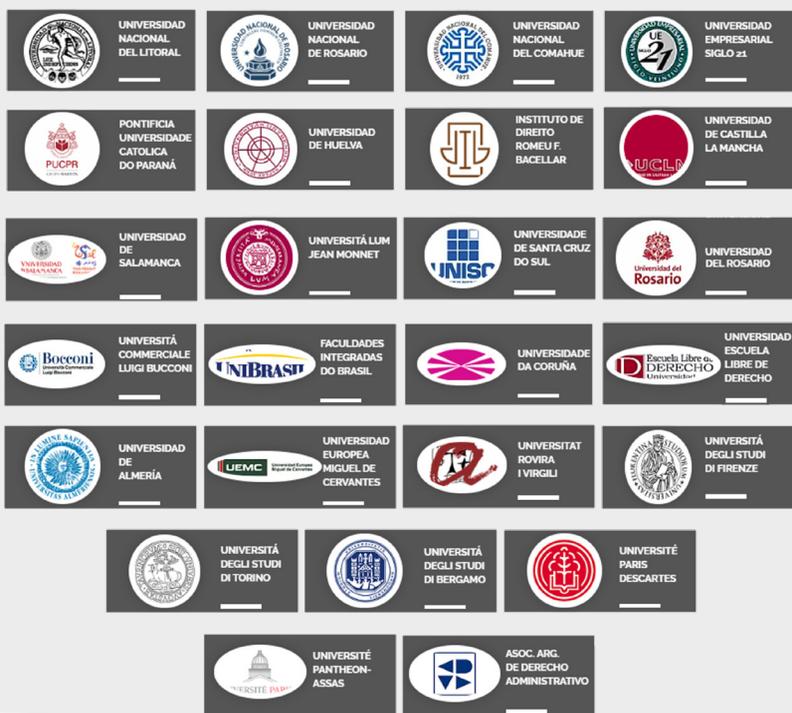


REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 6 | N. 1 | ENERO/JUNIO 2019 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



A incidência do princípio da indisponibilidade do interesse público nas transações judiciais envolvendo a Administração Pública

The incidence of the principle of unavailability of the public interest in judicial transactions involving the Public Administration

LUZARDO FARIAI, *

¹ Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Brasil)

fariacruzardo@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-7330-2649>

Recibido el/Received: 25.01.2020 / January 25th, 2020

Aprobado el/Approved: 13.03.2020 / March 13th, 2020

RESUMO:

A indisponibilidade do interesse público é considerada um dos princípios regentes do regime jurídico-administrativo no Brasil. A partir de suas diversas hipóteses de aplicação, difundiu-se a equivocada ideia de que por força desse princípio a Administração Pública não estaria autorizada a realizar transações para evitar ou encerrar litígios judiciais. O artigo objetiva estudar esse tema, focando no movimento da consensualização do Direito Administrativo e defendendo que a indisponibilidade do interesse público não apenas não deve ser encarada como um empecilho à realização desses acordos, como ele inclusive acaba por fomentar, em diversas situações, a solução não-adversarial para os conflitos.

Palavras-chave: interesse público; indisponibilidade; Administração Pública; transação; acordo.

ABSTRACT:

The unavailability of the public interest is considered one of the most important principles of the legal-administrative regime in Brazil. From its various hypotheses of application, it is frequently spread by those who work with Administrative Law a mistaken idea that, by virtue of this principle, the Public Administration would not be authorized to conduct transactions to prevent or terminate judicial disputes. The article aims to study this theme, focusing on the movement of consensualization of Administrative Law and arguing that the unavailability of the public interest not only should not be seen as a hindrance to the accomplishment of these agreements, but also as a legal norm that ends up promoting, in several situations, the non-adversarial solution to these conflicts.

Keywords: public interest; unavailability; Public Administration; transaction; agreement.

Como citar este artículo | *How to cite this article:* FARIAI, Luzardo. A incidência do princípio da indisponibilidade do interesse público nas transações judiciais envolvendo a Administração Pública. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 6, n. 1, p. 77-106, ene./jun. 2019. DOI 10.14409/redoeda.v6i1.8851

* Mestre e Bacharel em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Brasil). Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Editor-Adjunto da Revista de Investigações Constitucionais. Diretor Administrativo-Adjunto do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro. Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Advogado. E-mail: fariacruzardo@hotmail.com.



SUMÁRIO:

1. As transações judiciais envolvendo a Administração Pública e a consensualização do Direito Administrativo; **2.** A indisponibilidade do interesse público como suposto óbice à realização de transações judiciais por parte da Administração Pública; **3.** A “disponibilidade” do direito como critério para permitir a transação judicial; **4.** Os impactos advindos do princípio da indisponibilidade do interesse público para as transações judiciais realizadas pela Administração Pública; **5.** O cenário prático das transações judiciais envolvendo a Administração Pública no Brasil; **6.** Conclusões; **7.** Referências.

1. AS TRANSAÇÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CONSENSUALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Com suposto esteio no princípio da indisponibilidade do interesse público, por muito tempo a doutrina e a jurisprudência se mostravam contrárias à possibilidade de o Poder Público celebrar transações judiciais com o intuito de pôr fim a um litígio que travasse com algum administrado ou mesmo de evita-lo consensualmente. Entendia-se que em regra apenas uma decisão judicial transitada em julgado possuía o condão de reconhecer a ilicitude do ato ou da omissão administrativa em discussão e tão somente após esse reconhecimento é que a Administração estaria autorizada a atender o pleito do particular (nos limites da decisão judicial, evidentemente).¹ O cenário, contudo, já se alterou bastante.

Além da existência de um movimento geral de consensualização do Direito Administrativo,² cada vez mais a existência de normas específicas a respeito de transações administrativas aponta para esse mesmo caminho.

A tendência da utilização de métodos consensuais para resolução de litígios inclusive destacou-se como um dos principais nortes do Código de Processo Civil de 2015. Em seu art. 334, o CPC prevê, de maneira original em relação às legislações anteriores, a necessidade de realização de uma audiência prévia de conciliação ou mediação, antes mesmo da apresentação de contestação por parte do réu.³ Trata-se norma geral, que independe de requerimento das partes. Inclusive, mesmo no caso de uma das partes manifestar desinteresse na composição amigável do litígio, ainda assim o Código

¹ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos:** negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 131.

² Sobre o tema, ver: FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo.** Curitiba, 2019. 338 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 127-145.

³ **Código de Processo Civil. Art. 334.** Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.



demanda a realização da referida audiência, prevendo até mesmo a aplicação de multa de 2% do valor da causa ou do proveito econômico pretendido em face daquele que se fizer ausente, por considerar essa postura ato atentatório à dignidade da justiça (art. 334, §8º)^{4,5}

Logo em seu primeiro capítulo, destinado a expor as normas fundamentais do processo civil, o CPC determina, no art. 3º, §2º, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Ao contrário do que se poderia pensar inicialmente, esse dispositivo não se direciona apenas ao Estado-jurisdição, como se demandasse do Poder Judiciário e dos demais órgãos públicos envolvidos nesse campo a tarefa de promover a solução consensual dos conflitos, mediante políticas públicas e incentivos às partes litigantes. Com essa finalidade foi previsto o §3º do art. 3º, que dispõe que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Assim, não restam dúvidas de que a solução consensual de conflitos é uma meta a ser buscada, por força da disposição legal acima transcrita, também e especialmente pelo Estado enquanto pessoa jurídica litigante em processos judiciais, ou seja, pelo chamado Estado-administração. É de conhecimento geral que o Poder Público, em suas três esferas federativas, é um dos principais litigantes em processos judiciais no país,⁶ sendo, em razão disso, bastante oportuna a previsão do art. 3º, §2º do CPC.

⁴ **Código de Processo Civil. Art. 334. §8º.** O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

⁵ CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. A disponibilidade do interesse público no Novo Código de Processo Civil e o princípio da eficiência na Administração. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 129-153, jun. 2017. p. 134.

⁶ Nesse sentido, expõe Daniel Wunder Hachem: “Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011, cujos resultados foram divulgados no relatório intitulado ‘100 Maiores Litigantes’, foram analisados os processos nos quais figuraram os cem maiores litigantes da justiça brasileira naquele ano. Do total de ações investigadas, 51% envolvem o Poder Público federal (38%), estadual (8%) e municipal (5%). Somando os percentuais das três esferas federativas, o Estado se encontra no polo passivo em 31,35% das demandas, e no polo ativo em 19,65%. Na categoria “setor público” não foram incluídas as demandas em que litigam as instituições financeiras públicas; se o fossem, à soma se agregariam os processos da Caixa Econômica Federal (8,5%) e do Banco do Brasil (5,61%), chegando-se a um total de 65,11%. Entre esses 100 maiores litigantes do país em 2011, os 6 primeiros colocados são entes públicos: (i) INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, com 22,33% das ações; (ii) CEF - Caixa Econômica Federal, com 8,5%; (iii) Fazenda Nacional, com 7,45%; (iv) União Federal, com 6,97%; (v) Banco do Brasil S/A, com 4,24%; e (vi) Estado do Rio Grande do Sul, com 4,24%. Dos processos em que figuram respectivamente como parte, o INSS está no polo passivo em 81%, a União em 76% e a Caixa Econômica Federal em 73%. Os dados revelam que a Administração Pública no Brasil continua negando reiteradamente direitos titularizados pelos cidadãos, de sorte que na realidade prática a tutela do interesse público, em cujo núcleo central se alojam os direitos fundamentais, frequentemente não é perseguida. A rejeição, por parte do Poder Público, de requerimentos administrativos e postulações judiciais dos particulares nessa matéria constitui forma de proteger interesses secundários (muitas vezes fazendários) da pessoa jurídica estatal, colidentes com os interesses primários, da coletividade, estampados no Direito Constitucional positivo. Portanto, as estatísticas levam a crer que as teorizações a respeito de qual deve ser o comportamento dos agentes públicos quando se deparam com a colisão entre interesses primários (da coletividade) e secundários



Sobre o tema, Luciane Moessa de Souza constata que “na esfera da reparação de danos, inexistente, na maioria dos entes federativos ou outros órgãos públicos, a previsão de procedimento próprio para apurar a procedência de pedidos de indenização formulados por cidadãos”.⁷ Talvez seja por essa, entre outras razões, que se judicialize tanto demandas indenizatórias em face do Poder Público no Brasil.

É fato que não existe uma cultura na sociedade brasileira de se requerer esse tipo de indenização administrativamente. E não poderia ser diferente, uma vez que em regra os agentes públicos continuam a pensar que não é profícuo para o interesse público o reconhecimento amigável de algum ilícito praticado pela Administração, exigindo que os particulares se socorram do Poder Judiciário para verem satisfeitas suas pretensões.

Veja-se, por exemplo, o caso das ações que têm por objeto o pedido de concessão de medicamento em face do Poder Público. Como se sabe, a judicialização da saúde se tornou uma das grandes complicações no tema do controle judicial da Administração Pública.⁸ Ainda assim, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1657156/RJ, ao pacificar a questão sobre os requisitos necessários para a concessão judicial de medicamentos demandados em face do Estado não estabeleceu a necessidade de prévio requerimento administrativo como condição necessária ao ajuizamento dessas ações.⁹ Com isso, perdeu-se a oportunidade de fomentar o hábito de buscar a via administrativa como meio de evitar a judicialização de demandas em face do Poder Público.

Também é interessante citar que o CPC prevê como incumbência dos magistrados, no art. 136, V, a busca pela realização da autocomposição dos litígios pelos quais são responsáveis, tarefa que pode ser promovida a qualquer tempo durante a tramitação processual.

Além de se tratar de mais um dispositivo demonstrando a forte tendência de consensualização que tomou conta do processo civil brasileiro, inclusive nos feitos que

(da máquina estatal) não têm sido observadas no mundo dos fatos. Daí porque se mostra relevante reconhecer, no ordenamento jurídico pátrio, a existência de um direito fundamental à tutela administrativa efetiva.” HACHEM, Daniel Wunder. Crise do Poder Judiciário e a venda do sofá. O que a Administração e a Advocacia Pública têm a ver com isso? **Crise econômica e soluções jurídicas**, n. 301, abr. 2016. Disponível em: <<https://revistadotribunais.com.br/maf/app/widget/document?docguid=166ec0460090c11e682c1010000000000>>.

⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos:** negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 227.

⁸ Sobre o tema, remete-se a trabalho anterior, em que essa problemática já foi explorada: FARIA, Luzardo. Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional e exigibilidade judicial. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 307-337, jul./dez. 2014. p. 324-332.

⁹ Foram três os requisitos determinados pelo Superior Tribunal de Justiça: (i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018.



envolvem a Fazenda Pública, essa norma também ressalta que a propositura da ação e a infrutífera tentativa de transação em um primeiro momento não trazem qualquer empecilho para a posterior realização do acordo. Com efeito, mesmo após a instauração do conflito no âmbito judicial, a Administração dispõe dos mesmos deveres e possibilidades de transacionar como quando na via administrativa. Defender o contrário, como ensina Eduardo Talamini, “significaria imaginar que a litispendência imuniza a Administração de seu dever maior de submeter-se à legalidade”.¹⁰

A bem da verdade, já faz alguns anos que as práticas conciliatórias vêm sendo objeto de políticas públicas visando a sua promoção e proliferação por todo o território nacional. Nesse sentido, desde 2010, com a edição da Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, a conciliação integra a Política Judiciário Nacional de tratamento de conflitos de interesse. Ademais, periodicamente são realizadas campanhas de incentivo à conciliação, como a conhecida Semana Nacional de Conciliação, em que tribunais de todo o país voltam esforços para estimular o encerramento amigável dos conflitos judiciais.¹¹

No âmbito federal, existem diversos atos normativos, desde leis formais até regulamentos e atos administrativos, autorizando e detalhando os procedimentos de transação envolvendo a União, suas autarquias e fundações, bem como as empresas públicas e sociedades de economia mista vinculadas à Administração Pública federal.¹²

Um dos marcos iniciais desse complexo de normas relacionadas à transação pública é a Lei nº 9.469/97, que disciplina os procedimentos por meio dos quais “o Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais” (art. 1º). Referida lei foi regulamentada pelo Decreto nº 2.346/97, pela Portaria nº 990/09 da AGU, pela Ordem de Serviço nº 13/09 e pela Portaria nº 915/09, ambas da Procuradoria-Geral Federal, e pela Portaria nº 283/08 do Ministério da Fazenda.

Esse cenário demonstra a existência de “um movimento claro, nos últimos anos, de busca de maior eficiência no que diz respeito à gestão dos litígios judiciais em que se vê envolvida a União e outros entes federais”,¹³ adotando-se a possibilidade de a Admi-

¹⁰ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 42, n. 264, p. 83-107, fev. 2017. p. 91.

¹¹ CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. A disponibilidade do interesse público no Novo Código de Processo Civil e o princípio da eficiência na Administração. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 129-153, jun. 2017. p. 136.

¹² Nesse sentido, ver: LIMA, Carlos Eduardo Dantas de Oliveira. A evolução da conciliação na Procuradoria-Geral da União. **Revista da AGU**, Brasília, ano XIII, n. 40, p. 119-148, abr./jun. 2014.

¹³ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 144.



nistração firmar acordos com os particulares contra quem está litigando como uma das principais ferramentas para a concretização desse objetivo.

No âmbito dos Juizados Especiais Federais, a Advocacia-Geral da União expediu a Portaria nº 109/07 para disciplinar, entre outras questões, as hipóteses em que o advogado público que estiver representando uma entidade federal no processo poderá transacionar ou decidir pela não interposição ou desistência de um recurso contra decisão que tenha sido desfavorável à União e suas entidades.

No art. 3º, a referida portaria prevê que poderão ser objeto desses atos as ações em que **(i)** se reconhecer a existência de erro administrativo que tenha gerado prejuízo ao autor do pleito e também nas ações em que **(ii)** inexistir controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado.

No entanto, no §3º desse mesmo dispositivo são tratadas hipóteses nos quais a AGU veda a realização de transação, bem como exige a interposição (e manutenção) de recurso: **(i)** quando se discute penalidade a ser aplicada a servidor público federal; **(ii)** em casos de responsabilização civil por dano moral; **(iii)** quando o litígio que estiver fundado exclusivamente em matéria de direito e houver a respeito súmula, parecer ou orientação interna adotada pelo Advogado-Geral da União contrários à pretensão¹⁴.

A menção a tais critérios, além de servir como um exemplo didático de como a AGU se organiza internamente no que diz respeito às hipóteses de transação, importa para chamar atenção ao fato de que a previsão detalhada de critérios e procedimentos para a transação envolvendo a Administração Pública é fator imprescindível para a adequada e bem sucedida realização desses acordos. Como bem lembra Luciane Moessa de Souza, “se não houver uma determinação clara deste comando, as situações em que é conveniente e devida a realização da transação não serão identificadas e prosseguirá a pouca utilização do instrumento, em prejuízo da eficiência administrativa”.¹⁵

Que fique claro: não se está defendendo que a previsão, em ato legal ou mesmo a nível administrativo, seja fator imprescindível para a realização de acordos. É evidente que, diante da complexidade das situações e dos litígios em que se vê envolvida a Administração Pública, nunca um ato normativo conseguirá pré-determinar com a adequada exatidão todas as hipóteses em que a transação se mostra mais benéfica ao interesse público. No entanto, esse tipo de previsão se mostra bem-vinda no sentido de trazer maior segurança jurídica tanto ao advogado público que deverá decidir pela adoção da via transacional, como ao particular que litiga contra o Poder Público, pois

¹⁴ Em sentido semelhante, vale citar que pela Portaria nº 915/09 a Procuradoria-Geral Federal firmou que também 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 contrários à pretensão.

¹⁵ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos:** negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 162.



muitas vezes poderão saber de antemão que seu caso encontra-se albergado entre os cenários nos quais já se reconhece a legalidade da transação.

2. A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO COMO SUPOSTO ÔBICE À REALIZAÇÃO DE TRANSAÇÕES JUDICIAIS POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apesar da existência de tantas normas embasando a possibilidade de transações administrativas e judiciais, é muito comum que o princípio da indisponibilidade do interesse público seja visto por alguns autores e agentes públicos (defensores públicos, membros do Ministério Público e magistrados) como uma barreira intransponível para a validade dessas práticas. Isto é, como se a transição realizada pela Administração Pública significasse renúncia ao interesse público ou como se a Administração estivesse proibida de atender interesses de particulares.¹⁶ Ainda que não haja pesquisas empíricas que comprovem essa afirmação, Daniel Ferreira e Ana Paula Pellegrinello também ressaltam que “um dos primeiros argumentos usados pelos advogados públicos para a não firmação de acordos, especialmente de efeitos patrimoniais, é o da indisponibilidade dos interesses públicos”.¹⁷

Nesse sentido, para reconhecer a validade de uma transação firmada pela Administração Pública de um determinado Município com servidores integrantes do seu próprio quadro funcional no que tocava o reconhecimento da ilegalidade de um ato administrativo que negou pedido de concessão de benefício remuneratório formulado pelos servidores, o Supremo Tribunal Federal, através de voto da Ministra Relatora Ellen Gracie, afirmou que “em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade”, mas que “há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado”. Vê-se, com isso, que para a Suprema Corte o princípio da indisponibilidade seria um empecilho ao reconhecimento espontâneo, por parte da Administração, da procedência de pedidos contra ela formulados. A equivocada interpretação empreendida pelo Supremo, entretanto, fica clara quando, na sequência desse mesmo voto, a Ministra Ellen Gracie consignou que a mitigação do princípio da indisponibilidade em casos de transação envolvendo a Administração Pública deve se dar “mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimização deste interesse”.¹⁸

¹⁶ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos:** negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 170.

¹⁷ FERREIRA, Daniel; PELLEGRINELLO, Ana Paula. O regime jurídico-administrativo como falsa-barreira à conciliação pelas estatais no âmbito da Justiça do Trabalho. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coords.). **Administração Pública:** novos desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 71.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 253885, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796.



No âmbito doutrinário, Silvio Luís Ferreira da Rocha, apesar de reconhecer que as autorizações legislativas recentemente editadas têm enfraquecido essa objeção teórica, também compartilha do entendimento de que “em regra, a ideia de indisponibilidade afasta a possibilidade de qualquer transação, perdão, renúncia ou inércia do o poder público em relação ao objeto jurídico caracterizador do interesse público”.¹⁹

O mesmo se passa com Eduardo Cambi e Fernando Machado de Souza. Realizando uma leitura do princípio da indisponibilidade a partir nas inovações normativas trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, os autores assentam que por força do referido princípio “falta ao gestor público capacidade para transigir, posto que a titularidade dos interesses públicos é do povo, o que torna os bens públicos indisponíveis, pois, como corolário do direito de propriedade, somente o proprietário poderia dispor desse direito”. Ainda assim, entendem que não se trata de princípio absoluto e que, como tal, “pode ser mitigado, nos limites expressos em lei, para possibilitar a aplicação dos métodos alternativos de solução de controvérsias”.²⁰

Na mesma linha, Mário Sérgio de Albuquerque Schirmer afirma que “como os recursos materiais incluem-se no patrimônio público, é evidente que o princípio da indisponibilidade também atinge os bens e recursos pertencentes à Administração Pública, razão pela qual não é correto falar que bens públicos de caráter patrimonial são disponíveis”.²¹ E, por não serem disponíveis, não poderiam ser objeto de transação por parte do Estado.

É, ainda que algumas diferenciações, o que também defende Cristiane Schwanka ao afirmar que “indisponibilidade pressupõe a inegociabilidade”. A autora, porém, reconhece que tal mandamento “comporta relativização que somente pode ocorrer por vias políticas e na forma legal”.²²

Esse dogma de que a Administração Pública não poderia se submeter a processos conciliatórios ou de mediação, entretanto, decorre de uma “falsa compreensão do que

¹⁹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. A administração pública e a mediação. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coords.). **Administração Pública: novos desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 350.

²⁰ CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. A disponibilidade do interesse público no Novo Código de Processo Civil e o princípio da eficiência na Administração. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 129-153, jun. 2017. p. 134; 150.

²¹ SCHIRMER, Mário Sérgio de Albuquerque. Impossibilidade de realização de acordos no âmbito do Direito Administrativo sem a existência de lei expressamente autorizando a avença. **Repositório do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público e à Ordem Tributária**. Curitiba: CAOP-MPPR, 2013. Disponível em: <http://www.patrimoniopublico.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigos_Testes_Estudos/Tese_Acordo_Fazenda.pdf>.

²² SCHWANKA, Cristiane. **Administração Pública Consensual: a transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos**. Curitiba, 2009. 167 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito, UniBrasil. p. 43.



realmente significa violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público, por se baralhar o interesse geral com sua expressão patrimonial”²³

Os interesses secundários da Administração,²⁴ normalmente relacionados à defesa do patrimônio público, não necessariamente correspondem ao interesse público que deve de fato ser objeto das ações administrativas. Em diversos momentos o ordenamento jurídico, que é a sede por excelência de definição do interesse público, impõe à Administração Pública a concretização de outros deveres que não apenas aqueles que diriam respeito aos seus interesses meramente patrimoniais.

É inquestionável que o interesse fazendário também deve ser levado em consideração no processo de valoração, por parte do administrador público, dos interesses juridicamente tutelados que se encontram em conflito no caso concreto. No entanto, é apenas um ramo dentre os vários advindos do feixe de interesses públicos conflitantes. E nessa qualidade absolutamente não deve ser encarado como interesse a prioristicamente mais relevante que qualquer outro que o Estado deve perseguir, de modo que não goza de “uma suprallegalidade formal e material, que justifique que o Estado não possa, quando haja litígio sobre as pretensões das partes, transacionar”²⁵

Aliás, a possibilidade de a Administração transacionar com particulares muitas vezes pode, em última análise, corresponder ao interesse fazendário de redução de gastos públicos. Como se verá adiante, notadamente os casos em que a Administração é capaz de reconhecer a ilicitude de sua postura e a consequente procedência nos pleitos do particular com quem litiga, o encerramento prematuro do conflito através de acordo firmado entre as partes pode significar um menor dispêndio de recursos públicos.

Essa questão será objeto de reflexão mais aprofundada na sequência, quando se demonstrar que, além de não ser incompatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público, as transações envolvendo a Administração podem até mesmo indicar mais um instrumento de concretização desse princípio. Por ora, porém, importa afastar os falaciosos dogmas historicamente criados com base no princípio da indisponibilidade para tentar proibir a Administração de realizar acordos dessa natureza com particulares.

²³ FERREIRA, Daniel; PELLEGRINELLO, Ana Paula. O regime jurídico-administrativo como falsa-barreira à conciliação pelas estatais no âmbito da Justiça do Trabalho. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coords.). **Administração Pública: novos desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 71.

²⁴ ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milano: Giuffrè, 1953. p. 152-153.

²⁵ CATARINO, João Ricardo; ROSSINI, Guilherme de Mello. A transação tributária e o mito da (in)disponibilidade dos interesses fazendários. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 02, p. 155-186, abr./jun. 2016. p. 172.



3. A “DISPONIBILIDADE” DO DIREITO COMO CRITÉRIO PARA PERMITIR A TRANSAÇÃO JUDICIAL

Outra suposta barreira às transações administrativas advindas do princípio da indisponibilidade seria o fato de que tal princípio imprimiria nos direitos e bens da Administração Pública uma qualidade de indisponibilidade, impedindo que fossem objetos de transação.

Para alguns autores, por força do princípio da indisponibilidade todos os direitos titularizados pela Administração Pública seriam indisponíveis,²⁶ o que vedaria completo qualquer tentativa de transação envolvendo entes públicos.

Essa, no entanto, não é posição majoritária na doutrina. O entendimento dominante é o de que o princípio da indisponibilidade impõe algumas limitações à utilização de procedimentos transacionais por parte do Poder Público, sem, todavia, extingui-los por completo.

Para compreender esse debate, faz-se necessário esclarecer o quê significa, do ponto de vista jurídico, o termo “disponibilidade” de direitos. De um modo geral, entende-se como disponível o direito que as partes podem constituir, modificar ou extinguir mediante acordo de vontades.²⁷ Ou seja, aquilo que está ao alcance das partes, algo sobre o que elas podem tratar. Desse modo, para poder estabelecer uma transação com um particular litigante a Administração deve poder *dispor* do direito em questão. Do contrário, não estaria autorizada a firmar qualquer acordo que tivesse como intento o encerramento de disputa sobre esse direito.

Também a partir dessa definição é lógico deduzir que existem direitos sobre os quais as partes não possuem esse poder de disposição. Isto é, direitos que as partes não podem constituir, modificar ou extinguir autonomamente. Direitos advindos de imposição legislativa, a qual já os concebe por completo, inclusive em relação à sua extensão e ao seu exercício, e cujos debates sobre eles gerados não podem ser travados de maneira independente pelas partes, exigindo intervenção jurisdicional.

Desse modo, seria até mesmo natural imaginar que a partir do Direito positivo fosse possível definir quais direitos titularizados pela Administração Pública podem ser

²⁶ Parece ser esta a posição de Ricardo Marcondes Martins, pelo o que se extrai do seguinte trecho de seu trabalho: “O interesse público é indisponível porque é um interesse alheio, não é um interesse do agente público, que representa o Estado, nem, propriamente, da pessoa jurídica estatal, é um interesse do povo, dos administrados. Ora, ninguém pode dispor de interesse alheio e justamente por isso o interesse público é indisponível, porque é o interesse dos particulares enquanto partícipes da sociedade. O patrimônio estatal, o dinheiro público, por óbvio, não é do agente, nem propriamente do Estado enquanto pessoa autônoma; é, em última análise, do povo, dos administrados.” MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema. **Interesse Público – IP**, Porto Alegre, ano 12, n. 63, nov./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3fpdiCntd%3d70916&pdiCntd=70916>>.

²⁷ PARADA, André Luiz Nascimento. **Arbitragem nos contratos administrativos**: análise crítica dos obstáculos jurídicos suscitados para afastar sua utilização. Curitiba: Juruá, 2015. p. 108.



considerados disponíveis – e, portanto, passíveis de serem transacionados – e quais, por outro lado, estão fora do âmbito de disposição do administrador, sendo, nesse sentido, considerados indisponíveis.

No entanto, a verdade, como bem nota Dinorá Musetti Grotti, é que não existe (e nem é possível existir) um critério legal capaz de identificar, com tons de abstração e generalidade, os direitos da Administração Pública que podem ser considerados *indisponíveis*, devendo-se, portanto, realizar essa verificação caso-a-caso.²⁸ No mesmo sentido, Vivian Lima López Valle defende que a definição acerca da disponibilidade dos direitos da Administração, uma vez não tendo sido acabada em sede legislativa, resta para ser concluída pelo próprio administrador público no exercício de sua discricionariedade. Porém, alerta a autora ser imprescindível o reconhecimento de que com a concessão dessa competência discricionária aumenta-se as responsabilidades do agente público, que deverá justificar a sua decisão (sobre o caráter disponível ou não do direito em questão) de modo publicizado e adequadamente motivado, a fim de evitar desvios de finalidade e abusos de poder.²⁹

Diante disso, cabe em grande parte à doutrina auxiliar o Poder Público com o desenvolvimento de conceitos que possam ser aplicados no cotidiano administrativo com o objetivo de facilitar a identificação da qualidade de (in)disponibilidade dos direitos da Administração.

Nessa linha, uma das principais classificações referentes ao critério de disponibilidade de um determinado direito é construída a partir de seu conteúdo, considerando-se como disponíveis os direitos de cunho eminentemente patrimonial, como aqueles que se encontram em disputa em conflitos de natureza tributária, em ações de responsabilidade civil do Estado ou em boa parte das relações contratuais da Administração com parceiros privados. Por outro lado, direitos cujo conteúdo não pode ser imediatamente identificado em termos monetários, como aqueles presentes no exercício das funções de polícia e de serviço público, por exemplo, seriam tidos como indisponíveis.³⁰

Tal proposição, entretanto, não se mostra muito útil. Afinal, muitos dos direitos presentes no exercício de funções tipicamente administrativas são frequentemente convertidos em termos monetários. O emprego desproporcional do poder de polícia por parte da Administração Pública, por exemplo, gera ao particular prejudicado direito de indenização por danos morais e materiais que eventualmente tenha sofrido. O mesmo

²⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A arbitragem nos contratos da administração pública. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coords.). **Administração Pública: novos desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 92.

²⁹ VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 197.

³⁰ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 133-134.



ocorre com falhas ocorridas na prestação de um determinado serviço público, que também podem vir a gerar pretensões indenizatórias em face do Poder Público. Assim, muitas vezes o que em um primeiro momento não é pensado em termos monetários, muitas vezes acaba se desenvolvendo em pretensão pecuniária em razão de algum ato ou omissão do Estado, tornando inócua a diferenciação apresentada acima.

Outra classificação bastante comum de ser encontrada nessa seara parte da teoria de Renato Alessi sobre os interesses primários e secundários da Administração Pública. Frequentemente afirma-se que apenas os interesses primários, por serem os reais interesses públicos, seriam considerados indisponíveis, sendo que os interesses secundários poderiam ser objeto de disposição. Adotando essa linha, Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende que “os primeiros são indisponíveis e o regime público é indisponível, ao passo que os segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tomaram-se disponíveis na forma da lei, não importando sob que regime”.³¹

A classificação com base na teoria de Alessi, contudo, também não é adequada. Além de, em última análise, também estar fundada no já criticado critério de patrimonialidade dos direitos, os autores que a ela se filiam parecem não notar que existem interesses indiscutivelmente primários que já são objeto de acordos administrativos autorizados pelo ordenamento jurídico. É o que se verifica nos compromissos de ajustamento de conduta que, por força do art. 5º, §6º da Lei nº 7.347/85³² podem ser firmados para evitar o ajuizamento de ações civis públicas. Ao mesmo tempo, existem interesses tipicamente secundários que, por expressa previsão legislativa, são retirados do âmbito de disposição próprio da Administração Pública. É o que ocorre no art. 171 do Código Tributário Nacional.³³ O recolhimento de tributos é matéria essencialmente relativa aos interesses fazendários do Estado e, ainda assim, tal dispositivo prevê que apenas com autorização legislativa pode o Estado celebrar transação para extinguir crédito tributário mediante concessões mútuas com o devedor, considerando não estar dentro do âmbito de disponibilidade do administrador público a apreciação sobre essa matéria.³⁴

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 209, p. 81-90, jul./set. 1997. p. 84

³² **Lei nº 7.347/85. Art. 5º. §6º.** Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

³³ **Código Tributário Nacional. Art. 171.** A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário. **Parágrafo único.** A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

³⁴ BERGAMASCHI, André Luís. **A resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública por meio de mecanismos consensuais.** São Paulo, 2015. 290 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. p. 89-90.



Também é comum encontrar defesa no sentido de que a análise sobre a disponibilidade dos direitos da Administração deveria se dar a partir da distinção existente entre os atos administrativos de gestão e de império.³⁵ Trata-se, porém, de divisão criada na França com base no regime jurídico aplicável a cada ato administrativo para definir a competência do Conselho de Estado para apreciar ou não aquela questão. Assim, os simples fatos de essa classificação ter sido criada no direito estrangeiro e para uma finalidade completamente diversa daquela à qual ora se pretende que seja utilizada já seriam suficientes para afastar essa tese.³⁶ Além disso, ainda deve-se lembrar que no Brasil tal teoria chegou a ser adotada para o estabelecimento de critérios de responsabilização civil do Estado (afastando-se os atos de império dessa espécie de controle),³⁷ mas que “esta velha distinção está em desuso desde o final do século passado por imprecisa, inexata e haver perdido sua função primordial”.³⁸

Verifica-se, assim, a incapacidade das diferenciações dicotômicas desenvolvidas pela doutrina para tentar identificar a (in)disponibilidade dos direitos titularizados pela Administração. Diante desse cenário, entende-se que o mais correto seria *reconhecer como regra geral a possibilidade de adoção de procedimentos transacionais para a Administração buscar o atendimento do interesse público*, devendo-se identificar, nas situações específicas, as vedações, limitações e condicionantes próprias que podem alterar esse cenário.³⁹ Por essa linha, *indisponível seria o direito que, no caso concreto, se mostre indispensável à Administração Pública para a persecução do interesse público* (esse sim, sempre indisponível). Isso porque em muitas situações a renúncia ou a transação sobre um determinado direito pode se mostrar um meio mais eficiente para a Administração Pública atender ao interesse público a que está vinculada naqueles casos.

Lembre-se, pois, que o interesse público indisponível é aquele que, acima de tudo, demanda a atuação do Estado em prol dos objetivos cogentes do sistema legal e constitucional. E é natural e frequente que, para atender a sua concretização, a Administração Pública deva, em específicas situações, dispor de determinado bem ou direito,

³⁵ Nesse sentido, apesar de repudiar a utilização desse critério isoladamente, Eugenia Cristina Cleto Marola defende que “é preciso analisar, primeiramente, a atuação da Administração para verificar se ela se deu com o uso de prerrogativas, o que pode ser efeito por meio do critério que distingue os atos de império dos atos de gestão”. MAROLA, Eugenia Cristina Cleto. **Arbitragem e os contratos da Administração Pública**. São Paulo, 2015. 203 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. p. 147.

³⁶ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 183-184.

³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 209

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 437.

³⁹ BERGAMASCHI, André Luís. **A resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública por meio de mecanismos consensuais**. São Paulo, 2015. 290 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. p. 91.



prezando por uma solução mais consensual para algum litígio em que se veja inserida.⁴⁰ Desse modo, a indisponibilidade do interesse público não pode levar necessariamente à impossibilidade de transação dos direitos da Administração.⁴¹

Há, portanto, uma diferenciação entre “disponibilidade”, “renúncia” e “transação” que deve ser bem compreendida para que se possa avançar na análise do tema ora posto em exame. Apesar de inexistir definição expressa nesse sentido, a única conclusão que se pode extrair de uma leitura sistemática das normas legais que tratam do tema é a de que disposição é um gênero, no qual se compreendem como espécies a renúncia e a transação. A disposição, nessa linha, significaria o titular abrir mão de um direito que ostenta, sendo que no caso da transação a disposição seria bilateral (com o recebimento de algum benefício jurídico em troca) e no caso da renúncia, unilateral, sem qualquer contrapartida da outra parte.

O primeiro passo para esta compreensão está na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), a qual dispõe em seu art. 1º, §1º (após a alteração empreendida pela Lei nº 13.129/15) que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Com isso se depreende que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a Administração Pública possui tanto direitos de caráter disponível, como de caráter indisponível. Afinal, se todos os direitos fossem disponíveis, a previsão acima seria completamente desnecessária. Por outro lado, se todos os direitos fossem indisponíveis, a norma em questão seria inócua, sem qualquer aplicabilidade.

Outro imprescindível diploma normativo para o esclarecimento das dúvidas hoje existentes a respeito da (in)disponibilidade dos direitos da Administração é a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15). Em seu art. 3º a Lei prevê que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Nesse dispositivo, a Lei confirma a diferenciação entre disponibilidade e transação ao afirmar existem direitos que em que pese serem indisponíveis, admitem transação. Esse ponto é reafirmado pelo §2º do art. 3º, o qual prevê que “o consenso

⁴⁰ MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Transação e arbitragem nas controvérsias tributárias**. São Paulo, 2013. 212 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo. p. 38.

⁴¹ “No Direito Administrativo, há o entendimento de que o interesse público é algo indisponível, o que impediria a busca de solução consensual de conflitos de interesses que envolvam a Fazenda Pública. No entanto, o que se percebe é que, em muitos casos, a forma de se alcançar o interesse público é exatamente pela solução pacífica dos conflitos. A chamada Administração Pública Consensual é fruto da transformação do Estado, diante da sua sensibilidade às mudanças na sociedade, com a abertura ao diálogo e da participação popular. (...) Assim, o surgimento da audiência de conciliação no procedimento ordinário não é incompatível com o interesse público, mas, sim, vem ao encontro do interesse público para uma solução rápida do conflito, sem representar disposição daquele interesse.” NEVES, Rodrigo Santos. Audiências de conciliação e a Fazenda Pública: o dogma da indisponibilidade do interesse público em juízo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 990, p. 289-306, abr. 2018. p. 304.



das partes envolvendo *direitos indisponíveis, mas transigíveis*, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.”

Assim, é certo que a marca de indisponibilidade gravada a um determinado direito não leva, necessariamente, à conclusão de que seu conteúdo é intransigível. E isso não apenas no Direito Administrativo. No Direito de Família, por exemplo, não há dúvidas de que o direito à percepção de alimentos se trata de um direito de caráter indisponível. No entanto, é absolutamente comum que as partes envolvidas no litígio transijam sobre, entre outras coisas, o valor e o modo de pagamento dos alimentos. Situação semelhante se passa no Direito do Trabalho, em que os direitos trabalhistas, qualificados pelo art. 7º da Constituição Federal como direitos fundamentais sociais, também são frequentemente objeto de acordos entre empregados e empregadores.⁴²

Como já dito, disponível é o bem ou direito que não se faça necessário para a satisfação do interesse público no caso concreto. A definição sobre a disponibilidade de algum bem ou direito titularizado pela Administração Pública, portanto, depende da valoração do agente público no caso concreto, quem diante das circunstâncias fáticas e jurídicas postas à sua frente poderá decidir se a disposição desse bem ou direito é ou não meio adequado à realização do interesse público.

Nesse sentido, não há correlação imediata entre o princípio da indisponibilidade do interesse público e a indisponibilidade dos direitos titularizados pela Administração. Como bem ensina Rafael Munhoz de Mello, compreendendo-se adequadamente o referido princípio “é fácil concluir que não há qualquer incompatibilidade entre ele e a ideia de direitos disponíveis de titularidade da Administração Pública”, o que existe é apenas “uma confusão causada pela proximidade terminológica dos conceitos – indisponibilidade do interesse público, disponibilidade de direitos –, que, contudo, não torna um o oposto do outro”.⁴³

Em alguns casos excepcionais, o ordenamento jurídico exige que essa valoração seja feita pelo parlamento, como ocorre com os casos de alienação de bem imóvel público (conforme art. 101 do Código Civil)⁴⁴, ou mesmo veda de absoluto a transação envolvendo determinados bens jurídicos, como faz a Constituição Federal em seu art. 225, §5º ao dispor que “são indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais”.

Tanto é assim que o art. 32, §4º da Lei de Mediação prevê que “não se incluem na competência dos órgãos mencionados no *caput* deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização

⁴² SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos:** negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 134.

⁴³ MELLO, Rafael Munhoz. Arbitragem e Administração Pública. **Revista Direito do Estado em Debate**, Curitiba, n. 6, p. 47-81, 2015. p. 56.

⁴⁴ **Código Civil. Art. 101.** Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.



do Poder Legislativo”. Ou seja, os direitos cuja resolução estão sujeitos a autorização legislativa, como ocorre, como visto, com a alienação de bens públicos, evidentemente não podem ser objeto de mediação, confirmando a tese de que por serem indisponíveis esses direitos não podem ser transacionados pelos administradores públicos.

4. OS IMPACTOS ADVINDOS DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO PARA AS TRANSAÇÕES JUDICIAIS REALIZADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Quando a solução de um litígio é atingida diretamente pelas partes nele envolvidas, sem a necessidade de arbitramento por parte do Poder Judiciário, diz-se que a disputa foi resolvida pela realização de *autocomposição* entre as partes. Dentro desse termo inserem-se as seguintes hipóteses: **(i)** autocomposição por *desistência*, em que a parte autora renúncia à sua pretensão; **(ii)** autocomposição por *submissão*, em que a parte requerida concorda integralmente com os pleitos da parte autora; e **(iii)** autocomposição por *transação*, em que existe uma concessões recíprocas de ambas as partes para pôr fim ao litígio.

O requisito de haver concessões recíprocas é imprescindível para a caracterização de uma transação. Como afirma Onofre Alves Batista Júnior, “sem que cada uma das partes ceda um pouco na sua pretensão, para que o conflito seja resolvido, ocorre liberalidade (desistência ou submissão), mas não transação”.⁴⁵ Com isso em mente, compreende-se que a diferença entre indisponibilidade e transigibilidade residiria no fato de que “transigibilidade não abrange, como a primeira, a possibilidade de *renúncia*, mas sim, pura e simplesmente, *troca*, muitas vezes, aliás, com vantagens para o interesse público”.⁴⁶

No sistema jurídico brasileiro, os principais meios de realização de transação são através de procedimentos de mediação ou conciliação. A principal diferença entre a mediação e a conciliação reside no fato de que o conciliador adota uma postura mais ativa na condução da tentativa de encerrar o litígio, enquanto que o mediador exerce notoriamente a função de facilitar o diálogo entre as partes, visando que elas próprias, autonomamente, cheguem a um ponto em comum.⁴⁷ Nesse sentido, o art. 165 do Código de Processo Civil chega a prever, em seu §2º, que o conciliador “poderá sugerir

⁴⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 305.

⁴⁶ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 171.

⁴⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 72.



soluções para o litígio”, sendo que no §3º estipula que o mediador “auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”. Como visto anteriormente, ambos os procedimentos são fortemente instigados pelo Novo Código de Processo Civil, que teve como um dos principais objetivos de sua edição a diminuição da litigiosidade judicial no Brasil, inclusive em relação à Fazenda Pública.

Todo contrato, como ato jurídico bilateral, importa na criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações entre as partes que através dele se vinculam. O contrato administrativo de transação não é diferente, mas tem sua especialidade no fato de que sua função precípua, muito além de simplesmente criar, modificar ou extinguir algum direito ou obrigação, é fazê-lo para evitar ou encerrar controvérsias judiciais ou extrajudiciais sobre aquela matéria.⁴⁸

Para se comprovar a validade dessas transações à luz do princípio da indisponibilidade do interesse público, o primeiro passo é reconhecer que o art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro funciona como um permissivo genérico à realização de acordos pela Administração Pública. Além disso, é importante lembrar que, tanto por conta desse dispositivo, quanto em razão da possibilidade de atuação *praeter legem* da Administração Pública, não se faz necessária uma autorização específica para a Administração submeter-se a transações.⁴⁹

Afinal, no caso das transações para evitar ou pôr fim a litígios instaurados por particulares em face da Fazenda Pública o acordo pode se mostrar como uma interessante ferramenta para diminuir o dispêndio desnecessário de recursos públicos, além de agilizar o reconhecimento de direitos dos cidadãos (se for o caso, evidentemente), algo que por óbvio se mostra como uma matéria de interesse público.

Desse modo, concorda-se com Onofre Alves Batista Junior quando este afirma que “a invocação da legalidade, por si só, não serve como razão para inviabilizar a celebração de contratos administrativos alternativos”,⁵⁰ como frequentemente se afirma. Até porque se a transação fosse possível apenas em casos expressas e especificamente

⁴⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 328.

⁴⁹ Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, ver: FÁRIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Orgs.). **A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019. p. 141-169.

⁵⁰ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 464.



previstos na legislação, ela teria cabimento apenas em feitos de grande impacto econômico e financeiro.

Lembre-se, nesse sentido, que leis específicas já foram editadas no Brasil para autorizar a Administração Pública a se submeter a determinações procedimentos transacionais, mas exatamente com o intuito de evitar conflitos de grande impacto econômico para os cofres públicos. É o caso da Lei nº 6.134/74, que autorizou o Poder Executivo a “efetuar transação com o Governo da Grã-Bretanha para saldar débitos provenientes de encampação e desapropriação de Companhias estrangeiras” e da Lei nº 7.168/83, que veiculou autorização para a Administração Pública “celebrar transação com a Fundação Abrigo do Cristo Redentor, para pôr fim ao litígio que especifica, e dá outras providências.”⁵¹

Logicamente não se pode esperar o mesmo para litígios ordinários, de particulares que se veem lesados isoladamente pelos mais diversos atos praticados pela Administração Pública, sem, todavia, representarem grande impacto quando analisada a sua situação em relação a condição macroeconômica do Poder Executivo.

Um possível problema à realização de transações administrativas advindo dessas questões relacionadas às disposições legislativas existentes sobre o tema é o art. 841 do Código Civil. Referido dispositivo determina que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. *A contrario sensu*, alguém poderia supor que a transação quanto a direitos patrimoniais de caráter público estaria vedada definitivamente. Afinal, com uma disposição legal nesse sentido, poderia se pensar que o legislador, no exercício de sua competência própria, reputou não ser de interesse público a possibilidade de a Administração Pública se submeter a procedimentos transacionais.

Essa não é, todavia, a leitura mais adequada do referido dispositivo. Para Luciane Moessa de Souza, a única interpretação possível de tal norma é a de que essa vedação aplica-se ao Poder Público apenas no que diz respeito às relações jurídicas de direito privado, firmadas no âmbito civil e, portanto, submissas a tal legislação.⁵² Onofre Alves Batista Júnior segue a mesma linha de pensamento ao afirmar que tal proibição não impede a realização de acordos envolvendo direitos públicos, limitando-se apenas em proibir que elas sejam realizadas no âmbito do Direito Civil. Em suas palavras, “se houver fundamento jurídico nas leis administrativas para que se celebre o acordo, é possível haver transação envolvendo interesses públicos”, a despeito do que preceitua o dispositivo do Código Civil.⁵³

⁵¹ A menção a tais legislações é feita por Onofre Alves Batista Junior em: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 506.

⁵² SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 170.

⁵³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação



Além disso, o art. 26 da LINDB, recém introduzido no sistema jurídico brasileiro, parece ter revogado tacitamente o art. 841 do Código Civil, visto que aquele dispositivo funciona como uma cláusula legal de autorização genérica para a realização de acordos pela Administração Pública, sem nenhuma condicionante conceitual a respeito da natureza do direito negociado.

Na realidade, se bem compreendido o princípio da legalidade, a conclusão a que se chega é que a transação é em muitos casos um dever por parte da Administração Pública. Uma vez que essa norma demanda do Poder Público nada mais do que respeito a direito positivo vigente, “não é possível falar em um ‘dever de litigar’ da Administração quando reconhece o direito do administrado, mesmo já estando a questão judicializada”.⁵⁴ Assiste completa razão, portanto, a Rodrigo Bernardes Dias ao afirmar que “quando a pretensão da pessoa privada encontra amparo no ordenamento jurídico, somos forçados a concluir que a mesma se coaduna com o interesse público”,⁵⁵ uma vez que o interesse a ser buscado pela Administração não pode ser outro senão aquele respaldado pelo Direito, inclusive nas hipóteses em que isso significa a tutela de interesses individuais.

Ademais, é interessante destacar que ao reconhecer e dar cumprimento a direito de particulares “a Administração não está dispondo, abrindo mão, do interesse público”. E isso pela simples razão de que, *uma vez reconhecido o direito alheio e a inexistência de direito do Poder Público naquele conflito, não há o que se falar em interesse público na manutenção do litígio em desfavor do particular*. Pelo contrário: “cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado é atender ao interesse público”.⁵⁶

Como lembra Daniel Wunder Hachem, “quando a lei atribui uma competência a uma autoridade administrativa, ela o faz com a finalidade de realizar um determinado interesse público, pelo que lhe é defeso aplicá-la com outros objetivos”. Assim, as previsões normativas que permitem à Fazenda Pública contestar ou interpor recursos em processos judiciais obviamente não são exigências, mas instrumentos que devem ser utilizados apenas caso sejam necessários ao atendimento do interesse público. Afinal, “se o fim perseguido não foi aquele inscrito na lei, o interesse buscado pelo agente não pode ser considerado como público”,⁵⁷ razão pela qual a recusa deliberada ao reconhe-

administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 511.

⁵⁴ BERGAMASCHI, André Luís. **A resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública por meio de mecanismos consensuais**. São Paulo, 2015. 290 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo. p. 98.

⁵⁵ DIAS, Rodrigo Bernardes. A conciliação nos juizados especiais federais. In: GUEDES, Jefferson Carús (Org.). **Juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 511.

⁵⁶ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 42, n. 264, p. 83-107, fev. 2017. p. 86.

⁵⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 170-171.



cimento exposto de que a pretensão do particular encontra amparo na legislação vai de encontro ao princípio da indisponibilidade.

Dessa forma, o administrador deve ter em mente que não se trata de favor ou de mera liberalidade, muito menos de atitude violadora de princípios como os da legalidade e da impessoalidade, realizar acordos judiciais “sob o falso pretexto de que não lhe é dado dispor do interesse público”. Ao fazê-lo, a Administração está apenas a “protelar o efetivo cumprimento da lei”, uma vez que o interesse público encontra-se, “precisa e justamente, no reconhecimento de legítimos interesses dos administrados”.⁵⁸

Além da legalidade, também o princípio da *eficiência* é norma de valor constitucional que fomenta a realização de transação por parte da Fazenda Pública quando constatado o direito do requerente ou, ao menos, a alta probabilidade de sucesso de sua pretensão na via judicial.

Com efeito, quando estiver evidenciada a plausibilidade jurídica do pedido formulado pelo autor, tanto em razão de as questões fáticas do caso estarem devidamente esclarecidas, como em razão de existir entendimento jurídico consolidado favorável à pretensão do particular, é dever da Administração tentar buscar o consenso. Isso porque em casos como esse o encerramento prematuro do litígio evitaria o que Evandro Costa Gama chamou de “*duplo prejuízo ao interesse público*”. Isto é, evita-se que a Administração tenha que despende recursos (financeiros e de tempo dos profissionais envolvidos no feito) de maneira inútil⁵⁹ e evita-se, também, que o particular tenha postergado o reconhecimento do seu direito.⁶⁰

Tome-se novamente o exemplo das ações de concessão de medicamento ajuizadas em face do Poder Público. É muito comum que nessa temática exista jurisprudência vasta e pacífica atestando o dever do Estado em conceder aos cidadãos acometidos com determinada moléstia o medicamento correspondente para seu tratamento. Apenas a título ilustrativo, vale citar pesquisa realizada em oportunidade anterior, através da qual se demonstrou que cerca de 80% das ações judiciais individuais ajuizadas no Tribunal Regional Federal da 4ª Região com pedido de concessão de medicamento

⁵⁸ CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Por uma Administração Pública comprometida com o justo. **Correio Braziliense**, Brasília, Direito&Justiça, 19 mar. 2012. p. 3.

⁵⁹ Nesse ponto, vale citar a lembrança feita por Vítor Campos, Carla Silva e Mariana Silva de que com as transações evita-se “a majoração dos consectários da condenação decorrentes do adiamento da solução da lide”, como o pagamento de honorários advocatícios, e de que “a demora no pagamento causada pelo prolongamento do processo faz aumentar o valor da dívida, principalmente no que se refere aos juros devidos”. CAMPOS, Vítor Pierantoni; SILVA, Carla Cristina Guimarães Trovão; SILVA, Mariana Moreira e. Transação: matéria de fato e matéria de direito nos Juizados especiais federais. In: GUEDES, Jefferson Carús (Org.). **Juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 70. Através da metodologia da análise econômica do Direito, é também essa a conclusão a que chega Igor Fonseca Rodrigues: RODRIGUES, Igor Fonseca. Análise econômica da conciliação previdenciária. **Revista da AGU**, Brasília, n. 26, p. 185-202. p. 201.

⁶⁰ GAMA, Evandro Costa. Conciliação e transação nas causas de natureza tributária nos juizados especiais federais. In: GUEDES, Jefferson Carús (Org.). **Juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 247.



para tratamento de Hepatite C foram julgadas procedentes.⁶¹ Casos como esses são exemplos claros de que a transação seria o melhor caminho para o atendimento do interesse público.⁶²

Corroborando essa tese, existem estudos empíricos demonstrando que a criação de uma instância administrativa para gestão de processos de conciliação em conflitos de ordem previdenciária, ainda que, em uma primeira análise, aumentasse os gastos do INSS com a concessão de benefícios, na contagem total iria reduzir de maneira bastante vantajosa os custos despendidos pela autarquia com condenações e custas judiciais. Segundo esse mesmo estudo, realizado por Adler Anaximandro de Cruz e Alves, apesar de quase metade dos benefícios previdenciários requeridos pela população na via administrativa ser indeferido, em âmbito judicial o INSS é vencido ou celebra acordo em dois terços das ações em que é parte.⁶³ Tais dados demonstram com veemência como a adoção de práticas consensuais pela Administração Pública poderiam representar um grande ganho de eficiência tanto em matéria financeira, como na questão do tempo despendido para gerenciamento dessas ações (além, claro, de possibilitar uma tutela mais ágil do direito dos requerentes).

Do mesmo modo, Luciane Moessa de Souza entende que quando presentes dois requisitos fundamentais, quais sejam: **(i)** a inexistência de dúvidas sobre a matéria fática e **(ii)** a existência de entendimento jurídico consolidado favorável ao autor, a advocacia pública possui o dever de promover a transação – e não uma mera faculdade. A faculdade ocorre, ainda segundo Souza, quando for elaborado, mediante a devida fundamentação, um juízo de alta probabilidade em relação às chances de derrota da Administração no feito, permitindo, assim, o encerramento do litígio pela via conciliatória, considerando-se que a insistência na ação poderia trazer prejuízos mais graves ao Poder Público.⁶⁴

Outro importante princípio que impacta esse tema é o da *boa-fé*. A partir dele pode-se constatar que se a Administração concluir, em análise interna, após valoração dos fatores indicados acima, que o particular de fato possui direito em sua pretensão, deve

⁶¹ FARIA, Luzardo. Da judicialização dos direitos sociais à necessidade de respeito administrativo aos precedentes judiciais: uma análise empírica da jurisprudência do TRF4 sobre direito à saúde. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 2, n. 1, p. 341-366, dez. 2014.

⁶² Para uma análise mais aprofundada sobre o tema da conciliação em matéria de judicialização da saúde, ver: CARDOZO, Raquel Nery; CARDOZO, José Carlos. A utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos no fornecimento de medicamentos pela Administração Pública brasileira. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 81-99, jan./jun. 2016.

⁶³ ALVES, Adler Anaximandro de Cruz e. A atuação cidadã da AGU na redução da litigiosidade envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social: considerações acerca de instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais. **Revista da AGU**, Brasília, ano 09, n. 23, p. 7-46, jan./mar. 2010.

⁶⁴ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 152-153.



reconhecer a totalidade do pleito formulado. Utilizar “parcela” do direito do requerente como barganha para conseguir um acordo financeiramente melhor para a Fazenda Pública, mesmo sabendo-se da adequação da posição ostentada por aquele, violaria frontalmente a boa-fé que deve nortear a atividade administrativa.⁶⁵

Em paradigmática decisão no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luiz Fux, em voto acompanhado por unanimidade pelos demais julgadores da Primeira Seção, consagrou o entendimento de que quando reconhecida a prática de um ilícito por parte da Administração Pública, se o Estado “visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio”.⁶⁶

Assim, é certo que, ao contrário do que poderia supor o senso comum, é “a recusa à transação que pode representar a verdadeira ofensa à indisponibilidade do interesse público, pois gerará maiores despesas ao erário, sobrecarregará o Judiciário e atingirá, de modo indevido, interesses legítimos dos particulares”.⁶⁷

Outra importante questão a ser observada no tocante à validade das transações estabelecidas por entidades públicas diz respeito à *definitividade* desses acordos, notadamente quando são firmados na via administrativa (e não no seio de um processo judicial, em uma audiência de conciliação ou mediação, por exemplo). A questão é polêmica pois, por força do art. 5º, XXXV da Constituição Federal,⁶⁸ a inafastabilidade da jurisdição é tida no ordenamento jurídico pátrio como garantia fundamental dos cidadãos. A partir dela, portanto, questiona-se se as questões acordadas mediante os contratos administrativos de transação poderiam vir a ser rediscutidas no Poder Judiciário, caso assim desejasse a Administração Pública ou o próprio particular.

O Supremo Tribunal Federal ainda não enfrentou especificamente a discussão relativa à definitividade das transações firmadas pela Administração Pública. Há, no entanto, precedente que pode servir de norte para o debate, que é o julgado AgRg na SE nº 5206, no qual a Suprema Corte se posicionou pela constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, que instituiu a arbitragem no Brasil, no que toca à exclusão, do âmbito de apreciação jurisdicional, do mérito das decisões proferidas em processos arbitrais.⁶⁹

⁶⁵ GAMA, Evandro Costa. Conciliação e transação nas causas de natureza tributária nos juizados especiais federais. In: GUEDES, Jefferson Carús (Org.). **Juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 245.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008.

⁶⁷ SÁ, Rodrigo Mendes de. Os meios consensuais de solução de conflitos na esfera judicial e o Poder Público: análise do artigo 4º da Lei nº 9.469/97 à luz da sistemática dos recursos repetitivos no STF e no STJ. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, p. 261-285. p. 274.

⁶⁸ **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º. XXXV** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, SE 5206 AgR, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004.



Naquela oportunidade, o principal fundamento para tanto foi a tutela da liberdade dos atores envolvidos no conflito arbitral, que autonomamente decidem por não levarem o seu litígio ao Poder Judiciário, uma vez que em nenhuma hipótese alguém é *obrigado* a optar pela via arbitral como meio de solução do seu conflito.⁷⁰

O argumento, porém, não pode ser aplicado diretamente para o caso das transações. Ainda que nenhum particular tampouco possa ser obrigado a se submeter a contratos administrativos transacionais, é sempre complicado se falar em liberdade no agir administrativo. Como já visto, a Administração Pública não goza de liberdade propriamente dita, assim como os particulares. Exatamente por força do princípio da indisponibilidade do interesse público, que atrela sua atuação inexoravelmente à concretização de determinados preceitos positivados no ordenamento jurídico, o exercício das margens de discricionariedade (e não *liberdade*) de que dispõem os agentes públicos está sempre condicionado ao atendimento do interesse público.

Ainda assim, é possível extrair do julgado AgRg na SE nº 5206 conclusão interessante e apropriada ao tema das transações administrativas. É que, muito embora o acesso à justiça seja garantia fundamental protegida com máximo resguardo pela Constituição, o estabelecimento dessa espécie de acordo retira do particular e da própria Administração Pública o *interesse de agir* na propositura de ação judicial para revisitar os temas definidos na transação. Assim, careceria ao autor da demanda uma das condições essenciais da ação, a qual deveria ser liminarmente rejeitada, nos termos dos arts. 17 e 485, VI do Código de Processo Civil.⁷¹

A definitividade da transação é questão de suma importância. Sem a segurança de que o acordo firmado será definitivamente válido entre as partes, nem a Administração Pública, nem os particulares que com ela se relacionam irão se sentir em posições confortáveis para realizar esse tipo de acordo. De fato, restariam inócuos os diversos incentivos aos métodos consensuais de resolução de conflitos hoje existentes no ordenamento jurídico se as partes litigantes soubessem que os acordos entre elas estabelecidos pudessem ser revistos a qualquer tempo pelo Poder Judiciário.

Tecidas todas essas observações sobre as transações envolvendo a Administração Pública, resta claro que o estabelecimento dessa espécie de contratação administrativa consensual não encontra óbice no princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual será devidamente atendido nas hipóteses em que se verificar que o reconhecimento, e procedência das alegações do particular litigante significará, em última análise, postura condizente com os princípios que norteiam a atuação da Administração Pública no Brasil, como (entre outros) legalidade, eficiência, motivação, publicidade e boa-fé.

⁷⁰ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos:** negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 256.

⁷¹ **Código de Processo Civil. Art. 17.** Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade; **Art. 485.** O juiz não resolverá o mérito quando: **VI** - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual.



Assim, concorda-se plenamente com Onofre Alves Batista Júnior quando o autor afirma, em acertada leitura acerca do conteúdo jurídico do princípio da indisponibilidade e de sua incidência nas relações consensuais da Administração Pública, que tal normativa “não retira a possibilidade de a Administração Pública transacionar, embora a solução concertada apenas possa ocorrer quando ‘o melhor interesse público possível’ apontar para a alternativa consensual, como a mais eficiente para satisfazer o bem comum”.⁷² Afinal, como ensina Eros Grau, é plenamente possível “dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso se esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles”.⁷³

5. O CENÁRIO PRÁTICO DAS TRANSAÇÕES JUDICIAIS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

Apesar de todo o exposto até aqui e da demonstrada validade e vantajosidade desses acordos para ambas as partes (quando respeitados os requisitos antes mencionados, obviamente), o que se vê atualmente é que a transação envolvendo a Administração Pública ainda é rarissimamente praticada.

Em que pese o avanço doutrinário em sentido oposto, o senso comum da maioria dos agentes públicos envolvidos nesses feitos ainda é o de que ações em face da Fazenda Pública não comportam composição, o que já encerra de pronto qualquer mínima possibilidade que poderia haver de se chegar a um consenso com o particular conflitante. Por óbvio não se defende que a Administração Pública passe a realizar esses acordos indiscriminadamente. Como já se disse anteriormente, o consenso não é um fim em si mesmo, tampouco é válido por si só. Trata-se de interessante instrumento que, se bem utilizado, pode auxiliar a Administração Pública a atingir com mais eficiência a perseguição do interesse público.

Dessa forma, o que se propõe é que, nos pleitos judiciais movidos em face da Fazenda Pública, ao contrário da atual prática de já se iniciar o processo (tanto os advogados públicos, como os magistrados) com os olhos fechados a qualquer possibilidade de transação, que ao menos “seja efetivamente realizada uma análise fática e jurídica da pretensão do cidadão ou ente privado, a fim de identificar, de forma responsável e criteriosa, as situações em que é conivente ou mesmo obrigatório transigir”.⁷⁴

⁷² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 510.

⁷³ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 21, p. 141-148, mar. 2002. p. 148.

⁷⁴ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 175.



Desse modo, ainda que, evidentemente, não se possa falar em uma obrigatoriedade de a Administração buscar o consenso em todo e qualquer caso, o que deve, sim, existir é um dever do advogado público de avaliar a *possibilidade* de transação, para a qual deverá ser realizada uma análise criteriosa **(i)** dos fatos, provas e documentos existentes no processo, a fim de elucidar as questões fáticas trazidas pelo autor; **(ii)** do posicionamento doutrinário e, principalmente, jurisprudencial já existente sobre o tema em questão; e **(iii)** dos riscos e benefícios existentes na continuação do processo.⁷⁵

Trata-se, portanto, de uma mudança comportamental dos atores que participam dos processos judiciais envolvendo a Fazenda Pública, a qual, apesar de à primeira vista poder parecer inócua, certamente corresponderia a uma transformação da postura da Administração Pública, que assim poderia abandonar o papel de inflexível litigante que atualmente exerce. Se os magistrados aplicassem devidamente o art. 334 do Código de Processo Civil que demanda a realização de audiência prévia de conciliação ou mediação também nos casos em que seja parte a Fazenda Pública e se os advogados públicos fossem despidos de qualquer preconceito dogmático em relação à possibilidade jurídica de transação a partir dessas audiências, certamente boa parte desses ações seriam encerradas precocemente, trazendo benefícios para ambas as partes do processo.

A mesma lógica evidentemente também deve ser aplicada aos processos administrativos. Por óbvio, não se deve esperar que os cidadãos prejudicados por algum ato ou omissão da Administração Pública tenham que ingressar em juízo para tentar alguma espécie de acordo com o Poder Público. Cada vez mais o reconhecimento dessas ilicitudes deve ocorrer já na via administrativa, evitando-se o ajuizamento desenfreado de ações “desnecessárias” (no sentido de que poderiam ser resolvidas mediante auto-composição entre as partes, sem a necessidade de intervenção jurisdicional), que atualmente abarrotam o Poder Judiciário brasileiro, prejudicando a todos os interessados nesses conflitos.

6. CONCLUSÃO

Como visto, a indisponibilidade do interesse público – norma central do regime jurídico-administrativo no Brasil – é frequentemente encarada como um óbice à realização de acordos por parte da Administração Pública para encerrar ou evitar litígios judiciais.

Com as mudanças trazidas pelo movimento da consensualização do Direito Administrativo, esta ideia de que o interesse público não admite conciliação está sendo paulatinamente abandonada.

⁷⁵ SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos:** negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 176.



A bem da verdade, contudo, ainda hoje, apesar da previsão expressa do 334 do Código de Processo Civil, as audiências de conciliação em ações judiciais envolvendo a Fazenda Pública deixam, via de regra, de serem automaticamente agendadas pelos magistrados, em razão – dizem – do princípio da indisponibilidade.

A principal questão enfrentada pelo artigo, então, era saber se ao reconhecer a procedência da pretensão de um particular que se encontra em um conflito contra ela, a Administração Pública estaria dispondo do interesse público. A resposta é definitivamente negativa.

Caso se constate a procedência da pretensão do particular – e, conseqüentemente, a improcedência da pretensão da Administração – é dever do Poder Público, por força inclusive da indisponibilidade do interesse público, tutelar o direito do cidadão.

Isso deve ocorrer quando se verificar a presença de dois requisitos fundamentais, quais sejam: **(i)** a inexistência de dúvidas sobre a matéria fática e **(ii)** a existência de entendimento jurídico consolidado favorável ao autor. Defender o contrário seria permitir que a Administração perseguisse seus interesses secundários, em descompasso com o verdadeiro interesse público.

Até mesmo em casos em que a Administração não possua certeza do direito do particular conflitante, a transação se faz possível. É que, por análises dos riscos e benefícios existentes na continuação do processo, o encerramento prematuro/prevenção do litígio pode se mostrar mais benéfico ao interesse público do que travar batalhas judiciais que chegam a demorar décadas para ter uma resolução definitiva.

Desse modo, não apenas o princípio da indisponibilidade do interesse público não deve ser encarado como um empecilho à realização desses acordos, como ele inclusive acaba por fomentar, em diversas situações, a solução não-adversarial para o conflito. Deve-se abandonar a ideia de que o interesse público exige litígio. Se bem compreendida a noção de interesse público e de sua indisponibilidade, fica fácil compreender porque as transações judiciais envolvendo a Administração Pública são absolutamente compatíveis com o regime jurídico-administrativo.

7. REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milano: Giuffrè, 1953.

ALVES, Adler Anaximandro de Cruz e. A atuação cidadã da AGU na redução da litigiosidade envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social: considerações acerca de instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais. **Revista da AGU**, Brasília, ano 09, n. 23, p. 7-46, jan./mar. 2010.

CELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.



BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BERGAMASCHI, André Luís. **A resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública por meio de mecanismos consensuais**. São Paulo, 2015. 290 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, SE 5206 AgR, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 253885, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796.

CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. A disponibilidade do interesse público no Novo Código de Processo Civil e o princípio da eficiência na Administração. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 129-153, jun. 2017.

CAMPOS, Vítor Pierantoni; SILVA, Carla Cristina Guimarães Trovão; SILVA, Mariana Moreira e. Transação: matéria de fato e matéria de direito nos Juizados especiais federais. In: GUEDES, Jefferson Carús (Org.). **Juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARDOZO, Raquel Nery; CARDOZO, José Carlos. A utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos no fornecimento de medicamentos pela Administração Pública brasileira. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 81-99, jan./jun. 2016.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. Por uma Administração Pública comprometida com o justo. **Correio Braziliense**, Brasília, Direito&Justiça, 19 mar. 2012.

CATARINO, João Ricardo; ROSSINI, Guilherme de Mello. A transação tributária e o mito da (in)disponibilidade dos interesses fazendários. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 02, p. 155-186, abr./jun. 2016.

DIAS, Rodrigo Bernardes. A conciliação nos juizados especiais federais. In: GUEDES, Jefferson Carús (Org.). **Juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FARIA, Luzardo. Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional e exigibilidade judicial. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 307-337, jul./dez. 2014. p. 324-332.

FARIA, Luzardo. Da judicialização dos direitos sociais à necessidade de respeito administrativo aos precedentes judiciais: uma análise empírica da jurisprudência do TRF4 sobre direito à saúde. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 2, n. 1, p. 341-366, dez. 2014.



FARIA, Luzardo. O art. 26 da LINDB e a legalidade dos acordos firmados pela Administração Pública: uma análise a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Orgs.). **A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019.

FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no Direito Administrativo**. Curitiba, 2019. 338 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

FERREIRA, Daniel; PELLEGRINELLO, Ana Paula. O regime jurídico-administrativo como falsa-barreira à conciliação pelas estatais no âmbito da Justiça do Trabalho. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coords.). **Administração Pública: novos desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GAMA, Evandro Costa. Conciliação e transação nas causas de natureza tributária nos juizados especiais federais. In: GUEDES, Jefferson Carús (Org.). **Juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 21, p. 141-148, mar. 2002.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A arbitragem nos contratos da administração pública. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coords.). **Administração Pública: novos desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. Crise do Poder Judiciário e a venda do sofá. O que a Administração e a Advocacia Pública têm a ver com isso? **Crise econômica e soluções jurídicas**, n. 301, abr. 2016. Disponível em: <<https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/widget/document?docguid=l66ec0460090c11e682c101000000000>>.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LIMA, Carlos Eduardo Dantas de Oliveira. A evolução da conciliação na Procuradoria-Geral da União. **Revista da AGU**, Brasília, ano XIII, n. 40, p. 119-148, abr./jun. 2014.

MAROLA, Eugenia Cristina Cleto. **Arbitragem e os contratos da Administração Pública**. São Paulo, 2015. 203 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema. **Interesse Público – IP**, Porto Alegre, ano 12, n. 63, nov./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPD10006.aspx%3fpdiCntd%3d70916&pdiCntd=70916>>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.



MELLO, Rafael Munhoz. Arbitragem e Administração Pública. **Revista Direito do Estado em Debate**, Curitiba, n. 6, p. 47-81, 2015.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Transação e arbitragem nas controvérsias tributárias**. São Paulo, 2013. 212 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 209, p. 81-90, jul./set. 1997.

NEVES, Rodrigo Santos. Audiências de conciliação e a Fazenda Pública: o dogma da indisponibilidade do interesse público em juízo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 990, p. 289-306, abr. 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PARADA, André Luiz Nascimento. **Arbitragem nos contratos administrativos**: análise crítica dos obstáculos jurídicos suscitados para afastar sua utilização. Curitiba: Juruá, 2015.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. A administração pública e a mediação. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coords.). **Administração Pública**: novos desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

RODRIGUES, Igor Fonseca. Análise econômica da conciliação previdenciária. **Revista da AGU**, Brasília, n. 26, p. 185-202.

SÁ, Rodrigo Mendes de. Os meios consensuais de solução de conflitos na esfera judicial e o Poder Público: análise do artigo 4º da Lei nº 9.469/97 à luz da sistemática dos recursos repetitivos no STF e no STJ. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, p. 261-285.

SCHIRMER, Mário Sérgio de Albuquerque. Impossibilidade de realização de acordos no âmbito do Direito Administrativo sem a existência de lei expressamente autorizando a avença. **Repositório do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público e à Ordem Tributária**. Curitiba: CAOP-MPPR, 2013. Disponível em: <http://www.patrimoniopublico.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigos_Testes_Estudos/Tese_Acordo_Fazenda.pdf>.

SCHWANKA, Cristiane. **Administração Pública Consensual**: a transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos. Curitiba, 2009. 167 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito, UniBrasil.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos**: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria)



– versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 42, n. 264, p. 83-107, fev. 2017.

VALLE, Vivian Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2018.