurídicos, presos aos conceitos de “personalidade”. Não se cuida de construção que deva ser desprezada, mas é apenas uma faceta da questão.

O Estado, realidade sociológica bem precedente às elucubrações doutrinárias, tem dimensão maior. Usando-se chavão, **o Estado são todos e não é ninguém**. Não se deseja capitular as metáforas do “contrato social”, mas não se pode perder de mira essa dimensão mais nobre, refratária a circunstâncias transitórias. Por extensão, não é viável desejar, por devoção à entidade imaterializada, o seu enaltecimento, exaltação que vale por si mesma, à revelia de valor superior.¹⁴⁴ (g.n.)

Logo, é importante se ter em mente que o Estado jamais deve ser confundido com o interesse público, sendo este superior àquele.

¹⁴³ PEREIRA, Hélio do Vale. *Manual da Fazenda Pública em Juízo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 37-38.

¹⁴⁴ Ibid. pp. 40-41.

Assim, o interesse do Estado mantém com o interesse público uma relação de subserviência, valendo destacar algumas ponderações que bem retratam tal concepção, extraídas da obra de HÉLIO DO VALLE PEREIRA:

[...] o interesse público não se opõe ao Estado, mas também com ele não se confunde [...]. O Estado, em verdade, é um vetor do interesse público; instituição que há de estar voltada exclusivamente à sua consecução. Não está acima dele e nem é a sua síntese. É mecanismo subserviente do interesse público.¹⁴⁵

Da mesma forma, não há se cogitar em conflito do interesse público com os interesses privados, pois a relação destas espécies de interesses é tão grande, que acabam se confundido. Neste ensejo, destaca SELMA FERREIRA LEMES que:

Em acurado estudo sobre a boa-fé e a atuação da Administração Pública, o professor espanhol Jesús GONZÁLES PÉREZ, ao analisar o caráter público de certos interesses, esclarece que estes não são antagônicos e não se encontram desvinculados dos interesses privados e que não existem interesses públicos “impessoais” distintos dos que interessam particularmente aos cidadãos. “Os interesses públicos e os interesses privados estão entrelaçados entre si até o ponto em que qualquer interesse público é também interesse privado”.¹⁴⁶

A segunda etapa, por sua vez, relaciona-se com o *conteúdo do interesse público*, ou seja, os valores que devem ser respeitados e protegidos, hábeis a justificar um tratamento diferenciado, sempre com o objetivo de se conferir uma especial proteção ao direito concebido dentro da esfera publicista.

Segundo HÉLIO DO VALLE PEREIRA, nesta fase, observa-se que o interesse público é composto por uma “soma impessoal dos interesses de todos componentes do grupo social. Não se trata de mera adição algébrica dos ‘interesses individuais’, pois, sob este ângulo, há colisão e recíproca anulação”.¹⁴⁷

Por fim, na terceira etapa de identificação do interesse público via exclusão, há que se atentar para a *dimensão ética e atenta à pluralidade social e especialmente sensível ao princípio da dignidade humana*, tal como concebida por MARÇAL JUSTEN FILHO, que também destaca a “personalização do fenômeno jurídico em detrimento da sua

¹⁴⁵ Ibid. p. 41.

¹⁴⁶ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 129.

¹⁴⁷ PEREIRA, Loc. cit.

“patrimonialização” – tudo com os olhos postos na “satisfação dos valores fundamentais”.¹⁴⁸

Para JUSTEN FILHO:

[...] um interesse deixa de ser privado quando sua satisfação não possa ser objeto de alguma transigência. Recolocando o problema em outros termos, um interesse é público por ser indisponível e não o inverso. Por isso, é incorreto afirmar que algum interesse, por ser público, é indisponível. Esse modo de enfrentar o problema é incorreto, já que o interesse somente é qualificado como público por ser indisponível. Portanto, a indisponibilidade não é consequência da natureza pública do interesse e é justamente o contrário. O interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado. Como visto, existem interesses coletivos múltiplos, distintos, contrapostos e todos eles merecendo tutela por parte do direito. Bem por isso, o critério da —supremacia do interesse público— apresenta utilidade reduzida, uma vez que não há um interesse único a ser reputado como supremo.¹⁴⁹

Seguindo a mesma linha conceitual, ADILSON DE ABREU DALLARI define interesse público da seguinte forma:

O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública. Não há interesse público legítimo ao se procrastinarem pagamentos efetivamente devidos, pois o interesse público está na correta aplicação da lei, de acordo com a melhor interpretação possível diante do caso concreto, em benefício da coletividade, dos cidadãos integrantes da coletividade.

Não há como afirmar, em qualquer ação judicial, que a decisão realizou concretamente, objetivamente, o interesse público. Diante dessa impossibilidade, convencionou-se que o interesse público estará atendido com a decisão judicial transitada em julgado, mesmo que isso seja materialmente lesivo aos interesses dos integrantes da coletividade, em termos concretos. Assim sendo, em função das ideias de entendimento, de parceria, de conjugação de esforços, de superação de formalismos inúteis, de valorização de resultados, não há por que afastar a possibilidade de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública mediante negociação e entendimento, sob a supervisão do juiz competente, que sempre dirá a última palavra, rejeitando acordos espúrios ou simulações objetivando sacramentar fraudes¹⁵⁰.

A relação do interesse público com a realização dos direitos fundamentais constitucionalmente estatuídos, bem como com a proteção da dignidade da pessoa humana, traz à tona uma especial importância de sua conceituação para o exercício da atividade administrativa, servindo-se como elemento norteador e balizador da conduta dos agentes administrativos, e como princípio decisivo para a ponderação dos bens juridicamente envolvidos em cada situação concreta.

Vale aqui registrar trecho da obra de SELMA FERREIRA LEMES, no qual a autora evidencia a utilidade do conceito de interesse público para o desempenho da atividade administrativa pelo Estado:

¹⁴⁸ FILHO, Marçal Justen. “Conceito de interesse público e a ‘Personalização’ do Direito Administrativo”. In *Revista Trimestral de Direito Público* n. 26. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 115-136.

¹⁴⁹ Ibid. p. 134.

¹⁵⁰ DALLARI, Adilson Abreu. “Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular”. In *Revista Interesse Público* n. 13, 2002, p. 16.

Na óptica do Direito Administrativo, tem importância vital, pois será ele o principal critério balizador da atividade administrativa, já que de sua definição depende a validade e legitimidade dos atos administrativos. O princípio da indisponibilidade do interesse público decorre do denominado princípio da supremacia do interesse público ou da finalidade pública que inspira o legislador e orienta a Administração. Mas, o que se observa e é digno de nota é que se alterou o modo de enfocar o tema, especialmente, na relação com os administrados. O princípio da supremacia do interesse público não é disposto de cima para baixo, mas em mão inversa e objetiva proteger os interesses dos administrados, conforme estabelecem os novos paradigmas do Direito Administrativo Contemporâneo.¹⁵¹

Ao final, SELMA FERREIRA LEMES destaca duas importantes funções atribuídas ao interesse público.¹⁵² A primeira função seria proporcionar a realização do bem comum, atentando para a proteção dos interesses dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da administração (tal como disposto no art. 1º da Lei nº 9.784/99). A segunda função do interesse público consiste na exigência da satisfação das necessidades coletivas, o que impulsionaria a Administração a adotar, em cada caso concreto, as melhores soluções possíveis do ponto de vista gerencial, técnico e financeiro, e atuar sempre com eficiência e economicidade.

5.3.3 Interesse público primário e secundário

Interessante para o presente estudo a classificação do interesse público como primário ou secundário, já que os critérios nela envolvidos servem como elemento norteador da disponibilidade dos bens jurídicos envolvidos nas causas em face da Fazenda Pública.

Segundo SELMA FERREIRA LEMES, na proteção e execução do interesse público, o Estado age como Poder Público e como órgão governativo do Estado ao desempenhar suas funções política e legislativa. Nesta órbita, o interesse público classifica-se como originário ou primário. A Administração, por sua vez, quando desempenha a função administrativa, adota e operacionaliza as diretrizes do órgãos governativos, atuando especificamente na realização do interesse público derivado ou secundário.¹⁵³

¹⁵¹ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 125-126.

¹⁵² Ibid. pp. 126-127.

¹⁵³ Ibid. p. 130.

De acordo com a doutrina de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, os interesses públicos primários seriam aqueles interesses que se referem às necessidades básicas e primordiais da sociedade. Os interesses secundários seriam, na concepção do autor, os interesses públicos de caráter instrumental, ou seja, aqueles relacionados à operacionalização das atividades finalísticas do Estado, seus atos, contratação de pessoal, serviços etc.¹⁵⁴

A partir de tais considerações, SELMA FERREIRA LEMES conclui que:

o Estado, para atingir as atividades-fim, tutela interesses extremamente relevantes para a sociedade, posto que relacionados ao bem-estar, saúde, segurança em que o ordenamento legal os classifica de afetos ao “interesse público”. Os interesses que tutelam são considerados supremos e indisponíveis. **Mas essa indisponibilidade, apesar de ser regra, comporta relativização. A indisponibilidade pressupõe a inegociabilidade, que só pode ocorrer por vias políticas e na forma legal. Mas para executar as atividades-meio”, a indisponibilidade é relativa, pode ser negociada e recai sobre os “interesses públicos derivados”, para atuar nesta órbita, a Administração demanda autorização constitucional genérica (arts. 18, 37, caput) e, às vezes, autorização legal (por exemplo, arts. 49, I, XVI e XVII da CF). [...] Podemos classificar os interesses públicos em “primários” e “secundários” (instrumentais ou derivados). Os interesses públicos primários são indisponíveis e, por sua vez, os interesses públicos derivados têm natureza instrumental e existem para operacionalizar aqueles, com características patrimoniais e, por isso, são disponíveis e suscetíveis de apreciação arbitral. Esta conclusão, portanto, traz à tona a solução com referência à matéria suscetível de ser submetida à arbitragem: os interesses públicos derivados, de natureza instrumental e com características patrimoniais dispostos em contrato.**¹⁵⁵ (g.n.)

A jurisprudência consagra a distinção entre o interesse público primário, absolutamente indisponível, e o interesse público secundário, de caráter patrimonial, plenamente disponível pela Administração Pública em conflitos estabelecidos com particulares.¹⁵⁶

GUSTAVO BINENBOJM defende:

O que se verifica é que a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público. [...] Em vez de uma regra de prevalência, impõe-se ao intérprete/aplicador do direito um percurso ponderativo que, considerando a pluralidade de interesses jurídicos em jogo, proporcione solução capaz de realizá-los ao máximo. E é essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa.¹⁵⁷

¹⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Uma Nova Administração Pública”. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 220, 2000, pp. 180-182.

¹⁵⁵ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 130-131.

¹⁵⁶ Neste sentido, veja-se: RE 303.806 – RO – Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 22.03.2005; RESP 490.726 – SC – I Turma, Ministro Relator Teori Albino Zavascki, julgado em 21.03.2005; RESP 28110 – MS – I TURMA, Relator Garcia Vieira, votação unânime; RESP 327.285 – DF, Ministro Relator Ruy Rodado de Aguiar, julgamento unânime em 18.03.2002; RESP 197.586-SP – I TURMA, Min. Relator Garcia Vieira, julgamento unânime em 05.04.1999 e, por fim, MS – 11308 – DF – Relator Min. Luis Fux – 2005/0212763-0.

¹⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO segue na mesma linha:

No Curso de Direito Administrativo tem-se repetidamente sustentado a obsolescência do então chamado princípio da supremacia do interesse público, que formulado com tal abstração e abrangência, como interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos das pessoas, servia como instrumento de opressão e, de arbítrio da autoridade. Com o advento das constituições instituidoras do Estado Democrático, os valores da pessoa humana foram reentronizados como os que realmente são supremos.¹⁵⁸

A respeito do tema, MARCELLA BRANDÃO faz uma análise comparativa da indisponibilidade dos interesses públicos com outros direitos, que, embora sejam indisponíveis por natureza, comportam em algumas situações a transigibilidade sobre um de seus aspectos:

Veja-se, por exemplo, a questão dos alimentos. São irrenunciáveis. Entretanto, é comum nas varas de família a homologação de acordos sobre os valores dos alimentos, entre outros aspectos periféricos, a demonstrar que indisponibilidade não guarda relação direta com negociabilidade. O mesmo pode se dizer dos valores normalmente protegidos em ações civis públicas, como meio ambiente e patrimônio histórico, indisponíveis e comumente objeto de negociação nos termos de ajustamento de conduta firmados com o Ministério Público Federal. A própria Constituição garante ao Ministério Público a legitimidade para proteger direitos sociais ou individuais indisponíveis, conforme o artigo 127.

Assim, mesmo considerando-se existir certa indisponibilidade pela natureza do direito envolvido no conflito judicial, interesses nele contidos podem vir a ser objeto de transação, mesmo que parcial, ao abranger aspectos periféricos do direito material objeto da demanda, como ocorre, por exemplo, nos acordos em ações civis públicas que envolvem impactos no meio ambiente.

Certamente a proteção do meio ambiente é indisponível, fato inquestionável.

Contudo, a conduta da parte lesiva pode ser ajustada em acordo de modo a evitar a propagação do dano ambiental, por exemplo.¹⁵⁹

EROS ROBERTO GRAU, por sua vez, em matéria de disponibilidade dos interesses públicos defende que “indisponível é o interesse público primário, não o interesse da administração”.¹⁶⁰ Para o jurista, o interesse verdadeiramente indisponível é aquele

[...] resultante do complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade, ao passo que o interesse do aparato organizacional, que é a administração, [...] será simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir no seio da coletividade e que podem ser realizados somente na medida em que coincidam, e nos limites dessa coincidência, com o interesse coletivo primário.¹⁶¹

¹⁵⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 479.

¹⁵⁹ BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. “A consensualidade e a administração pública em juízo”. Rio de Janeiro, 2009, p. 62. Disponível no site: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2766>. Acesso em 01 de mar. 2010.

Neste ponto, ainda acrescenta a autora que: Conclusão contrária viola o princípio da igualdade das partes do processo, ao alijar a parte pública da possível conciliação. E tal entendimento superaria ainda a vontade da lei, que, quando quis excluir a transação, o fez expressamente, como verificado no artigo 17 da Lei de Improbidade.

¹⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. “Arbitragem e contrato administrativo”. In *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32, São Paulo: RT, 2000, p. 14.

¹⁶¹ *Ibid.* p. 14.

Pelo exposto, resta claro que o interesse público primário é, em sua essência, o real interesse público a ser tutelado, não sendo concebível a preservação de um interesse secundário reputado como “direito público fazendário” ou da “direito da administração”, como verdadeiro obstáculo à realização de um bem comum, de forma célere e eficiente, mediante a utilização da conciliação como forma de solução dos conflitos estabelecidos com a Administração Pública.

5.4 Disponibilidade do interesse público.

São características do interesse público a indisponibilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade.

A indisponibilidade do bem público é uma forma de especial proteção conferida pelo legislador. Conceitua-se o direito indisponível como “o direito que pode ser derivado na natureza do direito ou de norma inderrogável e, por este motivo, não pode ser objeto de renúncia e transação por parte de seu titular”.¹⁶²

Em defesa da disponibilidade dos bens e interesses públicos, assevera ADILSON DE ABREU DALLARI que, a partir do momento em que se constata a preexistência de previsão legal expressa para a utilização de mecanismos de solução amigáveis em conflitos envolvendo a Administração Pública, resta evidente a possibilidade de negociação dos direitos envolvidos sem que haja lesão ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos. Neste ensejo, assevera o autor que

Se é compatível com a ordem jurídica a celebração de acordo fora do âmbito judicial, com muito maior razão se haverá de admiti-lo em sede judicial.

Se é possível celebrar um acordo para evitar a propositura de uma ação judicial, com muito maior razão, numa perspectiva de ordem lógica, também deve ser possível a celebração de um ajuste para dar fim a uma contenda judicial, dado que, nesta segunda hipótese, sempre haverá a presença vigilante do juiz da causa.

Fique perfeitamente claro que não se está pretendendo dizer que, atualmente, seja possível à Administração Pública atuar livremente, divorciando-se do princípio da legalidade, que determina sua submissão à lei. O que se sustenta é que não se pode mais aceitar uma

¹⁶² NASSIF, Elaine. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da “justiça menor” no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005, p. 219.

submissão absoluta à letra da lei, em detrimento da realização dos fins a que ela se destina. Cumpre-se a lei quando se atinge o resultado por ela almejado.

Atualmente, além de acatar o princípio da legalidade, é preciso dar atendimento também a um outro novo e significativo princípio constitucional da administração pública, o princípio da eficiência [...].¹⁶³

LEONARDO GRECO demonstra com precisão que a proteção aos bens públicos deve ser considerada com parcimônia, sempre privilegiando a realização dos interesses públicos, do contrário, não há razão para a indisponibilidade de um bem ou direito do Estado:

Uma outra solução, igualmente protetiva dos direitos dos credores, começou a surgir em alguns outros países, como a Itália, a Espanha, Portugal e a Argentina, que, limitando a impenhorabilidade dos bens públicos, admitem a penhora de bens dominicais do Estado e de receitas públicas não vinculadas ao exercício de atividades essenciais. Em Portugal, os bens dos corpos administrativos, as coisas do seu domínio privado, podem ser penhoradas, desde que não estejam afetadas a um fim de utilidade pública. Na Espanha, em 1998, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade do Regulamento das Fazendas Locais que proibia genericamente a penhora de bens públicos, fosse ou não do patrimônio disponível. Na Argentina, se o Estado se tornar remisso, poderão ser penhorados bens públicos de utilização privada. No Direito Italiano, não são impenhoráveis o dinheiro público e os créditos inscritos em balanço, salvo os originários de relações de direito público, como tais entendidas as resultantes de atos cumpridos no exercício de poderes de império da administração; os créditos públicos de origem privada, que não têm uma destinação pública previamente estabelecida.

Há muitas pessoas jurídicas de direito público titulares de vasto patrimônio ocioso ou não utilizado em fins públicos, que poderiam servir para saldar dívidas, sem desviar recursos dos serviços essenciais do Estado.

No plano infraconstitucional poder-se-ia cogitar de algum tipo de contempt of court, aplicado pelo próprio juiz da execução, que sancionasse os agentes das pessoas jurídicas de Direito Público, caso não cumprido o artigo 100 da Constituição, ou seja, caso não incluída a verba no orçamento do ano seguinte ou não efetuado o pagamento nesse ano. A sanção poderia ser uma multa pecuniária periódica, a ser executada como título judicial em execução pessoal contra o agente sancionado.

No Estado de Direito, que respeita os direitos dos cidadãos, a intangibilidade do patrimônio público somente se justifica na medida em que serve ao bem comum, através da sua afetação ao exercício de funções públicas de interesse de toda a coletividade.¹⁶⁴

Seguindo a mesma linha de raciocínio, SELMA FERREIRA LEMES aduz em seu trabalho sobre a utilização da arbitragem na Administração Pública que:

É indubitável que os conceitos e princípios legais necessitam ser interpretados coerentemente, inclusive o princípio da indisponibilidade do interesse público. Neste sentido, analisando os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público, preleciona Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, que não se pode atribuir-lhes valor absoluto, são importantes e pontos fundamentais do Direito Administrativo, mas que “não se lhes dá um valor intrínseco, perene e imutável. Dá-

¹⁶³ DALLARI, Adilson Abreu. “Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular”. In *Revista Interesse Público* n. 13. 2002. p. 22.

¹⁶⁴ GRECO, Leonardo. “O acesso ao direito e à justiça”. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 7-8.

se-lhes importância fundamental porque se julga que foi o ordenamento jurídico que assim os qualificou.¹⁶⁵

5.5 Disponibilidade dos bens patrimoniais nas causas envolvendo a Administração Pública

Imprescindível diferenciar indisponibilidade absoluta de indisponibilidade relativa, só sendo possível a conciliação judicial nas causas que envolvam direitos relativamente indisponíveis, desde que não haja prejuízo ou lesão às partes envolvidas. Dentre os direitos absolutamente indisponíveis estão os direitos da personalidade e aqueles relacionados à honra ou estado da pessoa e são considerados relativamente disponíveis os direitos patrimoniais.

São considerados direitos patrimoniais plenamente disponíveis aqueles referentes à tutela dos interesses de âmbito meramente individual, passíveis de conversão monetária e que se encontrem na livre disposição do titular. Os direitos patrimoniais indisponíveis seriam aqueles que “têm impacto sobre os interesses gerais”.¹⁶⁶

Conclui SELMA FERREIRA LEMES que a disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais não tem qualquer relação com a disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público:

A disponibilidade de direitos significa a disponibilidade para aliená-los e é sabido que a Administração, ainda que encontre vedação para a alienação de determinados bens, está livre para dispor em relação a outros. Mas, como arremate, sintetiza o professor Eros Roberto GRAU que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, “sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles”. Por sua vez, o professor Sérgio de Andréa FERREIRA é enfático: “o patrimônio disponível é o econômico”.¹⁶⁷

Assim, os bens públicos patrimoniais, embora indisponíveis por natureza, são passíveis de transação uma vez que constituem direitos relativamente indisponíveis.

¹⁶⁵ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 124-125.

¹⁶⁶ CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 55-56.

¹⁶⁷ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 130.

Para SELMA FERREIRA LEMES o conceito de disponibilidade está “relacionado com o de negocialidade e de bens suscetíveis de valor e livres no mercado”. Em sua doutrina, a relativização da indisponibilidade dos bens públicos pode ser concebida nas relações jurídicas envolvendo o Estado, quando, investido do poder de gestão, contrata com particulares.¹⁶⁸

Caso semelhante de relativização da indisponibilidade de direitos é observado em sede trabalhista, de onde se extrai a ponderação dos direitos dos trabalhadores, permitindo-se a realização de conciliações e de acordos coletivos. Em trabalho sobre a conciliação judicial e a indisponibilidade dos direitos no direito trabalhista, ELAINE NASSIF afirma que:

[...] o direito patrimonial é traduzido no valor quantitativo que o exprime, ele não é um protocolo de intenções. Dizer-se que renunciar ao quantitativo não é a mesma coisa que renunciar ao direito que é inaceitável. A certeza sobre o direito a receber somente é possível após a sentença. Antes da sentença tudo é res dubia.¹⁶⁹

No mais, destaca a autora a importância de distinguir os conceitos de renúncia e transação; “a indisponibilidade compreende restrições à renúncia e não à transação”, na medida em que a primeira é ato jurídico unilateral e a última, ato jurídico bilateral de concessões recíprocas.¹⁷⁰

Isto significa dizer que a indisponibilidade de bens e direitos (públicos ou privados) só se justifica (logo, se aplica) quando exista algum ato ou negócio jurídico que ameace a sua completa integridade, de modo a ocasionar alguma lesão ou prejuízo aos interesses de uma das pessoas envolvidas, ocasionando-lhe patente desvantagem.

Ademais, os direitos e interesses que seriam indisponíveis, quando discutidos em juízo, recaindo sobre eles uma dúvida capaz de autorizar a sua negociação, desde que haja vantagens para os envolvidos e seja mantida uma situação de equilíbrio em patamares razoáveis.

Para NASSIF, sempre existirá para os demandantes a possibilidade de negociação de um direito material classificado como indisponível por um direito processual, qual seja, a possibilidade de encerramento o processo de maneira célere, evitando-se as custas e despesas

¹⁶⁸ Ibid. p. 125.

¹⁶⁹ NASSIF, Elaine. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da “justiça menor” no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005, p. 214.

¹⁷⁰ Ibid. p. 215.

decorrentes de sua longa tramitação, e, por fim, eliminando-se a incerteza do resultado mediante o acordo celebrado entre as partes envolvidas.

Parte da doutrina entende que a presença de um juiz togado seria indispensável no momento da celebração de acordos envolvendo direitos e interesses indisponíveis. A exemplo, SÉRGIO PINTO MARTINS destaca que só é possível estabelecer-se uma relação de igualdade jurídica entre as partes diante de um magistrado ou um terceiro imparcial autorizado por lei:

[...] poderá, entretanto, o trabalhador renunciar a seus direitos se estiver em juízo diante do juiz do trabalho, pois nesse caso não se pode dizer que o empregado esteja sendo forçado a fazê-lo. Estando o trabalhador ainda na empresa é que não se poderá falar em renúncia a direitos trabalhistas, pois poderia dar ensejo a fraudes. É possível também, ao trabalhador transigir, fazendo concessões recíprocas, o que importa um ato bilateral. Feita a transação em juízo, haverá validade em tal ato de vontade, que não poderá ocorrer apenas na empresa, pois, da mesma forma, há a possibilidade de ocorrência de fraudes. Em determinados casos, a lei autoriza a transação de certos direitos com a assistência de um terceiro.¹⁷¹

Neste ensejo, LEONARDO SCHENK, em estudo sobre uso da arbitragem pelo Poder Público¹⁷² conclui que:

Há, conforme afirmado, verdadeiro mito acerca da vinculação entre a disponibilidade dos interesses e a aceitação do juízo arbitral. E se tal realidade se aplica aos particulares, ainda maior é a sua força nas causas envolvendo a Administração Pública. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência recente sobre o tema rezam nessa cartilha. É clara a distinção, logo nas premissas do raciocínio, entre interesses públicos primários e secundários da Administração Pública para limitar a arbitragem aos segundos.¹⁷³

À aceitação do juízo arbitral, no âmbito objetivo, para os interesses públicos secundários, segue-se uma restrição no âmbito subjetivo, uma vez que apenas as entidades exploradoras de atividade econômica têm sido autorizadas a resolver suas controvérsias contratuais no juízo arbitral.

Contudo, a observância da experiência estrangeira, de um lado, e o próprio reconhecimento do primado dos direitos fundamentais, de outro, permitem, ou mesmo exigem, o repensar dessas bases.

Com isto, pode-se concluir até o presente momento que a possibilidade de transação em causas envolvendo a Fazenda Pública dependerá da existência dos seguintes elementos: direito público patrimonial (que seria relativamente indisponível), incerteza sobre o objeto litigioso (*res dubia*); negociação conduzida sob a presença de um juiz ou terceiro imparcial

¹⁷¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 23.

¹⁷² SCHENK, Leonardo. “Reflexões sobre a arbitrabilidade das causas envolvendo o Estado”. Não publicado. Rio de Janeiro: set. de 2008, p. 12.

¹⁷³ BORGES, Alice González. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução”. In *Revista de Interesse Público*, n.º 37, 2006, pp. 29-48.

autorizado por lei; concessões recíprocas (ato bilateral), e, por fim, estrita observância das garantias processuais e individuais constitucionalmente previstas.

6 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA CONCILIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para OWEN FISS, o acordo seria uma espécie de rendição às condições da sociedade de massa que não deveria ser encorajado ou valorizado.¹⁷⁴ De forma sistemática, o autor norte-americano, em sua obra “Against Settlement”, destaca alguns fatores que poderiam influenciar as partes a preferirem solucionar suas controvérsias por meio da celebração de um acordo.

Segundo FISS, são quatro fatores que impulsionam a adoção dos mecanismos alternativos de pacificação dos conflitos: a morosidade dos julgamentos pelo Poder Judiciário; os elevados custos processuais (a impulsionar principalmente as pessoas economicamente hipossuficientes, desprovidas de condições materiais suficientes para manter seu pleito na via judicial); a queda da qualidade da prestação jurisdicional (seja em razão do aumento das demandas sem um correspondente aparelhamento do Poder Judiciário, seja em razão do despreparo dos sujeitos envolvidos no processo); e, por fim, a repercussão social dos acordos celebrados (muitas vezes as partes preferem evitar o prosseguimento da instrução probatória por motivos de foro íntimo ou até como forma de não se aventar a prática de atos inconvenientes ou até ilícitos).

Ainda existem vários problemas a serem enfrentados para que a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos seja cada vez mais aceita e bem vista pelos juristas, do ponto de vista garantista. Neste ensejo, FISS aponta a necessidade de solucionar dois problemas: primeiro, frisa a importância de resolver o conflito gerado pela representação nos acordos coletivos, já que não raro aventa-se a existência de vícios no consentimento dos representados e de excessiva interferência dos representantes sobre a vontade daquela coletividade (isto é, ainda não foram estabelecidos critérios objetivos hábeis a delimitar os limites da representação de uma coletividade, e não há meios de se constatar que a manifestação coletiva reproduz necessariamente os interesses reais dos representados);

¹⁷⁴ FISS, Owen. (trad. Carlos Alberto de Salles). “Contra o acordo” In *Um Novo Processo Civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

segundo, preocupa-se com tratamento que deve ser conferido aos acordos que se demonstrem manifestamente lesivos a qualquer uma das partes.

Em geral apontam-se as seguintes vantagens na adoção dos meios alternativos de solução de conflitos: rápidos, confidenciais, informais, flexíveis, econômicos, justos e exitosos.¹⁷⁵

Em uma tentativa de sistematizar as críticas levantadas, aponta-se: o desequilíbrio de poder entre os envolvidos, a ausência de aconselhamento profissional do advogado e aplicação dos meios alternativos somente no que corresponde ao processo judicial de conhecimento (exigindo atuação judicial posterior para a execução e cumprimento de eventuais medidas cautelares).

PETRÔNIO CALMON sintetiza as vantagens e desvantagens advindas da adoção dos mecanismos alternativos para a solução de conflitos da seguinte forma:

Sendo um sistema múltiplo e optativo, sempre que adotado há de proporcionar vantagens aos envolvidos e, indiretamente, a toda a sociedade, que se torna mais saudável à medida que seus conflitos são efetivamente resolvidos. Mais certo, ainda, é que a autocomposição proporciona melhor adaptação dos envolvidos com a solução do conflito.¹⁷⁶

Até o presente momento foram expostas as vantagens da conciliação como uma das soluções hábeis a propiciar maior celeridade e efetividade ao andamento processual, também servindo como mecanismo de filtragem das causas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário. No entanto, como a experiência demonstra, a utilização excessiva da conciliação como forma de resolução dos litígios, sem a observância dos princípios e garantias constitucionalmente previstos, pode comprometer em boa parte os direitos e interesses envolvidos, gerando conseqüências indesejáveis e criando novos problemas que, um dia ou outro, serão novamente reabsorvidos pelo Poder Judiciário.

Assim, assevera OWEN FISS que a primeira desvantagem dos acordos está na sua própria origem, como já visto anteriormente, já que a sua celebração, na maioria dos casos, é impulsionada por vários fatores negativos há pouco enumerados, lembrando: a morosidade da justiça, os elevados custos processuais, a má-qualidade da prestação jurisdicional (em

¹⁷⁵ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 155.

¹⁷⁶ Ibid. p. 156.

razão do excesso de demandas e da falta de infra-estrutura adequada ao Poder Judiciário), e, por fim, as repercussões sociais advindas ao longo do trâmite processual.¹⁷⁷

Como conseqüência destes fatores negativos, não raro, são constatadas celebrações de acordos lesivos a uma das partes ou até a ambas as partes. A lesividade dos acordos seria uma desvantagem pontual de grande relevância para o estudo da conciliação, pois sua incidência obsta a pacificação social, que é o objetivo da prestação jurisdicional e da utilização dos mecanismos alternativos de solução dos conflitos.

Destarte, o uso em demasia da conciliação, sem a observância das garantias processuais e sem a preocupação com a satisfação dos interesses das partes, funciona apenas como um remédio emergencial, que elimina grandes quantidades de demandas no presente, mas não consegue exterminar os conflitos de forma definitiva, postergando os problemas para um momento futuro.

Ora, a conciliação não deve ser mero mecanismo de soluções paliativas com eficácia momentânea e incompleta, pois certamente o conflito ressurgirá em momento posterior, podendo até ser agravado, e, assim, como um “bumerangue”, a demanda judicial “exterminada” pela conciliação, com nova formatação, retornará futuramente ao Poder Judiciário.

Imagine-se este efeito “bumerangue” em maiores proporções: um grande movimento conciliatório, aparentemente benéfico, pode estar apenas postergando várias discussões para um mesmo momento futuro. As demandas judiciais hoje findadas por um acordo lesivo entre as partes, ou sem a devida realização das garantias processuais a elas inerentes, não serão capazes de estabilizar as relações sociais e juridicamente envolvidas, podendo provocar mais adiante a necessidade de se rediscutir as questões pendentes.

Esta situação se assemelha ao menino que arruma o seu quarto rapidamente, colocando todos seus brinquedos de forma desordenada, em um único armário. Quando o armário se enche, as suas portas se rompem e todos os brinquedos caem ao chão, como estavam antes, ou até provocando maior desordem.

¹⁷⁷ Ao mencionar as repercussões sociais como um dos fatores negativos que dão ensejo à celebração “forçada” de acordos, OWEN FISS se refere às pressões externas que influenciam o comportamento das partes durante a tramitação processual. Isto ocorre, por exemplo, no caso em que o demandado teme que durante a instrução probatória venha a ser desvendado um fato inconveniente ou ilícito estranho à lide; pode-se também citar como repercussão social, a premente necessidade da parte autora de receber um crédito para saldar uma dívida, ou para assegurar alimentos ou pagamento de serviços de saúde para um membro da família.

Certamente não é este o objetivo da conciliação, ao lado de outras tutelas diferenciadas que almejem a celeridade e efetividade processual. Não podem ser ignoradas as vantagens de sua utilização – é claro que com a melhoria da gestão dos processos, maior celeridade e seletividade nas tramitações e, conseqüentemente, com o “desafogamento” do Poder Judiciário, haveria uma considerável melhoria na qualidade das decisões.

Por outro lado, não podemos ignorar que todo remédio utilizado de forma excessiva ou inadequada acarreta efeitos indesejáveis, ao invés de solucionar os problemas.

As preocupações atuais não se voltam mais para a aceitação da conciliação como meio eficaz de pacificação social, mas sim, para a utilização adequada do instituto, de modo que se propicie a devida satisfação dos interesses envolvidos, de acordo com os princípios e garantias processuais incidentes sobre cada situação concreta.

Segundo ROBSON EGÍDIO CARDOSO, “não se pode olvidar que os acordos judiciais importam, como regra, renúncia de direitos, concessões mútuas e desistência de pretensões”.¹⁷⁸

Assim, em estudo sobre a imposição da conciliação pelo Estado como solução para a ineficiência da prestação jurisdicional, o autor prossegue afirmando que “é fundamental que os termos conciliatórios sejam acompanhados criteriosamente pelos advogados das partes e estes, percebendo eventuais prejuízos de seus clientes diante da situação que envolve o caso concreto, tem o dever de orientá-los a recusar a avença”.¹⁷⁹

Na concepção de CARDOSO, o movimento de conciliação impõe-se de maneira coercitiva, na medida em que as partes se vêem, em várias situações, praticamente obrigadas a formalizar o acordo, sob pena de serem prejudicadas subjetivamente na lide “em razão das tentativas infrutíferas de acordo acompanhadas pelo Magistrado”.¹⁸⁰

Por fim, apresentadas as desvantagens da conciliação, imprescindível se torna adentrar o estudo do comportamento que deveria ser esperado das partes ao longo da conciliação, para que o resultado obtido seja aquele de fato almejado pelos envolvidos, ou ao menos o esperado

¹⁷⁸ CARDOSO, Robson Egidio. “A imposição da conciliação pelo Estado como solução para a ineficiência da prestação jurisdicional”. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2413, 8 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14316>>. Acesso em: 08 de abr. 2010.

¹⁷⁹ Ibid. p. 3.

¹⁸⁰ Ibid. p. 4.

dentro do conjunto fático e probatório apresentado em juízo, o que será visto em ponto específico, mais adiante.

7 PAPEL DOS SUJEITOS ENVOLVIDOS NA CONCILIAÇÃO ENTRE PARTICULARES E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A partir do movimento de acesso à justiça, vê-se, na atualidade, uma crescente utilização do instituto da conciliação como um dos principais mecanismos redutores de demandas judiciais, hábil a promover não só a prevenção como também a filtragem dos litígios levados ao conhecimento do Poder Judiciário até a última instância.

O movimento de conciliação no Brasil hoje conta com a participação do Poder Judiciário, Advogados públicos e particulares, Ministério Público, Defensorias Públicas e até da própria Administração Pública direta ou indireta de cada ente federativo (União, Estados e Municípios).

O aspecto subjetivo é muito importante para a fase de negociação entre as partes. Caso não seja obtida uma solução amigável, a subjetividade ainda persistirá na formação do convencimento do magistrado.

É cediço aos juristas que o aspecto subjetivo é importante quando da prolação da decisão pelo julgador, haja vista que os desejos e emoções estão presentes em todo o processo de interpretação e de tomada de decisão em concreto.

Destarte, na ânsia de obter acordos judiciais para atingir metas estipuladas pelos órgãos judiciais superiores, e, assim, demonstrar vontade e competência ao seu empregador, os Juízes são colocados em situação de pressão e se tornam suscetíveis a proferir decisões parciais e arbitrárias.

7.1 Poder Judiciário

O Poder Judiciário exerce relevante papel como intermediador da conciliação em juízo entre a Administração Pública e particulares. Cabe ao magistrado buscar a superação

dos preconceitos e das barreiras que obstam a realização de acordos, na prática. De acordo com o art. 125, incisos II e IV da Lei nº 5.869/73 - Código de Processo Civil Brasileiro, é dever do juiz “velar pela rápida solução do litígio” e “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

Para que o magistrado seja um bom conciliador, a doutrina sugere algumas importantes técnicas de conciliação dentre as quais passa-se a citar: manter uma postura calma e serena; tratar as partes com respeito e urbanidade,¹⁸¹ usar em audiência linguagem clara e acessível aos interlocutores, preservando a linguagem estritamente técnica para os despachos e decisões; demonstrar segurança e conhecimento sobre a causa; incentivar o acordo ressaltando as vantagens dele advindas; fixar os pontos controvertidos e sanar eventuais dúvidas processuais antes da conciliação, para que as partes tenham maior segurança na fase de negociação; nunca precipitar seu juízo acerca das questões em discussão como forma de coagir a parte em desvantagem a realizar o acordo.

Em grande parte, o sucesso da conciliação deve-se à postura adotada pelo magistrado na fase conciliatória. A relação de confiança entre as partes hábil a ensejar uma negociação advém da segurança proporcionada pelo juiz que conduz a audiência, que deve buscar ao máximo manter um clima harmônico entre os litigantes e extrair todas as informações necessárias para o deslinde da controvérsia.

Importante destacar que o juiz tem o papel de evitar qualquer surpresa às partes durante o trâmite processual, intensificando um trabalho transparente sobre os pontos controvertidos, sempre expressando aos envolvidos quais dúvidas merecem ser dirimidas para que possa proferir um possível julgamento.

A partir de tais elucidações, as partes passam a ter melhor conhecimento sobre a sua posição naquele processo, quais seriam as chances de êxito de seu oponente, e quais possíveis argumentos poderia ser utilizados a seu favor caso a negociação não venha a prosperar.

O domínio das partes sobre o quadro geral fático e circunstancial do litígio posto em juízo aumenta as chances de êxito de uma possível conciliação, pois com maior segurança e previsibilidade do resultado possivelmente obtido a partir dos elementos colhidos nos autos,

¹⁸¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. “A conciliação no novo Código de Processo Civil”. In *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 2., 1974, p.2.

terão os interessados condições para analisar a viabilidade ou as vantagens obtidas a partir de uma proposta conciliatória.

A fase de negociação gira em torno de uma dúvida que gera riscos à situação de equilíbrio existentes à posição de um dos litigantes. Em havendo um conflito, sabe-se que apenas um sairá vencedor, ou, ao menos, que ambos serão parcialmente vitoriosos. Por esta razão, para que uma proposta de acordo seja interessante para as partes, deverá existir ao menos um mínimo de previsibilidade sobre os possíveis resultados (decisões) que podem decorrer das posições ocupadas pelos litigantes até aquele momento. O interessado deve estar convencido de que é melhor aceitar a proposta de acordo fazendo concessões recíprocas do que assumir os riscos advindos de um provimento jurisdicional desfavorável, ou decorrentes de fatos supervenientes à recusa da oferta conciliatória, que venham agravar a sua situação de necessidade ou de incerteza.

Até aqui foram enunciadas as condutas que os magistrados devem adotar para que a conciliação seja bem sucedida. Importante agora destacar quais são os comportamentos dos juízes vedados na fase de negociação.

Na prática, observa-se que o magistrado que coage as partes a realizarem um acordo, impondo uma proposta por ele mesmo formulada, incorre na conduta desaconselhável. Além de o magistrado “coator” frustrar o procedimento conciliatório (pois ninguém faz um acordo contra a sua própria vontade, que é a essência da negociação), acaba inaugurando uma série de questões que fatalmente comprometerão a imagem do Poder Judiciário como órgão pacificador, e que farão com que os jurisdicionados percam completamente sua confiança na prestação jurisdicional. Na realidade processual brasileira, não são raros relatos de profissionais do direito, que participaram de audiências de conciliação e foram constrangidos pelo magistrado a fazerem acordos, sob pena de terem a pretensão de seu representado julgada improcedente, e até mesmo de serem recolhidos à prisão, por suposto crime de desobediência.

Ora, trata-se de claro desvirtuamento do princípio conciliatório, sendo evidente que a conciliação não é uma obrigação, pelo contrário, é uma faculdade, embasada na manifestação de vontade das partes para que cheguem a uma solução amigável, mais rápida, sem que ambos corram o risco de se verem premidos de seus direitos em sua totalidade, arcando cada um com pequena perda ao realizarem concessões mútuas sobre o objeto litigioso.

Ninguém melhor do que os próprios litigantes para saberem até onde podem negociar, ou até onde desejam prosseguir a discussão judicial, com todos os riscos e custos a ela inerentes.

Por isso, revela-se bastante inadequada e inoportuna uma proposta de conciliação oferecida pelo magistrado, contra a vontade das partes.¹⁸² Este tipo de atitude descaracteriza a essência da fase conciliatória, e impõe uma decisão judicial antecipada travestida de acordo, em tese irrecorrível,¹⁸³ o que é inaceitável.

Outra conduta vedada ao magistrado em sede conciliatória está na homologação de acordos que sejam redigidos em desacordo com a real vontade das partes, ou que contenham obrigações com finalidades escusas ou ilegais.¹⁸⁴

Interessante citar uma conduta do juiz que se situa na “zona cinzenta”, não havendo balizamentos determinantes para sua reprovabilidade na fase de conciliação. Trata-se do controle que exerce sobre a lesividade dos acordos homologados.

De certo cumpre ao juiz zelar pela igualdade das partes, coibindo a celebração de acordos que ocasionem qualquer lesão desproporcional ao direito de um dos envolvidos. À primeira vista, cuida-se de conduta evidentemente autorizada ao magistrado, com base no art. 125, I da Lei nº 5.869/73,¹⁸⁵ no entanto, existe uma certa margem de discricionariedade

¹⁸² Importante salientar que o que se reprova é a oferta de proposta de conciliação pelo magistrado sem que haja a participação e a concordância das partes com os seus termos. A participação do magistrado pode se dar por meio de sugestões e idéias de composição durante o processo de negociação, desde que as partes concordem com a intervenção do juiz como mediador. Sempre se deve garantir a voluntariedade na conciliação. Reprovável não é a participação do magistrado, mas sim, a imposição coercitiva do julgador sobre a proposta a ser oferecida. Antes de ser instado a julgar a causa, o que ocorrerá somente após o insucesso da conciliação, o juiz não pode substituir a vontade das partes.

¹⁸³ Fala-se aqui que a decisão é, em tese, irrecorrível, pois de fato, existem meios de impugnação de um acordo sem a manifestação de vontade das partes, decorrente de coação do magistrado. Seria possível, por exemplo, a interposição de ação anulatória, ação rescisória, ou até correição parcial em se tratando de acordo celebrado sob o rito ordinário. No entanto, até que as partes consigam comprovar a coação, muitos prejuízos poderiam ser causados a ambas, com grande desgaste emocional e insegurança jurídica. Nos juizados especiais, a coação seria ainda mais grave, pois, em regra (salvo comprovação de má-fé, dolo ou coação pelo magistrado) os acordos homologados em juízo não são passíveis de recurso, fazendo desde a intimação das partes coisa soberanamente julgada. Neste sentido:

Art. 41 da Lei nº 9.099/95 - Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado.

Art. 59 da Lei nº 9.099/95 - Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei.

¹⁸⁴ Analogicamente, neste sentido, dispõe o art. 129 da Lei nº 5.869/73: Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.

¹⁸⁵ Art. 125 da Lei 5.869/73 - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

quanto ao conceito de “acordo lesivo” que torna questionável eventual recusa do juiz em homologar um acordo sobre este pretexto.

Em casos de lesividade patente, não se põe em dúvida a possibilidade de o magistrado se recusar a homologar o acordo. No entanto, há algumas situações em que é injustificável a recusa do julgador quanto à homologação do que foi decidido entre as partes, preferindo o juiz proferir decisão favorável a uma das partes em detrimento da outra, por reputar a proposta, em sua concepção, como lesiva.

Por isto, defende-se neste trabalho, que ao magistrado, somente é possível recusar a homologação de acordos patentemente lesivos ou que tratem de matéria estranha à sua competência jurisdicional, que violem o direito de uma das partes de forma abusiva, nos parâmetros considerados pelo homem médio, consideradas as peculiaridades culturais e sociais da realidade em que estejam inseridos.

7.2 Advocacia

7.2.1 Advocacia privada

A respeito do papel da Advocacia privada na administração da justiça, EDUARDO BORGES DE MATTOS MEDINA destaca que

O advogado tem papel fundamental no bom desenvolvimento dos processos alternativos, ao contribuir, tanto em um momento anterior ao processo, equacionando os fatos e ajudando na escolha do melhor método alternativo a ser utilizado, quanto durante o processo, utilizando seus conhecimentos jurídicos, para a solução mais satisfatória dos litígios.¹⁸⁶

Outrossim, por oportuno, sobre a Semana Nacional da Conciliação, um dos eventos do "Movimento pela Conciliação" promovido pela CNJ, importante transcrever a seguir trechos de nota elaborada pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) e publicada em 30 de novembro de 2008. Na nota o então presidente da AASP, Dr. MÁRCIO KAYATT, registra

¹⁸⁶ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos – O Cidadão na Administração ad Justiça*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 116.

seu apoio ao movimento, mas adverte sobre a ausência de participação de toda a comunidade jurídica na iniciativa e reforça sua preocupação em relação ao livre exercício da advocacia.

[...] "Seguramente, impor a conciliação por meio de atos de força ou de ameaça de imposição de penas, além de discutível licitude, não incrementa a cultura da paz." [...] (grifos do autor)

[...] "É preciso afastar a idéia de que os advogados são foco de resistência à conciliação. Inversamente, podem ser grandes promotores das conciliações, se sua integração ao esforço conciliatório for recebida de bom grado desde a concepção das medidas de implementação da Semana Nacional de Conciliação. Lamentavelmente, porém, os advogados têm sido não apenas aliados dos atos preparatórios como surpreendidos com normas ameaçadoras em relação ao regular exercício da profissão, circunstância que nos autoriza a manifestar preocupação e sugerir que, para os próximos anos, sejamos efetivamente considerados indispensáveis à administração da Justiça.

Sabemos todos que conciliar é legal, mas é preciso dotar de legalidade todo o procedimento, a fim de que o produto da conciliação também seja legal, decorrente de verdadeira e legítima transação entre as partes, devidamente assistidas, e não fruto de imposição da disposição de direitos, a fim de produzir números grandiloquentes e notícias de capa dos periódicos, que só serão legítimos se não tornados fins em si mesmos." [...]

Resta evidente que a conciliação judicial é um ótimo meio de solução de conflitos, mas as partes não podem ser coagidas a formalizarem acordo em razão da ânsia desesperada do Estado em diminuir o número de processos em andamento.

Movimentos que promovem a conciliação entre as partes são importantes e devem ser prestigiados pela comunidade jurídica desde que seja resguardada a vontade das partes e o direito de exigir a tutela jurisdicional do Estado.

O mais importante para a sociedade brasileira é a necessária reforma do Judiciário, privilegiando a conciliação extrajudicial e meios alternativos de resolução de conflitos, oferecendo oportunidade para que este Poder possa cumprir sua missão em favor dos jurisdicionados de forma célere e eficiente.

Não se concebe mais hoje em dia que o compromisso do Advogado esteja unicamente restrito aos interesses, quaisquer que sejam eles, das partes que representam. Ele exerce um munus público considerado indispensável à administração da justiça pelo legislador constitucional (art. 133 da Constituição da República). Assim, deve ter uma atuação ética condizente com os fins públicos que informam a sua profissão e, portanto, do próprio processo enquanto instrumento essencial à realização da justiça. Seria um contrasenso admitir e qualificar alguém como essencial para um determinado fim e ao mesmo tempo permitir que este alguém pudesse ter um comportamento que prejudicasse ou que colocasse em risco tal desiderato.

O Advogado também é responsável, cabendo-lhe indagar quais os objetivos de seus clientes e os fins que eles pretendem alcançar com o processo, para avaliar se, do ponto de vista ético, deve ou não aceitar a defesa.¹⁸⁷

Não se concebe que o Advogado possa, a pedido de um cliente, utilizar o processo para alcançar objetivos que contrariem a lei, como criar mecanismos para fraudar o fisco, retardar injustificadamente o andamento do processo, apresentar provas – documental, testemunhal ou qualquer outra – que saiba serem falsas, e assim por diante.

A respeito da resistência dos Advogados particulares em aderirem à política conciliatória, FÁTIMA ANDRIGHI faz a seguinte advertência:

Temos de reverter o desinteresse dos advogados pela conciliação, porque ela é conveniente se considerarmos a sobrecarga de atividades do juiz condutor do processo, acrescida da celeridade e segurança do ato conciliatório. A homologação do acordo e a extinção do processo permite o recebimento mais rápido dos honorários, sem as surpresas inerentes a um julgamento.

O ponto fundamental desta nova relação, da parceria Advogado/cliente, é a de que o advogado não se torna imune a compromissos éticos com a justiça, na medida em que ele aceita o patrocínio, a defesa, de algum cliente. Assim, é preciso que ele torne bem claro quais são os limites de sua atuação, e deles, salvo motivos excepcionais, não se desvie.

7.2.2 Advocacia Pública

Pode-se afirmar, com precisão, que a função do Advogado Público é a mais importante para a difusão dos meios alternativos na Fazenda Pública.

Isto se deve ao fato de a conciliação, em nosso ordenamento, não ser uma medida obrigatória, logo, sua utilização dependerá da conscientização e da legitimidade dos Advogados Públicos para que sejam formuladas propostas de acordo dentro das possibilidades legais e fáticas constatadas por estes profissionais no desempenho de suas funções.

¹⁸⁷ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da formulação de uma nova Teoria Geral do Processo*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 70.

Como visto anteriormente no ponto específico sobre a relação estabelecida entre o Advogado Público e a Administração, cabe ao Procurador da entidade representada assisti-la dentro dos critérios de legalidade, sempre se perquirindo o interesse público primário nas situações em que houver dúvida quanto à melhor interpretação jurídica aplicável.

Pode-se dizer que o Advogado Público se aproxima do administrador, na medida em que também se vincula às finalidades precípuas preconizadas pelo Estado por lei, e ao mesmo tempo se aproxima da figura do advogado particular, por também desempenhar um papel mais ativo, devendo enxergar as situações e os conflitos submetidos ao seu patrocínio do ponto de vista econômico, viabilizando ao seu cliente soluções mais interessantes dentro de uma análise de custo e benefício.

Então, se por um lado, o Advogado Público sofre as mesmas limitações impostas pelo Poder Público aos seus servidores, por outro, possui as prerrogativas inerentes à condição de defensor dos interesses públicos primários, dentro de uma análise mais abrangente, que também demanda sua experiência causídica no que diz respeito ao provisionamento dos resultados que serão obtidos em juízo.

O Advogado Público possui maiores condições de saber se há chance de o Poder Público sair vencedor em juízo na defesa de um ato administrativo praticado; ele conhece não só a legislação pura, tal como também a conhece o administrador, mas também sabe todas as nuances e posicionamentos predominantes sobre a interpretação de uma questão que gere dúvidas na sua aplicação concreta.

Da mesma forma, o Advogado Público tem o dever de conhecer profundamente o funcionamento da Administração Pública, a ponto de saber discernir as possibilidades e limitações reais de seu cliente para o cumprimento de uma obrigação ou o reconhecimento de um direito do administrado. Além disso, o Advogado Público também tem conhecimento a respeito das rotinas cartorárias, do andamento processual e tempo de tramitação estimado para cada tipo de demanda judicial.

Em resumo, o Advogado Público é o agente capaz de estabelecer uma ligação entre a Administração Pública e o Poder Judiciário, servindo como verdadeiro “intérprete” das peculiaridades e formalidades adstritas ao funcionamento de cada um desses órgãos.

A partir daí, extrai-se a consequência inelutável de que o Advogado Público deve ser dotado da necessária autonomia e independência funcional para exercer seu mister de defesa da ordem jurídica e da indisponibilidade do interesse público.

Por esta razão, o legislador constituinte impôs expressamente a necessidade de estruturação da carreira da Advocacia Pública, limitando a forma de ingresso via concurso público de provas e títulos, com a necessária participação da Ordem dos Advogados do Brasil e a avaliação de desempenho para reconhecimento da estabilidade funcional do Procurador promovida internamente, com supervisão das Corregedorias (art. 132, caput e parágrafo único, Constituição da República).

MARCELLA BRANDÃO sintetiza a missão do Advogado Público da seguinte forma:

O advogado público deve ter a garantia de independência e assumir sua missão constitucional de forma a garantir os melhores resultados à administração pública em juízo e o que muitas vezes passa pela celebração de acordos, especialmente nas demandas fadadas ao insucesso. A melhor defesa do cliente, no caso a administração pública, passa não apenas pela escolha da melhor tese jurídica, mas também pelo aspecto econômico da demanda, de forma a proteger o erário, ao se evitarem gastos desnecessários com o prosseguimento de demandas sem chances de êxito¹⁸⁸.

Em compasso com o aumento de responsabilidade e prerrogativas aos Advogados Públicos, a assistência judiciária dos entes da federação por advogados credenciados (contratados pela Administração via procedimento licitatório) tem sido paulatinamente extinta, e, progressivamente, as respectivas vagas estão sendo preenchidas por Advogados Públicos concursados.

7.2.3 Defensoria Pública

A Lei Complementar Federal nº 80, de 12 de janeiro de 1994 (organiza a Defensoria Pública da União e prescreve normas gerais para a sua organização pelos Estados-membros), no inciso I do artigo 4º, dispõe que “são funções institucionais da Defensoria Pública dentre outras: promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflitos de

¹⁸⁸ BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. “A consensualidade e a administração pública em juízo”. Rio de Janeiro, 2009, p. 62. Disponível no site: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2766>. Acesso em 01 de mar. 2010.

interesses”: no seu labor de pacificação social, os Defensores Públicos devem fazer uso do instituto da conciliação.¹⁸⁹

Em matéria de assistência judicial gratuita, ressalta LEONARDO GRECO que

Na defesa do pobre em juízo, é evidente a posição de desvantagem em que se encontra o beneficiário da assistência judiciária gratuita, pela falta do vínculo de confiança entre ele e o seu patrono. Calamandrei, no seu famoso *Processo e Democracia*, sustentava que o pobre deveria ter a mesma liberdade de escolha do advogado que tem aquele que paga a remuneração do seu patrono.

Em raros países, talvez em nenhum outro a não ser a Inglaterra, tem o pobre esse direito de escolha, o que coloca o seu acesso à Justiça em plano de bastante inferioridade em relação ao seu adversário.

[...] Ainda no campo da assistência judiciária, ainda mais se acentua a desvantagem do pobre num sistema em que muitos atores indispensáveis do processo - advogados, serventuários, peritos - são obrigados a servir sem qualquer remuneração.

Enquanto a lei brasileira não assegurar a remuneração módica de todos esses sujeitos, por conta do Estado ou de um fundo público, como nas causas da Justiça remunerada, não existirá igualdade de oportunidade entre os beneficiários da gratuidade e os demais litigantes no acesso à Justiça.

Ao discorrer sobre as prerrogativas concedidas aos Defensores Públicos, LEONARDO GRECO entende que

As compensações que a lei processual eventualmente dá ao defensor dativo do pobre (inexistência de confissão ficta, prazos em dobro, intimações sempre pessoais), estão muito longe de suprir a desvantagem decorrente da inexistência do direito de escolha e do vínculo de confiança.

No que diz respeito à importância da Defensoria Pública para a conciliação na Administração Pública, sua principal contribuição se dará por meio do assessoramento das pessoas hipossuficientes que tenham algum impasse com o Poder Público.

Cabe ao Defensor Público, num primeiro momento, ainda no plano extrajudicial, suprir algumas necessidades não oferecidas a contento pelo Estado, levando ao conhecimento do pretense litigante as informações sobre os seus direitos e o modo correto de proceder perante a Administração Pública.

Muitas das ações ajuizadas em face da Administração Pública poderiam ser evitadas se houvesse ampla divulgação dos direitos às populações de baixa renda, que, por inúmeras vezes recorrem ao judiciário por falta de informação ou por insuficiente esclarecimento de suas situações pelos agentes públicos.

¹⁸⁹ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos – o cidadão na Administração da Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 114.

É aí que surge a figura do Defensor Público, um profissional preparado, com conhecimento jurídico notório e especialização para promover a assistência jurídica gratuita às populações mais carentes, que terá a incumbência de prestar assessoria jurídica preventiva e também ostensiva, zelando também pelo interesse público primário.

Registre-se aqui, que, a exemplo dos Procuradores da União, dos Estados e Municípios, muitas vezes os Defensores, engajados no cumprimento de sua missão institucional, confundem a sua função de tutelar o interesse primário com a vitória de seu cliente a qualquer custo, idéia que deve ser retirada da mentalidade de todos as espécies de Advogados Públicos.

Por esta razão, defende-se que o papel do Defensor Público não é fazer com que a parte assistida ganhe todas as causas, mas sim, levar ao seu conhecimento a sua real situação, esclarecendo se o seu direito realmente existe, e se existem possibilidades mais eficazes e menos dispendiosas para que satisfaça a sua pretensão.

7.3 Conciliadores

Seguindo a orientação do direito lusitano, no Brasil os conciliadores mostram postura mais participativa, sendo facultado a estes profissionais sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente a este respeito.¹⁹⁰ Aqui a conciliação é tratada como uma atividade inerente ao Poder Judiciário, que pode ser realizada por juiz togado, juiz leigo ou algum bacharel em direito ou servidor com formação específica, nomeado pelo juízo para exercer a função de conciliador.

Registra HUMBERTO DALLA que, desde a instituição dos Juizados Especiais, por meio da Lei nº 9.099/95, e a conseqüente difusão da justiça de pequenas causas, a população acabou se acostumando com a figura do conciliador nos Juizados Especiais, mesmo sendo terceiro não investido na função jurisdicional propriamente dita.

¹⁹⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos”, in *Acesso à Justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 22.

Dada a relevância do papel dos conciliadores para a condução dos procedimentos conciliatórios, HUMBERTO DALLA destaca a necessidade de efetivação do cadastro e registro de mediadores, bem como a fiscalização da atuação desses profissionais colaboradores pela Ordem dos Advogados do Brasil, que terá a obrigação de zelar pelas garantias processuais e os direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos nas negociações, punindo severamente todo e qualquer advogado que “contribua, de alguma forma, para o desvirtuamento do processo de mediação”.¹⁹¹

¹⁹¹ Ibid. p. 12.

8 CONCLUSÃO

Deste estudo, extraem-se as seguintes conclusões:

a) A mudança da postura do legislador constitucional com relação ao funcionamento da Administração Pública, propiciando ao particular uma maior participação na gestão dos serviços públicos, representa uma quebra da hierarquização na relação entre o Estado e os cidadãos.

b) A concepção de um Estado Democrático, com bases participativas em sua gestão, com o objetivo primordial de satisfação do interesse público tornou viável a adoção da conciliação e da arbitragem nas causas em face da Administração Pública.

c) As alterações constitucionais não foram suficientes para que os meios alternativos fosse difundidos na prática de maneira satisfatória. De acordo com a doutrina e jurisprudência brasileira, os principais obstáculos à propagação da conciliação e da arbitragem na Administração Pública residem numa aparente incompatibilidade dos institutos com o Princípio da Supremacia e Indisponibilidade do interesse público, ao lado de uma grande dificuldade de se romper uma cultura de litigiosidade perante o Poder Judiciário já enraizada no ordenamento jurídico pátrio.

d) Daí se extrai a importância de, num segundo momento, apresentar a conceituação de interesse público, fazendo-se uma distinção entre o interesse público primário (este sim, indisponível, por estar relacionado ao bem estar comum e a ordem pública) e o interesse público secundário (que seria disponível, por relacionar-se a direitos transacionáveis, patrimoniais e de menor relevo perante as garantias fundamentais asseguradas constitucionalmente em favor da sociedade).

e) Estabelecida a conceituação de interesse público primário, inaugura-se uma nova etapa no estudo, consistente na identificação dos direitos públicos passíveis de negociação, premissa básica a ser considerada para a admissibilidade da utilização dos meios alternativos de pacificação de conflitos perante o Poder Público.

f) A partir desta identificação das categorias de interesses públicos, restou evidente que a proteção conferida pelo legislador constituinte não é absoluta, devendo ser sempre

relativizada quando sua incidência vier a comprometer outro direito ou garantia fundamental relacionado à ordem pública ou à manutenção da dignidade da pessoa humana.

g) Em suma, pode-se afirmar a partir deste exercício de ponderação dos interesses e princípios constitucionais, que serão passíveis de negociação por meio de conciliação ou arbitragem, os interesses públicos secundários e os direitos patrimoniais do Estado quando confrontados com um interesse público primário.

h) Dentre os meios alternativos de solução de conflitos existentes, são admissíveis em face do Estado a conciliação e a arbitragem, não sendo cabível a mediação, por ausência de elemento psicológico ou qualquer relação pessoal entre o particular e a Administração Pública, ressaltando que em tais relações, a impessoalidade é um princípio fundamental, na forma do art. 37 da Constituição da República.

i) A partir de tais considerações gerais, passa-se a dar enfoque à conciliação na Administração Pública. A adoção do procedimento conciliatório nas causas em face do Poder Público passou a ser inserida na prática, e no regramento interno da Advocacia Pública Federal a partir da edição da Lei 10.259/2001 que instituiu os Juizados Especiais Federais.

j) O processamento da conciliação perante a Fazenda Pública exige duas condições prévias de procedibilidade – a existência de um prévio requerimento administrativo (hábil a caracterizar o interesse de agir a partir de uma pretensão resistida) e a disponibilidade dos bens e interesses públicos envolvidos nos litígios (para que se possa transacionar o objeto litigioso sem que haja violação aos Princípios da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público).

i) A utilização dos meios alternativos na Administração Pública deve ocorrer sempre mediante a observância das garantias processuais constitucionalmente previstas, restando preservada a imparcialidade do conciliador, e condenável qualquer medida tendente a abolir ou mitigar a prevalência do interesse público primário, razão pela qual se reputa reprovável e proibida a oferta de acordos lesivos aos particulares.

h) Neste ensejo, destaca-se a importância do Advogado Público, não só como profissional habilitado e legitimamente investido na função de tutelar pela realização do interesse público primário, mas também como sujeito que servirá como interlocutor entre as necessidades dos particulares e as restrições legalmente impostas ao funcionamento e processamento das pretensões perante o Estado.

i) O fortalecimento da Advocacia Pública propicia uma maior difusão da aplicabilidade dos meios alternativos na Administração Pública, pois cabe ao Advogado Público a missão de analisar as demandas judiciais já interpostas, detectar possíveis erros e interpretações de dispositivos legais aplicáveis, e, assim, elaborar propostas conciliatórias para que os litígios sejam resolvidos de forma mais célere, econômica e satisfatória aos interesses públicos primários envolvidos.

j) O advogado que representa os administrados exerce, da mesma forma, um relevante papel na condução da conciliação perante o Poder Público, pois ele poderá avaliar com maior técnica as vantagens e desvantagens possivelmente obtidas a partir da celebração de um acordo.

j) O sucesso da conciliação na Administração Pública também depende da participação de outros importantes sujeitos do processo: o magistrado, a Defensoria Pública e o conciliador.

j) No mais, destaca-se o papel a ser exercido pelo magistrado como condutor do procedimento conciliatório, que, além de atuar com imparcialidade, deve garantir às partes igualdade de condições, oportunizando ao máximo a produção de provas com ampla defesa e contraditório, e intervir com bastante cautela e parcimônia, sempre buscando um acordo satisfatório às partes, decorrente da manifestação livre dos interessados, de acordo com suas necessidades e capacidades.

l) À Defensoria Pública, por sua vez, cabe o papel de prestar informações aos jurisdicionados, primando também pela realização do interesse público primário. Aos conciliadores, incumbe a tarefa de auxiliarem os magistrados, fazendo-se um trabalho paralelo de filtragem das demandas judiciais passíveis de julgamento, oportunizando-se em um momento anterior a realização de acordo entre as partes.

m) Mediante a análise de todos estes pontos, pode-se concluir que a conciliação é, na atualidade, o mecanismo mais adequado para a resolução de conflitos entre administrados e a Administração Pública. Isto se deve ao fato de a conciliação ser uma forma de revisão dos atos administrativos mais simples, transparente, econômica, célere, e que, por via indireta, auxilia o “desafogamento” do Poder Judiciário, solucionando-se causas de menor complexidade com maior eficiência e a partir de um consenso entre o Estado e o cidadão.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autpcomposición y autodefensa (Constitucional estudio de los fines del proceso)*. México: Universidade Autónoma de México, 2000.

ALVES, Rogério Pacheco. *As prerrogativas da Administração Pública nas Ações Coletivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ALVES DA CUNHA, Maria Inês Moura Santos. *A equidade e os meios alternativos de solução e conflitos*. São Paulo: LTr, 2001.

AMARAL, Alexandra da Silva. *Princípios Estruturantes das Agências Reguladoras e os Mecanismos de Controle*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. “Conciliação Judicial”. Palestra Proferida na IV Jornada Brasileira de Direito Processual Civil. Fortaleza, 09 Agosto de 2001. Disponível no site: <http://bdjur.stj.jus.br>. Acesso em 01 de mar. 2010.

ANGELATS, Luís Caballol. *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*. Barcelona: Bosch, 1997.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos”. In *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 1, p. 155-173, jan./mar. 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In *SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). O Direito Público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

AZEVEDO, André Gomes de. *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BACELLAR, Roberto Portugal. “A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos”. In *Revista de Processo*, n. 95. São Paulo, 1999.

_____. *Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo, RT, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Breve notícia sobre la conciliación en el proceso civil brasileño”. In *Temas de Direito Processual, Quinta série*. Rio de Janeiro: Saraiva: 1994.

_____. “A Justiça no Limiar do Novo Século”. In *Temas de Direito Processual, Quarta Série*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994.

_____. “O futuro da Justiça: alguns mitos”. In *Temas de Direito Processual, Oitava Série*, Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

_____. “Privatização do Processo?” In *Temas de Direito Processual, Sétima Série*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Santa Catarina: Almed, 1998.

_____. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BONAFÉ-SCHIMITT, Jean Pierre. *La médiation: une justice douce*. Paris: Syros-Alternatives, 1992.

BORGES, Alice González. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução”. In *Revista de Interesse Público*, n. 37, 2006.

BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. “A consensualidade e a administração pública em juízo”. Rio de Janeiro, 2009. Disponível no site: <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2766>>. Acesso em 01 de mar. 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. *O Poder Público em Juízo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. “Conciliação e mediação no processo civil brasileiro: estado da questão”. In *Revista Dialética de Direito Processual* n. 22, Rio de Janeiro: 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. NORTHFLEET, Ellen Gracie (Trad.). Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”. In *Revista de Processo*, n. 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CARBALLO, Gerardo Martinez. *La Mediación Administrativa y el Defensor Del Pueblo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2008.

CARDOSO, Robson Egidio. “A imposição da conciliação pelo Estado como solução para a ineficiência da prestação jurisdicional”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2413, 8 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14316>>. Acesso em: 08 de abr. de 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. “A crise do processo e os meios alternativos para a solução das controvérsias”. In *Revista de Processo*, n. 56. São Paulo, 1989.

_____, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. “Considerações sobre o processo e os juizados de pequenas causas”, in *Revista de Processo* n. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da formulação de uma nova Teoria Geral do Processo*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. “Aspectos processuais da nova lei de arbitragem”. In *Revista Forense*, v. 93, n. 339. Rio de Janeiro, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones Del Proceso Civil. Trad. da 5ª ed. italiana por Santiago Sentis Melendo*. EJEA, v. I. Buenos Aires, 1989.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

CHASE, Oscar G., “I metodi alternativi di soluzioni delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d’America”, in *Vicenzo Varano, L’altra giustizia*, ed. Giuffrè, Milano, 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garantias Constitucionais e ‘Justo Processo’ (Modelos a confronto)”. In *Revista de Processo*, n. 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. “Meios Alternativos de tutela e garantias constitucionais”. In *Revista de Processo* n. 99, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004

DALLARI, Adilson Abreu. DALLARI, Adilson Abreu. “Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular”. In *Revista Interesse Público* n. 13. [...], 2002.

_____. “Privatização, eficiência e responsabilidade”. In: *MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org.). Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven: Yale, 1991.

DAVIS, Edward P. “Mediação no Direito Comparado”. In *Série Cadernos do CEJ – Seminário Mediação: Um Projeto Inovador*. v. 22. Brasília, 2003.

DELGADO, José. “Constitucionalidade da mediação”. In *Série Cadernos do CEJ – Seminário Mediação: Um Projeto Inovador*, v. 22. Brasília, 2003.

_____. “Aspectos polêmicos dos julgados especiais federais”, in *Justilex* n. 2. Brasília: Debates, 2002.

DIAS, João Alvaro. *Os custos da Justiça. Actas do Colóquio Internacional*. Coimbra: Almedina, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 5ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, 4ª Edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

ENTELMAN, Remo F. *Teoría de Conflictos – hacia un nuevo paradigma*. Gedisa: Barcelona, 2005.

FARIAS, Roseane Milanez de. “Reforma Administrativa: na busca pela qualidade do serviço público”. Recife, 2000. Disponível no site: <http://www.tce.pe.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=57&Itemid=437>. Acesso em 08 de ago. 2010.

FERRAZ, Rafaella. *Arbitragem em Litígios Comerciais com a Administração Pública. Exame a Partir da Principialização do Direito Administrativo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

FIAD, Leonardo. “Arbitragem e Administração Pública”. In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XVIII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FILHO, Marçal Justen. “Conceito de interesse público e a ‘Personalização’ do Direito Administrativo”. In *Revista Trimestral de Direito Público* n. 26. São Paulo: Malheiros, 1999.

FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without giving in*. Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

FISS, Owen. (trad. Carlos Alberto de Salles). *Um Novo Processo Civil – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FIUZA, César. *Formas alternativas de solução de conflitos. Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FREEMANN, Michael. *Alternative dispute resolution*. New York: University Press, 1984.

FUDOLI, Ludmila Tito. “A relação cliente-advogado no âmbito da Advocacia Pública”. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1901, 14 set. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11730>>. Acesso em: 25 set. 2008.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Técnicas de negociação. Resolução Alternativa de Conflitos: ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002.

_____. “O Estado, suas agências, as empresas públicas e as sociedades de que participa na arbitragem privada. Recentes progressos”. In *Revista de Mediação e Arbitragem*, vol. 08. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GIL, Fernando José Garijo. *El conflicto – tipología de los conflictos, in Por una adecuada gestión de los conflictos: la mediación [coord. Nuria Beloso Martín]*. Caja de Burgos: Burgos, 2008.

GRECO, Leonardo. “O acesso ao direito e à justiça”. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. “Garantias fundamentais do processo: o processo justo”. In: _____. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. “Publicismo e Privatismo no Processo Civil”. In *Revista de Processo* v. 168. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRAU, Eros Roberto. “Arbitragem e contrato administrativo”. In *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32. São Paulo:RT, 2000.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NETO, Caetano Lagrasta. *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

GOISIS, Francesco. “Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all’esercizio del potere amministrativo”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, ano XXIV, fasc. 1. Milano: Giuffrè, 2006.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Discricionariedade e reflexividade: Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

LINCK, Delfina. *El valor de la mediación*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997.

LONGOBARDI, Nino. “Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie”, in “*Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, ano XXIII, fasc. 1, Milano: Giuffrè, 2005.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MANNHEIMER, Sergio Nelson (coord.). “Direito Arbitral” In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XVIII,. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios alternativos de solução de conflitos – o cidadão na Administração da Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. LOPES, Magda França (Trad.). 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

_____, *The Mediation Process*, Jossey-Bass, San Francisco, 1982.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Mutações de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Mutações de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. “Novos institutos consensuais da ação administrativa”. In *Revista de Direito Administrativo*, n. 231. Rio de Janeiro, 2003.

NASSIF, Elaine. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da “justiça menor” no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. *Do formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

OST, François. “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez”. In *DOXA*, nº 14, 1993. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com>>. Acesso em 01 de mar. 2010.

PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18. ed.. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

PAVANI, Sérgio Augusto Zampol (org.), *A União em Juízo*, São Paulo: MP Editora, 2005.

PEREIRA, Hélio do Vale. *Manual da Fazenda Pública em Juízo*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEYRAMAURE, Philippe. “Le projet d’institution d’un règlement amiable dans le traitement des difficultés d’entreprises”, in *Le Règlement des Différends Commerciaux*, Paris, 1984.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de (coord.). *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

_____. “Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias”. In *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 17. São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

_____. “Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos”. In *Acesso à Justiça: efetividade do processo* (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. “A Mediação na atualidade e no futuro do Processo Civil Brasileiro”. Disponível no site: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_mediacao_na_atualidade_e_no_futuro_do_proc_civ_brasileiro.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2010.

REIS, João Luís Lopes. “Mediação e Conciliação. O Regulamento de Mediação e Conciliação do Centro de Arbitragem Comercial”. Disponível no site: <<http://www.arbitragemsantos.com.br/conteudo/artigos024.htm>> Acesso em 01 de mar. 2010.

RODRIGUES JR., Walsir Edson. *Prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. (org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SCHENK, Leonardo. “Reflexões sobre a arbitrabilidade das causas envolvendo o Estado”. Não publicado. Rio de Janeiro: set. de 2008

SILVA, Danielle de Souza Andrade. “Atividade administrativa discricionária e determinação do conceito de interesse público”. In *Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 06. Pernambuco, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. Método: São Paulo, 2008.

TIBURCIO, Carmen. “A arbitragem envolvendo a Administração Pública: REsp n.º 606.345/RS”. In *Revista de Direito do Estado*, n. 6. Rio de Janeiro, 2007.

_____. “A lei de arbitragem e a pretensa inconstitucionalidade do seu art. 7º”. In *Revista de Direito Administrativo*, n. 218. Rio de Janeiro, 1999.

TORRES, Heleno Taveira. “Transação, Arbitragem e Conciliação Judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa”. In *Revista Fórum de Direito Tributário*, n. 2. Belo Horizonte, 2003.

TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

VIEIRA, Marina Nunes. “Conciliação: simples e rápida solução de conflitos”. Disponível no site: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/13_convidado_marina.pdf>. Acesso em 13 de abr. 2010.

WATANABE, Kazuo. “Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação”. In *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover* (org. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes). São Paulo: DPJ, 2005.

ANEXO I

PORTARIA Nº 505, DE 19 DE JUNHO DE 2002

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e o art. 2º do Decreto nº 4.250, de 27 de maio de 2002, considerando a necessidade de orientar a atuação dos órgãos da Advocacia-Geral da União e dos órgãos jurídicos a ela vinculados, nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais, de que trata a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, resolve:

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. 2º Poderão praticar os atos previstos no art. 1, os membros das carreiras jurídicas da União, das autarquias e das fundações públicas.

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.

§ 1º Os valores envolvidos nas conciliações e transações, não poderão exceder ao teto previsto no art. 3, da Lei nº 10.259/2001.

§ 2º Inclui-se no referido teto a soma de 12 (doze) parcelas vincendas, quando for o caso.

§ 3º Não será objeto de acordo:

I - as hipóteses em que se discute penalidade aplicada ao servidor;

II - os casos de dano moral, salvo se o agente causador do dano for entidade credenciada ou delegada de órgão de Administração Pública Federal e assuma, em juízo, a responsabilidade pelo pagamento acordado;

III - o litígio que estiver fundado exclusivamente em matéria de direito e não houver a esse respeito súmula administrativa, parecer aprovado na forma do art. 40 da Lei Complementar 73/93 ou orientação interna adotada pelo Advogado-Geral da União;

IV - na ausência de prévio requerimento administrativo objetivando a concessão de benefícios previdenciários.

§ 4º Os acordos conterão obrigatoriamente cláusula de renúncia a eventuais direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial.

Art. 4º Os representantes judiciais da União, autarquias e fundações públicas federais, deverão em 03 (três) dias, a contar da citação recebida, solicitar aos órgãos da administração pública federal informações e documentos necessários ao deslinde da causa fixando o prazo máximo de 10 (dez) dias para resposta.

§ 1º A resposta deverá vir acompanhada dos documentos necessários à instrução da causa, inclusive planilha de cálculos que identifique o valor da pretensão do autor da ação.

§ 2º Nos processos em que a União figure como ré, tais solicitações deverão ser encaminhadas às Consultorias Jurídicas dos Ministérios a que se referirem as causas.

§ 3º As informações previstas no caput poderão, sempre que possível, ser solicitadas e respondidas por meio eletrônico.

Art. 5º Os acordos firmados pelos órgãos jurídicos da União, autarquias e fundações públicas deverão ser remetidos à Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União.

Parágrafo Único. A Secretaria-Geral de Contencioso sistematizará e divulgará mensalmente as informações recebidas.

Art. 6º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

GILMAR FERREIRA MENDES

(fonte: site <http://www.agu.gov.br>)

ANEXO II

ORIENTAÇÃO INTERNA CONJUNTA/INSS/DCPRES/PROCGER N.º 56 , de 20 de setembro de 2002

Assunto:

Dispõe sobre a conciliação, transação e desistência judiciais nos Juizados Especiais Federais, consolida os atos normativos editados sobre estes assuntos, delega a competência para a designação de servidores não integrantes de carreiras jurídicas para atuação nos Juizados e define a adoção de jornada de trabalho compensatória no caso que menciona.

Fundamentação:

Lei nº 10.259, de 12.07.2001

Decreto nº 4.250, de 27.05.2002

Portaria AGU nº 505, de 19.06.2002

Lei nº 5.869 (Código de Processo Civil), de 11.01.1973

A DIRETORA-PRESIDENTE e O PROCURADOR-GERAL do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, no uso de suas atribuições, com base no Decreto nº 3.838, de 06 de junho de 2001, na Portaria/MPAS nº 3.464, de 27 de setembro de 2001, e no Decreto nº 4.250, de 27 de maio de 2002,

Considerando a possibilidade de conciliar, transigir ou desistir conferida aos representantes das Autarquias Federais pelo artigo 10, parágrafo único, da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, nos Juizados Especiais Federais;

Considerando a possibilidade de delegação prevista no artigo 6º, do Decreto nº 4.250, de 27 de maio de 2002, da competência para a designação de servidores não integrantes de carreiras jurídicas para atuação nos Juizados;

Considerando a possibilidade de expedição de instruções específicas para atuação nos Juizados Especiais Federais conferida ao Procurador-Geral do INSS pelo artigo 2º, § 1º, do Decreto nº 4.250, de 27 de maio de 2002;

Considerando o disposto nos artigos 3º, 4º e 5º, da Portaria AGU nº 505 acerca da atuação dos órgãos jurídicos da União quando da conciliação, transação e desistência no âmbito dos Juizados Especiais Federais;

Considerando a possibilidade de marcação de audiências aos sábados, nos termos dos artigos 172 e 175, da Lei nº 5.869 (Código de Processo Civil), de 11, de janeiro de 1973, e a possibilidade de organização de jornada de trabalho compensatória prevista no artigo 8º, do Decreto nº 4.250, de 27 de maio de 2002.

RESOLVEM:

Art. 1º. Estabelecer que exclusivamente os Procuradores Federais em exercício na Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS e os Servidores do Quadro da Autarquia, estes quando designados nos termos dos §§ 1º e 2º, do artigo 1º, do Decreto nº 4.250/2002, poderão conciliar, transigir e desistir em nome do INSS nos Juizados Especiais Federais.

Parágrafo único – Fica delegada aos Procuradores-Chefes das unidades da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS a competência prevista no artigo 1º, § 1º, do Decreto nº 4.250/2002, vedada a subdelegação.

Art. 2º. A conciliação, a transação e a desistência poderão ocorrer quando:

I – inexistir controvérsia quanto ao fato ou direito aplicado;

II – houver reconhecimento de erro administrativo por autoridade competente.

§ 1º. Nas ações que envolvam o INSS, o Procurador Federal oficiante no feito poderá reconhecer o erro administrativo se o ato impugnado estiver em contradição com os atos normativos internos do INSS, e desde que impossibilitado o pronunciamento específico da área competente da estrutura administrativa da Autarquia, ou, se houver este pronunciamento, desde que não tenha havido ratificação expressa da regularidade do ato administrativo.

§ 2º. Os valores envolvidos na conciliação, na transação e na desistência não poderão exceder ao teto previsto no artigo 3º, da Lei nº 10.259/2001, incluindo-se no referido valor a soma de 12 parcelas vincendas, quando for o caso.

§ 3º. Não serão objeto de acordo:

I – as penalidades aplicadas a servidor;

II – os casos de dano moral, salvo se o agente causador do dano for entidade credenciada ou delegada de órgão de Administração Pública Federal e assuma, em juízo, a responsabilidade pelo pagamento acordado;

III – os litígios que estiverem fundados exclusivamente em matéria de direito e não houver a esse respeito súmula administrativa, parecer ministerial ou orientação interna adotada pelo Advogado-Geral da União ou pelo Diretor-Presidente do INSS na forma do artigo 1º, da Lei nº 9.469/1997;

IV – as ações que envolvam concessão de benefício previdenciário, se não houve prévio requerimento administrativo.

§4º. Os acordos conterão obrigatoriamente cláusula de renúncia a eventuais direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial.

Art. 3º. O Procurador Federal oficiante no feito deverá, em 03 (três) dias, a contar da citação recebida, solicitar ao órgão competente da estrutura administrativa do INSS ou da Procuradoria informações e documentos necessários ao deslinde da causa fixando o prazo mínimo de 05 (cinco) e o máximo de 10 (dez) dias para a resposta.

§ 1º. A resposta deverá vir acompanhada dos documentos necessários à instrução da causa, inclusive planilha de cálculos que identifique o valor da pretensão do autor da ação, bem como manifestação fundamentada quanto à procedência ou não do pedido.

§ 2º. As informações e documentos deverão, sempre que possível, ser solicitadas e respondidas por meio eletrônico.

Art. 4º. Os acordos firmados deverão ser obrigatoriamente remetidos, mensalmente, até o quinto dia útil do mês subsequente à sua homologação, à Procuradoria-Geral da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, que os sistematizará, consolidará e encaminhará à Secretaria-Geral do Contencioso da Advocacia-Geral da União, nos termos do artigo 5º, da Portaria AGU nº 505/2002.

§ 1º. Para cada acordo firmado deverão constar, sinteticamente, informações relativas ao assunto objeto da ação e ao valor constante nos pedidos formulados pelo autor, bem como o valor efetivamente acordado, para fins de cálculo da arrecadação indireta obtida nas conciliações e transações.

§ 2º. Os acordos celebrados antes da edição deste ato deverão ser recuperados, na medida do possível, e encaminhados da mesma forma à Procuradoria-Geral da PFE-INSS.

Art. 5º. O Procurador Federal que comparecer a audiências nos Juizados Especiais Federais aos sábados deverá compensar o tempo efetivamente trabalhado nesse dia na jornada de trabalho da segunda-feira subsequente.

Art. 6º. Este ato tem caráter restrito, destinando-se a disciplinar procedimentos administrativos de interesse interno, devendo ser divulgado apenas aos interessados.

Art. 7º. Esta Orientação Interna entra em vigor na data de sua publicação, ficando expressamente revogados o parágrafo único, do artigo 1º, e o artigo 2º e incisos da Orientação Interna INSS/PROCGR nº 11, de 08.03.2002.

(fonte: site <http://www.agu.gov.br>)

ANEXO III

PORTARIA AGU Nº 109, DE 30 DE JANEIRO DE 2007

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e o art. 2º do Decreto nº 4.250, de 27 de maio de 2002, considerando a necessidade de orientar a atuação dos órgãos da Advocacia-Geral da União e dos órgãos jurídicos a ela vinculados, nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais, de que trata a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, resolve:

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.

Parágrafo único. A representação das autarquias e fundações federais incumbe à Procuradoria-Geral Federal e à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil nas respectivas áreas de competência.

Art. 2º Estão autorizados a transigir, deixar de recorrer, desistir de recursos interpostos ou concordar com a desistência do pedido, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, os representantes judiciais da União e das autarquias e fundações em exercício nos órgãos mencionados no art. 1º.

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 assuma, 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.

§ 5º Na ausência de prévio requerimento administrativo objetivando a concessão de benefícios previdenciários ou outros direitos, o advogado ou procurador poderá solicitar ao juízo a suspensão da ação pelo prazo necessário para a administração analisar o pedido, o qual, se deferido, deve ser comunicado ao Poder Judiciário.

Art. 4º Os representantes judiciais da União, autarquias e fundações públicas federais deverão, em três dias, a contar da citação recebida, solicitar aos órgãos da administração pública federal informações e documentos necessários ao deslinde da causa, fixando o prazo máximo de dez dias para resposta.

§ 1º A resposta deverá vir acompanhada dos documentos necessários à instrução da causa, inclusive planilha de cálculos que identifique o valor da pretensão do autor da ação.

§ 2º Nos processos em que a União figure como ré, tais solicitações deverão ser encaminhadas às Consultorias Jurídicas dos Ministérios a que se referirem às causas.

§ 3º As informações previstas no caput, sempre que possível, deverão ser solicitadas e respondidas por meio eletrônico.

Art. 5º Os dados relativos aos acordos firmados pelos órgãos jurídicos da União, autarquias e fundações públicas deverão ser informados, por meio eletrônico, aos órgãos centrais da Procuradoria-Geral da União, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, conforme o caso, para sistematização e divulgação.

Art. 6º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Fica revogada a Portaria/AGU nº 505, de 19 de junho de 2002, publicada no Diário Oficial da União de 24 de junho de 2002.

(fonte: site <http://www.agu.gov.br>)

ANEXO IV

PORTARIA AGU Nº 915, DE 16 DE SETEMBRO DE 2009

Subdelega as competências de que trata a Portaria AGU nº 990, de 16 de julho de 2009, autoriza a realização de acordos no âmbito da Procuradoria-Geral Federal, estabelece seus limites de valor e dá outras providências para a aplicação da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

O PROCURADOR-GERAL FEDERAL, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e VIII do § 2º do art. 11 da Lei nº 10.480, de 02 de julho de 2002, e a Portaria AGU nº 990, de 16 de julho de 2009, resolve:

Art. 1º Os órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal ficam autorizados a realizar acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), observados os seguintes limites de alçada:

I - até 60 (sessenta) salários mínimos, pelos Procuradores Federais que atuam diretamente na causa;

II - até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), mediante prévia e expressa autorização dos Procuradores Seccionais e dos Chefes de Escritório de Representação;

III - até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), mediante prévia e expressa autorização dos Procuradores-Chefes das Procuradorias Federais nos Estados;

IV - até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), mediante prévia e expressa autorização dos Procuradores Regionais Federais.

§ 1º Nas causas de valor superior ao limite estabelecido no caput, caberá ao Adjunto de Contencioso da Procuradoria-Geral Federal autorizar prévia e expressamente a celebração do acordo ou transação.

§ 2º Nas causas de valor superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá ainda de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou, ainda, daquele a quem tiver sido delegada esta competência.

§ 3º Havendo litisconsórcio ativo, bem como substituição processual, considerar-se-á o valor global da causa para fins de aplicação dos limites de que trata este artigo.

§ 4º Considera-se, para fins de fixação da alçada de que trata este artigo, o valor do acordo ou da transação.

§ 5º As Procuradorias Federais, especializadas ou não, junto às autarquias e fundações públicas federais que, excepcionalmente, ainda detiverem a representação judicial ordinária da entidade observarão, no que couber, os parâmetros estabelecidos neste artigo, cabendo ao respectivo Procurador-Chefe, quando for o caso, fixar os cargos equivalentes aos previstos no caput dentro da estrutura organizacional correspondente.

§ 6º Observar-se-á o disposto no caput e § 1º do art. 1º, da Portaria PGF nº 520, de 27 de maio de 2009, em relação aos limites definidos nos incisos II a IV.

§ 7º Ficam concorrentemente ressalvadas as competências específicas eventualmente existentes na legislação em vigor em relação às autarquias e fundações públicas federais, conforme explicitado em ato específico do Procurador-Geral Federal e nos termos da Portaria MDA/AGU nº 1, de 12 de março de 2009, em relação ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, e da Portaria MMA/AGU nº 90, de 17 de março de 2009, quanto ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio.

Art. 2º A transação ou acordo judicial deverá observar, inclusive nos processos que tramitam sob o rito ordinário ou outros ritos especiais, as condições estabelecidas nos incisos I e II do caput, bem como nos §§ 1º, 3º e 5º do art. 3º da Portaria AGU nº 109, de 30 de janeiro de 2007, aplicando-se o seu inteiro teor nos Juizados Especiais Federais.

§ 1º Poderão ser realizados acordos com a finalidade de dar efetividade às Súmulas da Advocacia-Geral da União, notadamente quando a discussão de questões acessórias impeça a extinção dos processos.

§ 2º Para os fins do disposto no § 1º do art. 3º da Portaria AGU nº 109, de 2007, e em relação à atividade fim das entidades, consideram-se órgãos consultivos competentes para decidir sobre a inexistência de controvérsia quanto ao direito aplicado os órgãos centrais das Procuradorias Federais, especializadas ou não, junto às autarquias e fundações públicas federais.

§ 3º A existência de ato normativo da autarquia ou fundação pública federal que regulamente o exercício de direito no âmbito administrativo, cuja edição tenha sido precedida de análise jurídica de seu órgão consultivo competente, supre a necessidade de manifestação expressa deste em relação ao mesmo direito que seja objeto de litígio judicial.

§ 4º Além do disposto no § 3º do art. 3º da Portaria AGU nº 109, de 2007, não será objeto de transação ou acordo o litígio que estiver fundado exclusivamente em matéria de direito e houver a respeito súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, bem como parecer ou qualquer outra orientação proveniente das Procuradorias Federais, especializadas ou não, junto

às autarquias e fundações públicas federais, das Adjuntorias da Procuradoria-Geral Federal ou da Coordenação-Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos contrários à pretensão.

§ 5º As transações ou acordos conterão obrigatoriamente cláusula de renúncia a eventuais direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico que deu origem à ação judicial.

Art. 3º Na cobrança de créditos das autarquias e das fundações públicas federais, ficam os Procuradores Federais dispensados de efetuar a inscrição em dívida ativa, do ajuizamento de ações e da interposição de recursos, bem como da solicitação de autorização para requerimento de extinção da ação ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, quando o valor atualizado do crédito for inferior ou igual a R\$ 1.000,00 (mil reais), ressalvados os casos relativos a créditos originados de multas aplicadas em decorrência do exercício do poder de polícia, hipótese na qual o limite referido fica reduzido para R\$ 500,00 (quinhentos reais).

§ 1º Os créditos das autarquias e das fundações públicas federais relacionadas no anexo a esta portaria poderão ser inscritos em dívida ativa quando o valor atualizado do crédito for igual ou superior a R\$ 100,00 (cem reais).

§ 2º Verificada a prescrição do crédito, o Procurador Federal, mediante despacho fundamentado e aprovado pelo Chefe da respectiva Unidade, não efetivará a inscrição em dívida ativa, não procederá ao ajuizamento, desistirá das ações propostas, não recorrerá e desistirá dos recursos já interpostos.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica à representação da União delegada à Procuradoria-Geral Federal nos termos do inciso II do § 3º do art. 16 da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, caso em que será observado o disposto na Portaria MF nº 283, de 1º de dezembro de 2008.

§ 4º Fica também autorizada a não interposição de recursos ou a desistência daqueles já interpostos cujo objeto seja apenas a cobrança ou o não pagamento de diferenças não superiores aos valores previstos no caput e no § 1º deste artigo.

Art. 4º. Nas ações que tenham por objeto matéria com entendimento pacificado em Súmula com efeito vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal ou Súmula da Advocacia Geral da União, ficam autorizadas, para lhes garantir eficácia, a não propositura e a desistência das ações, bem como a não interposição e a desistência dos recursos judiciais já interpostos, mesmo que os referidos entendimentos contrariem a pretensão formulada nos autos judiciais pelas autarquias e fundações públicas federais.

Art. 5º Fica autorizada a realização de acordos, homologáveis pelo juízo, nos autos do processo judicial, para o recebimento de créditos de valores não superiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), incluídos honorários advocatícios, em parcelas mensais e sucessivas até o máximo de 30 (trinta), observados os seguintes limites de alçada:

I - até R\$ 10.000,00 (dez mil reais), pelos Procuradores Federais que atuam diretamente na causa;

II - acima de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e até R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), mediante prévia e expressa autorização dos Procuradores Seccionais ou dos Chefes de Escritório de Representação;

III - acima de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), mediante prévia e expressa autorização dos Procuradores Regionais Federais ou dos Procuradores-Chefes das Procuradorias Federais nos Estados.

§ 1º O valor de cada prestação mensal, por ocasião do pagamento, será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento, e de um por cento relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

§ 2º Em nenhuma hipótese o valor das parcelas mensais poderá ser inferior a R\$ 200,00 (duzentos reais).

§ 3º Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 37-B da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, ao parcelamento de que trata este artigo.

§ 4º As Procuradorias Federais, especializadas ou não, junto às autarquias e fundações públicas federais que, excepcionalmente, ainda detiverem a representação judicial ordinária da entidade observarão os parâmetros estabelecidos neste artigo.

Art. 6º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

(fonte: site <http://www.agu.gov.br>)