

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO – UFES**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

CAIO SOUTO ARAÚJO

**DISPONIBILIDADE E TRANSIGIBILIDADE NO TRATAMENTO DOS CONFLITOS  
COM A FAZENDA PÚBLICA: RECONFIGURAÇÃO E SISTEMATIZAÇÃO**

VITÓRIA  
2022

CAIO SOUTO ARAÚJO

**DISPONIBILIDADE E TRANSIGIBILIDADE NO TRATAMENTO DOS CONFLITOS  
COM A FAZENDA PÚBLICA: RECONFIGURAÇÃO E SISTEMATIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na linha de pesquisa “Processo, Técnicas e Tutelas dos Direitos Existenciais e Patrimoniais”.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei.

VITÓRIA  
2022

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

---

Araújo, Caio Souto, 1989-

A658d Disponibilidade e transigibilidade no tratamento dos conflitos com a Fazenda Pública : Reconfiguração e Sistematização / Caio Souto Araújo. - 2022.

186 f.

Orientador: Rodrigo Reis Mazzei.

Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Processo civil. 2. Direito Público. 3. Mediação. 4. Transação. 5. Conciliação. 6. Juizados especiais da Fazenda Pública. I. Mazzei, Rodrigo Reis. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

---

CAIO SOUTO ARAÚJO

**DISPONIBILIDADE E TRANSIGIBILIDADE NO TRATAMENTO DOS CONFLITOS  
COM A FAZENDA PÚBLICA: RECONFIGURAÇÃO E SISTEMATIZAÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na linha de pesquisa “Processo, Técnicas e Tutelas dos Direitos Existenciais e Patrimoniais”.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2022.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei (Orientador –PPGDIR/UFES)**

---

**Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves (PPGDIR/UFES)**

---

**Prof. Dr. Augusto Passamani Bufulin (PPGDIR/UFES)**

---

**Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz (PPGD-UIT)**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, por tudo. Vida, saúde, família, trabalho, estudo e bênçãos diárias incontáveis sem as quais nada seria possível.

Agradeço à minha família, que é amor, base, razão e inspiração em todos os percursos. Às minhas filhas, amores eternos e infinitos que fazem tudo valer a pena. Aos meus pais, que construíram a fundação e pavimentaram o caminho. À minha esposa, que esteve ao meu lado desde o meu ingresso no curso de Direito e tanto renunciou para chegarmos até aqui.

Ao professor orientador Rodrigo Reis Mazzei, por todas as lições, orientações e apoio ao longo do curso, sempre provocando reflexões, questionamentos e nos desafiando a ir além, estimulando a pesquisa e o pensamento crítico.

Ao professor Tiago Figueiredo Gonçalves, que, em conjunto com o professor Rodrigo Mazzei, acompanhou com muita consideração toda a minha trajetória no mestrado, debatendo e construindo ideias.

Ao professor Augusto Passamani Bufulin, pela parceria nos estudos, debates e publicações.

A todos os professores do PPGDIR-UFES, por sempre nos instigarem à pesquisa, ao estudo, auxiliando e fornecendo subsídios imprescindíveis.

A toda a equipe do PPGDIR-UFES, que nos proporcionou as condições necessárias para uma experiência de enorme aprendizado e desafios constantes.

Aos colegas da Justiça Federal que comigo trocaram ideias, debateram temas e prestaram apoio ao longo de mais esta jornada.

Aos colegas da Turma 2020 do Mestrado, por toda a parceria, auxílio e apoio recíprocos.

Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

**Aristóteles.**

## RESUMO

O trabalho tem como objetivo sistematizar os conceitos de disponibilidade do direito e transigibilidade no contexto do tratamento adequado dos conflitos com a Fazenda Pública, propondo critérios classificatórios e uma técnica própria para se averiguar a admissibilidade de autocomposição nesses casos. Analisa os princípios constitucionais informadores da Administração Pública, passando por diferentes correntes doutrinárias e apresentando observações críticas a respeito da sua compreensão atual. Estuda o controle de juridicidade dos atos da Administração Pública, debatendo conceitos como discricionariedade e mérito administrativo. Relaciona esse estudo com o papel da Advocacia Pública no tratamento adequado dos conflitos. Discute os conceitos de disponibilidade e transigibilidade (admissibilidade de autocomposição), abordando suas nuances e variações, sob diversos critérios. Critica as regras jurídicas que empregam a disponibilidade do direito como critério para o afastamento de ônus processuais. Com foco nas diferentes restrições à renunciabilidade, apresenta proposta de classificação dos direitos indisponíveis. Investiga o tratamento adequado dos conflitos com a Fazenda Pública sob a perspectiva de microssistema, criticando o paradigma atual que admissibilidade a autocomposição somente mediante norma expressa. Aponta a necessidade de reconfiguração de institutos clássicos e reinterpretação de normas jurídicas. Aborda a posição da Fazenda Pública como litigante habitual, suas possíveis causas e soluções. Apresenta proposta para uma metodologia própria de análise, diante do caso concreto, da transigibilidade com a Fazenda Pública.

Palavras-chave: Direitos indisponíveis. Transigibilidade. Tratamento adequado dos conflitos. Fazenda Pública. Admissibilidade de autocomposição.

## **ABSTRACT**

The objective of this work is to systematize the concepts of availability of the right and transiability in the context of the adequate treatment of conflicts with the Public Treasury, proposing classification criteria and a specific technique to verify the admissibility of self-composition in these cases. It analyzes the informative constitutional principles of Public Administration, passing through different doctrinal currents and presenting critical observations about its current understanding. It studies the legality control of Public Administration acts, debating concepts such as discretion and administrative merit. It relates this study to the role of Public Advocacy in the proper handling of conflicts. It discusses the concepts of availability and transgibility (admissibility of self-composition), approaching their nuances and variations, under different criteria. It criticizes the legal rules that use the availability of the right as a criterion for the removal of procedural burdens. Focusing on the different restrictions to waiver, it presents a proposal for classifying unavailable rights. It investigates the proper treatment of conflicts with the Public Treasury from a microsystem perspective, criticizing the current paradigm that allows self-composition only through an express rule. It points out the need for reconfiguration of classical institutes and reinterpretation of legal norms. It addresses the position of the Public Treasury as a habitual litigant, its possible causes and solutions. It presents a proposal for an own methodology of analysis, in the face of the concrete case, of the transgibility with the Public Treasury.

Key-words: Unavailable rights. transiability. Proper handling of conflicts. Public farm. Admissibility of self-composition.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art./Arts.	Artigo/Artigos
CPC	Código de Processo Civil
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UFES	Universidade Federal do Espírito Santo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 1. A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO.....</b>	<b>17</b>
1.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	17
1.1.1 Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.....	17
1.1.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.....	23
1.1.3 Princípio da Legalidade Estrita.....	31
1.2 PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA.....	35
1.2.1 Justificação teórica: o direito material formatando técnicas processuais.....	36
1.2.2 Base legal.....	44
1.2.3 A (des)conformidade com os princípios constitucionais que informam o processo civil.....	48
<b>CAPÍTULO 2. O CONTROLE DE JURIDICIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>55</b>
2.1 OS PARÂMETROS GERAIS E LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL.....	59
2.2 O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NO CONTROLE DE JURIDICIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO E NO TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS.....	72
<b>CAPÍTULO 3. DISPONIBILIDADE E TRANSIGIBILIDADE.....</b>	<b>98</b>
3.1 PREMISSAS CONCEITUAIS.....	98
3.2 DIREITOS INDISPONÍVEIS.....	106
3.2.1 A falsa dicotomia entre direitos disponíveis e indisponíveis.....	106
3.2.2 Disponibilidade material e processual.....	108
3.2.3 A indisponibilidade do direito como critério para o afastamento de ônus processuais.....	111
3.3 CONFLITOS QUE NÃO ADMITEM AUTOCOMPOSIÇÃO.....	120
3.4 AS RELAÇÕES ENTRE A DISPONIBILIDADE DO DIREITO E A TRANSIGIBILIDADE.....	122
3.5 AS RESTRIÇÕES À DISPONIBILIDADE: UMA PROPOSTA DE CLASSIFICAÇÃO.....	136
3.5.1 Intensidade da restrição (graus de afetação): indisponibilidade absoluta e relativa.....	138

<b>3.5.2 Natureza da restrição: indisponibilidade material e processual.....</b>	<b>141</b>
<b>3.5.3 Critério da restrição: indisponibilidade objetiva e subjetiva.....</b>	<b>141</b>
<b>3.5.4 Fonte da restrição: indisponibilidade formal e substancial.....</b>	<b>143</b>
<b>CAPÍTULO 4. O TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS COM A FAZENDA PÚBLICA.....</b>	<b>147</b>
4.1 PARADIGMA ATUAL.....	147
4.2 A POLÍTICA DE CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL DIRETA E INDIRETA.....	150
4.3 A LITIGÂNCIA HABITUAL DA FAZENDA PÚBLICA E A DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS.....	157
4.4 O TESTE DA TRANSIGIBILIDADE COM A FAZENDA PÚBLICA: UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO.....	165
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>171</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>177</b>

## INTRODUÇÃO

O tema da transigibilidade dos direitos indisponíveis tem desafiado a doutrina e a jurisprudência, em especial no contexto do tratamento adequado dos conflitos com a Fazenda Pública. É patente a existência de divergências nessa matéria, bem como a dificuldade de se implementar, efetivamente, uma política de desjudicialização e consensualidade em relação a tais conflitos, de modo que entes e entidades da Administração Pública seguem liderando os *rankings* de maiores litigantes do país.

Muito se avançou nas últimas décadas nessa matéria, conforme se verá ao longo da exposição adiante, mas é fato que, na prática forense, ainda há um enorme *déficit* de consensualidade no tratamento de conflitos com a Fazenda Pública.

A par de diversos desafios enfrentados na prática forense, que dificultam o avanço nessa temática, nota-se que uma das principais fronteiras atualmente existentes, no campo da justificação teórica, consiste na interpretação e nas aplicações que empregam a alguns princípios clássicos do Direito Administrativo, sobretudo a indisponibilidade do interesse público, a supremacia do interesse público sobre o privado e a legalidade estrita.

É possível verificar que, não raro, esses princípios são colocados como óbices à realização de transações, ao emprego de métodos não-estatais de tratamento de conflitos (como a arbitragem) e à utilização de quaisquer técnicas processuais que envolvam atos de disposição de direitos ou interesses jurídicos.

Aliado a aspectos da cultura jurídica que se formou em nosso País, de viés predominantemente adversarial e litigiosa, ainda muito focada na decisão judicial heterocompositiva como o método por excelência de “solução” de conflitos, a presença de dispositivos legais e infralegais no direito positivo que afastam a consensualidade em matéria de “direitos indisponíveis” funciona como importante fator de desestímulo ao emprego de métodos adequados, em especial, os autocompositivos.

Discute-se na doutrina sobre a definição, os limites e as repercussões do que se deva entender por “direitos indisponíveis” e “direitos que admitem autocomposição”, expressões de conteúdo jurídico indeterminado, comumente utilizadas pelo legislador.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objeto uma sistematização das principais concepções, teoria e propostas desenvolvidas sobre o tema, buscando esquadriñar não apenas o conteúdo de tais conceitos indeterminados, mas também em que medida esses institutos efetivamente repercutem na aplicabilidade dos métodos e das técnicas voltadas à consensualidade.

Assim, este trabalho de sistematização se propõe a investigar o tema do tratamento adequado dos conflitos com a Fazenda Pública, com ênfase na (im)possibilidade de se transigir sobre direitos indisponíveis, a partir de uma visão sistêmica e harmônica da Constituição da República de 1988 e do CPC de 2015 em conjunto com as leis e demais atos normativos que regem a matéria. Além disso, procura também, ao final, elaborar uma proposta para a análise de transigibilidade diante do caso concreto.

Como recorte metodológico, o estudo terá como enfoque os limites e as possibilidades do uso de métodos de tratamento adequado dos conflitos, sobretudo os autocompositivos e a arbitragem, à luz da principiologia própria do Direito Administrativo, inclusive em face de uma reconfiguração do princípio da indisponibilidade do interesse público e de outros dogmas clássicos.

Nota-se que o debate em torno da matéria, no âmbito da doutrina e sobretudo na jurisprudência, tem gravitado muito em torno da dicotomia entre direitos disponíveis e direitos indisponíveis como critério de definição da possibilidade de se realizar autocomposição ou de submeter à arbitragem os conflitos com o Poder Público.

No entanto, não se desconhece a existência de situações nas quais é admissível a realização de transações, negociações, acordos e até mesmo compromisso arbitral com o Poder Público inclusive diante de direitos ou interesses indisponíveis. Portanto, em síntese, o que se pretende com o presente trabalho é delimitar, destrinchar, esmiuçar e sistematizar o arcabouço teórico, legislativo e jurisprudencial

atinente a essa matéria, contribuindo com a construção de critérios mais precisos e modernos para a definição da transigibilidade nos conflitos com a Fazenda Pública.

É bem de ver, a propósito, que o próprio legislador tem avançado na matéria, em sentido amplo, prevendo expressamente, no direito positivo, que existem direitos indisponíveis que admitem transação, tal como previsto no art. 3º da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015)<sup>1</sup>.

Nota-se um esforço significativo por parte dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, sobretudo nos últimos anos, no sentido de desjudicializar os conflitos que envolvem o Poder Público, inclusive aqueles de maior expressão econômica, que tendem a se materializar em ações judiciais morosas e custosas para todos os interessados. Entretanto, tais esforços carecem de maior discussão e aprofundamento, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, a fim de que se traduzam na efetiva solução ou no tratamento de tais conflitos com celeridade e segurança.

O estudo passará também pelos contornos da arbitrabilidade objetiva, de modo a buscar delinear de forma clara, nos conflitos que envolvem interesses de entes ou entidades da administração pública, quais direitos patrimoniais devem ser considerados disponíveis. A propósito, sabe-se que o legislador, ainda de forma incipiente, vem buscando dispor sobre tais hipóteses<sup>2</sup>, mas o tema ainda carece de maior aprofundamento.

---

<sup>1</sup> “Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

<sup>2</sup> Nessa linha, vale reproduzir o art. 31 da Lei nº 13.448/17, que arrola, de forma genérica, hipóteses enquadradas, para efeito dessa lei, como direitos patrimoniais disponíveis:

“Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

§ 1º Os contratos que não tenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor, poderão ser aditados a fim de se adequar ao disposto no caput deste artigo.

§ 2º As custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pelo parceiro privado e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.

§ 3º A arbitragem será realizada no Brasil e em língua portuguesa.

Portanto, faz-se necessário o estudo em torno das nuances dos conflitos que envolvem a Fazenda Pública, a fim de se propor uma sistematização atualizada do quadro normativo e do manancial teórico capaz de fundamentar uma maior aproximação entre o interesse público (primário e secundário) e as ferramentas de tratamento adequado dos conflitos.

Ao longo do trabalho, será necessário estabelecer alguns acordos semânticos, para que não se tenha dúvida do sentido no qual estão sendo empregadas determinadas expressões. Assim, desde logo convém estabelecer que as expressões “Fazenda Pública” e “Poder Público” (que serão empregadas como sinônimos) englobarão os entes e entidades de direito público (pessoas políticas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, autarquias e fundações autárquicas), bem como as pessoas jurídicas de direito privado naquilo em que ostentem prerrogativas processuais próprias daquelas entidades. Portanto, empresas públicas e sociedades de economia mista, quando prestadoras de serviços públicos essenciais em regime de exclusividade, sem propósito lucrativo, também estarão incluídas, na linha da jurisprudência predominante. É o caso, por exemplo, da ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos), que inclusive conta com previsão legal expressa da extensão das prerrogativas processuais da Fazenda Pública (art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69). Nesse sentido, afirma Marco Antonio Rodrigues<sup>3</sup>:

No entanto, para fins de aplicação de normas processuais civis, verifica-se no Código de Processo Civil a menção à Fazenda Pública. Trata-se de todas as pessoas de direito público componentes da Administração. Isso

---

§ 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:  
I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;  
II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão;  
e

III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

§ 5º Ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais para os fins desta Lei”.

O dispositivo legal encampou, em grande medida, orientação que já era consagrada na doutrina e na jurisprudência, inclusive sedimentada no Enunciado nº 13 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal (CJF), nos seguintes termos: “Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I – ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II - à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas”.

<sup>3</sup> RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016. E-book. P. 3.

inclui, portanto, as autarquias, as agências reguladoras e as fundações públicas de direito público.

Mesmo os conselhos de fiscalização profissional, embora não se enquadrem no conceito de Fazenda Pública, também se beneficiarão de garantias típicas das pessoas de direito público.

(...)

Da mesma forma, cumpre notar que as empresas públicas e sociedades de economia mista, embora não se enquadrem no conceito de Fazenda Pública, excepcionalmente se beneficiam de regras processuais especiais previstas apenas às pessoas jurídicas de direito público, se forem prestadoras de serviço público, como forma de proteção à continuidade do serviço que desenvolvem.

De forma semelhante, as expressões “transigibilidade” e “admissibilidade de autocomposição” também serão empregadas de forma intercambiável, como sinônimos. Note-se, assim, que o termo *transigibilidade* está sendo utilizado em acepção ampla, englobando a aptidão à *autocomposição* em qualquer de suas espécies. Portanto, seu emprego não estará restrito à transação, contemplando também a renúncia e a submissão (ou reconhecimento jurídico). Por sua vez, quando se pretender restringir o objeto de análise à admissibilidade da *transação* especificamente considerada, utilizar-se-á o termo *transacionabilidade*. Logo, as expressões *transigibilidade* e *transacionabilidade* não serão utilizadas com sinonímia, embora tal acepção seja frequente na doutrina. Essas questões serão abordadas com o devido vagar mais adiante, mas desde logo se esclarece a terminologia adotada para que não haja dúvida.

Vale assinalar que a autocomposição, enquanto gênero, abrange três espécies de atos: reconhecimento jurídico (ou submissão), transação e renúncia à pretensão, que correspondem às alíneas do inciso III do art. 487 do CPC. Por outro lado, autocomposição também designa um tipo de métodos de tratamento de conflitos, nos quais as próprias partes chegam a um acordo quanto ao deslinde da contenda, ainda que com auxílio de um profissional. Destacam-se como espécies desse gênero a conciliação, a mediação e a negociação. Distinguem-se, portanto, dos métodos heterocompositivos, nos quais a decisão é proferida por um terceiro. A propósito, afirmam Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas<sup>4</sup>:

---

<sup>4</sup> MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou Tratamentos Adequados de conflitos? **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Edição Especial. Ano 3, número 1. Maio de 2018.



Os métodos de tratamento adequado de conflitos podem ser classificados em heterocompositivos e autocompositivos. Heterocomposição, como o prefixo *hetero*, “outro”, sugere, ocorre quando há o envolvimento de um terceiro, estranho e imparcial às partes, para decidir a causa. Na autocomposição, por sua vez, como a nomenclatura também indica – *auto*, “mesmo” -, são as próprias partes que decidirão a causa.

Assim, o termo *autocomposição* será utilizado como gênero de atos jurídicos e de técnicas ou métodos, sempre no contexto do tratamento adequado dos conflitos.

Nessa conjuntura, será analisada, inclusive com olhos na prática forense, a postura da Fazenda Pública em relação aos métodos adequados de tratamento de conflitos. Embora muito se tenha pesquisado nessa área, havendo extensa produção bibliográfica sobre o tema na doutrina, ainda há muito a se avançar, na prática, no sentido de um reposicionamento do Poder Público em juízo e fora dele, de modo a colaborar ativamente com o tratamento adequado dos conflitos e com a redução da litigiosidade.

Especificamente em relação aos métodos de autocomposição, nota-se uma resistência mais contundente no que toca ao uso da mediação (inclusive por meio da audiência prevista no art. 334 do CPC), a qual, espera-se, seja superada. Por outro lado, a Fazenda Pública, de forma geral, tem participado com frequência de sessões e mutirões de conciliação, bem como adotado práticas voltadas à celebração de transação por adesão, sobretudo nos casos em que há precedente vinculante aplicável.

De todo modo, tal conjuntura pode ter em sua origem diversos fatores, dentre os quais uma visão excessivamente conservadora acerca do princípio da indisponibilidade do interesse público. Assim, no capítulo 1 será abordada a temática da Fazenda Pública em Juízo, com foco no objeto do trabalho. Inicialmente, serão abordados princípios do Direito Administrativo, em especial os da Indisponibilidade do Interesse Público, da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e da Legalidade Estrita.

Mais adiante, ainda no mesmo capítulo, o estudo avançará para as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, passando pela sua base teórica e normativa,

buscando averiguar a sua (in)compatibilidade com a principiologia própria do Direito Processual, suas normas fundamentais e sobretudo com os princípios constitucionais que informam o processo civil.

No capítulo 2, discutir-se-á de que forma o controle de juridicidade dos atos administrativos é impactado pela base principiológica e pelas prerrogativas processuais acima mencionadas, bem como o papel da advocacia pública nesse controle (judicial ou extrajudicial) e, em última análise, no tratamento adequado com os conflitos.

Por seu turno, o capítulo 3 trabalhará com os conceitos de disponibilidade (material e processual) e transigibilidade, buscando esquadriñar seu conteúdo, suas similitudes e diferenças, bem como apresentando proposta de classificação, de modo a conciliar tais conteúdos com todo o arcabouço teórico anteriormente desenvolvido, com olhos voltados para as nuances que envolvem os conflitos com a Fazenda Pública.

Noutro giro, o capítulo 4, abordará o Tratamento Adequado dos Conflitos com a Fazenda Pública, com foco na transigibilidade, passando pela evolução legislativa do tema, a postura da Fazenda Pública como litigante habitual e a insuficiência das medidas que vêm sendo adotadas no sentido da desjudicialização desses conflitos. Também será apresentada uma proposta de sistematização visando ao estabelecimento de uma metodologia própria para se verificar a admissibilidade de autocomposição do conflito com a Fazenda Pública.

Ao final do trabalho, serão sistematizadas as principais conclusões obtidas a partir da pesquisa desenvolvida.

## CAPÍTULO 1. A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

### 1.1 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A principiologia própria do Direito Administrativo, notadamente no que concerne às relações de Direito Público propriamente dito, produz importantes efeitos no processo civil, em especial na imposição de restrições à autocomposição e na outorga de prerrogativas especiais aos entes públicos.

Nesse contexto, faz-se necessário abordar o conteúdo dos princípios mais relevantes para efeito da disciplina processual, a fim de, ao final, analisar-se de que forma tais normas de direito material se integram ao processo e têm o condão de “desenhar” técnicas processuais ou formatar a atuação dos sujeitos processuais.

#### 1.1.1 Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

Para se entender o conteúdo, os efeitos e limites da indisponibilidade processual – tema a ser abordado com a devida profundidade mais adiante - em matéria de conflitos com a Fazenda Pública, mister analisarmos, num primeiro momento, o instituto de direito material que enseja o seu transporte para o processo, isto é, o princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. Noutras palavras, quando se diz, por exemplo, que o art. 345, II, do CPC, impõe o afastamento do efeito material da revelia contra a Fazenda Pública, é certo que se está pretendendo caracterizar os direitos em questão como “indisponíveis” justamente em razão do aludido princípio<sup>5</sup>, como veremos com maior profundidade mais adiante.

---

<sup>5</sup> “Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:

I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

**II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;**

III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;

IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos”.

(Grifamos).

Acerco do “princípio da Indisponibilidade”, assevera José dos Santos Carvalho Filho<sup>6</sup>:

Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.

O princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação. A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração.

O princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade.

Como se nota, na definição do autor citado, o princípio está relacionado principalmente à possibilidade de alienação dos bens públicos confiados à gestão do administrador público, que se poderia deles dispor na forma da lei.

Por sua vez, defendia Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>7</sup>:

Nas *relações tipicamente privadas, de coordenação de interesses*, o Direito trata esses interesses isonomicamente, respeitando a presumida *igualdade* da vontade das partes para que exerçam a sua *autonomia* com relação a seus respectivos interesses, de modo que os valorizem como lhes aprouver e deles disponham livremente.

Nas *relações tipicamente públicas, de subordinação de interesses*, o quadro se inverte: cabe à *lei* captar e identificar um determinado *interesse geral* para defini-lo e guindá-lo a *interesse público* e, com isso, priorizar, em certas condições, o seu atendimento prioritário, mesmo com o sacrifício total ou parcial de outros interesses.

Portanto, é função da *norma legal*, ao enunciar um *interesse público específico*, cometer ao Estado, através de qualquer de suas entidades e órgãos, ou mesmo a particulares, o *encargo finalístico de satisfazê-lo*, definindo, em consequência, competências, condições de proteção e os direitos e deveres jurídicos correlatos.

Uma vez determinados pela ordem jurídica o binômio – *interesse público* e *competência* orgânico-funcional atribuída à Administração Pública – para a sua ação satisfativa, origina-se para esta um inafastável *dever de atuar* na sua prossecução. Vale dizer que, cometida certa *competência* a entidade, órgão ou agente públicos, não mais lhes cabe senão *exercê-la*,

---

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** [e-book]. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

<sup>7</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 95.

pois o *interesse público específico se torna indisponível para a Administração Pública*, não importando de que natureza seja: patrimonial, fazendário, moral, estético etc.

Nessa acepção, acentua-se a influência da norma jurídica como elemento definidor do interesse público, a partir da eleição de um determinado interesse geral, qualificando-o como prioritário, do que decorreria o dever de atuação da Administração Pública, excluindo-se qualquer espaço de disponibilidade sobre o mesmo.

Noutro giro, problematizando a construção teórica do princípio em questão pela doutrina predominante, afirma Marçal Justen Filho<sup>8</sup>:

Uma parcela relevante da doutrina do direito administrativo brasileiro afirma que o fundamento do regime de direito administrativo reside no princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público (adiante referido apenas como SIP).

A SIP é interpretada no sentido de superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não poderiam prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indicaria a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, configurando-se como uma decorrência de sua supremacia.

(...)

A primeira dificuldade reside na inviabilidade de definir “interesse público”. A doutrina costuma invocar o “interesse público” sem definir a expressão nem apresentar um conceito mais preciso. Aliás, Tercio Sampaio Ferraz Junior observou que interesse público é lugar-comum, e que, justamente por isso, dispensa definição precisa, permitindo utilização mais flexível – o que deve ser entendido não como vantagem, mas como sério defeito. Afinal, a indeterminação dos critérios de validade dos atos governamentais dificulta seu controle.

Não é fácil definir interesse público, inclusive por sua natureza de conceito jurídico indeterminado, o que afasta a exatidão de conteúdo. Mas a função primordial atribuída ao interesse público exige a definição de contornos mais precisos.

Constata-se, mais uma vez, o alto grau de abstração e vagueza do princípio, cujo conteúdo jurídico carece de maior delimitação para que se possa avançar à sua aplicação, bem como à identificação de eventuais restrições por ele impostas à

---

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo** [livro eletrônico]. 5. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

celebração de negócios, avenças, compromissos, transações ou quaisquer atos de disposição de direitos. No ponto, aduz Antonio do Passo Cabral<sup>9</sup>:

Por outro lado, o processo civil de interesses públicos, tradicionalmente arisco às soluções negociadas, há muito vem se rendendo à mediação, conciliação etc. Trata-se da vitória da concepção atualmente disseminada que reconhece uma disponibilidade parcial dos interesses públicos, desfazendo a equivocada compreensão de que o interesse, por ser público, seria indisponível. Ao contrário, há graus de (in)disponibilidade e, em alguma medida, permite-se que mesmo as regras estabelecidas no interesse público sejam flexibilizadas.

E no processo civil não deveria ser diferente. Lembremos os procedimentos de falência, insolvência e recuperação judicial, nos quais há múltiplos interesses, públicos e privados, e existem muitos acordos processuais. Outros exemplos comuns de flexibilização e disposição de interesses públicos são a arbitralidade de conflitos da Fazenda Pública, a conciliação em causas do Estado (art.10, parágrafo único, da Lei nº 10.259/2001), a possibilidade de que não haja reexame necessário em condenações da Fazenda Pública abaixo de mil salários-mínimos para a União (art.494 § 2º do novo CPC), a ausência de ajuizamento de execução fiscal em alguns casos de pequeno valor (art.20 da Lei nº 10.522/2002; arts.7º e 8º da Lei nº 12.514/2011), dentre outros, só para citar o ordenamento brasileiro.

Assim, buscando atribuir maior grau de concreção ao aludido princípio, arremata Marçal Justen Filho<sup>10</sup>:

O ponto fundamental reside em que certos interesses envolvem a realização de valores fundamentais indisponíveis, especialmente a dignidade da pessoa.

Recolocando o problema em outros termos, um interesse é público por ser indisponível, e não o inverso. Por isso, é incorreto afirmar que algum interesse, por ser público, é indisponível. A indisponibilidade não é consequência da natureza pública do interesse – é justamente o contrário. O interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado.

Adota-se o entendimento de que os direitos fundamentais apresentam natureza indisponível. O núcleo do direito administrativo reside não no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis. A invocação ao interesse público toma em vista a realização de direitos fundamentais. O Estado é investido do dever de promover esses direitos fundamentais nos casos em que for inviável a sua concretização pelos particulares, segundo o regime de direito privado.

---

<sup>9</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 543.

<sup>10</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. Cit. 2018.

Nessa ordem de ideias, da conceituação proposta, é possível assinalar, na linha do defendido pelo próprio autor, que a indisponibilidade dos direitos fundamentais não impede que se disponha de *manifestações concretas* desses mesmos direitos, desde que tais atos não impliquem o despojamento, o alijamento ou a renúncia ao direito fundamental subjacente, abstratamente considerado. De forma semelhante, sustentando a supremacia dos direitos fundamentais, afirmava Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>11</sup>:

Mas é a própria ordem jurídica que estabelece uma hierarquia axiológica fundamental, ao reconhecer a precedência natural, que, apenas expressada no texto constitucional, das liberdades, direitos e garantias fundamentais, excepcionalmente são temperadas pela definição legal de um específico interesse público que justifique limitá-las ou condicioná-las. [...] Revertendo enfaticamente os termos: os direitos e garantias fundamentais só cedem ante uma expressa preceituação constitucional e, assim mesmo, restritamente, quando, como e onde essa supremacia se impuser.

Pontuando a ausência de uniformidade na doutrina, interessante notar a lição de Carlos Alberto de Salles, que sugere, em lugar de indisponibilidade, a ideia de *vinculação ao interesse público*<sup>12</sup>:

Na discussão quanto à indisponibilidade, no tocante à Administração Pública, esse conceito padece de igual falta de uniformidade.

(...)

No tocante ao interesse público, a dita indisponibilidade não representa mais que a vinculação das ações administrativas aos interesses maiores do Estado, significando a obrigatoriedade desses prevalecerem sobre aqueles dos agentes públicos e dos particulares. Não se trata, propriamente, de uma questão de indisponibilidade, mas de compulsoriedade e inafastabilidade do vínculo de interesse. O agente público quando, em desvio de finalidade, deixa de atender ao interesse público, não está propriamente “dispondo” daquele, mas violando a norma pela qual o interesse público deveria prevalecer.

Melhor, assim expressar o princípio implicado nessa discussão como *vinculação ao interesse público*, uma vez que a dicotomia disponível/indisponível, como visto acima, possui significado normativo diverso daquele comumente utilizado. De qualquer forma, esse esclarecimento conceitual não afasta a maior dificuldade, consistente, exatamente, na definição do próprio interesse público, sua determinação e relação com interesses dos particulares.

---

<sup>11</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 87.

<sup>12</sup> SALLES, Carlos Alberto de. A Indisponibilidade e a Solução Consensual de Controvérsias. In GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. **Justiça Federal**: Inovações nos Mecanismos Consensuais de Solução de Conflitos. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014. P. 216.

Essa ideia de vinculação revela, ainda, uma importante função do conceito de interesse público, qual seja, o de orientar o controle da Administração Pública. O ponto será retomado mais adiante (em especial, no item 2.1), mas desde já vale citar a seguinte lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que demonstra a relação entre o interesse público e a discricionariedade administrativa<sup>13</sup>:

Ainda que a lei não use expressamente a expressão *interesse público*, sabe-se que, em toda a atividade administrativa, deve ele ser observado. Quando a atividade é *vinculada*, o legislador já definiu, na norma jurídica, os meios de ação aptos ao atendimento adequado daquele objetivo. Porém, quando o legislador não faz essa opção, cabe à Administração Pública fazê-lo diante do caso concreto; a sua liberdade, nesse caso, nunca é total na escolha dos meios de ação, pois estará limitada não apenas por normas legais sobre competência, finalidade e forma, como também pelos princípios da razoabilidade, moralidade, motivação: a autoridade competente deverá demonstrar, mediante a necessária motivação, que a sua escolha atende a este ou àquele interesse público. A discricionariedade que, aparentemente, é ampla, pode reduzir-se sensivelmente diante do caso concreto.

(...)

Daí a idéia de que o interesse público, ao invés de implicar, necessariamente, discricionariedade administrativa, constitui um dos princípios limitadores dessa discricionariedade.

Diante de tais considerações, observa-se que, a despeito da complexidade do tema, a compreensão mais moderna e alinhada com a Constituição Federal tem vinculado a noção de interesse público à própria indisponibilidade do interesse, associando-o, nessa medida, aos direitos fundamentais.

Essa concepção, além de reduzir o grau de subjetivismo do intérprete-aplicador da norma, ou mesmo do gestor público em sua esfera de atuação, ainda quando presente algum espaço de discricionariedade, revela-se de todo consentânea com os princípios fundamentais da Administração Pública, elencados no texto da própria Constituição da República, notadamente os da legalidade, da impessoalidade e da eficiência.

Isso porque fica afastada a aplicação de corrente interpretativa que pretenda vedar, em absoluto, qualquer grau de disponibilidade sobre bens ou interesses confiados à gestão do administrador público, reconhecendo-se que há um núcleo essencial

---

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 230/231.



intangível a ser protegido, porque ligado à efetivação de direitos fundamentais, mas há espaço para atos de negociação, transação e disposição de direitos, quando ausente vedação legal expressa.

Afinal, a complexidade das relações jurídicas, sociais e econômicas na atualidade impõe reconhecer que, a depender do contexto, a aplicação de tais métodos pode se mostrar mais consentânea com o interesse público do que a mera adoção do dogma da indisponibilidade como motivo para se vedar qualquer iniciativa voltada à consensualidade, ainda quando envolva, em alguma medida, atos de disposição de direitos.

### **1.1.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado**

O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado está umbilicalmente ligado ao anteriormente examinado, na medida em que somente se poderá compreender o seu conteúdo após o estabelecimento de premissas sobre o que se entende por *interesse público*.

Analisados conjuntamente, esses dois princípios são frequentemente identificados como os pilares de todo o regime jurídico de Direito Público que determina o modo de ser da maior parte das normas e atos jurídicos na esfera do Direito Administrativo.

Na linha do sustentado acima, aduzia Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>14</sup>:

No constitucionalismo pós-moderno, que gravita em torno dos direitos fundamentais, não há como sustentar-se o antigo princípio da supremacia do interesse público, que partia da existência de uma hierarquia automática entre as categorias de interesses públicos e privados. Na verdade, tal relação constante não mais se suporta, porque no Estado Democrático de Direito, quaisquer interesses só podem estar subordinados ou supraordinados, uns aos outros, conforme o disponha a lei, mas esta, por sua vez, não poderá romper a hierarquia axiológica constitucional estabelecida em função do primado da pessoa humana, que se expressa nas liberdades, direitos e garantias fundamentais, e que poderá ser apenas e excepcionalmente temperado pela previsão de um específico interesse

---

<sup>14</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Op.cit. 2014. P. 92.

público que justifique limitar ou condicionar essas expressões indissociáveis das pessoas.

Assim, tanto a definição do interesse público quanto a imposição de uma específica supremacia, preterindo quaisquer outros interesses igualmente agasalhados pela ordem jurídica, dependerão, única e exclusivamente, das opções que sejam feitas, expressamente na Constituição e, só então, mas sempre desta dependente, inafastavelmente previstas nas leis.

Por outro lado, refletindo concepção mais clássica do aludido princípio, em contraponto à posição afirmada acima, aduz José dos Santos Carvalho Filho<sup>15</sup>:

Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais.

(...)

A despeito de não ser um conceito exato, aspecto que leva a doutrina em geral a configurá-lo como *conceito jurídico indeterminado*, a verdade é que, dentro da análise específica das situações administrativas, é possível ao intérprete, à luz de todos os elementos do fato, identificar o que é e o que não é interesse público. Ou seja: é possível encontrar as balizas do que seja interesse público dentro de suas zonas de certeza negativa e de certeza positiva.

(...)

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

De forma semelhante, aduz Leonardo Carneiro da Cunha<sup>16</sup>:

É vetusta a idéia de que o todo vem antes das partes, remontando a Aristóteles o primado do público, resultando na contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e na necessária subordinação, até a eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como na irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais.

Daí resulta o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, constituindo um dos alicerces de todo o direito público. É bem verdade que não há norma constitucional que albergue tal princípio. Sua consolidação, todavia, decorre, como visto, de uma idéia antiga e

<sup>15</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Op.cit. 2020, p. 35.

<sup>16</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. As prerrogativas processuais da Fazenda Pública e vicissitudes quanto aos prazos diferenciados previstos no art. 188 do CPC. **Revista dos Tribunais**. Vol. 844/2006. P. 69-84. Fev/2006.

praticamente universal, segundo a qual se deve conferir prevalência ao coletivo em detrimento do individual.

Nota-se que, para bem compreender o conteúdo deste princípio, é imprescindível investigar a relação entre interesse público e interesse individual, ponto abordado por Celso Antônio Bandeira de Mello nos seguintes termos<sup>17</sup>:

Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a *um dado* interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção *basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais.*

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*, nisto se abrigo também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.

(...)

*Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos  **pessoalmente**  têm quando considerados  **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.***

Nessa linha, interesse público não se divorcia complementemente do interesse particular (individual), devendo aquele ser compreendido como uma faceta, uma manifestação deste, observada quando em consideração os interesses das pessoas enquanto membros que compõem a sociedade. O interesse público, assim, de acordo com o festejado doutrinador, seria a “dimensão pública dos interesses individuais”.

Conforme se pode verificar, o tema é polêmico na doutrina do Direito Administrativo, havendo autores que defendem a superação do princípio em questão e outros que defendem a sua plena vigência e importância como elemento fundamental a toda a regência normativa das relações entre o administrado e a Administração Pública. Situando o debate, afirma Marçal Justen Filho<sup>18</sup>:

A SIP é interpretada no sentido de superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não poderiam prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. P. 51.

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo** Op.cit. [livro eletrônico]. 2018.

indicaria a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, configurando-se como uma decorrência de sua supremacia.

Para os defensores desse entendimento, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público vinculam-se diretamente ao princípio da República, que impõe a dissociação entre a titularidade e a promoção do interesse público. Juridicamente, o efetivo titular do interesse público é a comunidade, o povo. O direito não faculta ao agente público escolher entre cumprir e não cumprir o interesse público. O agente é um servo do interesse público – nessa acepção, o interesse público é indisponível.

Embora esse enfoque seja procedente, daí não se segue que o fundamento único do direito administrativo seja a SIP.

A despeito da polêmica em torno da matéria e da substância jurídica de ambas as correntes doutrinárias, é certo que, no pertinente ao presente trabalho, interessa delimitar o núcleo intransigível do assim denominado *interesse público*. Para além da questão terminológica, importa esquadrihar o quão indisponível é o complexo de bens, direitos e situações jurídicas postas à gestão do administrador público a ponto de inviabilizar eventual utilização de métodos autocompositivos. E, mais adiante, impõe-se analisar em que medida essa indisponibilidade do direito material refletirá no âmbito processual, vedando ou restringindo iniciativas voltadas à consensualidade.

No ponto, é certo afirmar que o condicionamento da atuação do administrador público ocorre por força da lei em sentido amplo, isto é, do ordenamento jurídico, partindo-se sempre do seu fundamento de validade, a Constituição Federal. Nessa medida, não se pode descurar da posição de centralidade ocupada pelo princípio fundamental da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CRFB/88), vetor essencial de interpretação, integração e emanação de todo o plexo de direitos fundamentais positivados expressa ou implicitamente em nosso sistema.

Isto posto, ao se convir que o interesse público funciona como elemento direcionador, delimitador de toda a atuação da Administração Pública, não se pode negar que tal mister não pode ser exercido senão por normas jurídicas revestidas de elevada hierarquia e primazia no ordenamento jurídico. Logo, não se revela adequado qualificar como “interesse público”, enquanto elemento normativo (que compõe um princípio geral do Direito Administrativo), algo que somente possa ser

identificado diante de casos concretos, ao se analisar os interesses em conflito, sem um conteúdo minimamente delimitado de forma prévia, sob pena de se abrir margem à insegurança jurídica e ao decisionismo, relegando ao subjetivismo a determinação do que se entende mais consentâneo com o aludido princípio.

Portanto, é preciso discernir o *interesse público normativo* (elemento principiológico) do *interesse público como elemento de atos administrativos* concretamente analisados, notadamente no teste de validade dos elementos objeto, motivo e finalidade. Assim, embora se notem divergências conceituais e terminológicas na doutrina, é possível entrever que o ruído existente se deve, em grande medida, à polissemia do termo, sobretudo porque utilizado em diferentes graus de densidade. Quando se examina a questão numa escala de densidade (o elemento principiológico no plano abstrato e o elemento do ato administrativo no plano concreto), é possível dissipar, em boa extensão, as divergências doutrinárias que se apresentam.

Noutro giro, a nota da indisponibilidade, que qualifica os interesses públicos, deve estar pautada numa qualidade especial dos direitos em questão, capaz de os identificar não apenas no plano normativo, mas também ontologicamente, distinguindo-os de quaisquer categorias de direitos individuais ou coletivos. Portanto, a centralidade e a máxima eficácia que se deve atribuir aos direitos fundamentais são elementos capazes de suprir essa lacuna interpretativa, de sorte a identificar o que entende por *indisponibilidade*, estremando o interesse público de todos os demais.

Assim, é bem de ver que, numa releitura neoconstitucional e democrática, a demarcação do núcleo intangível dos *direitos fundamentais* deve ser erigida como o critério identificador da nota da *indisponibilidade*, que precede, conforme acima referido, a própria delimitação do conceito de interesse público.

Essa interpretação é capaz de, a um só tempo, dar concretude ao conceito indeterminado de interesse público, bem como firmar a obsolescência do dogma da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, porquanto o que se deve compreender como “interesse público” não é algo aprioristicamente apartado da

noção de interesse privado, como categorias estanques, anteriormente identificáveis.

Ao revés, a concepção de interesse público está muito mais relacionada à natureza do interesse em questão, qualificado por uma especial posição de centralidade e por um mandado de máxima efetivação, encampado tanto pela Lei Maior em nossa ordem jurídica interna, quanto por tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos.

Milita, ainda, no mesmo sentido dessa compreensão a noção de que, nas democracias pós-modernas, cada vez mais se reconhece a importância da proteção aos direitos das minorias, de tal sorte que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, Democracia jamais pode ser compreendida como algo semelhante à “ditadura da maioria”, circunstância que igualmente aponta para o desgaste da ideia de uma supremacia previamente imposta pela vontade da maioria – ou pelo “interesse público”, nesse ponto compreendido como “interesse coletivo” – sobre os interesses das minorias, equivocadamente qualificáveis como meros “interesses privados”. Vale transcrever, a propósito, a lição de Leonardo Carneiro da Cunha<sup>19</sup>:

Por muito tempo, defendeu-se a existência de uma supremacia do interesse público, constituindo um dos alicerces de todo o direito público. Cada vez se consolida o entendimento segundo o qual o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não deve ser fixado ou considerado aprioristicamente, cabendo analisá-lo em cada caso concreto. Em outras palavras, é possível que o interesse público esteja presente, exatamente, na prevalência do interesse particular.

Nessa ordem de ideias, nota-se que a clássica dicotomia “interesse público x interesse privado” não satisfaz as exigências da complexidade das relações e tensões jurídicas que se apresentam no contexto das democracias pós-modernas, devendo-se reconhecer a inexistência de soluções jurídicas previamente determinadas, bem como a *prevalência dos direitos fundamentais* como decorrência lógica do princípio da *dignidade da pessoa humana*, vetor axiológico e pilar essencial do próprio Estado Democrático de Direito.

---

<sup>19</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021 [e-book]. P. 23.

Em arremate desse ponto, cumpre referir a afirmação de Marçal Justen Filho<sup>20</sup>, à guisa de síntese sobre o “fundamento do direito administrativo”:

A atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se, então, a um critério fundamental, que é anterior à supremacia e indisponibilidade do interesse público. Trata-se da *supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais*.

(...)

Assim, o processo de concretização do direito produz a seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como interesse público em face das circunstâncias. Não há qualquer caráter predeterminado (como a qualidade do titular) apto a qualificar o interesse como público. Essa peculiaridade representa a superação de soluções formalistas, inadequadas a propiciar a realização dos valores fundamentais reconhecidos pela comunidade. O processo de democratização conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o interesse público. Sempre e em todos os casos, tal se dá mediante o reconhecimento da intangibilidade dos direitos fundamentais.

Há, também na doutrina, outras críticas ao princípio em questão, inclusive no contexto do apontamento de uma falsa dicotomia entre interesse público e interesse privado. A propósito, confira-se a lição de Humberto Ávila<sup>21</sup>:

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. **Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado** (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais). (...) A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência.

Questiona-se, ainda, o estabelecimento de uma relação de supremacia aprioristicamente concebida, sem amparo expresso na Constituição Federal, do que poderia resultar uma desigualação antijurídica e um distanciamento das

---

<sup>20</sup> Op.cit. [livro eletrônico]. 2018.

<sup>21</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In SARMENTO, Daniel (org). **Interesses Públicos Versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P. 190/191.

circunstâncias do caso concreto, pois a solução se basearia num critério de preponderância fixado anteriormente. Afirma o supracitado autor<sup>22</sup>:

Trata-se, em verdade, de um dogma até hoje descrito sem qualquer referibilidade à Constituição vigente. A sua qualificação como axioma bem o evidencia. Esse nominado princípio não encontra fundamento de validade na Constituição brasileira. Disso resulta uma importante consequência, e de grande interesse prático: a aplicação do Direito na área do Direito Administração brasileiro não pode ser feita sobre o influxo de um princípio de prevalência (como norma ou como postulado) em favor do interesse público.

À guisa de conclusão sobre o indigitado princípio, entendemos que ele se apresenta desatualizado, devendo ser reconfigurado com feição mais democrática e alinhado com a Constituição Federal de 1988, a exemplo do proposto pelo professor Marçal Justen Filho (citado acima): “*supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais*”, que deve ser conjugado à noção de *vinculação ao interesse público*, a que alude Carlos Alberto de Salles. Esse princípio indubitavelmente decorre de nossa Carta Magna e possui conteúdo aperfeiçoar o “princípio da supremacia do interesse público”, que, sobre apresentar polissemia e dubiedade, propõe relação de desigualdade não amparada em norma constitucional, além de utilizar uma fórmula aprioristicamente concebida, incapaz de resolver satisfatoriamente a multiplicidade de colisões entre interesses ditos públicos e particulares que se apresentam numa sociedade moderna e pluralista. Assim, coadunamos com Humberto Ávila na matéria, que vaticina<sup>23</sup>:

As ponderações feitas tornam também claro que este “princípio” não pode ser havido como um postulado explicativo do Direito Administrativo:

- ele não pode ser descrito separada ou contrapostamente aos interesses privados: os interesses privados consistem em uma parte do interesse público;
- ele não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta e, sendo assim, em vez de um “princípio abstrato de supremacia” teríamos “regras condicionais concretas de prevalência” (variáveis segundo o contexto).

Dessa discussão orientada pela teoria geral do Direito e pela Constituição decorrem duas importantes consequências. Primeira: não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro. A administração não pode exigir um comportamento do particular

---

<sup>22</sup> ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. Op.cit. 2005. P. 202.

<sup>23</sup> ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. Op.cit. 2005. P. 214.



(ou direcionar a interpretação das regras existentes) com base nesse “princípio”.

(...)

Segundo: a única ideia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais.

Cumprido ressaltar que essas considerações acerca do princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado serão retomadas mais adiante, ao se discutir as repercussões processuais dos princípios aqui abordados. Também vale consignar, à luz de todo o exposto acima, que ambos os princípios tratados neste e no tópico anterior, quais sejam, Indisponibilidade e Supremacia do Interesse Público, referem-se ao interesse público propriamente dito (isto é, o *interesse público primário*). Abordaremos com o devido vagar a clássica distinção entre interesses públicos primários e secundários no item 2.2 adiante, que se refere ao papel da Advocacia Pública no controle de juridicidade dos atos administrativos e no tratamento adequado dos conflitos.

### 1.1.3 Princípio da Legalidade Estrita

O princípio da legalidade se apresenta, de maneira geral, em todos os ramos do ordenamento jurídico, por emanção direta da Constituição Federal, notadamente em seu catálogo de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, II<sup>24</sup>), porquanto se revela como uma salvaguarda do cidadão, evitando que o Estado ou mesmo outros particulares pretendam exigir deveres ou obrigações sem respaldo legal. Em última análise, seu conteúdo mais basilar significa o “império da lei”, que caracteriza o Estado de Direito, isto é, a compreensão de que todos estão sujeitos à lei, inclusive o Estado.

Sucedo que esse princípio possui manifestações diversas, podendo assumir peculiaridades próprias em cada ramo do Direito. No âmbito do Direito

---

<sup>24</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”;

Administrativo, é comum o emprego da nomenclatura “Princípio da Legalidade Estrita”, ante a feição própria que o princípio assume nesta seara. Nessa esfera, para além do preceito geral do art. 5º, II, há também referência expressa ao princípio da legalidade no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que dispõe textualmente sobre o regime jurídico a que se sujeita a Administração Pública e os princípios a que se subordina. Essa distinção, consideradas as relações de direito privado, pode ser resumida pelo seguinte excerto da obra de Marçal Justen Filho<sup>25</sup>:

No relacionamento entre os particulares, prevalece a regra de que tudo aquilo que não for obrigatório nem proibido por lei é juridicamente autorizado. No tocante à atividade administrativa, reconhece-se que tudo aquilo que não for autorizado por lei é juridicamente proibido.

Em última análise, impõe-se reconhecer, nas relações entre particulares, a incidência do princípio da autonomia da vontade, que permite aos particulares fazer tudo o que a lei não lhes proíbe<sup>26</sup>.

Hodiernamente, contudo, fala-se em “juridicidade”, ora em substituição, ora em complementação à noção de legalidade, para deixar claro que a normatividade que subordina a conduta de todos, inclusive do Estado, não emana somente da lei em sentido estrito ou formal, mas de todo o ordenamento jurídico, desde a Constituição Federal até os atos normativos infralegais, incluindo-se não apenas as normas-regras, mas também as normas-princípios. No ponto, anota José dos Santos Carvalho Filho<sup>27</sup>:

*O princípio da juridicidade* corresponde ao que se enunciava como um “*princípio da legalidade*”, se tomado em sentido amplo, ou seja, não se o restringindo à mera submissão à *lei*, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a *toda a ordem jurídica*.

Na mesma linha, assegura Lucio Picanço Facci<sup>28</sup>:

---

<sup>25</sup> Op.cit. [livro eletrônico]. 2018.

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. [e-book].

<sup>27</sup> Op.cit. 2020, p. 35.

<sup>28</sup> FACCI, Lucio Picanço. A Utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo Código de Processo Civil. In **Fazenda Pública**. ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio [coords]. 2. Ed.

A constitucionalização do Direito Administrativo também impôs uma reformulação do princípio da legalidade estrita, passando a significar tal formulação que o administrador não está apenas positivamente vinculado às leis infraconstitucionais mas, também e principalmente, aos princípios e regras constitucionais. A legalidade administrativa, assim, consiste em mais um princípio inserido no âmbito dos princípios e regras constitucionais, dos quais, inegavelmente, também é destinatário o administrador público, competindo-lhe o dever de, mesmo na ausência de regra legal específica – tendo em vista a força normativa dos princípios constitucionais –, materializar as normas constitucionais no caso concreto, em ordem a atender aos postulados de cidadania, solidariedade e, principalmente, justiça material, objetivos perseguidos, por mandamento constitucional, pela vigente República Federativa do Brasil. (...) Esse fenômeno tem levado parcela da doutrina a aludir a um princípio da constitucionalidade ou da juridicidade.

Por conseguinte, vale ressaltar que o tradicional “controle de legalidade” dos atos administrativos vem sendo nominado como “controle de juridicidade”.

De toda sorte, é importante não perder de vista, inclusive para o que interessa a este trabalho, que o objetivo precípuo do princípio da legalidade é a proteção do cidadão contra abusos do Estado, funcionando como uma garantia de que toda a atividade administrativa deverá estar pautada e regrada pela lei em sentido amplo. Assim, numa interpretação teleológica e sistemática, esse princípio não pode ser invocado como um mandamento de adstrição do administrador público à mera literalidade da lei. Isso porque, por decorrência de todo o sistema jurídico, podem-se enxergar obrigações para a Administração Pública ou mesmo restrições à autonomia privada<sup>29</sup>.

Nesse sentido, não raras vezes a lei não prevê textualmente o modo de exercício da atividade administrativa, mas sim os fins que devem ser realizados. Assim, o silêncio legislativo não importará necessariamente proibição quanto à atuação da Administração<sup>30</sup>.

---

Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 3; coord. geral DIDIER JR., Fredie. P. 397.

<sup>29</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op.cit. [livro eletrônico]. 2018.

<sup>30</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op.cit. [livro eletrônico]. 2018.

Essa compreensão é sobremaneira importante para o presente trabalho, na medida em que um dos focos de discussão será justamente se a realização de transações, o uso de métodos autocompositivos e outros instrumentos voltados à consensualidade ficam condicionados à existência de lei que o autorize expressamente. Em outras palavras, o ponto levantado a partir dessa leitura do princípio da legalidade consiste na indagação sobre se a regra geral é a proibição de autocomposição pela Administração Pública, sendo tais métodos permitidos apenas por exceção, quando expressamente autorizados pelo ordenamento jurídico.

Essa questão é relevante na medida em que se observa, como será levantado com maiores detalhes adiante, que a técnica legislativa que vem sendo empregada nessa matéria tende a especificar, em róis taxativos, as hipóteses em que a Fazenda Pública é autorizada a transigir, pressupondo-se, portanto, que a regra geral é a proibição do uso de tais métodos.

Nessa linha, inclusive, tem sido recorrente o emprego de políticas de “transação por adesão”, o que não traduz uma política de autocomposição propriamente dita, mas de escolha, pela parte adversa, quanto à submissão, ou não, aos termos anteriormente estabelecidos pelo Poder Público.

Não se ignora que, em algumas situações, a lei delega a determinadas autoridades de alto escalão dentro da Administração Pública a enunciação, mediante ato normativo infralegal, das hipóteses nas quais a transação ou outras espécies de autocomposição seriam admissíveis, mas isso não descaracteriza o emprego da mesma técnica a que se alude acima, havendo apenas o fenômeno da deslegalização, reduzindo-se o grau hierárquico da norma jurídica que irá disciplinar o tema.

Neste particular, é oportuno salientar que a técnica legislativa poderia se pautar no sentido inverso, passando a adotar a autocomposição como regra, e disciplinando expressamente somente as hipóteses excepcionais em que a mesma ficaria vedada, no que não haveria conflito com o princípio da legalidade, uma vez que esse, conforme visto, não significa a estrita adesão à literalidade da lei em cada conduta

do gestor público, mas sim a sua submissão a sua subordinação ao ordenamento jurídico.

Paralelo a isso, é importante acentuar que o princípio da legalidade não afasta a existência de zonas de discricionariedade administrativa. Sobre o tema, aduz Marçal Justen Filho<sup>31</sup>:

A prevalência do princípio da legalidade não exclui o cabimento da discricionariedade. A afirmação de um Estado Democrático de Direito e a própria existência do direito administrativo conduzem à adoção de um instituto jurídico que venha a formalizar e adequar a autonomia das escolhas do administrador público ao princípio da legalidade. Esse instituto é a discricionariedade administrativa.

(...)

*Discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa caracterizado pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico.*

Evidentemente, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, de sorte que ao agente público só é dado transitar entre diferentes opções de condutas diante de determinada situação quando a ordem jurídica assim lhe faculta, segundo critérios de conveniência e oportunidade, dentro de certos limites. É certo, afinal, que discricionariedade e vinculação não são poderes propriamente ditos, mas atributos de atos administrativos, que podem ser outorgados em diferentes graus pelo ordenamento jurídico<sup>32</sup>.

Fixadas essas premissas, cumpre prosseguir para a discussão das repercussões processuais de tais princípios, com enfoque especial, neste primeiro capítulo, nas prerrogativas processuais da Fazenda Pública. Nada obstante, o tema dos princípios fundamentais de Direito Administrativo será retomado ao longo do trabalho, a fim de que tal arcabouço principiológico também possa servir de base para a análise dos pontos relacionados ao objeto precípuo do presente estudo.

## 1.2 PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

---

<sup>31</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op.cit. [livro eletrônico]. 2018.

<sup>32</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op.cit. [livro eletrônico]. 2018.

### **1.2.1 Justificação teórica: o direito material formatando técnicas processuais**

A existência de prerrogativas processuais diferenciadas em favor da Fazenda Pública é uma questão que suscita debates doutrinários quanto à sua justificação, sobretudo do ponto de vista da necessidade e da isonomia (art. 5º, *caput*, da CRFB/88 e art. 7º do CPC), na medida em que o Estado é representado em juízo, como regra, pelos seus advogados públicos, servidores públicos de carreira integrantes de instituições devidamente aparelhadas munidos de prerrogativas funcionais que os credenciarão ao exercício regular e satisfatório de todos os deveres, ônus e faculdades inerentes ao bom desempenho da representação judicial e da consultoria jurídica dos entes e entidades públicas.

Nada obstante, conforme visto acima, o direito material, notadamente o Direito Administrativo, é permeado por normas, inclusive de feição principiológica, que contêm distinções de tratamento jurídico em favor do Poder Público, tendo como principal pilar de sustentação a noção de interesse público.

Nesse sentido, os clássicos princípios da Indisponibilidade do Interesse Público e da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado funcionam como bases de sustentação de todo o regime jurídico de Direito Público que abrange a maior parte das relações de Direito Administrativo, marcadas pela verticalidade e pelos poderes da Administração Pública, que colocam o Estado numa posição privilegiada frente ao particular.

Assim, transpondo essa carga normativo-principiológica para o plano processual, é nítida a influência do direito material na formatação e no desenho de técnicas processuais, que, na situação em análise, resulta na criação de prerrogativas processuais em favor do Poder Público.

Acerca dessa simbiose entre o direito material e o direito processual, especificamente no tocante ao princípio da indisponibilidade do interesse público

como base teórica de diversas técnicas processuais, vale citar o rol enunciado por Eduardo Talamini<sup>33</sup>:

Basicamente cinco questões processuais serão aqui examinadas à luz da indisponibilidade do interesse público: (i) as prerrogativas processuais dos entes administrativos; (ii) a possibilidade de a Administração Pública celebrar composições e transigir em juízo; (iii) o cabimento de arbitragem em matéria que envolva o interesse público; (iv) os limites aos negócios processuais celebrados pela Fazenda Pública e (v) a admissibilidade da ação monitória contra a Fazenda Pública.

De forma semelhante, também reconhecendo a relação entre a tutela do interesse público e as correspondentes prerrogativas processuais da Fazenda Pública, aduz Leonardo Carneiro da Cunha<sup>34</sup>:

Em razão da própria atividade de tutelar o interesse público, a Fazenda Pública ostenta condição diferenciada das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

(...)

Exatamente por atuar no processo em virtude da existência de interesse público, consulta ao próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o Erário e, de resto, para toda a coletividade que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos.

Conforme se observa, a doutrina, em geral, tem sustentado as prerrogativas processuais da Fazenda Pública com fundamento no interesse público, tanto primário quanto secundário, pois as condenações judiciais proferidas em face da Fazenda Pública impactam sobre toda a coletividade, que concorreu, com seus recursos, para a formação do patrimônio público. Oportuno destacar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>35</sup>:

A Administração Pública, quando é parte em ação judicial, submete-se a regime jurídico diverso, sob alguns aspectos, daquele previsto para os particulares. Dispõe de algumas prerrogativas e privilégios e sujeita-se a

---

<sup>33</sup> TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo**. Vol. 264, ano 42. P. 83-107. São Paulo, Ed. RT, fev. 2017. P. 84.

<sup>34</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021 [e-book]. P. 26.

<sup>35</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op.cit. 2020. [e-book]. P. 957.

restrições próprias do regime jurídico administrativo, que desigualam, muitas vezes, a situação das partes nas relações processuais, sem que ocorra infringência ao princípio da isonomia, tendo em vista a natureza pública dos interesses que tutela.

Há, no entanto, posições em sentido contrário, apontando que as ditas prerrogativas seriam responsáveis por criar uma situação de desigualdade. Assim, aduz Marcelo Abelha Rodrigues<sup>36</sup>:

Na verdade, a “prerrogativa” é sustentada com base na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, mas o fato real é que as prerrogativas têm sido tantas, que têm ocasionado muito mais do que um simples desconforto entre os litigantes, mas sim uma verdadeira disparidade de armas entre os mesmos; e o que se tem percebido é que, se a justificativa desses “benefícios” seria exatamente a segurança jurídica do direito envolvido no conflito (indisponível), o que se vê, na realidade, é justamente um espraiamento dessas e outras prerrogativas em benefício dessas pessoas em casos nos quais o que está em jogo é mero interesse secundário da Administração Pública, e, contrario sensu, não se pode compreender por que não estende essas mesmas “prerrogativas” quando o interesse primário é defendido em juízo por pessoa jurídica de direito privado (ação civil pública e associação civil, por exemplo). É por isso que há mais do que suspeitas que muitos dos casos denominados de prerrogativas são na verdade privilégios para a Fazenda Pública, ou se preferirem “preconceitos” contra aqueles que ousarem ser seus adversários, em clara afronta ao princípio da isonomia.

Vale mencionar que o artigo foi publicado em 2004, com fundamento no CPC/1973, e com foco nas restrições à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, as quais se encontram em grande medida revogadas, diante do acórdão proferido pelo STF no julgamento da ADI 4296<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela antecipada contra o Poder Público. **Revista de Processo**. Vol. 115/2004. P. 334/344. Maio-Jun/2004.

<sup>37</sup> Confira-se, no essencial, a ementa do acórdão respectivo: (...) 1. O mandado de segurança é cabível apenas contra atos praticados no desempenho de atribuições do Poder Público, consoante expressamente estabelece o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal. Atos de gestão puramente comercial desempenhados por entes públicos na exploração de atividade econômica se destinam à satisfação de seus interesses privados, submetendo-os a regime jurídico próprio das empresas privadas. 2. No exercício do poder geral de cautela, tem o juiz a faculdade de exigir contracautela para o deferimento de medida liminar, quando verificada a real necessidade da garantia em juízo, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Razoabilidade da medida que não obsta o juízo de cognição sumária do magistrado. 3. Jurisprudência pacífica da CORTE no sentido da constitucionalidade de lei que fixa prazo decadencial para a impetração de mandado de segurança (Súmula 632/STF) e que estabelece o não cabimento de condenação em honorários de sucumbência (Súmula 512/STF). 4. A cautelaridade do mandado de segurança é ínsita à proteção constitucional ao direito líquido e certo e encontra assento na própria Constituição Federal. Em vista disso, não será possível a edição de lei ou ato normativo que vede a concessão de medida liminar na via mandamental, sob pena de violação à garantia de pleno acesso à jurisdição e à própria defesa do direito líquido e certo protegida pela Constituição. Proibições legais que representam óbices absolutos ao poder geral de cautela. 5. Ação julgada parcialmente procedente, apenas para declarar



Nessa ordem de ideias, segundo a compreensão predominante na doutrina, é possível notar que as prerrogativas processuais da Fazenda Pública representam a repercussão, no plano processual, do conteúdo de direito material, extraído do Direito Administrativo, em especial os seus princípios fundamentais, ancorados, em última análise no interesse público.

Afinal, tanto o princípio da instrumentalidade das formas quanto o do formalismo-valorativo carregam em si o pressuposto de que o direito processual deve estar a serviço do direito material, isto é, o processo não existe como um fim em si mesmo, mas deve se formatar e flexibilizar de modo a melhor atender às peculiaridades do direito material subjacente à demanda.

Acerca da relação de simbiose entre o direito material e o direito processual, é oportuna a lição de Pedro Augusto Silveira Freitas<sup>38</sup>:

A perene expansão teórica do modelo de processo justo — tarefa, como visto, atribuída à comunidade jurídica —, determina, em grau máximo de coerção, que o processo deve se adaptar às mais diversas situações jurídicas de direito material que reclamam a tutela jurisdicional. No intuito de alcançar o *estado ideal a ser promovido* e de realizar o seu constante aperfeiçoamento, o modelo de processo justo estimula a criação e determina o aprimoramento de técnicas processuais de forma a adequá-las às especificidades do direito material, num processo de retroalimentação. Sustenta-se, assim, que o vínculo existente entre o direito material e o direito processual é de intimidade — simbiótico, portanto —, não se permitindo pensar o direito processual como uma realidade técnica completamente isolada ou indiferente ao direito material.

(...)

Instaura-se, desse modo, na tradição jurídica brasileira e no âmbito do modelo de processo justo, um círculo virtuoso entre as técnicas processuais e o ordenamento jurídico, evitando que o processo se neutralize contra o direito material e, ainda, impedindo a omissão quanto à criação e ao desenvolvimento de técnicas processuais plenamente adequadas à prestação de uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

---

a inconstitucionalidade dos arts. 7º, §2º, e 22º, §2º, da Lei 12.016/2009, reconhecendo-se a constitucionalidade dos arts. 1º, § 2º; 7º, III; 23 e 25 dessa mesma lei.

(ADI 4296, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 08-10-2021 PUBLIC 11-10-2021)

<sup>38</sup> FREITAS, Pedro Augusto Silveira. Imperativos do Processo Justo: O desenvolvimento de Técnicas Processuais e a Especialização da Tutela Jurisdicional, a partir da obra do professor Humberto Theodoro Júnior. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, n. 76, jan./jun. 2020. PP. 455-477.

Aplicando-se essa relação ao tema aqui versado, verifica-se que as prerrogativas processuais da Fazenda Pública se justificam, em tese, na carga principiológica haurida do Direito Administrativo, notadamente os princípios da Indisponibilidade do Interesse Público e da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

Com efeito, sendo indisponível o Interesse Público, genericamente defendido pela Fazenda Pública em Juízo, mesmo sem se adentrar na discussão quanto à categoria desse interesse (se primário ou secundário) a doutrina e a jurisprudência, com amparo no próprio CPC, classicamente defendem o afastamento de diversos ônus processuais, tais como, a impugnação específica<sup>39</sup>, a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor (efeito material da revelia<sup>40</sup> e da ausência de impugnação específica) e a confissão<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> “Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:

**I - não for admissível, a seu respeito, a confissão;**

II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;

III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial”.

(Grifou-se).

<sup>40</sup>“Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:

I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

**II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;**

III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;

IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos”.

(Grifou-se).

<sup>41</sup> “Art. 392. **Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.**

§ 1º A confissão será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados.

§ 2º A confissão feita por um representante somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado”.

(Grifou-se).

Pode-se defender, ainda, que tal manancial teórico pode ser encontrado, igualmente, no princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>42</sup>,

Esse princípio, que alguns chamam de princípio da **presunção de legalidade**, abrange dois aspectos: de um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à **certeza dos fatos**; de outro lado, a presunção da legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes. Trata-se presunção relativa (*juris tantum*) que, como tal, admite prova em contrário. O efeito de tal presunção é o de inverter o ônus da prova.

Sucedem que a aplicação rígida de tais dogmas clássicos do Direito Administrativo pode conflitar com outros princípios caros ao Direito Processual, tais como: o já anunciado princípio da paridade de armas (manifestação do princípio constitucional da isonomia); bem como os princípios do acesso à justiça (enquanto acesso à ordem jurídica justa) e da efetividade da tutela jurisdicional.

Sobretudo num ambiente processual marcado pela cooperação e flexibilização, bem como voltado à prolação de decisão de forma “mais rente à realidade fática subjacente à causa” (um dos cinco objetivos expressamente previstos na Exposição de Motivos do CPC/2015), resulta incompatível com o espírito do Código e com suas normas fundamentais a imputação do ônus da prova ao particular sempre que contende com a Fazenda Pública, se o objeto da ação envolver impugnação a ato administrativo.

Tal quadro pode levar à formação de situações de perplexidade, tornando impossível ao particular comprovar o fato constitutivo do seu direito, pois o dogma da presunção de legitimidade do ato administrativo lhe imputa tal ônus, isentando a Administração Pública de comprovar o motivo fático do ato impugnado, pois, do seu ponto de vista, a palavra do agente público será suficiente para tanto.

Assim, um Código de Processo Civil que prevê modernas técnicas de inversão e distribuição dinâmica do ônus da prova, aparentemente, não pode se contentar com a profusão de decisões judiciais que se limitam a suscitar as prerrogativas da

---

<sup>42</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op.cit. 2020. [e-book]. P. 95.

Fazenda Pública, bem como o princípio da presunção de legitimidade do ato administrativo, para rejeitar pretensões dos particulares, unicamente com base numa suposta inversão do ônus da prova que dele resulta, isentando a Administração Pública de qualquer ônus probatório.

De todo modo, a análise crítica a que se alude aqui será realizada em tópicos subsequentes, cabendo, no momento, apenas demonstrar a relação de simbiose entre tal manancial teórico normativo-principiológico e as prerrogativas processuais que a legislação classicamente outorga à Fazenda Pública.

De forma semelhante, embora não traduzindo prerrogativas processuais propriamente ditas, os mesmos princípios são invocados para se limitar ou obstaculizar iniciativas voltadas à consensualidade e a autocomposição, a começar pela audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334 do CPC, uma vez que é comum, na prática, a oposição à sua realização com amparo no inciso II do §4º do aludido dispositivo<sup>43</sup>.

Sucedo que não basta um juízo abstrato sobre a natureza ou a qualidade dos direitos envolvidos, pois não raro se estará diante de situações nas quais a inviabilidade de as partes transacionarem é meramente parcial, isto é, poderá haver transação em relação ao modo, ao prazo ou a outros elementos acessórios do direito em disputa, ou ainda, a audiência poderá proporcionar uma aproximação profícua, aparando arestas do conflito, esclarecendo melhor o conteúdo da postulação, proporcionando o restabelecimento do diálogo e, talvez ainda, a celebração de outros instrumentos voltados à consensualidade, tais como convenções processuais. A propósito, assevera José Miguel Garcia Medina<sup>44</sup>:

Não se realizará a audiência nos casos que não admitam autocomposição, algo que se dá em situações bastante restritas. São raras as hipóteses em que a lei veda *qualquer forma* de autocomposição. Pode não ser admissível a transação (cf. art. 841 do CC/2002, segundo o qual “só quanto a direitos

---

<sup>43</sup> “§ 4º A audiência não será realizada:

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

**II - quando não se admitir a autocomposição”.**

(Grifou-se).

<sup>44</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado** [livro eletrônico]. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

patrimoniais de caráter privado se permite a transação”, que se realiza por “concessões mútuas”, cf. art. 840 do CC/2002), mas possível a composição por renúncia, ou reconhecimento (p. ex., em ação de investigação de paternidade a transação propriamente dita é inadmissível, mas pode o réu reconhecer a paternidade em audiência de mediação). Pode ainda haver reconhecimento da existência de um direito, mas ajuste apenas quanto à forma de sua realização concreta.

O tema vai muito além da mera revisão bibliográfica, pois, após detalhada pesquisa empírica<sup>45</sup>, Trícia Navarro Xavier Cabral notou que<sup>46</sup>:

No que tange ao momento de concretização dos acordos, verificou-se que, quando a audiência é designada, as partes geralmente apresentam autocomposição para homologação judicial antes, durante e depois da audiência. Assim, ainda que os acordos na audiência em si não atinjam índices expressivos, só o fato de o ato ser designado acarreta uma mobilização das partes para: a) se anteciparem ao ato e realizarem o acordo; b) ouvirem a parte na audiência, ou então; c) em razão do que se conversa no ato, as partes amadurecem as propostas e realizarem o acordo posteriormente, geralmente em um prazo médio de 10 (dez) dias após a audiência. Dessa forma, ainda que não na audiência – mas em razão do ato, - as partes passaram a analisar estrategicamente o conflito e a cogitar a solução consensual.

Contudo, não se ignora que há situações em que a vedação à autocomposição recai sobre o próprio núcleo do objeto litigioso ou da matéria controvertida, podendo se mostrar efetivamente inviável a realização da audiência, casos em que o inciso II do §4º do art. 334 terá incidência. Mas, então, se estará diante de autêntica exceção, que, longe de obliterar a regra geral, a confirma. Nesse contexto, vale reproduzir a afirmação de Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>47</sup>:

Assim, é fundamental que os entes públicos editem atos normativos definindo, previamente, a autoridade competente, as matérias, o valor mínimo, e outros critérios para a construção dos acordos. Por sua vez, deve-se eliminar as dúvidas sobre competência dos agentes públicos e definir a natureza e extensão de suas responsabilidades, a fim de

---

<sup>45</sup> Com maior detalhamento da pesquisa, inclusive metodológico, cf.: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A eficiência do art. 334, do CPC. **Revista de Processo**, ano 44, nº 298, p. 107-120, dez. 2019 .

<sup>46</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Os desafios da aplicação do art. 334 do CPC na Fazenda Pública. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto Aragão Ribeiro. (Org.). **Mediação e arbitragem na administração Pública**. 1ed. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2020, v. 2, p. 144-155.

<sup>47</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Os desafios da aplicação do art. 334 do CPC na Fazenda Pública. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto Aragão Ribeiro. (Org.). **Mediação e arbitragem na administração Pública**. 1ed. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2020, v. 2, p. 144-155.

que não tenham receios de sofrer punições administrativas em decorrência de atos de disposição no processo.

Ademais, qualquer apego dos entes públicos ao argumento de inviabilidade de autocomposição em razão da presença de interesse público, significa mais uma desculpa para não aderir à Política Pública do que efetivamente uma observância à indisponibilidade do direito.

Note-se, assim, conforme será examinado neste trabalho, que direitos indisponíveis não são sinônimos de direitos que não admitem autocomposição. Conquanto esse não seja o ponto a ser analisado neste momento, a observação é oportuna apenas para se reforçar a constatação de que toda a construção existente acerca das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, embora tenha como ponto de apoio determinados dispositivos do CPC, está assentada na concepção prevalecente sobre os princípios fundamentais do Direito Administrativo.

Destarte, tudo indica que a interpretação da norma processual está diretamente vinculada à compreensão que se tem sobre institutos de Direito Material. Afinal, não há dispositivo algum na legislação processual que afirme que a Fazenda Pública, quando ré, está dispensada da impugnação específica dos fatos afirmados na inicial; que não se sujeita ao efeito material da revelia; que a confissão é ineficaz em seu desfavor; ou que pode declinar genericamente da audiência de conciliação ou de mediação.

Seja como for, em arremate deste tópico, sobreleva notar que a bússola interpretativa de tais prerrogativas processuais é o direito material, razão pela qual assume especial relevância a interpretação que se dá aos princípios fundamentais do Direito Administrativo.

### **1.2.2 Base legal**

A base legal das prerrogativas processuais da Fazenda Pública está presente de forma difusa no ordenamento jurídico, a começar pela Constituição Federal. Neste tópico, serão abordadas as principais prerrogativas e as suas respectivas fontes normativas. No entanto, reservar-se-á para o tópico seguinte a sua análise crítica.

Inicialmente, cumpre destacar o art. 100 da CRFB/88, que prevê a sistemática de pagamento de obrigações decorrentes de condenações judiciais transitadas em julgado mediante a expedição de precatórios e requisições de pequeno valor (RPV). Essa sistemática caracteriza um consectário lógico da prerrogativa da impenhorabilidade dos bens públicos.

Assim, na medida em que os bens públicos não estão sujeitos à constrição judicial nem à expropriação forçada para satisfação de obrigações, faz-se necessária a existência de uma metodologia própria para a operacionalização de tais pagamentos, que ficou conhecida como “fila de precatórios”.

Paralelo a isso, é importante que tal sistemática seja compatível com a necessidade de prévia inclusão no orçamento público de toda a programação financeira dos entes públicos, permitindo-se o seu debate democrático e o amplo acesso de todos os cidadãos, uma vez que todos concorrem para a formação do patrimônio público e têm interesse na fiscalização da sua destinação.

Portanto, a “fila de precatórios” harmoniza todos esses imperativos de ordem pública, sendo previsto no art. 100 da CRFB/88 e regulamentado por normas infraconstitucionais, dentre as quais destacam-se: art. 17 da Lei nº 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Federais) e Resolução CNJ nº 303/2019.

No andar da legislação infraconstitucional, em especial no próprio Código de Processo Civil, identificam-se diversas outras prerrogativas processuais da Fazenda Pública. A primeira e mais evidente consiste na contagem de prazos processuais em dobro, prevista no art. 183 do CPC<sup>48</sup>. Esse dispositivo prevê a dobra do prazo para “todas as suas manifestações processuais”, superando a antiga distinção entre os prazos para contestar e recorrer, que, no regime processual revogado, estava

---

<sup>48</sup> “Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público”.

presente no art. 188 do CPC/1973<sup>49</sup>. No entanto, essa regra fica expressamente afastada no sistema dos Juizados Especiais, conforme disposto nos arts. 9º da Lei n. 10.259/01<sup>50</sup> e 7º da Lei nº 12.153/09<sup>51</sup>, bem como nos casos em que a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público (§2º do art. 183 do CPC). Um exemplo dessa última situação é o art. 535 do CPC, que prevê o prazo de 30 (trinta) dias para a Fazenda Pública apresentar impugnação ao cumprimento de sentença. Como a regra trata especificamente de um prazo para a Fazenda Pública, não há que se falar, nesse caso, em contagem do prazo em dobro.

No aspecto da comunicação dos atos processuais, é amplamente consagrada a regra que impõe a intimação pessoal da Fazenda Pública, prevista no supracitado art. 183 do CPC, bem como em leis específicas que dispõem sobre as carreiras da Advocacia Pública. Ainda, a intimação pessoal deve ocorrer com vista dos autos, mediante carga ou remessa (em se tratando de processo em autos físicos). Ocorre que essa prerrogativa não implica uma distinção relevante em face dos demais litigantes quando se tratar de processo em autos eletrônicos, na medida em que as citações e intimações devem ser realizadas preferencialmente por meio eletrônico (arts. 270 e 246 do CPC, com a redação determinada pela Lei nº 14.195/21), as quais valem como intimações pessoais para todos os efeitos legais, consoante expressamente previsto no art. 5º, §6º, da Lei do Processo Eletrônico (Lei nº 11.419/06)<sup>52 53</sup>.

---

<sup>49</sup> “Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público”.

<sup>50</sup> “Art. 9º Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias”.

<sup>51</sup> Art. 7º Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para a audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

<sup>52</sup> “Art. 5º As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.

(...)

§ 6º As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais”.

<sup>53</sup> Neste particular, vale assinar que o art. 1.050 do CPC prevê uma norma transitória, obrigando os entes da Federação, as entidades da administração indireta, bem como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública ao cadastramento junto ao tribunal perante o qual atuem



Há, ainda, prerrogativas de índole financeira, tais como os critérios diferenciados para arbitramento de honorários advocatícios sucumbenciais (art. 85, §3º, do CPC), a isenção de custas (art. 4º, I, da Lei n. 9.289/96) e a dispensa do adiantamento de despesas processuais (art. 91 do CPC).

Mais adiante, o Código de Processo Civil prevê o polêmico instituto do reexame necessário (ou “remessa necessária”, ou “duplo grau de jurisdição obrigatório”). Não cabe, aqui, destrinchar a natureza jurídica desse instrumento<sup>54</sup>, mas tem prevalecido o entendimento de que não se trata de recurso, mas de *condição de eficácia da sentença*. A definição também não é precisa, como o demonstra Leonardo Carneiro da Cunha<sup>55</sup>:

Dizer que a remessa necessária é *condição de eficácia da sentença* contém o equívoco de definir algo pelos seus efeitos, e não pelo que é. Além do mais, há sentenças proferidas contra o Poder Público, a exemplo do que ocorre no mandado de segurança, que produzem efeitos imediatos, muito embora estejam sujeitas à remessa necessária.

(...)

Afirmar que a remessa necessária constitui *condição para a formação de coisa julgada* também incorre no equívoco de definir algo por seus efeitos, e não pelo que é. Acresce que, nesse ponto, não haveria como distinguir a remessa necessária dos recursos, pois estes também obstam a formação da coisa julgada. Por isso que a remessa necessária é, na verdade, um recurso; um recurso de ofício.

De toda sorte, o fato é que se trata de mais uma prerrogativa instituída em favor da Fazenda Pública, atualmente prevista no art. 496 do CPC, impondo o amplo

---

para recebimento de citações e intimações por meio eletrônico, no prazo de 30 dias a contar da entrada em vigor do próprio CPC.

Como o CPC/2015 entrou em vigor em 18/03/2016, esse prazo já se exauriu há mais de 5 anos.

Aliado a isso, conforme mencionado, o §6º do art. 5º da Lei n. 11.419/06 (Lei do Processo Eletrônico) prevê que as intimações feitas por meio eletrônico aos que se cadastrarem no portal próprio, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

Portanto, aplicando essas normas, o STJ decidiu que “não há ofensa à prerrogativa de intimação pessoal prevista no art. 183 do CPC, quando o ente público deixa de realizar o necessário cadastramento no Sistema de Intimação Eletrônica do STJ, nos termos do art. 1.050 do CPC, sendo válida a intimação pela publicação no Diário de Justiça Eletrônico”, conforme noticiado no Informativo de Jurisprudência nº 716 ([AR 6.503-CE](#), Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, por unanimidade, julgado em 27/10/2021).

<sup>54</sup> Para aprofundamento no tema, cf. MAZZEI, Rodrigo. A remessa “necessária” (reexame por remessa) e sua natureza jurídica. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2011. v. 12, p. 405-432.

<sup>55</sup> Op.cit. 2020. P. 176.

reexame da sentença pelo tribunal ao qual se acha vinculado o juízo prolator quando o resultado do julgamento lhe for desfavorável, ainda que não haja recurso voluntário, respeitadas as exceções legais, previstas tanto no CPC quanto na legislação especial. O instituto suscita polêmicas quanto à sua constitucionalidade, máxime em face do princípio da isonomia, tema a ser analisado no tópico seguinte.

### **1.2.3 A (des)conformidade com os princípios constitucionais que informam o processo civil**

É comum haver questionamentos acerca da constitucionalidade das prerrogativas processuais previstas em favor da Fazenda Pública, as quais, por vezes, são tratadas como autênticos “privilégios”, pois seriam injustificáveis. Tais questionamentos baseiam-se principalmente na possível ofensa ao princípio da igualdade, porquanto a Fazenda Pública seria colocada numa posição privilegiada em relação ao particular na relação jurídica processual, com a minoração dos seus ônus ou a ampliação dos seus direitos nessa esfera.

No Direito Processual, o princípio da isonomia assume ainda uma outra manifestação, específica dessa seara, que consiste no princípio da paridade de armas, contemplado no art. 7º do CPC. Significa dizer, em síntese, que às partes deve ser garantida igualdade de tratamento e de oportunidades, ônus, deveres e participação em geral em todas as fases e incidentes do processo.

Muito se diz, também, que essas prerrogativas teriam sentido num contexto de precariedade, do ponto de vista dos recursos materiais e humanos, das instituições que compõem a Advocacia Pública nas diferentes esferas. Contudo, esse contexto já teria sido superado, ou estaria em progressiva superação, na medida em que, mais de 30 (trinta) anos após a promulgação da CRFB/88, os respectivos órgãos públicos já teriam sido devidamente aparelhados, mediante a realização de concursos públicos, licitações, contratos administrativos e de todos os instrumentos legalmente necessários para tanto.

Não se pode afirmar que o CPC/2015 teria ficado indiferente a essa realidade, uma vez que se nota, no confronto com a codificação revogada, o abrandamento de

algumas prerrogativas, tornando os ônus processuais da Fazenda Pública um pouco menos destoantes daqueles impostos aos litigantes em geral. Exemplos disso são a extinção do prazo em quádruplo para contestar (outrora previsto no art. 188 do CPC/1973) - substituído pelo prazo em dobro para todas as manifestações, com as nuances referidas no tópico anterior (art. 183 do CPC/2015) -, bem como a ampliação das exceções ao reexame necessário, notadamente a majoração dos valores mínimos de condenação ou proveito econômico necessários para que a remessa tenha lugar, atualmente desmembrados em 3 (três) subtetos, conforme a esfera do ente ou entidade pública (art. 496, §3º).

Ainda assim, persiste o questionamento, porquanto as prerrogativas processuais diferenciadas da Fazenda Pública continuam positivadas e foram essencialmente preservadas pelo CPC/2015.

Sabe-se que, para se legitimar frente ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*, da CRFB/88<sup>56</sup>), a disparidade de tratamento jurídico prevista deve ser justificável e guardar correlação lógica com o fator de *discrímen* eleito pelo legislador. A propósito, vale lembrar a clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>57</sup>:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) A primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) A segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) A terceira tina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traça desigualado acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*,

---

<sup>56</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”:

<sup>57</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. P. 21/22.

afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.

Não é menos conhecida a máxima segundo a qual a igualdade substancial (ou em sentido material) consiste em “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades”, inclusive reproduzida em Epígrafe neste trabalho. Nessa linha, mas não tratando especificamente da Fazenda Pública em Juízo, aduz Fredie Didier Jr.<sup>58</sup>:

É importante, no entanto, registrar que o princípio da igualdade no processo costuma revelar-se com mais clareza nos casos em que se criam regras para tratamento diferenciado.

Por mais paradoxal que possa parecer, o tratamento distinto é, em alguns casos, a principal forma de igualdar as partes.

É frequente na doutrina e na jurisprudência a defesa da juridicidade de tais prerrogativas processuais diferenciadas com base no “interesse público”, isto é, com fundamento na relevância dos interesses ou direitos defendidos ou pleiteados pela Fazenda Pública em Juízo, porquanto pertencentes a toda a coletividade. Nesse sentido, afirma Leonardo Carneiro da Cunha<sup>59</sup>:

Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confirmem condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as prerrogativas processuais, identificadas, por alguns, como privilégios. Não se trata, a bem da verdade, de privilégios. Estes – os privilégios – consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As “vantagens” processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de prerrogativas, pois contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Ora, a Fazenda Pública, que é apresentada em juízo pela Advocacia Pública, defende o interesse público, não reunindo as mesmas condições de um particular para defender seus interesses em juízo.

À Fazenda Pública conferem-se várias prerrogativas, sendo algumas, a exemplo dos prazos diferenciados e da remessa necessária, justificadas pelo excessivo volume de trabalho, pelas dificuldades estruturais da Advocacia Pública e pela burocracia inerente à sua atividade, que dificulta o acesso aos fatos, elementos e dados da causa.

---

<sup>58</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador. Ed. JusPodivm, 2018. P. 112.

<sup>59</sup> Op.cit. 2020. P. 26.

Como se nota, na linha do já sinalizado nos tópicos acima, parcela predominante da doutrina visualiza a justificação teórica das prerrogativas processuais da Fazenda Pública na cláusula geral do “interesse público”, por vezes aludindo aos clássicos princípios fundamentais do Direito Administrativo: Indisponibilidade do Interesse Público e Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

Ocorre que essa tese não guarda correlação lógica com a necessidade de se reequilibrar uma relação desigual, ou seja, a disparidade de tratamento jurídico verificada não se justifica logicamente num fator de *discrímen* eleito de modo a corrigir uma desigualdade prévia, “tratando desigualmente os desiguais”. Em verdade, ao se aludir ao “interesse público” como justificativa geral e irrestrita para todas as prerrogativas em questão, o que se está a dizer é que essa categoria de interesses, na sua própria essência, se revela mais relevante que as demais discutidas judicialmente, merecendo uma tutela diferenciada, inclusive mediante regras procedimentais que ponham o representante desse interesse em posição privilegiada no processo.

Esse argumento, contudo, não se coaduna com a moderna acepção dos princípios acima referidos, já abordada nos tópicos 1.1.1 e 1.1.2 acima, haja vista que não se pode afirmar, de antemão, a precedência de tal ou qual categoria de interesses sem se considerar as circunstâncias concretas do conflito, devendo-se sempre buscar, o quanto possível, a harmonização, a concordância prática e a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Outrossim, haverá outras tantas situações no processo civil em que o juízo estará diante de interesses relevantíssimos, tanto na esfera individual quanto coletiva, não raro, de natureza indisponível, mas essa circunstância não bastará para que se possa outorgar tratamento diferenciado no processo, inclusive em relação aos ônus e deveres. Podem-se citar como exemplos, os casos que envolvam interesses de incapazes ou mesmo interesses difusos ou pertencentes a coletividades ou comunidades que não sejam representadas pela Fazenda Pública nem pelo Ministério Público, mas por outras entidades, tais como associações, sindicatos, ou mesmo pessoas físicas, no âmbito de ações populares. Em todas essas situações,

não haverá a aplicação das mencionadas prerrogativas processuais, embora não se duvide da relevância social, econômica e jurídica dos direitos em questão.

Desta feita, vê-se que a disparidade de tratamento fundamentada unicamente na pessoa que figura no processo (entes da Federação e entidades da Administração Pública Indireta) não pode se sustentar logicamente na cláusula geral do “interesse público”, pois haverá outras tantas situações em que o mesmo interesse estará presente, ou outras categorias relevantíssimas de interesses, e o ordenamento não lhes outorgará semelhantes vantagem processuais.

Assim, para que o tratamento processual diferenciado outorgado a determinadas pessoas (públicas ou privadas) seja justificável do ponto de vista da isonomia, faz-se mister identificar uma desigualdade prévia capaz de colocar essas pessoas em situação de desvantagem ou de vulnerabilidade processual, reclamando, dessa forma, uma medida desigualadora apta a corrigir essa disparidade antecedente, reequilibrando a relação.

Nessa ordem de ideias, revela-se inviável a defesa do tratamento processualmente desigual, nos termos em que estabelecido em prol da Fazenda Pública, unicamente em face da natureza dos interesses que ela representa. No sentido, sustenta Ronaldo Campos e Silva<sup>60</sup>:

Ainda há quem sustente que tais prerrogativas decorrem do denominado “princípio da supremacia do interesse público”. Porém, a nosso ver, as prerrogativas processuais da Fazenda Pública não podem encontrar justificativa nesse *suposto* princípio, que não mais se coaduna com a visão contemporânea de Estado Democrático de Direito, tampouco pode servir de parâmetro de resolução de tensões entre valores e princípios constitucionais. Não se pode dizer que uma ordem de interesses seja, *a priori*, mais importante que outra, pois isso suprime os espaços de ponderação no caso concreto.

(...)

Na verdade, as prerrogativas processuais da Fazenda Pública somente se justificam na medida em que sirvam de meio para alcançar a igualdade substancial no bojo do processo. E, de fato, há diversas situações concretas que podem servir para justificar a existência de prerrogativas processuais da Fazenda Pública, voltadas, repita-se, ao estabelecimento da igualdade substancial, dentre as quais, por exemplo, a enorme estrutura burocrática da máquina estatal, o mau aparelhamento dos serviços públicos, as

---

<sup>60</sup> SILVA, Ronaldo Campos e. A Isonomia Entre as Partes e a Fazenda Pública no Projeto de Novo CPC. In: **Reflexões sobre o novo CPC**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Revista dos Tribunais, 2014. [e-book].

carências dos órgãos de advocacia pública, notadamente no âmbito municipal e a infeliz constatação de que muitas vezes o processo é utilizado como instrumento para a prática de crimes contra o erário.

Ainda assim, não parece que seja o caso de se justificar o tratamento favorecido com base nas dificuldades administrativas ou nos entraves burocráticos enfrentados pela Fazenda Pública. Em primeiro lugar, porque, conforme já sinalizado acima, após mais de três décadas de vigência da Constituição Federal de 1988, não é justificável que a Administração Pública ainda não tenha aparelhado devidamente seus órgãos da Advocacia Pública. Em segundo lugar, os entraves burocráticos sempre estiveram presentes na complexa estrutura administrativa estatal, mas nem por isso impediram a existência, por exemplo, de procedimentos diferenciados e especialmente céleres, como o mandado de segurança, no qual a autoridade coatora dispõe somente de 10 (dez) dias para prestar informações, podendo a pessoa jurídica interessada integrar, ou não, a relação processual. Neste último caso, o ente público estará “indefeso” tecnicamente, o que não causa, na prática, qualquer situação de acentuada gravosidade à Fazenda Pública ou ao interesse público.

Por fim, ainda nesse ponto, o reconhecimento da existência dos ditos “entraves burocráticos” não deve servir como fundamento para se estimular a lentidão e as dificuldades de comunicação entre órgãos administrativos, sobretudo em tempos de processos eletrônicos. Ao revés, a não-dilatação de prazos funcionaria como relevante estímulo à eficiência, tanto no âmbito administrativo quanto no processual, sendo certo que o correlato princípio constitucional possui importantes manifestações nas duas searas.

Ante o exposto, observa-se que as prerrogativas processuais relacionadas ao tempo do processo e à supressão ou minoração de ônus processuais não se justificam frente ao princípio da isonomia. Esse ponto, no entanto, será aprofundado nos capítulos seguintes, inclusive com foco não apenas no aspecto estritamente formal-procedimental, mas também nos seus efeitos materiais, notadamente no que concerne ao afastamento das presunções de veracidade decorrentes da revelia e do descumprimento do ônus de impugnação específica.

Por outro lado, reconhece-se que as prerrogativas de natureza estritamente econômico-financeira são compatíveis com o aludido princípio constitucional. Isso porque os bens públicos possuem, de fato, proteção jurídica diferenciada, máxime quando afetados ao desempenho de serviços públicos, o que se justifica pela necessidade de que estes sejam contínuos e eficientes.

Assim, por exemplo, a prerrogativa da execução mediante a sistemática da “fila de precatórios” está alinhada com os princípios constitucionais, notadamente o da impenhorabilidade dos bens públicos, que decorre logicamente do sistema. Ademais, a sua principal fonte normativa é uma norma constitucional originária (art. 100 da CRFB/88), não havendo em nosso sistema, ao menos por ora, a possibilidade de se declará-la inconstitucional.

Na mesma direção, a isenção de custas e despesas processuais também se justifica na medida em que não faria sentido impor à Fazenda Pública a realização de tais dispêndios em favor de outra entidade integrante do Estado apenas para permitir o desempenho de serviço público essencial. Além disso, a eventual ausência de dotações orçamentárias específicas poderia funcionar como empecilho ao acesso à jurisdição, ou tornar ineficiente a atuação da Administração Pública quando diante de conflitos que precisem de solução jurisdicional.

Tecidas essas considerações iniciais acerca da principiologia fundamental do Direito Administrativo e de suas repercussões processuais, cumpre avançar para a análise de aspectos mais específicos sobre o tratamento dos conflitos que envolvem a Fazenda Pública, a começar pelas nuances processuais do controle de juridicidade dos atos administrativos, sem prejuízo da retomada, ao longo do trabalho, das premissas aqui estabelecidas.



## CAPÍTULO 2. O CONTROLE DE JURIDICIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tema que suscita grande polêmica tanto na doutrina quanto na jurisprudência diz respeito aos limites do “controle de legalidade” dos atos administrativos. Ao longo do tempo, a expressão evoluiu para a noção de “controle de juridicidade”, na medida em que se percebe que os parâmetros normativos empregados nesse controle jurisdicional não se esgotam na mera “legalidade”, assim entendida como a conformidade com as leis, mesmo em sentido amplo (a contemplar atos normativos de outras espécies). Em verdade, a decisão jurisdicional não deve se limitar a apreciar a legalidade estrita do ato impugnado, mas também empregar em sua decisão elementos principiológicos e todo o arcabouço normativo que compõe o ordenamento jurídico. No ponto, afirmam Rodrigo Santos Neves e Adriano Sant’Ana Pedra<sup>61</sup>:

A atividade administrativa deve, em todos os momentos, demonstrar a perseguição do interesse público legitimador dessa atividade.<sup>37</sup> Daí a necessidade de uma avaliação constante por parte do próprio Poder Público, assim como de órgãos de controle externo e da sociedade, a respeito da legitimidade da atuação estatal.

Esse controle não deve se limitar apenas ao controle de legalidade, mas ao controle de juridicidade, com vistas à conformação dos atos administrativos aos ditames constitucionais, em especial aos princípios, objetivos e direitos fundamentais.

A própria noção de interesse público – que no passado era usada como um “coringa” contra qualquer pretensão de particulares sobre a Administração Pública – agora deve ser vista como um interesse subordinado aos direitos fundamentais, em especial ao direito fundamental à boa administração. Isso não significa o abandono do interesse coletivo. Pelo contrário, trata-se de uma conciliação entre o interesse da coletividade e os interesses individuais.

Como se nota, o parâmetro de controle deve ser amplo, a contemplar toda a ordem jurídica, inclusive os princípios e normas fundamentais que a informam. Vale ressaltar, no entanto, que nem todos os autores adotam essa nomenclatura, preferindo valer-se da clássica e consagrada expressão “controle de legalidade”,

---

<sup>61</sup> NEVES, Rodrigo Santos; PEDRA, Adriano Sant’Ana. Dever Fundamental de Fiscalizar a Administração Pública? Análise a partir da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. *Revista dos Tribunais*. Vol. 1028/2021. P. 159-180. Jun/21. DTR/2021/9204.

sem, todavia, reduzir-lhe o significado à mera análise da compatibilidade do ato com a lei em sentido formal e estrito. Sobre o tema, assevera Marçal Justen Filho<sup>62</sup>:

O controle de legalidade objetiva verificar se a conduta controlada é compatível com a disciplina prevista numa norma jurídica, tal como se passa, por exemplo, quando o Poder Judiciário revisa ato administrativo de anulação de um contrato por vício. A validade da anulação de um contrato depende da verificação dos requisitos fixados na norma jurídica.

O controle de mérito visa à revisão do conteúdo da decisão discricionária, tal como se passa no caso de revisão pelo Poder Judiciário da rescisão de um contrato por inconveniência.

A amplitude do controle de legalidade é muito maior, já que existe uma norma estabelecendo os pressupostos ou o conteúdo do ato objeto de controle. Enquanto isso, o controle de mérito é muito mais limitado, porque o direito reconhece ao agente o poder de realizar escolhas segundo a própria avaliação de conveniência e oportunidade.

Portanto, independentemente do acordo semântico que se estabeleça, o importante é notar a relevância do controle jurisdicional dos atos administrativos, a fim de que a atividade da Administração Pública e daqueles que com ela colaboram na prestação de serviço público possa ser sindicada ou analisada por agentes externos, independente e imparciais, de modo a não deixar o jurisdicionado à mercê da vontade do gestor ou da autoridade pública administrativa.

Cuida-se, em última análise, da efetiva realização do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB/88) e do correlato direito fundamento de acesso à justiça (tanto no sentido estrito quanto na acepção mais ampla, entendida como *acesso à ordem jurídica justa*<sup>63</sup>, ideia que em tudo se harmoniza com a noção de que o parâmetro de controle deve ser a *juridicidade*, isto é, a ordem jurídica como um todo, e não a mera legalidade).

No particular, cabe rememorar, conforme cediço, que o sistema brasileiro de controle dos atos administrativos é de *jurisdição una*, e não de *dualidade de jurisdição*. Significa dizer que à Administração Pública não é outorgado poder jurisdicional, ou seja, seus atos não têm caráter de definitividade, estando sempre passíveis de

---

<sup>62</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op.cit. [livro eletrônico]. 2018.

<sup>63</sup> Cf. WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa** (conceito atualizado de acesso à justiça): processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

controle jurisdicional. Em outras palavras, não há “*coisa julgada administrativa*”, ao contrário do que ocorre em outros países, a exemplo da França, que adota o sistema de *dualidade de jurisdição*.

Nada obstante, é bom que se diga, não se ignoram os avanços em torna da matéria, notadamente no que pertine ao reconhecimento hodierno do conceito de “*jurisdição compartilhada*”. Com efeito, em apertada síntese, reconhece-se que determinados atos de alguns órgãos administrativos são, em alguma extensão, insindicáveis em outra esfera, inclusive jurisdicional. Assim ocorre, por exemplo, no que toca às questões estritamente técnicas regulamentadas por agências reguladoras, bem como matérias índole essencialmente políticas, *interna corporis* de outros poderes, como o julgamento de processos por crime de responsabilidade de Chefes do Poder Executivo pelo Poder Legislativo, a concessão final ou a rejeição do pedido de extradição pelo Presidente da República. A questão, todavia, transcende o objeto deste trabalho, sendo citada aqui apenas para registro.

Essa percepção, contudo, não infirma o aduzido acima, máxime porque as hipóteses de insindicabilidade são excepcionais e nunca absolutas, havendo sempre espaço para o controle jurisdicional, ao menos quanto aos aspectos formais e à observância dos direitos e garantias fundamentais. Outrossim, a expressão *jurisdição compartilhada*, a toda evidência, não significa exclusão da jurisdição estatal a cargo do Poder Judiciário, mas, conforme ressaltou da própria expressão, a repartição da atividade jurisdicional, em alguns aspectos, com determinados órgãos nas suas esferas típicas de atuação, mas sem excluir o acesso ao Poder Judiciário. Assim, de maneira alguma se concebe tal compreensão como um sinal de adoção, no Brasil, do sistema de dualidade de jurisdição.

No entanto, é certo que alguns autores utilizam a expressão “*coisa julgada administrativa*” para significar o ato administrativo que se tornou definitivo para a própria Administração. Nesse sentido, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>64</sup>:

No processo judicial, existe a coisa julgada formal (imutabilidade da sentença no mesmo processo em que foi proferida, por não caber mais

---

<sup>64</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op.cit. 2020. [e-book]. P. 924.

recurso) e a coisa julgada material (imutabilidade mesmo fora do processo, porque a decisão transitada em julgado faz lei entre as partes, nos termos do art. 468 do CPC e art. 503 do novo CPC). No processo administrativo, só existe a coisa julgada formal; não existe coisa julgada material, porque a decisão proferida na esfera administrativa é passível de apreciação pelo Poder Judiciário.

Portanto, a expressão coisa julgada, no Direito Administrativo, não tem o mesmo sentido que no Direito Judiciário. Ela significa apenas que a decisão se tornou irretratável pela própria Administração.

Embora se faça referência apenas à hipótese em que se exauriu a via administrativa, não cabendo mais qualquer recurso, existem outras possibilidades: (a) a decisão não mais pode ser revogada por razões de mérito; (b) a Administração perdeu o prazo para rever os atos ilegais previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99; (c) ocorreu a prescrição judicial; (d) já foi proferida decisão judicial transitada em julgado.

No Capítulo 7, item 7.11.3, referente à revogação, foram apontadas as limitações à revogação dos atos administrativos: não podem ser revogados os atos vinculados, os que exauriram os seus efeitos, os meros atos administrativos, os que geraram direitos subjetivos. Não podendo ser revogados, tornam-se irretratáveis pela própria Administração, fazendo coisa julgada administrativa.

Por outro lado, sabe-se que, em regra, os aspectos de conveniência e oportunidade do ato administrativo não serão revistos ou sindicados pelo Poder Judiciário, uma vez que tais matérias compõem o mérito do ato administrativo discricionário, de modo que a incursão nessa parcela do motivo do ato, em regra, representaria lesão ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da CRFB/88).

De todo modo, em linhas gerais, deve-se visualizar o controle jurisdicional tomando-se como ponto de partida a estrutura do ato administrativo, com todos os elementos, pressupostos ou requisitos de validade que o compõem, quais sejam: competência, objeto, motivo, finalidade e forma. A discricionariedade, atributo existente em alguns atos, quando presente, residirá nos elementos *motivo* e *objeto* – ainda assim com temperamentos, pois não há discricionariedade absoluta no Estado Democrático de Direito, existindo sempre limites impostos pela natureza pública da atividade e dos recursos envolvidos, bem assim pela própria conformação do sistema democrático. É dizer: a discricionariedade absoluta ou desregrada, que se convola em arbitrariedade, não tem espaço numa República constituída sob as bases de um

Estado Democrático de Direito. Será sempre, portanto, regrada. Cumpre referir o escólio de Carlos Ari Sundfeld<sup>65</sup>:

Descendem do princípio segundo o qual as competências dos agentes estatais se ligam às finalidades públicas a exigência de razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e boa-fé na atuação estatal, especialmente relevante quando a norma jurídica concede certa margem de liberdade para o agente decidir quando ao modo como vai exercer sua competência. A competência do agente estatal está, por definição, ligada a uma finalidade pública; quando, porém, a norma jurídica, tomada isoladamente, não forneça elementos suficientes para se precisar, de modo objetivo, o fim a ser perseguido, nem por isso este será indiferente. O direito, mesmo nos casos da maior discricionariedade, fornece sempre os elementos para a identificação, por via negativa (isto é, dizendo o que ela *não pode ser*), da finalidade do ato. E o faz através de idéias como as da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e boa-fé, das quais deriva a interdição dos atos cujos fins sejam irracionais, imorais ou consagradores da má-fé.

Em suma, o controle jurisdicional sempre poderá se realizar ao menos no que tange aos elementos *competência, finalidade e forma*. Não se pode, dessarte, seja qual for a natureza ou a origem do ato administrativo, descurar-se da finalidade pública que o justifica e orienta. Assim, mesmo um ato discricionário, caso incorra em desvio de finalidade, pode ser invalidado pelo Poder Judiciário.

Esse controle, por óbvio, ocorre em paralelo a outros mecanismos de controle interno e externo existentes dentro da própria Administração Pública, a exemplo do exercido pelas Cortes de Contas.

## 2.1 OS PARÂMETROS GERAIS E LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL

O Poder Judiciário, ao realizar o controle de juridicidade de atos administrativos – e, de forma mais abrangente, de atos da Administração Pública – exerce uma atividade ampla, que não se esgota no mero exame da conformidade dos elementos essenciais do ato com a ordem jurídica.

Com efeito, em qualquer demanda levada ao Estado-Juiz, sua atividade não se esgota na prolação de uma resposta formal e solene aos pedidos formulados. Em verdade, cabe ao Poder Judiciário, assim como aos demais atores que de alguma

---

<sup>65</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 165.

forma exerçam atribuições correlatas, tratar o conflito, de modo a extrair dele o que há de melhor, o que nem sempre significará a sua resolução (no sentido de extinção do conflito), ponto a ser aprofundado no capítulo 4.

Destarte, o controle judicial de juridicidade dos atos da Administração deve ser visto não apenas numa perspectiva estrita e limitante, como se o Judiciário atuasse no caso concreto meramente substituindo um órgão externo de controle, supervisão ou revisão da atividade administrativa. Ao revés, cabe ao órgão jurisdicional enxergar o conflito como um todo, com todas as nuances que ali se apresentam – embora não se ignore que a porção apresentada em juízo nunca corresponderá, *in totum*, à verdadeira configuração do conflito no plano fático e social – para tratá-lo, buscando uma solução ou um remédio que possa remover a lesão ou a ameaça a direito identificada, recompondo o equilíbrio da relação jurídica de direito material estabelecida entre as partes.

Nesse contexto, é bem de ver que o controle judicial propriamente dito será apenas uma parcela da atividade do Estado-Juiz diante do caso concreto, havendo situações nas quais a anulação ou o desfazimento do ato viciado, mediante decisão adjudicatória heterocompositiva, sequer se apresentará como a melhor técnica de tratamento da crise subjacente à ação judicial.

Essa é a premissa fundamental que se deve ter em mente para que se possa discutir os parâmetros e as balizas do controle judicial, a fim de que a atividade jurisdicional não seja vista sob uma perspectiva limitante, restrita ao exame técnico-jurídico de conformidade com o ordenamento jurídico. Antes, esse exame será o pressuposto lógico fundamental e estruturante de toda a solução de mérito a ser construída cooperativamente pelos sujeitos processuais, e não o objetivo final do processo (arts. 4<sup>066</sup> e 6<sup>067</sup> do CPC).

---

<sup>66</sup> “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

<sup>67</sup> “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Nesse contexto, vale retomar alguns elementos sobre o controle de legalidade (*rectius*: juridicidade) dos atos da Administração. Em primeiro lugar, conforme dito, é corrente a noção de que o Poder Judiciário não pode se imiscuir no mérito dos atos administrativos discricionários, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes. Contudo, mesmo nesse ponto aparentemente pacífico na doutrina e na jurisprudência, é preciso tecer algumas considerações para maior aprofundamento.

Inicialmente, cumpre estabelecer o que se entende por discricionariedade. A propósito, afirma Juarez Freitas<sup>68</sup>:

*Discricionariedade*, em Direito Administrativo, tem sido identificada com a liberdade (derivada da natureza aberta ou da teleologia dos comandos jurídicos) para a emissão de juízos de conveniência ou de oportunidade quanto à prática de determinados atos.

Ainda no campo conceitual, é importante não confundir *discricionariedade* com *conceitos jurídicos indeterminados*. Embora ambos carreguem, na prática, algum grau de subjetividade do aplicador da norma, trata-se de fenômenos distintos. No particular, afirmava Hely Lopes Meirelles<sup>69</sup>:

A discricionariedade só pode decorrer de atribuição da lei. Assim, a mera existência dos chamados “conceitos indeterminados” ou “imprecisos”, porque não têm conteúdos inequívocos, a nosso ver, não gera discricionariedade, mas necessidade de interpretação do conceito, a ser feita especialmente fundada nos princípios da finalidade e da razoabilidade. Assim, quando o texto legal usar conceitos indeterminados, a discricionariedade somente poderá ser reconhecida se a lei também autorizá-la.

(...)

Por aí se vê que a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à *competência*, à *forma* e à *finalidade* do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado.

No mesmo sentido, aduz José dos Santos Carvalho Filho<sup>70</sup>:

---

<sup>68</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 369.

<sup>69</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 132.

<sup>70</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O Estado em Juízo no Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2016. E-book. P. 106.

A discricionariedade não se confunde com os conceitos jurídicos indeterminados. Naquela, o administrador pode optar por uma dentre várias condutas legítimas, ao passo que nestes a lei oferece ao aplicador o ensejo de promover a subsunção do fato à norma, levando em conta os objetivos legais, não sendo, pois, uma opção absolutamente livre.

Conforme já tivemos a oportunidade de registrar, o motivo da confusão entre os institutos decorre do fato de que ambos se situam na atividade não vinculada do Estado. Mas, enquanto o conceito jurídico indeterminado se aloja no plano de previsão da norma (antecedente), porque a lei já fixa os efeitos que devem resultar do fato correspondente ao pressuposto nela contido, a discricionariedade se encontra no plano da estatuição da norma (consequente), já que o legislador deixa ao órgão o poder de, por si mesmo, configurar esses efeitos.

Um bom exemplo de conceito jurídico indeterminado, que não se confunde com discricionariedade administrativa, consiste exatamente no tema do interesse público, já abordado neste trabalho. Dissemos anteriormente, no item 1.1.1, citando trecho de obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que o interesse público configura um dos princípios limitadores da discricionariedade.

Pois bem. Conquanto seja comum classificar os atos administrativos em vinculados e discricionários (dentre outros critérios classificatórios), em verdade, tal distinção se faz por aproximação, pois discricionariedade e vinculação são atributos dos atos administrativos, e não propriamente elementos capazes de defini-los. Afinal, não há ato administrativo completamente discricionário (o que significaria verdadeira arbitrariedade, incompatível com o Estado Democrático de Direito). Antes, há atos dotados de maior ou menor grau de discricionariedade. E, ainda, mesmo a discricionariedade será sempre regrada, conforme também já sinalizado acima. Essa ponderação enseja, inclusive, fundadas críticas sobre a própria terminologia, pois haveria atecnia na expressão “ato discricionário”. No ponto, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>71</sup>:

Uma das grandes distinções que se faz entre os atos administrativos e à qual se atribui o maior relevo, com justa razão, é a que os separa em atos vinculados e “discricionários”. Em rigor, estes últimos só se nominariam adequadamente como “atos práticos no exercício de competência discricionária”. Com efeito, a dicção “ato discricionário”, só pode ser tolerada como uma forma elíptica de dizer “ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção” e, mesmo assim, cumpre advertir que a impropriedade da nomenclatura corrente (que leva à oposição

---

<sup>71</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. P. 351.



ato discricionário/ato vinculado) é causa de inúmeros e graves equívocos jurídicos.

(...)

Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é *exercício de juízo discricionário* quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e *opções* discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público *in concreto*, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste *juízo* ou desta *opção*.

De forma semelhante, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>72</sup>:

A partir da ideia de que certos elementos do ato administrativo são sempre vinculados (a competência e a finalidade, em sentido estrito), pode-se afirmar que não existe ato administrativo inteiramente discricionário. No ato vinculado, todos os elementos vêm definidos na lei; no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos na lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência.

Sobre a questão terminológica, cabe aqui um adendo. Segundo pensamos, de fato há um grau de atecnia na expressão “ato discricionário”, sendo mais adequado falar-se em discricionariedade e vinculação. Contudo, trata-se de expressão consagrada na doutrina e na jurisprudência, que revela, em verdade, o uso de metonímia, figura de linguagem que permite a substituição de parte pelo todo ou de um termo por outro em virtude de uma aproximação ou ligação. Assim, em lugar de se falar em “ato com elementos discricionários” ou “ato com algum grau de discricionariedade”, toma-se a discricionariedade presente no ato como um elemento capaz de defini-lo. Semelhante processo semântico ocorre com a expressão “direitos indisponíveis”, muito importante para o presente trabalho, e em relação à qual entendemos da mesma maneira: há atecnia no seu emprego de forma generalizada, como sói ocorrer entre nós, mas isso é justificável pela metonímia que não raro se manifesta no meio jurídico.

O importante é reconhecer a essência de cada instituto e, principalmente, notar que tais institutos sofrem mutações, releituras ou reconfigurações ao longo do tempo com a mudança de referenciais ou paradigmas normativos, que funcionam como bússolas para a interpretação das normas jurídicas e atribuição de significados aos institutos. Assim também, as compreensões firmadas pela doutrina, enquanto

---

<sup>72</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op.cit. 2020. [e-book]. P. 248.

Ciência do Direito, igualmente influenciam na construção de sentidos, mesmo em relação aos institutos clássicos, que, embora possam se perenizar, não permaneçam estanques, intangíveis no mundo jurídico. Expostas às constantes mudanças nos meios jurídico, social, cultural e econômico, bem como à influência de novos conceitos e costumes, o significado dos institutos sofrem transformações ao longo do tempo, num processo lento, dialético, não-linear e dinâmico que se pode nominar *intemperismo jurídico*. Tomando de empréstimo a expressão própria da Geologia, assim como as rochas sofrem transformações por fatores naturais externos ao longo do tempo, também os conceitos e institutos jurídicos estão expostos a mutações e reconfigurações pela ação do tempo, aliados aos diversos fatores acima relacionados. Esse processo pode erodir a rigidez conceitual de institutos clássicos, com perda ou redução de seus elementos, mas também pode resultar na aquisição de novos significados ou na decomposição de seu conteúdo, acarretando desmembramento, mitigação ou flexibilização.

Assim, segundo nos parece, expressões como “interesse público”, “atos discricionários” e “direitos indisponíveis”, além de outras, vêm sendo reconfiguradas ao longo do tempo, sobretudo pela Constituição de 1988, ante a principiologia que lhe é própria, e pela legislação que se lhe seguiu, notadamente, no que toca ao presente trabalho, o microssistema de tratamento adequado de conflitos. Quanto aos direitos indisponíveis, nos debruçaremos mais adiante. Feito esse adendo, retomamos a discussão sobre o controle dos atos discricionários.

Diante do exposto, mesmo no que concerne ao *mérito do ato administrativo*, haverá espaços para apreciação da sua juridicidade pelo Poder Judiciário. É que a discricionariedade, quando presente, somente existe nos termos e limites da lei. O que não poderá ser sindicado judicialmente será o *núcleo* do ato dito discricionário (*rectius*: o ato predominantemente discricionário).

Ao se aludir ao mérito do ato, entendem-se os critérios de conveniência e oportunidade. Porém, mesmo em relação ao que se entende por mérito, há elementos acessórios, paralelos, acidentais ou não-essenciais sujeitos a controle

jurisdicional por ostentarem aspectos vinculados. Cabe referir a afirmação de Juarez Freitas<sup>73</sup>:

A distinção, bem pensadas as coisas, entre atos administrativos vinculados propriamente ditos e atos discricionários vinculados a princípios e direitos fundamentais radica no atinente à intensidade do vínculo à lei. Não deve servir para gerar confusões ou enfraquecer a sindicabilidade.

Deve-se ponderar, ainda, que o controle de juridicidade vai muito além da ideia de controle de legalidade em sentido estrito, pois aquele compreende todo o manancial de princípios, postulados, convenções e deve guardar obediência, em primeiro lugar, à Constituição Federal e a todas as normas que compõem o chamado “bloco de constitucionalidade”.

Assim, mesmo um ato aparentemente legal, revestido das formalidades legais e predominantemente discricionário, pode se revelar antijurídico por ofender princípios constitucionais, destoar da interpretação sistemática ou teleológica do ordenamento jurídico, ou ainda, por revelar abuso de direito, excesso de poder ou exercício abusivo de competência outorgada por lei. A propósito, anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>74</sup>:

Com o passar dos tempos, inúmeras teorias foram sendo elaboradas para justificar a extensão do controle judicial sobre aspectos antes considerados como abrangidos pelo conceito de mérito. A teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento do interesse público; a teoria dos motivos determinantes permitiu o exame dos fatos ou motivos que levaram à prática do ato; a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a sua aceitação como conceitos jurídicos permitiu que o Judiciário passasse a examiná-los e a entrar em aspectos que também eram considerados de mérito; a chamada constitucionalização dos princípios da Administração também veio limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle judicial sobre os atos discricionários.

Portanto, é possível visualizar claramente a interseção entre o princípio da juridicidade (que caracteriza a feição atual do princípio da legalidade) e a

---

<sup>73</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. Op.cit. 2007. P. 388.

<sup>74</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op.cit. 2020. [e-book]. P. 251.

discricionariedade administrativa. Aliás, em obra dedicada especificamente ao tema (“Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988”), a mesma autora aborda a matéria com profundidade e sustenta<sup>75</sup>:

No direito brasileiro, conforme assinalado, o juiz não tem a mesma tradição de órgão criador do direito administrativo, ao contrário da França, onde o direito administrativo é de formação essencialmente pretoriana.

Mas isso não significa que o Judiciário não possa apreciar os atos discricionários, reduzindo também os limites da discricionariedade pela aplicação dos princípios gerais do direito. Sempre que a Administração tenha várias opções para atingir a mesma finalidade, ela deve necessariamente optar por solução que esteja em consonância com os princípios gerais do direito.

Por isso mesmo, em vez de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pela *lei*, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo *Direito*. O princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em *Estado de Direito* propriamente dito.

Essa obra contém a sistematização completa do tema, demonstrando toda a evolução doutrinária acerca da noção de discricionariedade. Não há dúvidas de que esse conceito foi reconfigurado pela Constituição de 1988, diante de toda a principiologia trazida pela Carta, de modo que não se pode entender a discricionariedade atualmente com o mesmo sentido que se lhe emprestava antes do seu advento. A autora sintetiza a questão nos seguintes termos<sup>76</sup>:

A discricionariedade não é mais a liberdade de atuação limitada pela *lei*, mas a liberdade de atuação limitada pelo *Direito*.

Hoje, pode-se definir a discricionariedade administrativa como a *faculdade que a lei confere à Administração para apreciar os casos concretos, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito*.

À medida que o princípio da legalidade adquire conteúdo material antes desconhecido, aos limites puramente formais à discricionariedade administrativa, concernente à competência e à forma, outros foram sendo acrescentados principalmente pela jurisprudência dos países em que o papel do Poder Judiciário não se resume à aplicação pura e simples da lei formal, mas se estende à tarefa de criação do direito. Disso constituem exemplos vivos a Corte Suprema dos Estados Unidos da América do Norte e o Conselho de Estado francês.

Muitas teorias e princípios de origem pretoriana foram incorporados pela doutrina do direito administrativo estrangeiro e, por intermédio deste, ao

<sup>75</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2001. P. 173.

<sup>76</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. Op.cit. 2001. P. 233.

direito brasileiro e consagrados, em grande parte, pelo direito positivo, inclusive, agora, pela Constituição.

Primeiramente, pela teoria do *desvio de poder*, elementos de moralidade administrativa foram incorporados à idéia de legalidade, para invalidar os atos praticados com finalidade diversa daquela que justificou a regra de competência.

Depois, a teoria dos motivos determinantes tornou possível o exame dos *motivos* pelo Poder Judiciário, para invalidar atos administrativos baseados em motivos falsos ou inexistentes.

Hoje, o controle judicial amplia-se pelo acolhimento de vários princípios de origem pretoriana.

A autora cita, ainda, os seguintes princípios como limites à discricionariedade administrativa: razoabilidade, moralidade administrativa, princípios gerais de direito (exemplos: devido processo legal, vedação de enriquecimento ilícito, igualdade, continuidade dos serviços públicos, mutabilidade dos contratos) e supremacia do interesse público. E arremata<sup>77</sup>:

Todos esses princípios foram acolhidos implícita ou explicitamente na Constituição de 1988. Eles limitam a discricionariedade administrativa, norteiam a tarefa do legislador e ampliam a ação do Poder Judiciário, que não poderá cingir-se ao exame puramente formal da lei e do ato administrativo, pois terá que confrontá-los com os valores consagrados como dogmas na Constituição.

Entretanto, é bom que se diga, para absoluta clareza, que a citada autora não defende expressamente o controle do mérito do ato discricionário, mas sustenta que o âmbito efetivamente meritório do ato foi reduzido pela Constituição de 1988, ante o influxo dos princípios já mencionados. Logo, é preciso ficar atento a uma questão conceitual que indica uma aparente dissonância entre autores que defendem, essencialmente, a mesma compreensão neste ponto. Alguns autores situam a aplicação de parâmetros como desvio de finalidade, teoria dos motivos determinantes e princípios gerais de Direito Administrativo no âmbito do controle de legalidade (*rectius*: juridicidade) do ato, de modo que não haveria, nessa linha de intelecção, a possibilidade de o Poder Judiciário efetuar qualquer controle sobre o mérito do ato discricionário, pois o controle se limitaria à análise dos limites da discricionariedade. A propósito, esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>78</sup>:

---

<sup>77</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. Op.cit. 2001. P. 234.

<sup>78</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op.cit. 2020. [e-book]. P. 254.

Com a constitucionalização dos princípios, especialmente no artigo 37, caput, da Constituição e em outros dispositivos esparsos, sem falar nos que são considerados implícitos (como os da segurança jurídica, razoabilidade, motivação), o conceito de legalidade adquiriu um novo sentido, mais amplo, que abrange não só os atos normativos, como também os princípios e valores previstos implícita ou explicitamente na Constituição. Hoje fala-se em legalidade em sentido restrito (para abranger as matérias que exigem lei, como ato legislativo propriamente dito) e legalidade em sentido amplo. Nos dois sentidos, a legalidade limita a ação da Administração Pública. A ampliação da legalidade trouxe como consequência a redução da discricionariedade e a ampliação do controle judicial sobre aspectos que antes eram considerados como mérito. Por outras palavras, **o que ocorreu foi uma sensível redução do mérito do ato administrativo, porque aspectos que eram considerados como mérito, insuscetíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como de legalidade, em sentido amplo.**

(...)

Por isso, quando se diz que o Judiciário pode controlar o mérito do ato administrativo, essa afirmação tem que ser aceita em seus devidos termos: o que o Judiciário pode fazer é verificar se, ao decidir discricionariamente, a autoridade administrativa não ultrapassou os limites da discricionariedade. Por outras palavras, o juiz controla para verificar se realmente se tratava de mérito.

(Grifamos)

Observe-se claramente, do excerto acima, a reconfiguração pela qual passou o conceito de *mérito* do ato administrativo, máxime diante da mudança de bússola com o advento da Constituição de 1988, que dedica uma principiologia própria à disciplina da Administração Pública, isto é, ao Direito Administrativo Positivo, com estatura constitucional.

Por outro lado, significativa parte da doutrina entende expressamente pelo controle do mérito propriamente dito, com limitações, pois alguns desses parâmetros operariam justamente nos elementos *motivo* e *objeto* do ato, a exemplo da teoria dos motivos determinantes. Essa é a compreensão adotada neste trabalho. De todo modo, é importante notar que as aparentes divergências, não raro, se manifestam apenas no plano retórico, pois em essência se defende o mesmo conteúdo, apenas havendo variações quanto ao que se entende por mérito do ato administrativo.

Nessa direção, reconhecendo a existência do controle jurisdicional de mérito do ato administrativo, sempre mais restrito do que o controle de legalidade, afirma Marçal Justen Filho<sup>79</sup>:

---

<sup>79</sup> Op. Cit. 2018.

Quanto à natureza da atividade controlada, o controle pode ser de legalidade ou de mérito.

O controle de legalidade objetiva verificar se a conduta controlada é compatível com a disciplina prevista numa norma jurídica, tal como se passa, por exemplo, quando o Poder Judiciário revisa ato administrativo de anulação de um contrato por vício. A validade da anulação de um contrato depende da verificação dos requisitos fixados na norma jurídica.

O controle de mérito visa à revisão do conteúdo da decisão discricionária, tal como se passa no caso de revisão pelo Poder Judiciário da rescisão de um contrato por inconveniência.

A amplitude do controle de legalidade é muito maior, já que existe uma norma estabelecendo os pressupostos ou o conteúdo do ato objeto de controle. Enquanto isso, o controle de mérito é muito mais limitado, porque o direito reconhece ao agente o poder de realizar escolhas segundo a própria avaliação de conveniência e oportunidade. Isso não significa a inviabilidade do controle sobre o mérito do ato, sendo cabível verificar se o sujeito adotou todas as precauções necessárias para praticar um ato adequadamente e se orientou a sua conduta à obtenção das finalidades previstas pela ordem jurídica.

Em sentido semelhante, aduz Cassio Scarpinella Bueno<sup>80</sup>:

Mesmo quando, como é comuníssimo ocorrer, sustenta-se que se está diante de ato “discricionário” ou do “mérito” do ato estatal (em específico, do administrativo), é fundamental que a investigação jurisdicional não seja aprioristicamente interrompida. É mister que se constate que, realmente, se está em um daqueles casos (menos comuns do que parecem) de verdadeira discricionariedade ou de mérito do ato a afastar a viabilidade de controle jurisdicional sem agressão ao art. 2º da CF.

Também é interessante conferir a lição de Juarez Freitas<sup>81</sup>:

O mérito administrativo (relativo a juízos de conveniência ou de oportunidade) pode até não ser, no geral das vezes, diretamente controlável, mas o demérito (o excesso arbitrário ou a omissão antijurídica) o será, sempre.

Pode-se, então, entender a *discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais para a efetividade do direito fundamental à boa administração pública.*  
(...)

---

<sup>80</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book. P. 53.

<sup>81</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. Op.cit. 2007. P. 370.

Em outras palavras, todo e qualquer ato discricionário que se tornar lesivo a um dos princípios fundamentais deve ser anulado. Mais: são os atos discricionários, sob certo aspecto, aqueles que mais rigorosamente, no exercício do controle sistemático (não se trata de controle mínimo nem máximo, mas proporcional), demandam atenção, não para tolher o administrador público, muito menos para usurpar as suas funções, mas para, dentro de limites razoáveis e prudenciais, coibir motivações destituídas de consistência.

Por outro lado, é preciso reconhecer que há espaços de escolha que cabem somente à autoridade administrativa ou ao gestor público e que decorrem naturalmente do sistema. Ou seja, nem sempre o direito positivo contemplará expressamente essa margem de eleição da conduta mais adequada pelo agente público competente, mas tal compreensão emanará da interpretação lógico-sistemática do ordenamento jurídico. Assim, substituir a conduta eleita pela autoridade pública por um juízo próprio de conveniência e oportunidade do magistrado também destoa de toda a construção teórica existente em nosso país acerca da independência dos Poderes. E aqui é necessária uma dose especial de autocontenção, pois o Poder Judiciário possui a prerrogativa (e o ônus) de decidir em último lugar, ficando com a última palavra. No ponto, cabe rememorar as lições de Hely Lopes Meirelles<sup>82</sup>:

Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois a Justiça poderá dizer sobre sua legitimidade e os limites de opção do agente administrativo, ou seja, a conformidade da discricionariedade com a lei e com os princípios jurídicos.  
O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz.

Deve-se alertar, no entanto, que o autor entendia pela impossibilidade de qualquer controle judicial sobre o mérito do ato, posicionamento diverso do adotado neste trabalho, na linha dos demais autores acima citados<sup>83</sup>:

*Controle de mérito* – É todo aquele que visa à comprovação da eficiência, do resultado, da conveniência ou oportunidade do ato controlado. Daí por que esse controle compete normalmente à Administração e, em casos excepcionais, expressos na Constituição, ao Legislativo (CF, art. 49, IX e X), mas nunca ao Judiciário.

---

<sup>82</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 135.

<sup>83</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Op. Cit. 2014. P. 757.



No direito comparado, há diversos exemplos de ordenamentos jurídicos que permitem maior ou menor controle judicial sobre atos discricionários, inclusive com modulações a depender do conteúdo do ato. Há tendência, por exemplo, de que o Judiciário aja com maior deferência em relação a atos de natureza eminentemente política ou com alto grau de complexidade técnica em área específica do conhecimento, como tem sido observado entre nós, de forma predominante. Em trabalho que aborda amplamente essas nuances no direito comparado em matéria de controle judicial da Administração Pública, assevera Eduardo Jordão<sup>84</sup>:

O primeiro exemplo é o do regime jurídico da discricionariedade no Direito Italiano. Na teoria dominante nesse País a discricionariedade corresponde à competência administrativa para realizar a ponderação e o balanceamento de interesses públicos conflitantes no espaço de indeterminação normativa. A atuação administrativa discricionária, portanto, envolve eleição de prioridades e aspirações da coletividade – todas elas conformes ao Direito.

Mais adiante, aprofundando-se na análise de tal entendimento, arremata o autor<sup>85</sup>:

A primeira consequência indireta importante da orientação judicial deferente no caso de decisões administrativas de natureza política reside no fato de que ela joga luzes sobre uma realidade: a de que a decisão em questão veicula uma *opção* da autoridade administrativa. Num contexto de controle judicial não deferente, a autoridade administrativa e os próprios tribunais podem sempre adotar o discurso de que determinada alternativa é *imposta* pelo sistema jurídico, não havendo qualquer espaço para escolhas. O reconhecimento da *indeterminação jurídica* – o reconhecimento, portanto, do fato de que *não há apenas uma solução juridicamente permitida* – tem o condão de destacar a existência de uma *opção*, de uma escolha efetuada pela autoridade administrativa.

Desta feita, em linhas gerais pode-se afirmar que, quanto maior for a margem de discricionariedade do gestor público em cada situação concreta, tanto maior deverá ser o parâmetro de autocontenção do Poder Judiciário. Por conseguinte, quanto menor for a discricionariedade administrativa, maior deverá ser a intervenção do judicial, buscando o reequilíbrio da relação jurídica, sobretudo quando em consideração interesses de pessoas hipossuficientes ou hipervulneráveis.

---

<sup>84</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle.** São Paulo: Malheiros, 2016. P. 92.

<sup>85</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: Op.cit.** 2016. P. 105.

Vale salientar que não se ignora o debate doutrinário acerca do ativismo judicial, entendido em geral como a ingerência do Poder Judiciário em atos ou esferas de atribuições de outros Poderes. No entanto, não se considera, na linha adotada neste trabalho, o ativismo judicial como fundamento cientificamente apto para se sustentar ou refutar o controle judicial de juridicidade dos atos da Administração. Isso porque se trata de expressão polissêmica e muitas vezes empregada em tom depreciativo em relação a decisões judiciais, sem que se discutam efetivamente os fundamentos da decisão, tendo sempre em mente a Supremacia da Constituição.

Em suma, entendemos que o foco deve estar sempre nos fundamentos jurídicos, seja para acolher, seja para rejeitar qualquer pretensão, e o uso do termo *ativismo judicial*, embora tenha sua razão de ser, lamentavelmente assumiu significados extrajurídicos que obscurecem o debate técnico-jurídico, sobretudo em torno de questões que envolvem a jurisdição constitucional ou o controle de juridicidade de atos da Administração.

## 2.2 O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NO CONTROLE DE JURIDICIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO E NO TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS

A advocacia pública é um dos principais atores que participam do tratamento adequado dos conflitos com o Poder Público, na medida em que a ela compete a representação judicial e a consultoria jurídica das pessoas jurídicas de direito público. Portanto, não há como se falar em tratamento adequado sem um direcionamento da atuação dos advogados públicos a esse propósito.

Assim, em primeiro lugar, faz-se necessário discutir se a atuação da Advocacia Pública na esfera extrajudicial deve ocorrer mediante “consultoria” em sentido estrito, mas também, de forma ativa, na implementação direta de técnicas voltadas à autocomposição.

Na linha de todo o afirmado acima, é seguro afirmar que a Fazenda Pública, assim como todo e qualquer litigante em potencial, não deve orientar sua demanda ao Poder Judiciário como via preferencial ou necessária para a resolução do conflito.

Em verdade, deve-se buscar analisar qual a via mais adequada (ou quais as vias, mediante combinação de técnicas), diante da situação concreta.

Nesse sentido, a expressão “consultoria jurídica”, no contexto das atribuições dos advogados públicos, deve ser entendida em sentido amplo, apto a contemplar não apenas a formulação de pareceres, mas também, o encaminhamento do conflito a todos os meios potencialmente capazes de tratá-lo adequadamente na esfera extrajudicial, evitando-se, o quanto possível, a sua judicialização. A propósito, lecionam Fernanda Tartuce e Bruno Lopes Megna<sup>86</sup>:

No âmbito extrajudicial, a Administração Pública pode fazer autocomposições, não só mediante câmaras (de índole pública ou privada), mas também de forma direta, mediante negociação, prevenir ou encerrar litígio – além, claro, das inúmeras autocomposições implícitas em procedimentos administrativos que resultam em aditamentos contratuais e em outros acertamentos administrativos de várias sortes. Recentemente, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi além ao prever que, no âmbito administrativo, controlador ou judicial, “para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos” (art. 27, § 2º, do Decreto federal 4.657/1942, na redação dada pela Lei 13.655/2018) – tipificando hipótese de consensualidade administrativa, de caráter processual, que se coloca ao lado daquela genericamente prevista para os processos judiciais (art. 190) e também de uso válido pela Fazenda Pública em juízo.

Como se pode notar, a legislação contempla não apenas permissões, mas também diversos mecanismos de estímulo à autocomposição envolvendo a Fazenda Pública, de modo que não é possível interpretar-se restritivamente a atuação da advocacia pública meramente às atividades de “consultoria” e “representação judicial”. No ponto, arrematam Fernanda Tartuce e Bruno Lopes Megna<sup>87</sup>:

Para os fins aqui colocados, importa registrar que, diante do mandamento de que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 3º, § 2º, do CPC), não se pode excluir a interpretação de que essa “promoção” deverá estar presente nas situações em que a própria Administração Pública seja parte do conflito. Em verdade, embora aqui se tenha focado no Estado representado pelo Poder Executivo, é possível

---

<sup>86</sup> TARTUCE, Fernanda; MEGNA, Bruno Lopes. Fomento estatal aos meios consensuais de solução de conflitos pelos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. In: ÁVILA, Henrique; WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021.

<sup>87</sup> TARTUCE, Fernanda; MEGNA, Bruno Lopes. Fomento estatal aos meios consensuais de solução de conflitos pelos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. In: ÁVILA, Henrique; WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021.

entender que tal mandamento se dirige até mesmo para as situações em que o Estado-parte esteja em juízo em decorrência da atividade dos próprios Poderes Legislativo (e.g., demandas sobre a atividade administrativa do parlamento) e Judiciário (e.g., demandas sobre erro judiciário). Em qualquer dos casos, parece estar superada a questão sobre se o Estado poderá participar de soluções consensuais nos conflitos de que é parte: a legislação não só o autoriza como o incentiva; resta à doutrina, agora, debruçar-se sobre *como*.

A toda evidência, a desjudicialização deve ser um norte de todos os operadores jurídicos, não porque o Judiciário não se mostre capaz de tratar os conflitos que a ele se apresentam, mas porque é preciso reconhecer que não há uma única fórmula pré-concebida que possa se mostrar como a mais adequada ao tratamento de conflitos. Dessa forma, quando se defende a desjudicialização de conflitos, a conduta que se pretende combater não é o ajuizamento de ações nos casos em que se tal se mostre necessário, mas o ajuizamento indiscriminado, sem uma análise prévia de sua adequação como o melhor método diante do caso concreto. Em suma, cuida-se de um dificultoso processo de conscientização dos profissionais do Direito para as técnicas existentes nessa matéria, buscando-se a superação ou, ao menos, a mitigação da cultura do litígio, traço marcante em nossa tradição jurídica.

Essa compreensão, com muito mais razão, deve se aplicar à Fazenda Pública e, por conseguinte, aos atores que veiculam suas pretensões e exceções em juízo. Isso porque, conforme cediço, o Poder Público é o maior litigante em nosso País, o que aponta que a judicialização tem sido o método preferencial (quase exclusivo, em verdade) de tratamento de conflitos com a Fazenda Pública. Sobre o tema, lecionam Rodrigo Mazzei e Paula Paraguassu da Silva<sup>88</sup>:

Embora mais vinculada à autonomia privada enquanto expressão de aplicação do direito privado, a desjudicialização vem desempenhando, com autorização e estímulo legal, seu papel no âmbito da Administração Pública, porém de forma mais tímida e quase sempre vinculada a questões de ordem patrimonial.

(...)

Trata-se, como visto, de importante aproximação do Poder Público da desjudicialização ou da utilização de outros métodos – além do judicial – de tratamentos de conflitos que sejam mais adequados às controvérsias nascidas no âmbito da Administração Pública e pode-se afirmar que a tendência observada no mundo e no Brasil – especialmente a partir da Resolução nº 125/2010 do CNJ e das legislações editadas posteriormente

---

<sup>88</sup> MAZZEI, Rodrigo; SILVA, Paula Paraguassu da. O Inevitável Dueto Tratamento Adequado dos Conflitos e Segurança Pública. **Revista Jurídica**. Vol. 522. Abril/2021. Editora Síntese. P. 32.

ao Código de Processo Civil de 2015, no Brasil – de independência dos interessados da solução adjudicada pelo Poder Judiciário tem aberto espaço amplo no eixo da Administração Pública.

Não se pode perder de vista, ainda, que o conflito judicializado, não raro, se torna muito mais dispendioso, na medida em que se agregam honorários advocatícios, custas e despesas processuais, bem como todos os malefícios decorrentes do tempo decorrido até a decisão definitiva e a satisfação do direito. Nesse ponto, comentando as inovações trazidas pelas Centrais de Negociação da Advocacia-Geral da União, afirmam Carlos Henrique Costa Leite e Clara Rachel Barros Nitão<sup>89</sup>:

Além da viabilidade jurídica do acordo, as Centrais de Negociação devem avaliar se a avença apresenta economicidade para o Poder Público. Conforme disposto no art. 9º da Portaria “A economicidade do acordo para a União estará configurada quando: I - o acordo resultar em redução no valor estimado do pedido ou da condenação; II - o acordo resultar em condições de pagamento mais benéficas à União; III - o acordo resultar na transferência do ônus de pagamento ou de cumprimento de obrigação para outra parte ou interessado; IV - o custo do prosseguimento do processo judicial for superior ao de seu encerramento; V - a obrigação de fazer puder ser cumprida da forma mais favorável à União; ou VI - houver interesse social na solução célere da controvérsia.”

Nesse sentido, a economicidade deve ser compreendida como a qualidade do gasto público com a formalização do acordo. Assim, além de atender ao princípio da legalidade e do interesse público, é necessário verificar se o valor desembolsado, naquele momento, com a formalização do acordo é justificado pelo benefício alcançado - é a análise da qualidade do gasto público, compreendida como a relação de custo-benefício entre o que foi pago e o que se alcançou como resultado com a formalização do acordo.

A propósito, afirmam Eduardo Cambi e João Paulo A. Vasconcelos<sup>90</sup>:

Tomando-se por base, neste trabalho, a Advocacia-Geral da União (AGU), infere-se que, atualmente, são restritas as possibilidades de negociação e conciliação conferidas aos Advogados Públicos federais

---

<sup>89</sup> LEITE, Carlos Henrique Costa; NITÃO, Clara Rachel Barros. Centrais de Negociação da Procuradoria-Geral da União: evolução do modelo autocompositivo e os novos critérios para a realização de acordos. In: ÁVILA, Henrique; WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021.

<sup>90</sup> CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. In: **Fazenda Pública**. ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio [coords]. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 3. DIDIER JR., Fredie [coordenador geral]. P. 148.

(APF). Resumem-se a atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) e a algumas autorizações pontuais para a celebração de acordos voltados à recuperação de créditos ou ao pagamento de obrigações.

À Advocacia Pública Federal (APF) ainda é reservado um espaço limitado de conciliação, invariavelmente relacionado a temas ou matérias cuja desfecho já está traçado na jurisprudência das Cortes Superiores e condicionado à edição de súmulas administrativas ou de Instruções Normativas a cargo do Advogado-Geral da União, conforme preconizado na Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (LOAGU), a Lei Complementar nº 73/1993.

(...)

A cultura da judicialização, no âmbito da Administração Pública, infelizmente, hostiliza o uso de meios alternativos de solução de conflitos se impondo com argumentos de legalidade estrita, de interesse público, de crédito indisponíveis, os quais eram frequentemente apresentados contra a utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública. Felizmente, tal dimensão foi superada pela Lei nº 13.129/15.

A questão da arbitrabilidade dos conflitos que envolvem a Administração Pública é normalmente enfrentada na quadra dos contratos administrativos, em especial naqueles que dispõem sobre a concessão de serviços públicos. Dizia-se que, se a arbitragem estabelece entre os contratantes o compromisso de sujeição do conflito à jurisdição arbitral, haveria renúncia ou exclusão do controle judicial de mérito, contrariando a inafastabilidade da jurisdição. Ademais, a vedação ao juízo arbitral estava assentada na indisponibilidade do interesse público.

De qualquer forma, prevendo eventual arguição de inconstitucionalidade da Lei n.º 13.129/2015, pode-se sustentar que a “reserva de Justiça estatal” de que trata o texto constitucional (art. 5º, inc. XXXV) não determina que todas as demandas devam ser encaminhadas ao Poder Judiciário, mas tão somente que tal acesso deve operar como uma cláusula de reserva, de cunho residual. A heterocomposição dos litígios se harmoniza com a diretriz da democracia participativa e pluralista, pela qual as pessoas estão credenciadas e legitimadas a participar do esforço comum para a boa gestão da coisa pública.

Nada obstante, independentemente de qualquer reforma legislativa, é certo que o panorama normativo atual permite aos membros da advocacia pública uma atuação concreta e efetivamente voltada para o tratamento adequado dos conflitos, rejeitando-se a postura adversarial e litigante, que tende a se tornar mais morosa e custosa para os cofres públicos.

Nesse contexto, deve-se ponderar que a presença frequente da Fazenda Pública em ações judiciais (como visto, entidades públicas são as maiores litigantes em nosso país) sinaliza para a existência de demandas altamente padronizadas e repetitivas, as quais poderiam ser evitadas caso a Administração Pública passasse a internalizar os entendimentos predominantes na jurisprudência, evitando-se a multiplicação de demandas relativas aos mesmos temas.

No ponto, é importante discutir o papel da advocacia pública, pois ao representar as entidades públicas judicialmente e, muitas vezes, com poder de decisão quanto à celebração de transações ou atos de reconhecimento de direitos, cabe ao advogado público refletir sobre tais questões. Não custa lembrar que a advocacia pública também é responsável pelo assessoramento e pela consultoria jurídica das mesmas entidades, de modo as lições hauridas da prática forense e do estudo da jurisprudência podem perfeitamente ser levadas em consideração na elaboração de pareceres administrativos e no delineamento de práticas administrativas e de políticas públicas. A propósito do tema, e relacionando-o com a mediação envolvendo o Poder Público, afirma Kaline Ferreira<sup>91</sup>:

Não podemos nos acomodar com a produção de efeitos casuísticos e em litígios individuais quando se trata de mediação envolvendo ente público. Quando a Administração é chamada para mediar um conflito envolvendo uma prestação do serviço público, por exemplo, não se pode imaginar que o problema será sanado naquele caso, desprezando-se a potencial fonte geradora de conflitos similares que abarrotarão o órgão de mediação. A Administração Pública tem que utilizar a mediação como um observatório eficaz para exercer reformas de políticas pública, evitando a repetição de demandas. A obtenção de dados precisos, concretos e atualizados das diversas relações estabelecidas com o Estado, nas suas mais variadas facetas temáticas, é uma das maiores forças da mediação. A partir da abertura e do contato com o público, a Administração evitará o litígio na sua origem, praticando reformas e modificando procedimentos.

No mesmo sentido, e contextualizando a matéria no cenário da pandemia de Covid-19, afirma Artur Barbosa da Silveira<sup>92</sup>:

Dado o vertiginoso índice de judicialização e a expectativa de seu aumento em razão dos efeitos da pandemia do Coronavírus, vemos que a utilização da conciliação, da mediação e da arbitragem – que constituem formas alternativas de solução de conflitos –, é inegavelmente, na nossa concepção, um espaço aberto do pleno desenvolvimento de uma nova advocacia pública proativa e preventiva, inclusive na seara do direito médico e da saúde, funcionando como possível solução disruptiva da judicialização e abrindo novos caminhos para a efetividade dos direitos fundamentais e a democratização do direito à justiça, a exemplo da chamada “Justiça Restaurativa”, adotada no âmbito criminal.

---

<sup>91</sup> FERREIRA, Kaline. A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público: o que mudou depois da lei de mediação? **Revista dos Tribunais**. Vol. 982/2017. P. 323-333. Ago/2017.

<sup>92</sup> SILVEIRA, Artur Barbosa da. A Judicialização da saúde em tempos de pandemia e o papel preventivo e proativo da advocacia pública. **Revista de Direito e Medicina**. Vol. 10/2021. Set-Dez/2021.

Nesse panorama, muito se discute sobre o alcance da expressão “interesse público” para efeito da identificação e delimitação dos interesses que devam ser defendidos pela advocacia pública, tanto em juízo quanto fora dele.

Com efeito, é corrente a noção de que compete à advocacia pública a defesa do “interesse público secundário”, assim entendido, em linhas gerais, como o interesse da Fazenda Pública, quase sempre ligado a questões patrimoniais da entidade pública isoladamente considerada, o que se distingue do interesse da coletividade, o qual seria, frequentemente, tutelado pelo Ministério Público. Nesse sentido, afirma Luís Roberto Barroso<sup>93</sup>:

O interesse público *primário* é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda sociedade. O interesse público *secundário* é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica - quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

A distinção entre interesses públicos primários e secundário também será importante quando avançarmos para a discussão sobre a transigibilidade dos direitos indisponíveis. A propósito, em interessante acórdão acerca da cláusula compromissória celebrada com sociedade de economia mista e da possibilidade de exercício de poderes de supremacia contratual nessa condição, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou que<sup>94</sup>:

(...) 7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada.  
8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.  
9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de

---

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>94</sup> MS 11.308/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008.



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.

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

(...)

Portanto, observa-se o nítido acolhimento, no acórdão (inclusive nos trechos da ementa reproduzidos acima), da clássica distinção entre interesse público primário e secundário, inclusive para efeito de definição da arbitrabilidade objetiva<sup>95</sup>, isto é, a identificação dos direitos que podem ou não ser levados à arbitragem, quando em consideração interesses da Fazenda Pública. No ponto, vale transcrever o seguinte trecho do voto do Ministro Relator, Luiz Fux (então Ministro do STJ):

Nestes termos, resta afirmar que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos **patrimoniais disponíveis**, o que não significa dizer disponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público.

Assim, tratar de direitos disponíveis, ou seja, de direitos patrimoniais, significa valer-se da possibilidade de transferi-los a terceiros, porquanto alienáveis.

Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

No entanto, hodiernamente, há vozes na doutrina que questionam essa clássica dicotomia, a exemplo de Ricardo Marcondes Martins<sup>96</sup>, que assim afirma:

Feitas essas explicações, retoma-se: interesse público é o correto cumprimento das normas vigentes. Das normas consideradas, tecnicamente, existentes e válidas. As Pessoas Jurídicas de Direito Público só possuem como interesse admitido pelo Direito o interesse público; não possuem, portanto, interesse no cumprimento incorreto da Constituição e das Leis. O interesse da União, Estado, Municípios, Distrito Federal é, enfim, o cumprimento correto do ordenamento jurídico, globalmente considerado. O que leva a uma consequência lógica: a função institucional

<sup>95</sup> Vale ressaltar que o acórdão é anterior à reforma empreendida pela Lei n. 13.129/15 na Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96).

<sup>96</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Aspectos controvertidos da Advocacia Pública. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. Vol. 8/2019. P. 63-85. Jan-Mar/2019.

da Advocacia Pública não pode ser divorciada do correto cumprimento do ordenamento jurídico vigente.

(...)

A dicotomia “interesse primário” e “interesse secundário” implica um equívoco comum: supor que haja interesses dos entes públicos divorciados do correto cumprimento do ordenamento jurídico. O interesse secundário só será tutelado pelo ordenamento quando for coincidente com o primário, vale dizer, quando for o interesse primário. Logo, do ponto de vista jurídico, os entes públicos só possuem o interesse primário.

Na linha da doutrina majoritária, o interesse público primário seria o interesse coletivo, comum da sociedade, distinguindo-se do interesse público secundário, que corresponde ao interesse da entidade pública singularmente considerada, o qual quase sempre estará ligado à tutela do patrimônio dessa mesma entidade. A identificação precisa de tais interesses somente poderá ocorrer diante do caso concreto, de modo que haverá situações nas quais o interesse primário estará alinhado ao secundário. Isso sucede com frequência, por exemplo, em ações civis por ato de improbidade administrativo que incluam pedido de ressarcimento ao erário em virtude de supostos danos (e.g., em decorrência de concessões fraudulentas de benefícios previdenciários). Nesses casos, haverá o alinhamento do interesse da entidade pública lesada (e.g., INSS) de obter a recomposição de seu patrimônio lesado por terceiros, com o interesse da coletividade (geralmente pleiteado pelo Ministério Público), no sentido de anular os atos administrativos fraudulentos, obter a punição dos agentes responsáveis, bem como o ressarcimento ao erário.

Todavia, nem sempre será assim. Haverá casos em que o Ministério Público e a Fazenda Pública (representada pela advocacia pública) estarão em polos opostos da relação processual, defendendo interesses antagônicos. É o que ocorre, por exemplo, quando o Ministério Público, defendendo interesse público primário, ajuíza ação em face da União ou de alguma entidade da Administração Pública Indireta pleiteando que esta implemente alguma medida ou forneça algum tipo de bem à população, o que implicará a imposição de ônus aos cofres públicos.

Portanto, o interesse da entidade pública nem sempre coincidirá com o da coletividade, sendo certo que aquele também precisa ser defendido em juízo, sob pena de se deixar a entidade pública indefesa.

Retomando as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, já abordadas neste trabalho, acerca da definição de interesse público e das suas relações com os interesses privados, é bem de ver que a noção de interesses primários e secundários guarda estreita correspondência com tal conceituação. Afirma o doutrinador<sup>97</sup>:

Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles.

Portanto, consoante explica o citado professor, os interesses públicos primários são os “interesses públicos propriamente ditos”, ao passo que os interesses públicos secundários são aqueles abordados no trecho reproduzido acima, isto é, “interesses individuais do Estado”. Na mesma linha, assevera Cláudio Penedo Madureira<sup>98</sup>: “Destarte, ou interesse secundário coincide com o interesse primário, qualificando-se, assim, como interesse público, ou não se trata de interesse público”.

Já dissemos anteriormente, no encerramento do tópico 1.1.2, que os princípios da Indisponibilidade da Supremacia do Interesse Público têm por objeto o “interesse público propriamente dito”, isto é, o primário. No atual estágio do trabalho, cumpre reafirmar tal colocação e trazer à lume a seguinte lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que em tudo se relaciona com o tópico ora abordado, relativo ao papel da Advocacia Pública<sup>99</sup>:

---

<sup>97</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. P. 56.

<sup>98</sup> MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a Conciliação nos Processos Envolvendo a Fazenda Pública. *In* **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier [coords.] Salvador: JusPodivm, 2016. P. 183.

<sup>99</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. P. 61.

Também assim melhor se compreenderá a distinção corrente da doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses *primários* – que são os interesses da coletividade como um todo – e interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade. Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou de denegar pretensões bem-fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos ou tarifas por valores exagerados. Estaria, por tal modo, defendendo interesses apenas “seus”, enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despende o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos.

Por isso os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir.

Em face do exposto, fácil é ver-se que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais.

Nesse contexto, as atividades de representação judicial e extrajudicial, “consultoria e assessoramento jurídico”, previstas no art. 131 da CRFB/88 como atribuições da Advocacia-Geral da União, por vezes implicarão o dever de defender posições jurídicas que podem não estar alinhadas com o entendimento do advogado público, ou mesmo divergentes do “interesse público primário”, notadamente nos casos em que houver parecer vinculante ou súmula do respectivo órgão de cúpula.

Isso porque, conforme visto, o papel primordial da advocacia pública, sobretudo no contencioso judicial, será o de defender os interesses da Fazenda Pública, inclusive os de caráter patrimonial, que podem se chocar pontualmente com os interesses da coletividade, diante do caso concreto.

Vale acentuar que não é dado à Administração Pública manifestar pretensão ou articular defesa em Juízo que contrarie a ordem jurídica, porque jungida ao interesse público e ao princípio da juridicidade estrita, o que implica necessariamente a sua

---

sujeição ao ordenamento jurídico. Desse modo, convencendo-se de que a pretensão veiculada pela Fazenda Pública ou a defesa por ela apresentada se encontra divorciada da juridicidade, é dever do advogado público realizar o ato de composição que permita ao administrado a fruição do direito a que pontualmente se opõe o Poder Público em juízo. Esse ato de composição pode assumir diversas formas, a depender da configuração do caso concreto (procedimento, fase procedimental, posição processual da Fazenda Pública, natureza da matéria, etc). Pode acarretar, por exemplo, a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, o reconhecimento jurídico do pedido, etc.

Poder-se-ia argumentar que ao particular também não é dado o direito de manifestar judicialmente posições juridicamente infundadas. Não se nega o ponto, mas o fato é que tal dever jurídico se impõe, com muito mais razão, à Fazenda Pública, jungida que está ao princípio da legalidade (*rectius*: juridicidade) estrita. E, mais: embora semelhante dever se imponha ao particular, inclusive por força de normas processuais, não é menos certo que ao particular socorre o princípio da autonomia da vontade, o que lhe confere maior maleabilidade, tanto dentro quanto fora do processo judicial, inclusive na escolha de procedimentos, instrumentos de autocomposição, técnicas processuais e métodos de tratamento adequado de conflitos.

Dessa forma, ao particular é dado realizar transação, compondo o conflito mediante concessões recíprocas, independentemente de acreditar que tem ou não razão em sua pretensão ou defesa, por uma análise pessoal de cunho negocial, probabilística ou financeira. Semelhante prerrogativa não se confere ao advogado público, porque não lhe assiste, no exercício de seu *múnus* público, o princípio da autonomia da vontade. Assim, o fundamento para a prática de atos de autocomposição pelo procurador não será a autonomia da vontade, mas a *juridicidade* ou a *economicidade*, conforme será detalhado nas linhas que se seguem. Desde logo, porém, cabe citar o seguinte trecho da doutrina de Cláudio Penedo Madureira<sup>100</sup>:

---

<sup>100</sup> MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a Conciliação nos Processos Envolvendo a Fazenda Pública. In **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier [coords.] Salvador: JusPodivm, 2016. P. 193.

Isso significa dizer que nos processos judiciais em que é parte a Fazenda Pública os acordos não pode ser justificados pela disposição pessoal dos agentes estatais em realizá-los (autonomia da vontade), apenas podendo ser implementados quando se verificar, nos casos concretos, o que o ato administrativo impugnado não é conforme ao Direito, isto é, que a parte adversária tem razão (composição do litígio), ou que a demanda não vale a pena e que há disposição legislativa a autorizar a celebração da avença mediante concessões mútuas entre as partes (transação).

No tocante ao controle de juridicidade do ato administrativo, muito se defendeu na doutrina a noção de que cabe ao advogado público, na esfera judicial, a defesa do ato, desde que a sua manutenção seja mais vantajosa à Fazenda Pública do que a sua anulação. Por outro lado, na esfera administrativa, na atividade de controle interno, caberia realizar uma análise imparcial do ato, orientando a autoridade competente a anulá-lo, quando eivado de vício que o torne ilegal. Assim, também, na consultoria jurídica administrativa, realizada anteriormente à prática do ato, caberia ao advogado público opinar no sentido do estrito cumprimento da lei, de forma imparcial.

Porém, vale salientar que a atuação administrativa não vincula a judicial, de modo que a entidade pública, através do corpo de advogados públicos que a representa, pode contestar o próprio ato, requerendo sua anulação ou o desfazimento de seus efeitos, se isso for consentâneo com a defesa e alinhado com os interesses jurídicos da respectiva entidade. Nessa linha, o ato administrativo praticado pelo órgão não torna incontroversa a matéria fática que lhe serve de suporte. Por exemplo, ainda que a autoridade administrativa tenha concedido um determinado benefício previdenciário, entendendo que estavam presentes seus requisitos legais, isso não significa que o respectivo instituto de previdência ficará impedido de contestar tais requisitos na esfera judicial, pois o controle de juridicidade também pode ser feito pela própria advocacia pública, quando tomar conhecimento do ato e de seus fundamentos.

É nesse ponto que se faz necessário um olhar diferenciado para o papel da advocacia pública no controle de juridicidade dos atos administrativos e no tratamento adequado dos conflitos. Dizer que a decisão da autoridade administrativa não vincula o respectivo corpo de procuradores significa, em última análise,

reconhecer que o advogado público tem autonomia para, sem violar os atos normativos que lhe vinculam a atuação, direcionar judicialmente a defesa, a formulação de pretensões e a realização de atos de disposição de direitos da forma mais vantajosa para a Fazenda Pública diante do caso concreto, sem descuidar da boa técnica jurídica. A propósito, vale conferir a lição de Cláudio Penedo Madureira:<sup>101</sup>:

Ou seja, a disposição, pelos advogados públicos, sobre direitos e interesses transitoriamente defendidos pelo poder público mas contrários ao Direito pátrio é pressuposto necessário ao atendimento não apenas ao princípio da legalidade, mas também ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

(...)

Com efeito, à suposição de que a disposição sobre direitos e interesses deduzidos em juízo pela Fazenda Pública estaria condicionada à edição de leis autorizativas oponho a constatação de que, em rigor, essa autorização pode ser extraída da própria Constituição, porque decorre da aplicação direta dos princípios legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado, bem como, como passarei a demonstrar, do próprio princípio da indisponibilidade do interesse público.

Haverá situações em que a anulação do ato se mostrará mais vantajosa para a própria Administração, seja no aspecto processual, seja no aspecto material, casos em que não fará sentido defendê-lo judicialmente.

Outrossim, é preciso reconhecer uma importante peculiaridade da Fazenda Pública em juízo: conquanto não se negue a importância da teoria do órgão, é fato que a própria Constituição dedicou normas próprias à definição do órgão responsável pela representação judicial e consultoria jurídica da Administração Pública, de sorte que as manifestações de outros órgãos, dentro de suas competências, não lhe podem tolher a atuação, implicando ônus como a confissão ou a incontrovérsia da matéria fática subjacente, sob pena de ofensa ao princípio da ampla defesa.

Evidentemente, essa intelecção não inibe eventual responsabilização, em ação própria, do agente público que porventura tenha praticado o ato tido por ilegal. Essa ação, aliás, deve ser promovida pelo órgão da advocacia pública, caso presentes seus pressupostos, não havendo discricionariedade em tal proceder. Esse é,

---

<sup>101</sup> MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a Conciliação nos Processos Envolvendo a Fazenda Pública. In **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier [coords.] Salvador: JusPodivm, 2016. P. 186.

inclusive, mais um motivo pelo qual se deve reconhecer a autonomia do advogado público na análise da juridicidade do ato administrativo; ainda que ele tenha o dever funcional de defender o ato, conforme o caso, ele deverá se posicionar quanto à sua legalidade para que possa adotar outras medidas eventualmente cabíveis, tanto judicial quanto extrajudicialmente. Essa mesma opinião jurídica será importante para a realização de atos ou omissões no curso do processo, máxime quando houver ônus processuais para a Fazenda Pública, como a não-interposição ou a desistência de recursos, renúncias ou transações.

É interessante observar como a estruturação do Mandado de Segurança se revela nitidamente consentânea com essa compreensão. É que, no rito do *writ*, há uma dupla representação da mesma pessoa jurídica de direito público ou privado que exerça atribuições do poder público, cada qual com papéis processuais muito distintos: a figura da “autoridade coatora” ou “autoridade impetrada”, que praticou o ato comissivo ou omissivo impugnado ou da qual emanou a ordem para sua prática e; o órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada (aquela à qual se acha vinculada a autoridade coatora ou da qual exerce atribuições).

Com efeito, cada qual exercerá funções próprias no desenvolvimento da relação processual. À autoridade coatora competirá precipuamente expor o substrato fático que deu suporte à prática do ato combatido, prestando informações e apresentando documentos, se for o caso. Conquanto seja frequente na prática forense a própria autoridade coatora apresentar teses defensivas (arguindo preliminares processuais ou de mérito, por exemplo), sobretudo quando dotada de formação jurídica, essa não é a sua função no processo.

Assim, competirá ao respectivo órgão de representação judicial (que nem sempre integrará a advocacia pública, pois podemos estar diante de entidade privada delegatária de função pública) apresentar a defesa propriamente dita, interpor recursos, requerer a produção de provas cabíveis, praticar atos de disposição de direitos e realizar todos os atos postulatórios cabíveis. Não se ignora que, por dicção expressa da lei, estende-se à autoridade coatora o direito de recorrer, mas essa norma apenas reforça o que se acabou de dizer, pois somente se estende aquilo que não lhe era próprio originariamente, como sói ocorrer com o direito de recorrer,



que ordinariamente assiste somente às partes, ao Ministério Público e aos terceiros interessados.

Toda essa linha de pensamento, é bom que se diga, está assentada na premissa de que o réu no Mandado de Segurança é a pessoa jurídica dita “interessada”, nos termos da lei. Dentre outras considerações, anota-se que todo o ônus patrimonial decorrente da eventual concessão da ordem se imporá a essa entidade de direito público ou privado. Ademais, até mesmo por imposição da teoria do órgão, os atos praticados no exercício da função por agente público devem ser imputados ao órgão ao qual se vincula ou do qual exerce atribuições.

Ainda nessa linha, milita a teoria da dupla garantia, chancelada pelo Supremo Tribunal Federal em precedente obrigatório, formado sob a sistemática da repercussão geral, segundo a qual, em linhas gerais, o agente público não pode ser acionado diretamente pelo particular que se diz lesado por ato da Administração Pública, mesmo com amparo na teoria do risco administrativo (art. 37, §6º, da CRFB/88). Em vez disso, deve ser acionado primeiramente o Estado, isto é, o ente ou a entidade pública respectiva, que poderá, em caso de derrota, acionar regressivamente o agente, caso se trate de ato culposo em sentido amplo (compreendendo a culpa e o dolo).

Tal entender produz, ainda, uma plêiade de repercussão processuais, como a definição do juízo competente<sup>102</sup>, a distribuição de ônus sucumbenciais, a análise da legitimidade passiva, a aplicação da teoria da encampação, a identificação dos limites subjetivos da coisa julgada, dentre outras.

No entanto, não se ignora a polêmica doutrinária existente em torno do tema, havendo renomados doutrinadores que defendem ser a própria autoridade coatora a parte ré na relação processual.

---

<sup>102</sup> A propósito, o STF já pacificou o entendimento de que o §2º do art. 109 da CRFB/88 é aplicável às ações de mandado de segurança, novamente sinalizando que o réu é a pessoa jurídica, e não a autoridade apontada como coatora.

De todo modo, o tema não é objeto do presente trabalho, mas apenas se pontua para ilustrar claramente a extensão do papel da advocacia pública nessa matéria, demonstrando que o mesmo é autônomo e distinto da atuação da autoridade administrativa.

Noutro giro, muito se discute na doutrina sobre o alcance da autonomia do advogado público para se posicionar diante do caso concreto. Se é certo que não há um consenso quanto à “independência funcional” de tais agentes público, não há dúvidas de que muito se avançou desde a clássica compreensão segundo a qual o advogado público deveria sempre defender a legalidade do ato administrativo, ainda quando convencido da sua desconformidade com o ordenamento jurídico. De acordo com essa visão, que se pode dizer superada, o advogado público somente poderia se manifestar segundo a sua própria convicção motivada no âmbito da consultoria jurídica, ou seja, na esfera extrajudicial. No sentido, a clássica lição de Caio Mário da Silva Pereira, em artigo publicado em 1977, no sentido de que o advogado público, mesmo reconhecimento a ilegalidade do ato administrativo, não poderia se recusar a defender sua legalidade, contrariando a tese sustentada pela Administração Pública, podendo apenas orientar a Administração na esfera extrajudicial, caso enxergasse lesão a direitos individuais<sup>103</sup>. No particular, sustenta Cláudio Penedo Madureira<sup>104</sup>:

Vê-se, pois, que resta superado na doutrina jurídica o entendimento (colhido da praxis jurídica e oportunamente manifestado por Caio Mário da Silva Pereira em trabalho científico) quanto a deverem os advogados públicos defender em juízo o ato impugnado mesmo quando convencidos da sua ilegalidade. Posto isso, não tenho dúvida em afirmar que a depreensão, por esses profissionais, de que o ato impugnado em uma dada ação judicial, ou de que a pretensão sustentada em demanda proposta pelo poder público não encontra abrigo no ordenamento jurídico-positivo a eles impõe a adoção das medidas necessárias a reverter-lhe os efeitos, seja pela veiculação de opinamento jurídico que recomende às autoridade administrativas o reconhecimento da sua nulidade (como sugeriu Pereira no trabalho anteriormente referido), seja pela identificação de meios que lhes permitam dispor em juízo sobre interesses transitoriamente defendidos pelo

---

<sup>103</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. A advocacia do Estado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 10, p. 73-89, jun. 1977.

<sup>104</sup> MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a Conciliação nos Processos Envolvendo a Fazenda Pública. In **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier [coords.] Salvador: JusPodivm, 2016. P. 185.

poder público, mas que, em concreto, verificaram-se incompatíveis com os ditames da legalidade administrativa, bem como com a realização do interesse público.

Acerca do alcance da autonomia do advogado público no campo da autocomposição, merece destaque a tese defendida por Cláudio Penedo Madureira, que tece distinção entre a realização de transação por advogados públicos (caso em que seria necessária autorização normativa) e dos demais atos de autocomposição (renúncia e reconhecimento jurídico), bem como de disposição de posições processuais (a exemplo da desistência de ações e recursos). Em suma, em relação àquela espécie de autocomposição (transação), que pressupõe concessões recíprocas, deveria haver autorização expressa no ordenamento jurídico, credenciando o advogado público a celebrá-la, pois haveria a necessidade de se considerar aspectos de economicidade aos cofres públicos, considerando os custos do litígio. Já em relação a estes (demais atos de disposição material e processual), o procurador poderia fazê-lo sempre que estivesse convencido da procedência do pedido ou da defesa da parte contrária, porque sua vinculação seria ao ordenamento jurídico, de modo que não lhe caberia defender atos administrativos ilegais. Aduz o autor<sup>105</sup>:

Em rigor, são de duas ordens distintas as motivações aptas a embasar uma deliberação da Fazenda Pública pela celebração de acordos no processo: (i) ou se verifica que a parte adversária tem razão, o que significa dizer que o Direito assegura a ela a fruição de determinada direito subjetivo e/ou que é legítima a sua resistência à pretensão articulada pelo poder público; (ii) ou se depreende que a demanda não vale a pena, quando considerados os seus custos e os seus benefícios.

Na primeira hipótese (o administrado tem razão), o acordo a ser proposto pela Fazenda Pública precisa assegurar ao cidadão a efetiva realização do interesse público ou, num plano mais geral, uma correta aplicação do Direito pela Administração Pública. Por isso, não há espaço, na espécie, para a celebração de transação, que é instituído regido pela lei material civil (art. 840). O que se dá é que o poder público não pode tomar do administrado o que ele tem direito, ainda que com o propósito de justificar o acordo.

(...)

A transação é possível, mas apenas quando se verificar, em concreto, a segunda motivação aventada para a realização da conciliação nas demandas de que participa o poder público, ou seja, quando a manutenção da ação judicial não vale a pena. Ocorre que, para o caso, o acordo somente poderá ser implementado se a lei expressamente o autorizar, pois não se fundando o ajuste em erro jurídico, não se cogitará, na hipótese, de violação aos princípios da legalidade administrativo, da supremacia do

---

<sup>105</sup> MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a Conciliação nos Processos Envolvendo a Fazenda Pública. In **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier [coords.] Salvador: JusPodivm, 2016. P. 190.

interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, o que significa dizer que não se aplica às transações a autorização genérica conferida pela Constituição à disposição sobre direitos e interesses deduzidos em juízo pelo poder público.

Contudo, esse alcance da “autorização genérica conferida pela Constituição”, citada acima, não é uníssono na doutrina, tampouco na prática forense, notadamente diante das exigências previstas em atos normativos dos órgãos da Advocacia Pública para a celebração de autocomposição. Discute-se, por exemplo, se o procurador poderia se posicionar de tal maneira, realizando atos de disposição de direitos em nome da Fazenda Pública, sem uma autorização normativa expressa. Ou seja, em última análise, o que se debate é se essa autorização seria necessária não apenas para a prática de transação, mas também para as demais espécies de autocomposição e para os atos de disposição meramente processuais. O principal ponto que se suscita, já sinalizado acima, diz respeito à independência funcional do advogado público. Como se sabe, a Constituição não outorga expressamente tal prerrogativa à Advocacia Pública, mas apenas à Magistratura e ao Ministério Público. Ademais, a concessão de tal prerrogativa poderia acarretar muitas divergências entre procuradores na atuação concreta. Diante de uma mesma situação, com idênticos contornos fático-jurídicos, poderia haver diferentes desfechos processuais a depender da convicção do procurador que atua no tratamento de cada conflito.

Nada obstante, na linha de todo o exposto neste trabalho, coaduna-se com a posição defendida por Madureira, com apenas duas ressalvas que serão explicadas a seguir.

À autonomia do advogado público para se posicionar diante do caso concreto, podendo celebrar atos de disposição material e processual, opõe-se o poder normativo dos órgãos da Advocacia Pública, exercido pelas autoridades competentes em cada esfera. Em outras palavras, a autoridade máxima da instituição (ou quem tenha poderes para tanto por delegação ou regulamentação) poderá normatizar entendimentos jurídicos, orientações ou súmulas, das quais o procurador não poderá se afastar, mesmo se entender de forma diversa. Assim, conciliam-se os princípios da juridicidade e da vinculação ao interesse público - que

obrigam a Administração Pública a atuar sempre conforme a ordem jurídica, inclusive por meio da autotutela (podendo rever ou anular seus atos administrativa ou judicialmente) -, com os princípios da segurança jurídica, igualdade e eficiência, que justificam a necessidade de se obter posicionamentos uniformes e isonômicos dos procuradores integrantes de um mesmo órgão da Advocacia Pública.

Outrossim, tal inteligência está alinhada com a compreensão de que os membros da Advocacia Pública não possuem independência funcional na forma concebida para a Magistratura e ao Ministério Público, por ausência de previsão nesse sentido na Constituição. Significa dizer que, no desempenho de sua atividade-fim (consultoria e representação judicial das pessoas jurídicas de direito público), os advogados públicos podem estar sujeitos a atos administrativos superiores que lhes vinculam a atuação, inclusive no tocante à interpretação do Direito e à fixação de teses jurídicas. A diferença reside em que os membros da Magistratura e do Ministério Público não estão sujeitos a semelhante vinculação, em sua atividade-fim, proveniente de atos administrativos. A vinculação que lhes alcança é restrita a: (i) desempenho de atividade-meio (atos administrativos do Poder Judiciário) e; (ii), na atividade-fim, precedentes com eficácia vinculativa por força de lei. No tocante a esta última hipótese (atividade-fim), magistrado e membros do Ministério Público não estão vinculados a atos de natureza administrativa (ainda quando gerais e abstratos). Não por outro motivo, os atos gerais e abstratos editados pelos respectivos Conselhos Nacionais (CNJ e CNMP), quando pertinentes à atividade-fim, se materializam na forma de Recomendações. Faz-se esse paralelo apenas para assentar-se que o conteúdo da independência funcional (em sentido estrito, enquanto prerrogativa de índole constitucional) diz respeito à autonomia no desempenho da atividade-fim, que não pode sofrer intervenções de natureza administrativa. Assim, no pertinente à Advocacia Pública, por não haver independência funcional em sentido estrito, seus membros devem acatar atos normativos emanados das autoridades competentes em cada esfera, mesmo no desempenho de suas atividade-fim, ressalvado, evidentemente, o controle judicial de constitucionalidade e de legalidade desses mesmos atos.

A segunda ressalva diz respeito à exceção reconhecida pelo professor Madureira, no tocante à transação. Respeitando a judiciosa posição do autor, entende-se neste

trabalho que a restrição deve se basear não na espécie de ato de autocomposição (transação), mas no seu fundamento. Isso porque também pode haver transação baseada na juridicidade, isto é, na convicção do procurador quanto à procedência parcial da pretensão ou da defesa da parte adversa. É o que sucede, por exemplo, quando se anui com o pagamento de uma indenização num determinado valor inferior ao pleiteado. Caso a parte adversa concorde, haverá uma transação (porque implementada mediante concessões recíprocas), baseada não na *economicidade* para os cofres públicos sob o ponto de vista do custo do litígio, mas na *juridicidade* da pretensão oposta à da Fazenda Pública. Dir-se-á que essa espécie configura, em verdade, um reconhecimento parcial da procedência do pedido, isto é, espécie de autocomposição diversa da transação (submissão parcial). Sucede que, na hipótese descrita, havendo consenso entre as partes, diante das concessões recíprocas, o mérito não se resolverá por reconhecimento jurídico, mas por transação, nos termos do art. 487, II, *b*, do CPC. De forma similar, também pode haver outras espécies de atos autocompositivos, como renúncia e submissão, baseados no motivo *economicidade*.

Portanto, a nosso ver, o critério distintivo não deve ser a espécie de ato de autocomposição, mas a sua motivação: quando fundado na *juridicidade*, há autorização genérica no ordenamento jurídico (ressalvadas as teses firmadas em atos normativos da Advocacia Pública); quando fundado na *economicidade*, há vedação genérica no ordenamento jurídico, somente podendo se realizar nos casos autorizados em atos normativos. Afinal, o advogado público, no exercício de suas funções típicas, não detém atribuições para fazer as vezes do gestor público, tomando decisões, segundo seu próprio juízo, de cunho econômico-financeiro em nome da Fazenda Pública, que devem necessariamente considerar questões orçamentárias.

É certo que o ato de autocomposição não comporta motivação expressa, mas isso não significa que a motivação não existe. É costume haver exigência de motivação no âmbito interno da instituição (Advocacia Pública) para tais ou quais atos de autocomposição. Assim, nessa esfera, se for o caso, caberá ao advogado público justificar a tese jurídica que entende procedente no caso concreto, à luz do ordenamento jurídico. Por outro lado, quando houver autorização normativa para a

autocomposição baseada na economicidade, essa motivação estará implícita no próprio ato normativo, caso em que não se poderá questionar a juridicidade da tese acolhida pelo procurador. Portanto, a adoção do critério *motivação* não inibe o controle interno, bastando que se analisem as razões expendidas pelo advogado público, confrontando-as com os precedentes judiciais vinculantes, com as teses normativas do respectivo órgão e com as demais manifestações do próprio procurador em outros casos, buscando-se sempre a segurança jurídica e a isonomia. Basta lembrar que o ato de disposição praticado pelo procurador, embora não se caracterize como *ato administrativo em sentido estrito*, mas como ato processual (ou material, a depender do conflito), caracteriza-se como *ato da Administração* em sentido amplo, e, como tal, jungido que está ao *interesse público*, não pode ser absolutamente imotivado (ainda que a motivação não seja exposta no próprio ato).

Pois bem. Toda essa digressão é importante para o presente trabalho na medida em que aqui se defende, de forma semelhante à doutrina de Madureira, a existência de autorização genérica no ordenamento jurídico para a prática de atos de autocomposição pela Fazenda Pública. Logo, entende-se que os advogados públicos, como regra geral, podem transigir, devendo ser a autocomposição vedada somente por exceção, razão pela qual está equivocada e merece reconfiguração a técnica legislativa amplamente adotada em nosso Direito Positivo, no sentido de se autorizar a prática de tais atos somente mediante previsão expressa, o que termina por caracterizar uma vedação geral e abstrata à consensualidade no Poder Público, sem respaldo jurídico-normativo para tanto. Ressalvam-se apenas as transações baseadas na economicidade para os cofres públicos, casos em que deve haver parametrização por norma abstrata (leis ou atos normativos infralegais).

A rigor, para se implementar a compreensão aqui defendida, reconhecendo-se a regra geral da transigibilidade no Poder Público, não é necessária uma reforma legislativa ampla. Basta compreender que as atuais regras restritivas à prática de autocomposição pela Advocacia Pública restringem-se aos atos autocompositivos baseados na *economicidade* para os cofres públicos.

As disposições que não se compatibilizarem com tal moldura (por exemplo, as normas que vedam, em absoluto, a renúncia à pretensão ou o reconhecimento jurídico) estarão em conflito com os princípios constitucionais que informam a Administração Pública (notadamente, da juridicidade e da vinculação ao interesse público) e deverão ser objeto de controle de constitucionalidade, que buscará preservar o máximo de sentidos possíveis de tais normas, mediante técnicas como a interpretação conforme e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Assim, a releitura das atuais regras restritivas à autocomposição, mediante interpretação sistemática, à luz de todo o arcabouço jurídico-normativo aqui abordado, é suficiente para que se reconfigure o atual regime de *intransigibilidade mitigada* para um regime de *transigibilidade regrada* no Poder Público.

Estabelecidas essas premissas, nota-se que a Advocacia Pública possui atribuições para encaminhar o conflito à melhor solução cabível diante do caso concreto (sem ofender os atos normativos a que se encontra jungida), considerados os interesses da Fazenda Pública respectiva. Embora a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (principal lei de referência para a estruturação de órgãos da Advocacia Pública), Lei Complementar n. 73/93, não se dedique especificamente a métodos de tratamento de conflitos diversos da via judicial heterocompositiva adjudicatória, é possível observar uma crescente tendência de se disciplinar, em leis especiais, os papéis específicos e limites de atuação das procuradorias em matéria de transação, renúncia, autocomposição, arbitragem, reconhecimento e atos de disposições direitos em geral. Assim, por exemplo, a Lei n. 13.988/20 (Lei da Transação por Adesão) e a Lei n. 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica).

Nesse ponto, importante mencionar que a Lei n. 10.259/01, editada ainda numa fase muito embrionária de autocomposição com a Fazenda Pública, inovou ao prever expressamente que “os representantes judiciais da União, autarquia, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos



Juizados Especiais Federais” (art. 10, parágrafo único)<sup>106</sup>. Cuida-se de autorização ampla, que estimula intensamente a consensualidade nesse microsistema.

Tal norma acentua a importância do papel exercido pela Advocacia Pública no tratamento adequado dos conflitos com a Fazenda Pública, pois não delega a atos normativos infralegais a delimitação das hipóteses nas quais a autocomposição seria admitida. Assim, em se tratando de processo da competência do Juizado Especial Federal, o fato de a demanda envolver interesse da Fazenda Pública não modificará o seu enquadramento como “direito que admite autocomposição”, circunstância que produz diversos efeitos processuais. No ponto, assevera Lucio Picanço Facci<sup>107</sup>:

No âmbito dos Juizados Especiais, a possibilidade de propositura de acordo pelo advogado público federal encontra previsão na Lei nº 10.259/01. Todavia, para os demais casos, a autorização decorre de atos expedidos internamente, tendo em vista a ausência de previsão legal exaustiva quanto ao tema.

Destarte, a técnica legislativa empregada nesse particular foi muito além da tradicional especificação de hipóteses nas quais se admite a autocomposição com a Fazenda Pública, demonstrando que é *viável adotar-se a transigibilidade como regra geral*, e somente por exceção afastar a sua admissibilidade.

Aliás, há muito o microsistema dos Juizados Especiais tem se revelado como um laboratório de boas práticas processuais, gestando técnicas e procedimentos que posteriormente migram para o procedimento comum, diante de experiências exitosas nesse nicho. No que se refere ao parágrafo único art. 10 da Lei n. 10.259/01, o resultado não é diferente. Conquanto haja muito a avançar, é comum a realização de acordos nos processos em trâmite nos Juizados Especiais Federal nas

---

<sup>106</sup> No âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, a intenção do legislador foi no mesmo sentido, consignando estímulo a tais medidas consensuais. Porém, por se tratar de lei federal que dispõe sobre estrutura pertencente à Justiça dos Estados, respeitou-se a autonomia de cada ente federativo, como não poderia deixar de ser. Assim dispõe o art. 8º da Lei n. 12.153/09: “Art. 8º Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação”.

<sup>107</sup> FACCI, Lucio Picanço. A Utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo Código de Processo Civil. In **Fazenda Pública**. ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio [coords]. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 3; coord. geral DIDIER JR., Fredie. P. 384.

mais diversas matérias, não havendo qualquer prejuízo à Fazenda Pública em virtude da ampla autorização concedida pela lei aos advogados públicos para a realização de transações.

Por outro lado, semelhante resultado não tem sido observado com a audiência do art. 334 do CPC nos casos que envolvem a Fazenda Pública, pois tem sido comum a oposição genérica das entidades públicas à participação e até mesmo à designação de tais atos, com base no dogma da indisponibilidade do interesse público. A propósito, afirma Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>108</sup>:

Com efeito, embora a Lei de Mediação e o Código de Processo Civil tenham disciplinado o assunto com regras gerais, é necessário que os órgãos públicos regulamentem parâmetros prévios, por meio de normas legais ou administrativas, e com a devida publicidade, garantindo a isonomia entre os administrados.

Outro obstáculo que impedia os acordos em litígios envolvendo a Fazenda Pública era o dogma de que em causas envolvendo o interesse público não caberia a autocomposição. Contudo, trata-se de uma resistência superada tanto pela doutrina como pelo legislador, que vem cada vez mais regulamentando a possibilidade de solução consensual de conflitos em temas de elevado interesse público, inclusive na esfera criminal.

Ademais, em pesquisa empírica realizada informalmente junto a tribunais e varas com competência em matéria de Fazenda Pública, a autora ainda anota importantes constatações, que reforçam a premente necessidade de se avançar no tratamento adequado desses conflitos<sup>109</sup>:

Com base nesses dados simplistas - repita-se - colhidos de modo espontâneo e sem a adoção de critérios metodológicos formais, verifica-se que ainda há muito o que evoluir no âmbito da Fazenda Pública.

A primeira constatação que se tem é a de que, na esfera do Poder Público as informações são poucas e, ainda, desconstruídas. Ninguém sabe informar com precisão, por exemplo, se há atos normativos ou outra espécie de recomendação ou diretriz fixando critérios objetivos para a realização dos acordos. Ao que tudo indica, cabe ao Procurador identificar os casos passíveis de autocomposição e requerer a designação da audiência. Isso faz como que, embora o agente público esteja amparado pela legalidade,

---

<sup>108</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Os Desafios na aplicação do art. 334 do CPC na Fazenda Pública. In PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (coords.) **Mediação e Arbitragem na Administração Pública**. Vol. 2. Santa Cruz do Sul, Essere nel Mondo, 2020. P. 151.

<sup>109</sup> <sup>109</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Os Desafios na aplicação do art. 334 do CPC na Fazenda Pública. In PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (coords.) **Mediação e Arbitragem na Administração Pública**. Vol. 2. Santa Cruz do Sul, Essere nel Mondo, 2020.

ficam comprometidos os princípios da publicidade e da isonomia que são exigidos para a resolução consensual de conflitos envolvendo a Fazenda Pública.

Ainda, na prática forense é possível notar que a resistência não ocorre somente em relação à autocomposição resolutiva do litígio, mas também à realização de acordos parciais, renúncias ou reconhecimento parcial de direitos, bem como a outros instrumentos voltados à consensualidade, como a celebração de negócios jurídicos processuais. O que se nota, em grande medida, é a predominância da cultura do litígio, ainda muito arraigada em nosso sistema de justiça.

É certo que há questões administrativas e estruturais que também contribuem em alguma medida para a manutenção desse quadro, tais como as exigências normativas e disciplinares próprias de cada carreira, que podem, indiretamente, terminar por estimular a litigiosidade, com a apresentação de defesa e recursos sucessivamente interpostos a fim de evitar qualquer questionamento quanto à conduta do procurador.

Contudo, o objeto deste trabalho se direciona mais aos aspectos processuais que envolvem o tratamento adequado dos conflitos com a Fazenda Pública, de modo que se faz necessário analisar conceitos como indisponibilidade e transigibilidade para que se possa avançar na discussão da matéria.

## **CAPÍTULO 3. DISPONIBILIDADE E TRANSIGIBILIDADE**

### **3.1 PREMISSAS CONCEITUAIS**

No presente capítulo, buscaremos esmiuçar alguns conceitos relevantes para o tema do tratamento adequado dos conflitos com a Fazenda Pública, tomando como ponto de partida algumas definições legais.

Em diversos dispositivos, a legislação pátria se utiliza da expressão “direitos que não admitam autocomposição”, mas não o faz de forma coerente e sistemática. Há dispositivos que aludem aos direitos indisponíveis como se fossem sinônimos dessa categoria e outros que vedam a transação de direitos indisponíveis. Nessa linha, por exemplo, o art. 841 do Código Civil de 2002 (“Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”).

É bem verdade que tal dispositivo, originário do Código Civil, aprovado em 2002 (e concebido décadas antes da sua aprovação, conforme cediço), está desatualizado frente a outras normas (e.g., art. 3º da Lei nº 13.140/15, art. 17-B da Lei nº 8.429/92, art. 16 da Lei nº 12.846/13). Mas o fato é que o direito positivo não mantém uma linha coerente sobre o que se considera indisponível e em que medida a indisponibilidade poderia obstar a realização de autocomposição. Traçando um paralelo com outro método de tratamento adequado dos conflitos (conquanto não “autocompositivo”), a lei de arbitragem, ainda nos dias atuais, mesmo após a reforma ocorrida em 2015, dispõe que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, §1º, da Lei nº 9.307/96). Além disso, a reforçar o paralelo com os métodos autocompositivos, o §2º do mesmo dispositivo prescreve que “a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”.

O que ressoa claramente de tais dispositivos legais é que a arbitragem, assim como outros métodos de tratamento adequado de conflitos diversos da adjudicação do conflito pela jurisdição estatal heterocompositiva, são vistos como manifestações de atos de disposição de direitos. Em outras palavras, somente a adjudicação do direito

pela jurisdição estatal seria legítima para tratar conflitos sem incorrer em qualquer ato de disposição de direitos. A propósito, aduz Cândido Rangel Dinamarco<sup>110</sup>:

Admite-se o Estado na arbitragem quando se trata de litígios envolvendo relações contratuais, como locação de imóveis, licitações em geral, contratos de concessão de serviços públicos *etc.* Não se admite em matéria de *ordem pública*, envolvendo políticas públicas em geral, educação, segurança, medidas de saúde pública, meio ambiente, funcionalismo (inclusive sanções disciplinares) *etc.* Ou, em outras palavras: os casos de inadmissibilidade da arbitragem em relação ao Poder Público são aqueles marcados pela objetiva *indisponibilidade* do direito ou dos poderes do Estado, e não pela razão subjetiva representada pela simples presença de um ente público na relação. (...) Estamos pois no campo da *licitude do objeto*, com o veto à arbitragem envolvendo direitos indisponíveis (CC, art. 104, inc. II), e não da aptidão do sujeito (Estado) a convencionar a arbitragem (art. 104, inc. I). Claras *inarbitrabilidades objetivas*, portanto, e nada de *inarbitrabilidades subjetivas* supostamente ligadas à pessoa do Estado ou de seus entes derivados.

Observe-se que, no direito comparado, não é unívoca essa vinculação da arbitrabilidade objetiva à disponibilidade do direito, pois a doutrina clássica utiliza como critério a transigibilidade. No ponto, vale citar a obra de Giuseppe Chiovenda<sup>111</sup>:

Arbitragem. - Não pode ser constituída com outro negócio jurídico que não o contrato (enquanto outras leis, como a germânica, admitem outros atos, como o testamento). O compromisso deve conter a determinação das disputas: o compromisso genérico (acordo para comprometer todas as disputas possíveis, ou disputas de determinada natureza entre Ticio e Caio) é nulo: é, no entanto, legítimo comprometer todas as disputas que possam surgir de um determinado contrato já celebrado (cláusula compromissória) Cod. Proc. Civ., art. 11 e 12. Assuntos comprometidos devem ser transigíveis; portanto, as questões de estado e de separação pessoal são excluídas (artigo 8 cap.): enquanto a questão dos alimentos deve ser considerada admissível. Como renúncia à cognição judicial, o compromisso

<sup>110</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 89.

<sup>111</sup> Tradução livre do italiano: “Arbitrato. – Non può costituirsi con altro negozio giuridico che il contratto (mentre altre leggi, come la germânica, ammettono altri atti, come il testamento). Il compromesso deve contenere la determinazione delle controversie: il compromesso generico (accordo di compromettere tutte le controversie possibili, o le controversie di una data natura fra Tizio e Caio) è nullo: è lecito però compromettere tutte le controversie che possono nascere da un determinato contratto già concluso (clausola compromissoria) Cod. Proc. Civ., art. 11 e 12. Le questioni che si compromettono debbono essere transigibili; sono escluse quindi le questioni di stato e di separazione personale (art. 8 cap.): mentre deve ritenersi ammessa la questione d'alimenti. Come rinuncia alla cognizione giudiziaria, il compromesso è atto di disposizione affine alla transazione, ma anche più grave, così che la capacità di compromettere suppone la capacità di transigere (art. 9), ma la facoltà di fare transazioni non implica quella di fare compromessi (Cod. Civ., art. 1742)”. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile**. Napoli, Itália: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965. P. 113/114).

é um ato de disposição semelhante à transação, mas também mais grave, de modo que a capacidade de compromisso supõe a capacidade de transigir (art. 9), mas a faculdade de fazer transações não implica aquela de fazer compromisso (Código Civil, art. 1742).

Dentro da concepção mais restritiva, atrelada à disponibilidade do direito como único critério para a transigibilidade, ainda é frequente na prática forense, afastar-se qualquer iniciativa conciliatória com a alegação de se tratar de direito indisponível. Acerca dessa tradição jurídica, afirma Elton Venturi<sup>112</sup>:

A inapropriada e automática correção entre indisponibilidade e inalienabilidade (donde se extrairia, portanto, a inegociabilidade) corresponde a sofisma presente na cultura de diversos países, como ocorre no Brasil. Justificada no interesse público à mais adequada proteção dos direitos indisponíveis (mesmo que contra a vontade de seus titulares), a proibição de qualquer negociação que os envolva muitas vezes tem implicado a absoluta ausência de sua proteção adequada.

O autor critica, também, o reduzido alcance que se tem atribuído ao termo de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública), segundo ótica restritiva que somente permite dispor de tal instrumento para regular prazos e formas de cumprimento de obrigações. Diante do quadro, oportuna a seguinte provocação de Elton Venturi<sup>113</sup>:

Por tais razões, é preciso ir além. A desmistificação de algumas premissas havidas como absolutas a respeito do interesse público e da indisponibilidade dos direitos deve assumir papel provocativo. A polêmica gerada em torno do assunto revela e suscita conflitos político-ideológicos de difícil coordenação, mas de necessário enfrentamento para que se possa evoluir no caminho da implementação de um novo sistema de justiça colaborativa no Brasil, compreendido mediante a integração dos meios alternativos de resolução de conflitos e a jurisdição.

Outro dispositivo legal que suscita controvérsia na doutrina é o art. 3º da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15), que assim dispõe:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

---

<sup>112</sup> VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**. Vol. 251/2016. P. 391-426. Jan/2016.

<sup>113</sup> VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**. Vol. 251/2016. P. 391-426. Jan/2016.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

De saída, no *caput*, nota-se que o legislador houve por bem discernir a disponibilidade da transigibilidade, afirmando que a mediação pode ter por objeto tanto os direitos disponíveis quanto os indisponíveis *que admitam transação*. Essa compreensão está, também, encampada no Enunciado nº 717 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC), que segue transcrito: “(arts. 174; 3º, §3º; 334, §4º, II; arts. 3º e 32-34 da Lei nº 13.140/2015). A indisponibilidade do direito material, por si só, não impede a celebração de autocomposição (*Grupo: Práticas não jurisdicionais de solução de conflito*)”.

De forma semelhante, buscando avançar no tratamento da matéria, foi aprovado o enunciado nº 60 na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal (CJF), nos seguintes termos:

As vias adequadas de solução de conflitos previstas em lei, como a conciliação, a arbitragem e a mediação, são plenamente aplicáveis à Administração Pública e não se incompatibilizam com a indisponibilidade do interesse público, diante do Novo Código de Processo Civil e das autorizações legislativas pertinentes aos entes públicos.

Contudo, a própria lei não esclarece, então, o que seriam os direitos indisponíveis. No entanto, no parágrafo 2º, apesar de reforçar a existência de distinção entre indisponibilidade e transigibilidade, prevê que o consenso das partes envolvendo “direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

Entretanto, a lei parece pecar pela excessiva generalidade, pois não especifica que espécies ou categorias de direitos indisponíveis exigiriam a intervenção do Ministério Público. A propósito, sabe-se que há categorias muito diversas de direitos ditos indisponíveis, desde processos envolvendo direitos dos incapazes até ações contra a Fazenda Pública.

Seja como for, é digna de nota a técnica legislativa empregada no dispositivo, pois ao desagregar a ideia de indisponibilidade da noção de transigibilidade, o legislador deixa claro tratar-se de institutos diversos, embora muito comumente confundidos.

No ponto, é relevante notar que o entendimento majoritário na doutrina aponta no sentido de que os direitos que admitem autocomposição, considerada a temática da Fazenda Pública em Juízo, são aqueles contemplados em leis ou em atos normativos editados por cada ente público autorizando expressamente a realização de transação<sup>114</sup>. A propósito, comentando a cláusula “quando não se admitir autocomposição” no tocante à audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, §4º, II, do CPC) afirma Cássio Scarpinella Bueno<sup>115</sup>:

Em rigor, a observância daquele modelo só faz sentido nas hipóteses em que houver lei (e/ou, conforme o caso, outro ato normativo) que permita ao Poder Público transacionar em sentido amplo em juízo. É essa a interpretação que deve ser dada à locução empregada pelo inciso II do § 4º do art. 334, “quando não se admitir autocomposição”<sup>366</sup>.

Se não houver autorização normativa para tanto, aquela audiência não deve ser designada porque seu objetivo é voltado, única e exclusivamente, para permitir que as próprias partes, com a necessária participação de mediadores ou conciliadores (art. 334, § 1º) cheguem a um consenso quanto ao litígio, que permitirá ao magistrado proferir sentença com aquele fundamento (art. 334, § 11). Tratar-se-ia, assim, de ato processual inútil, o que não pode ser aceito na perspectiva do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Assim, sob essa ótica, amplamente predominante na doutrina, deve-se entender pela vedação à autocomposição pela Fazenda Pública sempre que não houver ato normativo permitindo-a expressamente na hipótese. A noção é diametralmente oposta àquela aplicável aos particulares em geral, pois em relação a estes, a regra geral na ordem jurídica é a possibilidade de autocomposição, sendo pontuais e excepcionais as hipóteses de sua vedação. E mais: ainda nas hipóteses em que o direito envolvido se reputa “indisponível” haverá graus de indisponibilidade, permitindo-se, com temperamentos, a celebração de transações e atos de disposição de direitos em maior ou menor extensão conforme o caso concreto. Figure-se, por exemplo, a celebração de acordo por menor impúbere, absolutamente

---

<sup>114</sup> Nessa linha, vale citar o Enunciado n. 16 do Fórum Nacional do Poder Público: “A Administração Pública deve publicizar as hipóteses em que está autorizada a transacionar”.

<sup>115</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. P. 220. E-book.



incapaz, devidamente representado e mediante oitiva do Ministério Público. Nessa situação, a indisponibilidade do direito, por si só, não nulificará o negócio jurídico.

No entanto, em matéria de Fazenda Pública, entende-se predominantemente pela vedação à autocomposição como regra geral. Já mencionamos, entretanto, a experiência exitosa dos Juizados Especiais Federais, em cujo âmbito a lei já autoriza, desde a sua efetiva instalação (que completa duas décadas no corrente ano), a celebração de acordos de forma ampla, sem qualquer restrição.

É certo que o próprio desenho institucional dos Juizados Especiais Federais, vocacionados a atender as causas de menor complexidade da competência da Justiça Federal, já delimita de forma marcante a sua competência, excluindo não só as causas com valor superior a 60 (sessenta) salários mínimos, mas também diversas matérias, independentemente do valor.

Nada obstante, é significativo notar que esse modelo está em vigor há 20 (vinte) anos e não recepcionou qualquer restrição prévia quanto à possibilidade de celebração de transações pela Fazenda Pública, sendo inegável que esse microsistema tem alcançado resultados muitos superiores aos obtidos em geral nos demais procedimentos em matéria de acesso à justiça, celeridade, consensualidade e efetividade.

É bom notar, ainda, que outras leis especiais há muito também recepcionam a transigibilidade como regra geral, mesmo no tocante ao Poder Público. É o que ocorre, por exemplo, com a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), cujo art. 5º, §6º<sup>116</sup>, outorga ampla autorização para a celebração de termos de ajustamento de conduta pelos órgãos públicos legitimados. E o que se nota na prática forense, de forma geral, é uma maior iniciativa por parte dos advogados públicos no sentido de celebrar transações nessas searas, talvez justamente como resultado de uma maior liberdade conferida para tanto pelo legislador.

---

<sup>116</sup> “§ 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”. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

O dispositivo da Lei da Ação Civil Pública, quase três décadas após a sua edição, veio a receber o reforço do art. 32 da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15) e do art. 174 do CPC/2015, cujo inciso III estimula a celebração de termo de ajustamento de conduta pelos entes da Federação<sup>117</sup>. Comentando este dispositivo, assim aduz Renato Beneduzi<sup>118</sup>:

O novo CPC, em boa hora, é explícito em afastar-se da concepção, hoje cada vez menos defendida, segundo a qual a tutela do interesse público impediria a administração de solucionar de modo consensual os litígios em que se envolvesse.

(...)

Por este motivo, a lei *determina* (não apenas permite) que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo”. Esta matéria é regulada mais detalhadamente nos art. 32 e ss. da Lei de Mediação.

Contextualizada a discussão que se pretende levar a efeito no presente trabalho e apresentada a base teórica fundamental acerca da temática em sentido amplo, chegamos ao ponto fundamental, isto é, a principal inquietação que nos levou à escolha desse tema: o estudo dos conceitos, distinções e classificações das expressões *direitos indisponíveis* e *direitos que não admitem autocomposição*. Esse é o ponto nervoso do trabalho, que, segundo pensamos, produzirá repercussões em todas as demais matérias abordadas, com significativas aplicações práticas, que buscaremos demonstrar mais adiante. Apenas frise-se, por ora, que essas expressões são utilizadas com frequência na legislação, de modo que a sua adequada compreensão é fundamental para que se defina a aplicação ou não de diversas técnicas processuais.

---

<sup>117</sup> “Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

<sup>118</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coords). **Comentários ao Código de Processo Civil** [livro eletrônico]: artigos 70 ao 187. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Antes de iniciar a discussão da matéria propriamente dita, convém estabelecer algumas justificativas teóricas, que somente após as considerações dos capítulos iniciais se tornarão mais claras.

Em primeiro lugar, quando se falou em *inquietação*, a expressão foi intencional. Isso porque o aprofundamento no tema revela que há verdadeira celeuma na doutrina e na jurisprudência sobre algumas questões relevantíssimas para o desenlace da matéria, dentre as quais destacamos as seguintes (convertidas em indagações para facilitar que se afira, ao final, se o presente trabalho propõe, ou não, efetivas respostas a todas elas): (i) o que são, afinal, direitos indisponíveis? (ii) os direitos indisponíveis admitem autocomposição? (iii) em que medida os direitos indisponíveis impedem a autocomposição? (iv) quais são os direitos que não admitem autocomposição? (v) qual o método que deve ser empregado na análise da admissibilidade da autocomposição? Algumas dessas perguntas podem até mesmo parecer contraditórias ou induzir parcialmente a resposta a outras, mas as divergências constatadas são tão profundas que não é possível sequer se tomar como ponto de partida consensual a premissa de que existem distinções entre os conceitos estudados.

Em segundo lugar, é preciso estabelecer que estudar *direitos indisponíveis* e *direitos que não admitem autocomposição* é, em última análise, estudar *restrições jurídicas*. Explica-se. Todo o desenvolvimento teórico sobre a matéria, como se verá, gravitará em torno das restrições à disponibilidade do direito, no primeiro caso, e à transigibilidade (admissibilidade da autocomposição), no segundo caso. É a partir dessas restrições, as quais podem emanar de diversas fontes, que poderemos conceituar, distinguir e classificar essas categorias. De saída, é possível afirmar que há diversas interseções entre os conceitos em questão, notadamente no plano de suas aplicações práticas, mas o ponto de contato fundamental, no plano teórico, são as restrições.

Vale dizer, restrições à disponibilidade do direito têm, sim, o condão de repercutir na admissibilidade da autocomposição. Aqui, é importante que se estabeleça mais um acordo semântico: empregaremos a expressão *restrição* como gênero, de forma abrangente, compreendendo qualquer limitação, condição ou contenção imposta à

validade ou à eficácia de atos jurídicos. Esse gênero comporta espécies, que serão abordadas no esforço de classificação à frente.

Encerrando essas considerações preliminares, a terceira premissa que se pretende assentar, também no campo terminológico, é de que a expressão “direitos que não admitem autocomposição” é, em nossa visão, atécnica. Exploraremos o ponto com o devido vagar e proporemos outra terminologia, mas desde logo se afirma que ela é empregada no trabalho, até certo ponto, por estar em alguma medida consagrada na doutrina e, sobretudo, para permitir o necessário diálogo com os dispositivos legais que a utilizam.

## 3.2. DIREITOS INDISPONÍVEIS

### 3.2.1 A falsa dicotomia entre direitos disponíveis e indisponíveis

No campo da delimitação conceitual dos “direitos indisponíveis”, há grandes divergências na doutrina e na jurisprudência. É comum, classicamente, dizer-se que os direitos indisponíveis seriam aqueles que não podem ser alienados ou renunciados. Esse conceito, no entanto, é muito debatido, diante das múltiplas acepções possíveis e das repercussões concretas de sua precisa delimitação, pois, conforme visto, o direito positivo o emprega com frequência, de modo desuniforme e sem apurado rigor técnico. No ponto, afirma Elton Venturi<sup>119</sup>:

Neste sentido, talvez a mais importante das premissas que necessita ser reavaliada, na medida em que deveria importar decisivamente para a verificação da negociabilidade concreta dos direitos (ainda que qualificados como indisponíveis), diz respeito a apuração da liberdade de manifestação da vontade de seus titulares e da adequação do procedimento negocial. De fato, se é possível encontrar alguma conexão que ligue tanto a orientação doutrinária como a da jurisprudência dos tribunais superiores em torno do tema “direitos indisponíveis”, tal ligação estaria atrelada à possibilidade ou não de sua abdicação parcial ou total por força da manifestação de vontade de seus próprios titulares.

Nessa linha, a nota da “indisponibilidade” estaria muito mais relacionada à forma adequada de se dispor, total ou parcialmente, do direito ou de alguma das posições

---

<sup>119</sup> VENTURI, Elton. **Transação de Direitos Indisponíveis?** Revista de Processo. Vol. 251/2016. P. 391-426. Jan/2016.

jurídicas que dele decorrem do que propriamente a algum elemento caracterizador do próprio direito. Ou seja, não se trata de um conceito ontológico, baseado na essência do direito, mas de uma restrição à maneira como a manifestação de vontade do seu titular poderá produzir limitações no seu exercício concreto.

Outrossim, no tocante à natureza do direito propriamente dito, não se pode afirmar que a indisponibilidade sempre se manifeste em absoluto, firmando uma autêntica dicotomia entre direitos disponíveis e indisponíveis. Em verdade, o que se pode afirmar é que a indisponibilidade se apresentará a depender do grau de intensidade com o qual o direito é tratado mediante atos de disposição.

Significa dizer, em linhas gerais, que a indisponibilidade não reside na essência do direito (matéria que compõe seu objeto), mas sim no núcleo essencial desse direito, tradicionalmente considerado indisponível. Logo, frequentemente o que é indisponível não é o direito considerado em sua inteireza, vedando qualquer iniciativa tendente à autocomposição, mas apenas uma parcela fundamental desse mesmo direito, que se mostre indissociável de algum direito ou garantia fundamental. Debatendo os conceitos de disponibilidade e indisponibilidade do direito, afirma Carlos Alberto de Salles<sup>120</sup>:

O problema, no entanto, é a falta de um sentido unitário ou uniforme dos conceitos envolvidos, usados para expressar situações normativas de natureza e efeitos muito diversos. São conceitos com um sentido plurívoco, que acabam por conduzir à sua utilização em uma extensão indevida, qualificando, como indisponíveis, situações jurídicas às quais esse atributo não deveria ser aplicado, como ocorre em relação aos bens e negócios da Administração Pública.

É o que ocorre em relação à afirmação de “indisponibilidade do interesse público”. Essa afirmação acaba expandida a toda e qualquer relação jurídica da Administração, muito embora, como será demonstrado na sequência, não é o que efetivamente acontece em suas atividades e nos contratos dos quais participa. Entre as consequências mais visíveis dessa colocação abrangente da indisponibilidade administrativa, despontam conclusões quanto à inviabilidade de qualquer transação no âmbito administrativo e à exclusividade da jurisdição estatal na solução das disputas envolvendo a Administração Pública.

---

<sup>120</sup> SALLES, Carlos Alberto de. A Indisponibilidade e a Solução Consensual de Controvérsias. In GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. **Justiça Federal: Inovações nos Mecanismos Consensuais de Solução de Conflitos**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014. P. 211/212.

Não se trata, portanto, de uma relação binária (disponível x indisponível), o que nos leva a afirmar a existência de uma falsa dicotomia.

Conquanto seja de suma relevância estabelecer definições adequadas e dispositivos legais com maior rigor técnico, conforme se abordou no tópico anterior, é preciso reconhecer que, superado o desafio conceitual, a dicotomia disponibilidade/indisponibilidade não satisfaz a complexidade dos conflitos que surgem na prática.

Ademais, como veremos a seguir, há sensíveis diferenças entre a indisponibilidade nos planos material e processual, embora o ponto seja pouco explorado na doutrina e na jurisprudência.

### 3.2.2 Disponibilidade material e processual

Tema que tem passado ao largo do direito positivo diz respeito às nuances do que se entende por disponibilidade nos planos material e processual, bem como as nuances de tais conceitos, ou seja, a intensidade com que se pode caracterizar a indisponibilidade em cada situação concreta. A propósito, afirmam Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas<sup>121</sup>:

Por outro lado, quanto à disponibilidade da matéria, requisito previsto na redação do art. 190 do CPC/2015, deve-se analisar com atenção. A razão de ser de tal exigência parece ser simples: em tais casos, o sujeito pode dispor do próprio direito material; logo, não haveria porque ser vedada a disposição de certos atos ou mecanismos processuais que circundam a persecução de tal direito.

Contudo, a indisponibilidade do direito material não implica obrigatoriamente a indisponibilidade do direito processual, e vice-versa. Diogo A. R. de Almeida<sup>122</sup> ressalta que, em certos casos, o direito material envolvido pode ser indisponível, mas, ainda assim, as partes podem dispor sobre escolha de foro, distribuição de ônus da prova, escolha de perito, dentre outras questões processuais. Da mesma forma, é possível que a causa trate de matéria disponível, mas não seja possível realizar determinada convenção

---

<sup>121</sup> MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 696/697.

<sup>122</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das Convenções Processuais no Processo Civil**. Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, fevereiro/2014, p. 177.

por se tratar de questão processual indisponível, como, por exemplo, a tentativa de modificação de uma regra de competência absoluta. Assim, quanto à disponibilidade da matéria, o art. 190 do novo diploma deve ser estudado com muita atenção, tanto sobre o aspecto material quanto processual das convenções, pois uma primeira leitura poderia restringir enormemente a aplicabilidade dos negócios processuais.

Destarte, a indisponibilidade do direito material não implica necessariamente indisponibilidade processual. A legislação, de forma geral, passa ao largo dessa distinção de forma específica, mas não a doutrina. No ponto, vale citar a crítica de Rodrigo Ramina de Lucca<sup>123</sup>:

Como já foi repetido várias vezes neste trabalho, confunde-se a indisponibilidade material com uma suposta indisponibilidade processual, regredindo a ciência processual à sua fase imanentista.

Noutro trecho, leciona o autor<sup>124</sup>:

Denomina-se *disponibilidade processual em sentido estrito* a possibilidade que as partes têm de dispor de suas posições e faculdades processuais, e também do procedimento estabelecido em lei, tomando as decisões que lhe parecerem mais acertadas à defesa de seus interesses. Trata-se de garantia indissociavelmente relacionada ao sistema dos ônus processuais que caracteriza o processo civil de feições liberais (ou seja, cioso da liberdade e da individualidade das partes).

Na mesma direção, confira-se o escólio de Antonio do Passo Cabral<sup>125</sup>:

Por este motivo, a indisponibilidade sobre o direito material não leva necessariamente à indisponibilidade sobre as situações jurídicas processuais, até porque a convenção processual pode reforçar a proteção que o ordenamento jurídico atribui aos bens com algum grau de indisponibilidade. Imaginemos numa demanda em que figure um incapaz, ou numa ação coletiva: caso o MP ou outro legitimado extraordinário firme convenção processual para fixar um foro competente que seja mais eficiente para a colheita da prova ou que importe em maior proximidade geográfica com a comunidade lesada; ou um acordo para ampliar os prazos que possui para praticar atos do processo; ou uma convenção que amplie os meios de prova, ou que facilitem o acesso à justiça do incapaz. Enfim, os

---

<sup>123</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo. São Paulo: RT, 2019. E-book.

<sup>124</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. Op. Cit. 2019. E-book.

<sup>125</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 543.

exemplos são inúmeros e mostram que, mesmo em processos com alguma indisponibilidade, são possíveis.

Em suma, a indisponibilidade, entendida como vedação ou impossibilidade de renúncia ou despojamento de direitos, pode se referir tanto a um direito material quanto a uma pretensão à tutela jurisdicional, ou ainda, ao exercício de posições processuais. Aplicando essa premissa especificamente no contexto da Fazenda Pública em Juízo, aduz Marco Antonio Rodrigues<sup>126</sup>:

No entanto, a indisponibilidade do interesse público não representa a indisponibilidade do processo judicial. Os meios de se atingir a tutela ao interesse da coletividade são disponíveis e se encontram numa esfera de escolha justificada pelo administrador, que tem o poder-dever de buscar o melhor método para atingi-lo.

Em linha com essa compreensão, vale citar o enunciado nº 135 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC): “(art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual. (*Grupo: Negócios Processuais*).” Também nesse sentido, aduz Arruda Alvim<sup>127</sup>: “Ressalte-se, ainda, que a disponibilidade do direito material não encerra, necessariamente, a disponibilidade de todo e qualquer direito processual”.

Importante lembrar, também neste tópico, a distinção entre interesses e posições, para que se tenha presente que a manifestação processual nem sempre estará alinhada com a pretensão material veiculada em juízo ou fora dele. A propósito, afirma Ricardo Goretti<sup>128</sup>:

*Interesses* são sentimentos que representam as reais aspirações dos seres humanos nos seus incessantes processos de interação e busca por satisfação de desejos ou necessidades. Na definição de Elena I. Highton e Gladys S. Álvares (2008, p. 43), os interesses constituem sentimentos afetos à ordem dos desejos e necessidades humanas, que tendem a ocupar posição central no pensamento e nas ações dos indivíduos, como fatores determinantes na configuração das suas intenções, metas e ações.

---

<sup>126</sup> RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016. E-book. P. 368.

<sup>127</sup> ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 3. Ed. São Paulo: RT, 2019. E-book.

<sup>128</sup> GORETTI, Ricardo. **Gestão adequada de conflitos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P. 65.



Os interesses de um indivíduo que se encontre em situação de conflito não podem ser confundidos com as posições por ele sustentadas. As *posições* correspondem àquilo que os indivíduos em situação de conflito declaram ou acreditam necessitar, para os fins de satisfação dos seus desejos e necessidades básicas. As pretensões verbalizadas pelas partes conflitantes podem ou não ser correspondentes aos reais interesses em jogo.

Enfim, estabelecidas essas premissas conceituais, cumpre avançarmos para a análise de aplicações práticas de tais conceitos.

### **3.2.3 A indisponibilidade do direito como critério para o afastamento de ônus processuais**

A distinção entre os conceitos abordados neste capítulo produz consequências importantes no plano processual, pois em diversas passagens a legislação atribui efeitos (como o afastamento de preclusões ou ônus processuais) a determinados atos ou omissões conforme se trate de “direitos indisponíveis”, a exemplo do efeito material da revelia contra a Fazenda Pública. Reportamo-nos aqui, em especial, às regras previstas nos artigos 345, II, 373, §3º, I, e 392, com reflexo no art. 341, I, que é complementado pelo citado art. 392 (no tocante à admissibilidade da confissão), todos do CPC. A propósito, afirmam Yarshell, Pereira e Rodrigues<sup>129</sup>:

O inciso II afasta o efeito substancial da revelia quando o litígio envolver “direitos indisponíveis”. Como visto em comentário ao art. 341, I acima (item 3), direito disponível é aquele cujo exercício se atribuiu ao exclusivo critério do seu titular, que dele pode abrir mão. Indisponíveis, portanto, são direitos irrenunciáveis ou cuja renúncia só é admitida se atendidos requisitos especiais.

Também conforme já adiantado, a disponibilidade do direito deve ser buscada no “plano material” do ordenamento. É nesse plano – e não no processual – que, em razão da natureza e da relevância a que se atribui o valor tutelado, se encontrará a resposta para a indagação sobre a disponibilidade ou indisponibilidade do direito.

---

<sup>129</sup> YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume V – Artigos 334 ao 368. ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel [coords.] 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. E-book.

Ocorre que a indisponibilidade do direito material, por si só, não serve como critério justificável para o estabelecimento de tais regras, as quais, é bom lembrar, estabelecem intensas disparidades na relação processual. Assim, no ponto, discordamos da posição dos autores, citada acima.

Em primeiro lugar, trata-se, ineludivelmente, de regras que mitigam (quando não rompem) a paridade de armas, ao engendrar situação de notória vantagem em prol da Fazenda Pública. Logo, devem ser analisadas também sob o ponto de vista do princípio da isonomia, tendo por referência as clássicas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, anteriormente citadas. Nesse exame, a regra deve estar justificada por alguma desigualdade material que se pretenda corrigir através da escolha de fator de *discrímen* que se alinhe com os princípios e objetivos previstos na Constituição Federal. Sucede que, na linha da desconstrução que já se debateu neste trabalho quanto ao princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular, não se divisa justificativa plausível para tamanha desequiparação com base apenas no aludido princípio, considerado de forma antecedente e abstrata.

Em segundo lugar, para além dessa ponderação, que toca sobretudo à ausência de amparo, no direito material, para tamanha disparidade de tratamento, é preciso ter em mente a ausência de fundamento no próprio direito processual, considerado de forma sistemática. Isso porque, conforme já se disse, disponibilidade material não se confunde com disponibilidade processual; mesmo em situações que envolvem direitos materiais indisponíveis (em algum grau), haverá, como regra geral, a possibilidade de disposição de situações jurídicas processuais. Não se duvida, por exemplo, de que a interposição de recurso não deixa de ser uma faculdade mesmo quando em consideração direitos indisponíveis. Do mesmo modo, a omissão na apresentação de defesa, enquanto ônus, não deveria ser remediada pelo afastamento do efeito material da revelia unicamente em virtude da indisponibilidade do direito material. Confira-se o escólio de Rodrigo Ramina de Lucca<sup>130</sup>:

A natureza dos interesses relevantes ao processo não interfere na possibilidade de aquiescência à decisão. Mesmo em causas que versam sobre direitos e interesses disponíveis, a parte pode aceitar expressa ou

---

<sup>130</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo. São Paulo: RT, 2019. E-book.

tacitamente a decisão, renunciar ao recurso ou desistir de recurso já interposto. A indisponibilidade da questão debatida no processo não transforma, como vem sendo repetido, o processo em inquisitivo e não autoriza o Estado-juiz a agir oficiosamente na realização de interesses alheios.

Em verdade, o fundamento lógico-racional, no plano processual, para o afastamento do ônus da impugnação especificada e do efeito material da revelia em face da Fazenda Pública, é muito mais singela e pragmática: ela se assenta na premissa de que, se o conflito não admite autocomposição, ou seja, se o representante do Poder Público em Juízo não poderia, por ato de vontade, compor o conflito de forma consensual, logicamente também não poderá, com a sua simples inação, produzir o mesmo efeito de um eventual ato de disposição, direcionando o Juízo a reputar verdadeiros os fatos afirmados pela parte adversa e, com isso, no mais das vezes, acolher a sua pretensão, impondo gravame ao erário. Do contrário, na prática admitir-se-ia, por via oblíqua, o “reconhecimento jurídico do pedido” por simples omissão do representante, embora desautorizado a transigir. A esse respeito, oportuno mencionar a afirmação de João Carlos Souto, que reflete visão mais clássica do tema, em obra publicada sob a vigência do CPC/1973<sup>131</sup>:

A doutrina e a jurisprudência encontram-se sintonizadas no entendimento de que os efeitos da revelia não atingem a Fazenda Pública. Aliás, é conclusão unânime, fundamentada no art. 320, II, do Código de Processo Civil. Esse dispositivo, muito embora não mencione expressamente que a Fazenda Pública encontra-se imune às consequências da revelia, tem sido interpretado dessa forma, fundado no princípio de que o ente público é titular de direito indisponível, não sujeito a transação – salvo os casos especificados em lei – e a renúncia por parte dos seus administradores. A revelia, como sabido, equipara-se à renúncia à faculdade de contestar e, destarte, não é passível de ser admitida quando se está em discussão o interesse de pessoa jurídica de direito público, que nada mais é do que o interesse da própria sociedade. De sorte que, figurando a União como sujeito passivo de determinado processo e não tendo o ente federal contestado a ação, os efeitos da revelia não se impõem, por força do inciso II do art. 320. Não se trata de um privilégio, mas de um mecanismo que busca amparar a *res publica* de um comportamento negligente – ou mesmo doloso – de seus servidores.

De forma semelhante, afirma Leonardo Carneiro da Cunha<sup>132</sup>:

<sup>131</sup> SOUTO, João Carlos. **A União Federal em Juízo**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P.208.

<sup>132</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021 [e-book].

O direito da Fazenda Pública é indisponível, devendo o magistrado, mesmo na hipótese de revelia, determinar a instrução do feito para que a parte autora possa se desincumbir do seu onus probandi.

(...)

A evidência, a revelia, sendo ré a Fazenda Pública, não produz seu efeito material, de maneira que não haverá presunção de veracidade quanto aos fatos alegados pelo autor na petição inicial.

Como se sabe, os atos públicos presumem-se legítimos. Por isso, cabe ao autor, numa demanda proposta em face da Fazenda Pública, demonstrar, e comprovar, as alegações contidas em sua petição inicial. Não o fazendo, mediante a produção de qualquer prova, só restará a consequência da improcedência.

Respeitando a judiciosa argumentação dos citados autores, não coadunamos com essa compreensão, na linha de todo o exposto neste trabalho. Quanto ao propósito de resguardar o erário de um possível comportamento negligente ou doloso de seus agentes, cumpre assentar que há mecanismos de caráter administrativo-disciplinar, e mesmo judicial, voltados a tal propósito, de modo que tal não se revela como justificativa apta para o aludido *discrímen* no plano processual, máxime com a amplitude que se pretende sustentar. Do contrário, ao se admitir de forma ampla essa disparidade de armas no processo, estar-se-ia impondo ao particular que litiga contra o Poder Público ônus que deve recair sobre toda a sociedade, pois o aparato administrativo é estruturado em benefício de todos.

Com relação à presunção de legitimidade dos atos administrativos, embora essa possa, realmente, produzir efeitos no processo, sobretudo no âmbito probatório, não se a vislumbra como fundamento apto a ensejar o afastamento do efeito material da revelia de forma genérica, abstrata e apriorística.

A uma, porque nem todas as demandas contra a Fazenda Pública versam impugnações a atos administrativos, havendo ações relativas a omissões do Poder Público ou a outros atos que, conquanto praticados sob regime de Direito Público, não ostentam tal natureza, a exemplo dos atos materiais da Administração.

A duas, porque o impacto processual da presunção de legitimidade citada deve ser aquilatado no caso concreto, mediante distribuição do ônus da prova, que inequivocamente se caracteriza como regra de instrução, dispondo o CPC de mecanismos específicos para tanto (notadamente, arts. 357, III, e 373). Afinal, a

própria dicção do art. 345, II, do CPC, se reporta especificamente à indisponibilidade do direito, sendo esse, a nosso ver, o ponto fundamental a ser debatido quanto à delimitação da aplicabilidade de tal exceção à Fazenda Pública.

De todo modo, os respeitáveis entendimentos em contrário são trazidos a debate, por se tratar de tema complexo e polêmico. Também cumpre assinalar que essa compreensão clássica tem prevalecido na jurisprudência do STJ, no tocante às relações de Direito Público. Vale mencionar, a título exemplificativo:

(...) 3. No pertinente à alegada violação do art. 334, III do CPC/1973, imperioso destacar que o **crédito tributário reveste-se do caráter de direito indisponível da Fazenda Pública, de sorte que inaplicável ao caso o efeito material da revelia, não sendo possível admitir a presunção de veracidade decorrente de ausência de manifestação do Ente Fazendário em relação aos fatos alegados pela Contribuinte em sua inicial**. Precedente: AgInt no AREsp. 1.171.685/PR, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 21.8.2018.

(...) (EDcl no AgRg no REsp n. 1.196.915/RJ, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 26/8/2019, DJe de 28/8/2019.) (Grifos nossos)

(...) 3. **Consolidou-se nesta Corte o entendimento segundo o qual não se aplica à Fazenda Pública o efeito material da revelia, nem é admissível, quanto aos fatos que lhe dizem respeito, a confissão, em face da indisponibilidade dos bens e direitos sob sua responsabilidade.**

4. Hipótese em que, para a decretação da fraude à execução fiscal (ou seu afastamento), faz-se necessário a verificação da circunstância de ter a alienação do bem reduzido o patrimônio do executado à situação de insolvência, sendo certo que o contexto fático delineado no acórdão recorrido não é suficiente à verificação desta circunstância, cabendo às instâncias ordinárias a sua apreciação, sob pena de supressão de instância.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.171.685/PR, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 2/8/2018, DJe de 21/8/2018.) (Grifos nossos).

Quanto às relações de Direito Privado, há precedente persuasivo do STJ que admite a aplicação do efeito material da revelia excetuadas contra a Fazenda Pública, conforme mencionado na própria obra de Leonardo Carneiro da Cunha, citada acima. Confira-se o seguinte trecho da ementa do acórdão respectivo:

(...) 1. **Os efeitos materiais da revelia não são afastados quando, regularmente citado, deixa o Município de contestar o pedido do autor, sempre que não estiver em litígio contrato genuinamente administrativo, mas sim uma obrigação de direito privado firmada pela Administração Pública.**

(...) (REsp n. 1.084.745/MG, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 6/11/2012, DJe de 30/11/2012.) (Grifou-se).

Sucedem que, na linha defendida neste trabalho, não apenas as relações de Direito Privado deveriam comportar a aplicação do efeito material da revelia. Quando em consideração direitos indisponíveis transigíveis, ou, de forma mais clara, conflitos que admitam autocomposição, não faria sentido operar a desequiparação a que se aludiu acima, caso em que o afastamento dos mencionados ônus apenas implicaria privilégio injustificado, rompendo com a paridade de armas no processo.

Ora, se o representante da Fazenda Pública pode, por ato de vontade, compor o litígio de forma consensual, não se pode afastar os efeitos ordinários que da sua inação decorreriam. Afinal, a indisponibilidade do direito material não é circunstância apta a, por si só e um só tempo, romper com a paridade de armas e instituir uma *reserva de jurisdição estatal contenciosa*, obrigando o Juízo a conhecer de toda a matéria fática conforme as regras ordinárias de distribuição do ônus da prova.

Assim, entendemos que o único critério razoável de interpretação de tais dispositivos legais, que afastam ônus processuais quando em consideração direitos indisponíveis, é interpretar essa cláusula como referente a *conflitos que não admitem autocomposição*. Isso porque, conforme demonstrado acima, a indisponibilidade do direito material não é fator apto a justificar o afastamento de ônus processuais - notadamente os que impõem presunções de veracidade de matéria fática no processo - senão a *intransigibilidade*. Ora, se a parte não pode celebrar atos de autocomposição, e.g., renunciando ou submetendo-se à pretensão da parte adversa, faz sentido que a sua inércia também não possa, por via transversa, produzir semelhante efeito. O ponto é notado por Marco Antonio Rodrigues<sup>133</sup>:

O efeito material da revelia, contudo, não se aplica sobre a Fazenda Pública. Isso porque o artigo 345, II, do Código de Processo Civil estabelece que a presunção de veracidade das alegações fáticas autorais não se aplica se o litígio versar sobre direitos indisponíveis. Tal regra procura evitar que a revelia seja uma forma indireta de dispor de direito indisponível.

Da mesma maneira que fica afastado o efeito material da revelia quando o litígio cuida de direitos indisponíveis, cabe ressaltar que o artigo 392 do

---

<sup>133</sup> RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016. E-book. P. 53.

Código de Processo Civil veda a confissão relativamente a direitos indisponíveis, a fim de evitar indireta disposição a tais direitos.

Mas a indisponibilidade do direito, por si só, nada diz sobre a impossibilidade de se ter como incontroversos (e presumidamente verdadeiros) determinados fatos – alegados e não impugnados, ou expressamente confessados –, pois a *verdade processual*, embora componha um elemento importante da fundamentação da decisão de mérito, não se confunde com o direito material subjacente à demanda.

Assim, se a indisponibilidade que se manifesta sobre o direito material não é apta, por si só, a inibir atos de disposição – e mesmo renúncia – no *plano processual*, com muito mais razão também não poderá inibir a imposição de *ônus processuais* que sequer se projetam diretamente sobre o julgamento de mérito, antes repercutindo apenas no plano fático-processual. É bem de ver, afinal, que, relativamente aos mesmos direitos, poderá o seu titular ou substituto processual abster-se da prática de diversos outros atos, que igualmente terão repercussões processuais, produzindo, desde logo, a preclusão e a imposição de semelhantes ônus, tais como: interposição de recursos, produção de provas, apresentação de incidentes processuais, dentre outros.

A isso pode-se contrapor com a ideia de que se cuida de escolha do legislador, que, em sua margem de conformação do sistema, houve por bem afastar somente algumas preclusões, ante a indisponibilidade do direito material. No entanto, para além de tudo o quanto antes dito, é preciso ter em mente que a legislação processual tem gradativamente substituído a expressão “direitos indisponíveis” por “direitos que não admitem autocomposição” (também atécnica, porém mais alinhada com a *ratio legis* de tais dispositivos), ou ainda, “quando não se admitir autocomposição”. Assim sucede, por exemplo, com a audiência do art. 334 do CPC, em contraposição à superada audiência preliminar do art. 331 do CPC/1973. Na mesma linha, a definição da arbitrabilidade objetiva, a admissibilidade da mediação e o correspectivo requisito de validade de convenções processuais.

Entretanto, essa transição terminológica não ocorreu de maneira uniforme e concomitante em todas as ocorrências na legislação, significando dizer que há resquícios da nomenclatura antiga, que se manifestam em diversos dispositivos. É o

que sucede aqui, segundo pensamos. O legislador, no CPC/2015, seguiu utilizando a expressão “direitos indisponíveis” como critério para afastar ônus processuais de índole fático-probatória, quando deveria ter atentado para a noção de transigibilidade, muito mais alinhada com a disciplina processual e coerente sistematicamente. Afinal, não faz sentido permitir que a parte celebre autocomposição (muito mais incisiva sobre o direito material, pois apta a resolver o conflito, incidindo sobre o mérito), mas não possa confessar, induzindo à formação de uma determinada convicção judicial sobre matéria fática, ainda dependente de solução judicial contenciosa.

Ainda assim, mesmo para os autores que defendem interpretação mais ampla de tais normas, é preciso ter em mente que a indisponibilidade do direito, quando em consideração a Fazenda Pública em Juízo, não alcança o interesse público secundário. No sentido, aduzem Yarshell, Pereira e Rodrigues<sup>134</sup>:

Com relação ao interesse público, é necessário distinguir entre interesse público primário e secundário: o primeiro diz respeito ao interesse social ou bem comum, ao passo que o segundo refere-se aos interesses da Fazenda Pública. Só há indisponibilidade se houver interesse público primário envolvido. Se o interesse for meramente fazendário, o interesse público será secundário e será admitida a confissão.

A disposição do art. 341, assim, alinha-se com a regra contida no art. 392 do CPC, que estabelece que não vale como confissão a admissão de fatos relativos a direitos indisponíveis, e com a do art. 213 do CC, que preceitua ser ineficaz a confissão realizada por quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados.

O ponto é sinalizado inclusive pelo dispositivo a que se referem os autores, qual seja, o art. 213 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 213. Não tem eficácia a confissão se provém de quem não é capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados.

Parágrafo único. Se feita a confissão por um representante, somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.

A análise do dispositivo deixa clara a relação entre a restrição à eficácia da confissão e a aptidão do titular do direito para praticar atos de disposição. A indisponibilidade, aqui, não é tratada como um atributo insofismável do direito material, mas como uma restrição à prática de atos de disposição, inclusive no caso

---

<sup>134</sup> YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume V – Artigos 334 ao 368. ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel [coords.] 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. E-book.



de atos de incapazes. Conquanto o CPC tenha adotado versão resumida da norma, sem as nuances previstas no Código Civil, a sua razão subjacente é a mesma: se o titular do direito não pode dele dispor, também não poderá confessar fatos contrários ao seu pleno exercício. Tudo a corroborar que o foco deve estar no alcance do ato de disposição, e não no direito material abstratamente considerado. Se o direito, embora tido por indisponível, pode ser objeto de atos de disposição, não se justifica, portanto, o afastamento da eficácia da confissão. Assim, para se analisar a sua eficácia no processo, deve-se ter em consideração o conflito em concreto - sob o prisma da *transigibilidade* - e não o direito material em abstrato.

Aliás, ao longo de todo o trabalho é possível notar que o legislador nem sempre emprega de forma estritamente técnica as distinções entre disponibilidade e transigibilidade, tratando as expressões, por vezes, como livremente intercambiáveis. Acentuando essa proximidade conceitual na legislação, cabe citar a lição de Ravi Peixoto, que comenta especificamente os efeitos da revelia<sup>135</sup>:

Um forte indicativo de situações nas quais o direito público não é indisponível ocorre nas mesmas situações nas quais poderá ser objeto de arbitragem, a qual só é admitida para direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, §1º, da Lei 9.307/1996). Um ótimo indicativo de tais situações consta da Lei de Licitações e Contratos (Lei 14.133/2021), quando, ao reger os meios alternativos de resolução de controvérsias afirma, no parágrafo único do art. 151, que “Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”.

Vale ressaltar ainda um outro ponto relevantíssimo, que também milita no sentido da mitigação de tais regras desequilibradoras, que é destacado por Fredie Didier Jr.<sup>136</sup>:

A Fazenda Pública submete-se ao ônus da impugnação especificada. Não há razão para dispensar os advogados públicos desse ônus, até mesmo por uma questão ética: ao advogado particular cabe a tarefa de manifestar-se precisamente sobre o que afirma a parte adversária; o advogado público, qualificado após a aprovação em concursos públicos

---

<sup>135</sup> PEIXOTO, Ravi. Reflexões sobre os Limites dos Efeitos da Revelia. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Edição Comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica, p. 219-232. Nov. 2021. P. 225.

<sup>136</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017. P. 737.

concorridíssimos, poderia, simplesmente, não manifestar-se sobre as afirmações da parte adversária, sem qualquer consequência... O papel do advogado na construção da decisão judicial justa não pode ser desprezado; a incidência da regra aos advogados dos entes públicos seria verdadeira *capitis deminutio* desses profissionais. Veja-se o exemplo da ação civil pública em que um ente público é réu: nessa situação, o interesse público está, preponderantemente, do lado ativo, não se admitindo a negação geral, conduta que se pode reputar temerária, quando provinda de ente público.

Destaque-se que o citado autor estende esse mesmo entendimento ao efeito material da revelia, bem como manifesta posicionamento consentâneo com o que se vem a defender neste tópico do trabalho. Confira-se<sup>137</sup>:

O art. 345 do CPC traz quatro situações em que a presunção de veracidade dos fatos afirmados, em razão da revelia, não se produz.

(...)

II) Se o direito material em discussão indisponível (art. 345, II, CPC).

**Em verdade, é melhor entender como sendo direito sobre o qual a vontade das partes é ineficaz para produzir efeito jurídico que pela ação se pretende obter** (art. 392, CPC; art. 213, Código Civil; CPC português, art. 485, “c”).

Se a parte não pode confessar o fato afirmado pelo autor, a revelia não pode gerar uma confissão ficta, caso contrário seria fácil burlar a proibição de confissão. **Aplica-se aqui tudo o quanto se disse em relação ao ônus da impugnação especificada** (art. 341, I, CPC).

(Grifos nossos).

De todo o exposto, é possível afirmar, que a expressão “direitos indisponíveis”, prevista nos artigos 345, II, 373, §3º, I, e 392 (com reflexo no art. 341, I), todos do CPC, está a merecer interpretação restritiva e sistemática, para que seja compreendida como *conflitos que não admitam autocomposição*.

### 3.3 CONFLITOS QUE NÃO ADMITEM AUTOCOMPOSIÇÃO

Para se entender a expressão “direitos que não admitem autocomposição”, faz-se necessário, primeiramente, investigar o que é (e o que não é), afinal, autocomposição. E, para tanto, em primeiro lugar, cumpre observar o quanto avançou o CPC/2015 em sistematização das hipóteses de “resolução de mérito”, no art. 487, frente ao art. 269 do revogado CPC/1973.

É que, de forma simples e direta, o art. 487 aglutina num único inciso as hipóteses de autocomposição. Vale dizer, no inciso III, o juiz homologará “a) o reconhecimento

<sup>137</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Op. Cit. 2017. P. 750.

da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção”. Cuida-se de hipóteses em que o juiz meramente analisará a validade, a higidez, de ato de disposição de direitos praticados pelas partes de forma isolada ou conjunta. Nessas situações, rigorosamente, não haverá julgamento de mérito, mas apenas resolução de mérito. Portanto, em boa hora o legislador separou, por incisos próprios, hipóteses bastante distintas de julgamento de mérito propriamente ditas (incisos I e II) das hipóteses de resolução de mérito sem efetivo julgamento do pedido. Bem se vê, desde logo, que numa classificação técnica, resolver o mérito é gênero, que compreende o julgamento do mérito (solução heterocompositiva) e a homologação de atos de disposição de direitos, ou seja, atos de autocomposição<sup>138</sup>.

Tanto a homologação de tais atos quanto o julgamento propriamente dito são atividades cognitivas do juiz que resolvem o mérito, ou seja, conhecem dos pedidos formulados na fase cognitiva do procedimento (seja na ação, seja na reconvenção) e lhes atribuem solução jurídica apta à definitividade, porquanto capaz de formar coisa julgada material. Ambas as atividades, dessarte, compõem a função precípua do Poder Judiciário, voltada à solução (*rectius*: tratamento) dos conflitos que lhe são submetidos.

A diferença fundamental reside em que, no julgamento do mérito, o juiz emprega técnica heterocompositiva, proferindo decisão que conhece de toda a matéria controvertida, analisa o conteúdo da postulação e da defesa e profere decisão unipessoal, por meio da qual adjudica o objeto litigioso segundo as conclusões alcançadas ao dirimir as questões de forma argumentativa. Por sua vez, na resolução do mérito por homologação da autocomposição das partes, o juiz meramente examina seus requisitos de validade à luz do ordenamento jurídico, chancelando ou não o ato ou negócio jurídico celebrado.

Esses pressupostos são importantes para se compreender, afinal, o conteúdo do que a legislação processual tem por autocomposição. Assim, bem examinado o

---

<sup>138</sup> Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador. Ed. JusPodivm, 2017. P.818.

inciso III do art. 487 do CPC, verifica-se que a autocomposição pode consistir em transação, renúncia ou submissão, conforme apontam Flávio Yarshell, Guilherme Setoguti J. Pereira e Viviane Siqueira Rodrigues<sup>139</sup>:

Outra condição estabelecida pela lei para que a audiência tenha lugar é a possibilidade de que a controvérsia seja resolvida por *autocomposição* – expressão que o Código empregou frequentemente e que, como sabido, é abrangente de *transação*, *renúncia* e *submissão*. Ao fazê-lo, o Legislador parece ter seguido na linha do que já fizera a Lei 10.444/2002 ao alterar a redação do art. 331 do CPC/1973 (art. 334 do CPC), numa presumida tentativa de distinguirem os conceitos de *disponibilidade*, de um lado, e de *possibilidade de transação*, de outro. Vale dizer: mesmo no âmbito de direitos indisponíveis há eventual margem para autocomposição.

Nesse contexto, enquadram-se na cláusula “direitos que admitem autocomposição” quaisquer direitos que possam ser objeto de algum desses atos. É comum, na doutrina, exemplificar-se com os direitos de incapazes. Embora indisponíveis - pois o seu titular não pode deles se despojar por sua mera manifestação de vontade -, eles podem ser objeto de autocomposição, desde que mediante manifestação de vontade do representante legal, assistente ou apoiador, atendidos, enfim, todos os requisitos que a lei impõe para a prática válida de atos jurídicos pela pessoa incapaz. Com efeito, a mera necessidade de suprimento do consentimento do titular não é circunstância apta a determinar a inadmissibilidade de autocomposição.

Estabelecidas essas considerações iniciais, passaremos a abordar as interações entre os conceitos de (in)disponibilidade do direito e (in)admissibilidade de autocomposição, tratando da controversa categoria dos “direitos indisponíveis que admitem autocomposição” e aproximando-nos de uma proposta de classificação e sistematização da matéria.

### 3.4 AS RELAÇÕES ENTRE A DISPONIBILIDADE DO DIREITO E A TRANSIGIBILIDADE

---

<sup>139</sup> YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume V – Artigos 334 ao 368. ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel [coords.] 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. E-book.

Do exposto acima, observa-se que os conceitos “direitos indisponíveis” e “direitos que não admitem autocomposição” são sensivelmente diversos, sendo que a primeira compreende uma gama muito maior de direitos. Afinal, basta que haja uma restrição legal (limitação ou condição) à renunciabilidade do direito para que ele possa ser incluído na primeira categoria; já em relação à segunda categoria, eventuais restrições que possam ser supridas ou superadas no caso concreto não terão aptidão para afastar a possibilidade de autocomposição. Afirma Marcelo Veiga Franco<sup>140</sup>:

Enfim, a diferenciação entre a *indisponibilidade* do interesse público e a possibilidade de sua *transigibilidade* é importante para delinear que a *natureza indisponível do direito material* não pode ser obstáculo automático à sua própria *negociação*. O caráter indisponível tem a ver com a característica do direito, e não precisamente com a forma de solução de um conflito no qual ele esteja em discussão.

Ainda, é possível notar que a classificação “direito indisponível” tem como objeto de análise o direito propriamente dito, isto é, o *direito material* em questão. Para se definir se um direito é ou não indisponível, basta que o intérprete examine as normas jurídicas substanciais que o regulamentam, sobretudo no que concerne à existência ou não de eventual restrição à prática de atos de disposição. Havendo restrições capazes de impedir total ou parcialmente, ao menos em tese, a prática de atos de disposição, estar-se-á diante de direito indisponível, independentemente da possibilidade ou não de utilização de técnicas autocompositivas no caso concreto. Isso porque não resta dúvida quanto à existência de direitos indisponíveis que admitem autocomposição.

Nesse sentido, a doutrina há muito já sinalizava, e o próprio legislador veio a positivá-lo expressamente no citado art. 3º da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/05): “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. E, em arremate, complementa o §2º do mesmo dispositivo: “o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do

---

<sup>140</sup> FRANCO, Marcelo Veiga. **Administração Pública como Litigante Habitual**: A necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos. Coleção Reserva Científica Processo Civil. MAZZEI, Rodrigo Reis; FERREIRA, William Santos [coordenadores gerais]. Londrina: Editora Thoth, 2021. P. 203.

Ministério Público”. Note-se que o dispositivo legal se refere a direitos que admitam *transação*, e não *autocomposição*, diferenciando-se da cláusula utilizada frequentemente na legislação processual, inclusive no CPC.

Por seu turno, a classificação “direitos que admitem *autocomposição*” não diz respeito ao direito material abstratamente considerado. Em verdade, o seu objeto é o método de tratamento do conflito concretamente utilizado. Exemplo disso é que, quando vigente a redação original do §1º do art. 17 da Lei n. 8.429/92, o dispositivo vedava “a *transação*, acordo ou *conciliação* nas ações de trata o *caput*”. Logo, a vedação não incidia sobre o direito material em discussão, mas sobre o instrumento processual (ação de improbidade administrativa).

Porém, os mesmos direitos protegidos na ação de improbidade administrativa (direito difuso à conservação do patrimônio público, à moralidade e probidade na Administração Pública), ao menos em parte, poderia ser objeto de acordo, por exemplo, em ação popular (por exemplo, o ressarcimento ao erário). De forma semelhante, a tutela da probidade administrativa e a imposição de sanções por atos de corrupção, por exemplo, admitem *transação* em algum grau, como ocorre com o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13). É certo que há limites e restrições previstos na própria lei, que repercutirão na delimitação do alcance da *transação*, mas a premissa que se pretende firmar, por ora, é que a admissibilidade de *autocomposição* não tem como objeto de análise o direito material abstratamente considerado (diversamente do que ocorre com a noção de indisponibilidade), mas o conflito com suas nuances.

Portanto, ao contrário da indisponibilidade do direito, a inadmissibilidade de *autocomposição* somente pode ser identificada diante do caso concreto, considerando-se o método de tratamento de conflitos efetivamente empregado e os seus limites. Frise-se que a análise de admissibilidade de *autocomposição* não se aplica exclusivamente ao processo judicial, mas também a métodos extrajudiciais de tratamento de conflitos, inclusive a *mediação*, conforme visto (art. 3º da Lei n. 13.140/15).

Nessa ordem de ideias, observa-se que a confusão existente em torno dos limites e das relações entre os conceitos “direito indisponível” e “direito que não admite autocomposição” decorre, em grande medida, da imprecisão de tais expressões e, por conseguinte, da incerteza conceitual daí resultante. Com efeito, bem analisada a questão, a categoria “direitos indisponíveis” abrange direitos que são disponíveis, porém de forma limitada ou condicionada. De forma semelhante, a categoria “direitos que não admitem autocomposição” também abrange – de forma predominante -, direitos que podem ser objeto de atos de autocomposição, embora haja alguns atos sejam vedados ou restritos, total ou parcialmente. E, mais: esta última categoria não é identificável numa análise do direito material propriamente dito. Vale dizer: a consideração exclusiva do direito material envolvido não permite que se afirme a inadmissibilidade de autocomposição.

Desta feita, o conceito “direitos que não admitem autocomposição” revela uma imprecisão mais intensa, pois não é o direito material que inadmite a autocomposição; ao revés, é com olhos postos no *conflito* que se poderá dizer da admissibilidade ou não de autocomposição. É certo que, em raras situações, o ordenamento jurídico veda, de antemão, a autocomposição (ou uma de suas espécies, como a transação) em determinadas ações judiciais, mas, ainda assim, o critério distintivo não será o direito material, mas a via processual empregada, pois o mesmo direito, deduzido noutra via, poderá ser objeto de disposição.

Logo, andou bem o legislador na redação do inciso II do §4º do art. 334, ao dispor que a audiência de conciliação ou de mediação não será realizada “quando não se admitir a autocomposição”.

Em breve parênteses, pede-se licença para apontar que a audiência do art. 334 do CPC parece carecer de uma nomenclatura adequada. Seu alcance, na prática, é muito mais amplo do que uma mera sessão de “mediação ou conciliação”. Ademais, parece necessário estremá-la das diversas outras audiências típicas e atípicas que podem ocorrer com o mesmo ou semelhante propósito nos mais diversos procedimentos. Afinal, o CPC/2015 lhe dedicou posição e formatação únicas, inequivocamente distintas da superada “audiência preliminar” do CPC/1973. Paralelo a isso, ela não se confunde com audiência “pré-processual” (ato realizado em alguns

juízos e que pode evitar o próprio ajuizamento da ação), porquanto realizada após a formação do processo (vale dizer, após a propositura da ação e a citação do réu). Parece-nos, assim, que a audiência do art. 334 do CPC pode ser nominada de “antelitigiosa”, sinalizando que ocorre antes da formação da lide, o que a distingue de outros atos congêneres, mas não se confunde com a expressão “pré-processual”, que pode designar outros tipos de atos. Ademais, o termo “antelitigiosa” pode induzir a um trocadilho intencional, sobretudo na linguagem verbal (pela similitude dos prefixos “ante” e “anti”), a designar tanto a fase processual quanto o propósito de evitar a formação do litígio propriamente dito.

Seja como for, não se vinculou a admissibilidade de autocomposição à disponibilidade do direito. Nos termos em que redigido o art. 334, não resta dúvida de que a possibilidade de autocomposição deve ser vista como a regra, de modo que somente excepcionalmente ficará excluída. Acerca do tema, aduzem Trícia Navarro Xavier Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha<sup>141</sup>:

O Código de Processo Civil (LGL/2015/1656) estimula a adoção, quando cabível, de meios consensuais de solução de disputas. E o faz sem qualquer distinção. Nesse ponto, não adota mais a dicotomia direito disponível x direito indisponível; refere-se simplesmente à autocomposição, a meios consensuais, a direitos que admitem autocomposição.

E assim o faz, porque a indisponibilidade não impede a autocomposição. O direito de família, o direito de trabalho, o direito do consumidor, entre outros, são indisponíveis, mas admitem autocomposição. O direito da Fazenda Pública é indisponível, mas também admite autocomposição, sendo, aliás, arbitrável: é possível arbitragem com o Poder Público, justamente porque o direito é patrimonial e passível de ser objeto de uma autocomposição.

Há, na realidade, graus de indisponibilidade do direito. A circunstância de o direito ser indisponível não impede que haja autocomposição. É possível, a depender do grau de (in)disponibilidade, que se promova a autocomposição, dando solução à disputa envolvendo aquele direito que é indisponível. Suas repercussões financeiras podem ser negociadas, transacionadas, sendo, enfim, objeto de uma autocomposição.

Nesse sentido, também se empregou boa técnica legislativa no art. 471, II, do CPC<sup>142</sup>, que utiliza a expressão “a causa possa ser resolvida por autocomposição”,

<sup>141</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CUNHA, Leonardo Carneiro da. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. **Revista de Processo**. Vol. 287/2019. P. 531-552. Jan/2019.

<sup>142</sup> “Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que:

I - sejam plenamente capazes;

II - a causa possa ser resolvida por autocomposição”.



ao dispor sobre requisitos para que as partes possam celebrar negócio jurídico processual típico de escolha consensual do perito. Por outro lado, apresenta atecnia o art. 190 do CPC, que encerra cláusula geral de negociação processual, ao empregar a cláusula “direitos que admitam autocomposição”. Também criticando esse dispositivo legal, aduz Rodrigo Ramina de Lucca<sup>143</sup>:

Apesar da maior amplitude conferida pelo legislador, é de se questionar a conveniência da limitação legal a direitos que admitam autocomposição *material*. Tem feição autoritária a suposição de que o titular do direito indisponível seria incapaz de celebrar um negócio jurídico que lhe coloque em uma posição mais favorável no processo. Bom exemplo é o da escolha consensual do perito judicial. Ora, o que garante que a escolha de um perito pelo juiz-pessoa, dificilmente informado sobre quais são os profissionais capacitados naquela área de conhecimento, seja mais adequada do que a escolha feita pelas próprias partes? Ou então, qual seria o prejuízo se, em uma ação de interdição, as partes do processo convencionassem a majoração dos prazos ou estipulassem regras e procedimentos que dessem mais segurança ao resultado da prova produzida? Pode-se cogitar da convenção processual para que a perícia sobre a capacidade do interditando seja realizada por três profissionais, prevalecendo a opinião de dois deles; ou, alternativamente, que a perícia seja realizada por pelos mesmos três profissionais, mas que a demonstração da incapacidade fique condicionada à sua constatação, por unanimidade.

(...)

Desse modo, *de lege ferenda*, teria sido mais adequado vincular a eficácia da convenção processual envolvendo direitos indisponíveis que não admitam a autocomposição à anuência prévia e expressa do Ministério Público, sem prejuízo de ser recusada pelo Estado-juiz se constatada alguma restrição indireta ao direito indisponível. Essa medida garantiria a preservação do direito *material* sem tolher a liberdade individual nem a adaptação do *processo* à realidade concreta.

De forma semelhante, afirma Marco Antonio Rodrigues<sup>144</sup>:

Conforme sustentado no item anterior, a indisponibilidade do interesse público não representa a indisponibilidade da intervenção judicial no conflito de interesses que envolva a Fazenda Pública. Por isso, se o ente público se encontra em processo judicial, da mesma forma não há um óbice geral e abstrato que impeça a celebração de convenções processuais.

No entanto, precisamos realizar algumas ponderações. Em primeiro lugar, viu-se que o artigo 190 prevê que os negócios processuais são passíveis de

---

<sup>143</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo. São Paulo: RT, 2019. E-book.

<sup>144</sup> RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016. E-book. P. 372.

celebração quando o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição. Nesse ponto, importante recordar que, embora o interesse público seja indisponível, é possível, em princípio, a autocomposição quanto a tais direitos. A exceção se dá no caso de haver previsão legal que a impeça.

Assim, o foco deve estar na *admissibilidade* ou não da autocomposição no caso concreto, numa análise do *conflito* concretamente considerado. Essa análise é ampla, pois considera também o direito material envolvido, mas não se encerra nele, devendo envolver outros elementos, inclusive de índole processual. A mera indisponibilidade do direito material, indubitavelmente, não bastará para se interditar a transigibilidade. Mais adiante, abordaremos as etapas que se deve percorrer e os elementos que devem ser considerados nesse exame de admissibilidade da autocomposição, mas desde logo se pode acentuar uma questão terminológica importante: a expressão “*direitos que (não) admitem autocomposição*” deve ser lida como “*conflitos que (não) admitem autocomposição*”.

Observe-se que mesmo a renúncia, no âmbito processual, pode ocorrer em ações que envolvam direitos indisponíveis, sobretudo em situações nas quais a indisponibilidade se manifeste apenas unilateralmente. Pode ocorrer, por exemplo, de o direito indisponível, no caso concreto, ser apenas o alegado pelo réu, caso em que o autor poderá renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, ou ainda, na hipótese inversa, o réu poderia reconhecer a procedência do pedido, sendo indisponível o direito do autor. Portanto, é equivocado interditar-se previamente a tentativa de autocomposição sob esse fundamento, relacionado exclusivamente ao direito material envolvido na demanda. Nessa linha, afirma Rodrigo Ramina de Lucca<sup>145</sup>:

Como ocorre com a renúncia à pretensão, costuma-se dizer que o reconhecimento do pedido é vedado quando a causa versar sobre direitos indisponíveis. Não é bem assim.

O que se proíbe, tal qual ocorre com a renúncia à pretensão, é que o reconhecimento do pedido afete, no plano material, direitos indisponíveis. O melhor exemplo disso é a interdição do incapaz. Sendo o estado da pessoa indisponível, não pode o interditando concordar com a sua própria incapacidade, renunciando à liberdade jurídica, sem que o juiz a confirme e a decrete. Contudo, é perfeitamente possível reconhecer o

---

<sup>145</sup> LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo. São Paulo: RT, 2019. E-book.

pedido para satisfazer um direito indisponível. É o caso do réu que reconhece a procedência do pedido de investigação da paternidade. Se o reconhecimento pode ser extrajudicial, com ainda mais razão deve-se admiti-lo no curso do processo.

Se bem analisado, a impossibilidade de reconhecimento do pedido está mais atrelada à *necessariedade* do processo do que à natureza dos direitos nele versados. Sendo o processo necessário, é imperativa a manifestação judicial sobre a questão, independentemente da manifestação de vontade das partes. Tratando-se de reconhecimento de direito indisponível que não depende de processo para ser realizado, o reconhecimento tem de ser admitido.

O que o autor refere como a “necessariedade do processo” consiste no mesmo fenômeno tratado neste trabalho como *reserva de jurisdição estatal contenciosa*. Ou seja, quando se afirma a inadmissibilidade de autocomposição em relação a determinado conflito, o que se está assentando, essencialmente, é a “necessariedade do processo” ou a existência de uma “reserva de jurisdição estatal contenciosa”, isto é, aquele conflito somente pode ser resolvido por jurisdição estatal contenciosa, inadmitindo outros métodos de tratamento.

Passando a uma tentativa de sistematização dos conceitos, é importante retomarmos um ponto adrede lançado. Dissemos que este estudo diz respeito a *restrições jurídicas*, ora à disponibilidade do direito, ora à admissibilidade da autocomposição (transigibilidade). Mas, afinal, qual é o objeto dessas restrições? No primeiro caso, aludir a restrições à disponibilidade do direito não satisfaz. Isso porque *dispor* de um direito compreende uma gama de atos, tais como *alienar*, *ceder*, *renunciar*, que podem se manifestar em várias espécies diferentes de negócios jurídicos.

Portanto, *dispor* é gênero que compreende diversas espécies. Ainda, os *atos de disposição* podem conter variados e distintos elementos. A alienação de um bem, praticada, por exemplo, mediante contrato de compra e venda de um imóvel, é um ato de disposição desse mesmo bem. Por sua vez, renunciar a um direito hereditário, também é ato de disposição. Assim, também, uma transação extrajudicial, por meio da qual se compõe um conflito decorrente de acidente automobilístico, mediante concessões mútuas, recai na mesma categoria: ato de disposição de direitos.

Percebe-se que tais atos são muito diferentes: ora gratuitos, ora onerosos; ora unilaterais, ora bilaterais; ora praticados mediante negócio jurídico, ora mediante ato jurídico em sentido estrito; dentre outras nuances e variações classificatórias. Há, dessa forma, uma plêiade de atos por meio dos quais alguém pode dispor de um direito. Em poucas palavras, o conteúdo *disposição de direito* está presente em diversos tipos de atos jurídicos. Há, no entanto, uma característica em comum que os conecta, qual seja, a conduta de *dispor* de um direito, no sentido que lhe atribui o Direito Civil.

Essa conduta, conforme se afirmou, pode se manifestar de diversas formas. E, ainda, o ato de disposição pode conter vários elementos, como alienação, cessão ou renúncia. Sabe-se, ademais, que podem incidir restrições de ordem legal sobre alguns desses elementos do ato de disposição, a depender do direito envolvido ou de características dos seus titulares, como a capacidade civil ou a legitimação. Mas, se o que nos interessa, no ponto, é examinar os direitos indisponíveis, é preciso identificar qual o elemento do ato de disposição de direitos que, ao sofrer alguma restrição, fará com que o direito respectivo seja considerado indisponível.

A doutrina aponta, nesse contexto, que os direitos indisponíveis são aqueles que não podem ser *abdicados* pela mera manifestação de vontade do seu titular. Também se diz que direitos indisponíveis são intransmissíveis e inalienáveis. Porém, há direitos intransmissíveis e inalienáveis que não são classificados como indisponíveis, a exemplo do benefício previdenciário, que não pode ser cedido nem alienado (art. 114 da Lei n. 8.213/91<sup>146</sup>), mas pode ser renunciado, e, portanto, não é classificado como indisponível. Ou seja, a intransmissibilidade e a inalienabilidade não são capazes de qualificar o direito como indisponível. Há hipóteses em que a legislação veda a transmissão de determinado direito por outros motivos que não se relacionam com a vulnerabilidade do direito titular ou o interesse público na sua

---

<sup>146</sup> “Art. 114. Salvo quanto a valor devido à Previdência Social e a desconto autorizado por esta Lei, ou derivado da obrigação de prestar alimentos reconhecida em sentença judicial, o benefício não pode ser objeto de penhora, arresto ou seqüestro, sendo nula de pleno direito a sua venda ou cessão, ou a constituição de qualquer ônus sobre ele, bem como a outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para o seu recebimento”.

proteção. No ponto, vale citar a doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>147</sup>:

O dano moral é resultado de lesão aos direitos da personalidade, isto é, à honra, à imagem, à integridade física, ao nome, à liberdade de pensamento, entre outros. Trata-se de direitos indisponíveis, isto é, intransmissíveis e inalienáveis. É certo que essa intransmissibilidade é relativa, pois o impedimento é de que o titular abra mão de seu direito em caráter permanente ou total. Porém, pode ceder seu exercício (não sua titularidade) em caráter parcial e transitório. Entretanto, ainda nessa situação, é o próprio titular que, por ato próprio, pode fazer a cessão. Assim, não poderia a esposa do recorrido, por ato próprio, renunciar ao direito de o marido exigir reparação pelos danos à honra por ele experimentados (STJ, 4.ª T., REsp 669914-DF, rel. Min. Raul Araújo, j. 25.3.2014, DJUe 4.4.2014).

Observe-se que os autores qualificam os direitos indisponíveis como intransmissíveis e inalienáveis. No entanto, logo em seguida afirmam que essa intransmissibilidade é relativa e que “o impedimento é de que o titular abra mão de seu direito em caráter permanente ou total”. Assim, em verdade, a nota distintiva da indisponibilidade não é a intransmissibilidade ou a inalienabilidade, mas o impedimento à abdicação do direito.

Portanto, cumpre focar na restrição à abdicação, esta sim, capaz de qualificar o direito como indisponível. Abdicar significa despojar-se, privar-se de algo, ou ainda, adotando terminologia juridicamente mais técnica, *renunciar*. Portanto, o elemento fundamental do ato de disposição de direitos, sobre o qual pode incidir restrição legal capaz de qualificar o direito subjacente como indisponível, é a renúncia. A restrição incide, assim, sobre a *renunciabilidade* do direito. Significa dizer que direito indisponível é aquele que sofre *restrição legal à renunciabilidade*. Essa visão encontra eco na doutrina, conforme revela a seguinte passagem da obra de Flávio Yarshell, Guilherme Setoguti J. Pereira e Viviane Siqueira Rodrigues<sup>148</sup>:

Com a locução *atos que não admitem confissão* o legislador quis se referir a **direitos indisponíveis (art. 392), isto é, direitos irrenunciáveis ou cuja renúncia só é admitida se atendidos**

<sup>147</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2022. E-book.

<sup>148</sup> YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume V – Artigos 334 ao 368. ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel [coords.] 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. E-book.

**determinados requisitos especiais.** Direito disponível, com efeito, pode ser conceituado como aquele cujo exercício se atribuiu ao exclusivo critério do seu titular, que dele pode abrir mão. Melhor teria sido se a lei tivesse feito referência a direitos indisponíveis, ao invés de utilizar a expressão que empregou. (Grifo nosso).

É bem verdade que há variações na doutrina quanto aos conceitos de alienar e dispor, de modo que alguns autores utilizam as expressões inalienabilidade e indisponibilidade como intercambiáveis. Ainda assim, nota-se a presença constante da noção de irrenunciabilidade ao se abordar a temática dos direitos indisponíveis. Discorrendo sobre as características dos direitos da personalidade, afirmam Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva<sup>149</sup>:

A inalienabilidade retiraria do seu titular a possibilidade de deles dispor, tornando-os também irrenunciáveis e impenhoráveis. Da indisponibilidade deriva o intenso debate sobre a licitude dos atos lesivos aos direitos da personalidade praticados com o consentimento do interessado.

O próprio art. 11 do Código Civil dispõe que, “com execução dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Mais uma vez, observa-se variação terminológica quanto ao atributo da “inalienabilidade”, tendo o legislador optado pelo termo genérico “intransmissíveis”, o qual, por ser mais amplo, aglutina as vedações à alienação e à cessão.

No entanto, o atributo da *irrenunciabilidade* permanece contemplado expressamente no dispositivo legal. Portanto, em matéria de direitos da personalidade (que são inequivocamente qualificados como indisponíveis), convivem vedações à transmissão (em sentido amplo) e à abdicação pelo próprio titular, traduzida esta como *irrenunciabilidade*.

Vale destacar que a renúncia não precisa ser incondicionada ou unilateral. O que se examina, por ora, é meramente o elemento do ato disposição sobre o qual incide a restrição, para efeito de estremá-lo de outros congêneres. Sabe-se que a renúncia comporta variações, mas a premissa que nos interessa, neste momento, é a de que

---

<sup>149</sup> TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil**: teoria geral do direito civil. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book.

sempre que houver restrição legal à *renunciabilidade*, estaremos diante de direito indisponível. Logo, reportamo-nos, aqui, à renúncia como um dos *elementos* que compõem algum ato de disposição de direitos, e não ao *ato jurídico renúncia* em sentido estrito.

Firmadas essas premissas, é possível fixar algumas conclusões preliminares, que serão necessárias para que se avance no estudo da matéria, propondo-se métodos de identificação e de classificação dos *direitos indisponíveis* e dos *conflitos que não admitem autocomposição*.

A primeira conclusão é de que os conceitos de *disponibilidade do direito* e de *admissibilidade de autocomposição* operam em níveis de concreção e abstração distintos, de modo que não se submetem a critérios distintivos idênticos. Em verdade, quando se fala em direitos indisponíveis, o objeto de análise é o *direito material* abstratamente considerado. Essa é uma análise limitada e direta: havendo alguma restrição no ordenamento jurídico à renunciabilidade, estaremos diante de direito indisponível, embora essa categoria comporte diversas nuances e classificações que abordaremos a seguir. Já quando se examina a admissibilidade de autocomposição (transigibilidade), o objeto é o *conflito* concretamente considerado. Portanto, a densidade da restrição é diversa, ora abstrata (direito indisponível), ora concreta (transigibilidade). Assim, numa escala de densificação - do abstrato para o concreto -, pode-se afirmar que *a disponibilidade está para o direito assim como a transigibilidade está para o conflito*.

É importante não confundir o exame de admissibilidade da autocomposição (prévio) com o controle de validade do *ato jurídico* de autocomposição efetivamente realizado (posterior). No primeiro caso, o que se analisa é se o conflito concretamente considerado admite, em tese, a realização de autocomposição, entendida como gênero, isto é, uma modalidade de métodos de tratamento de conflitos marcada pela voluntariedade e pela ausência de uma decisão imposta por terceiro.

Deve-se ter em mente que há diversos métodos autocompositivos, como mediação, conciliação e negociação, e que os atos deles resultantes podem se caracterizar

como reconhecimento, renúncia ou transação, cada qual com suas próprias variações e possibilidades. A resposta, nessa análise de admissibilidade, será binária: ou a autocomposição é admitida para o conflito em questão, ou não é. Note-se que vedar a autocomposição em relação a determinado conflito, realizando um juízo negativo de admissibilidade, significa afirmar, em última análise, que há, relativamente a tal conflito, uma *reserva de jurisdição estatal contenciosa*, de modo que somente poderá ser resolvido (ou tratado) por decisão judicial heterocompositiva adjudicatória.

Perceba-se, entretanto, que não é a matéria jurídica ou o direito envolvido que está sob reserva de jurisdição, mas o conflito, uma vez dotado de determinadas nuances, é que estará submetido necessariamente à jurisdição estatal. A propósito, afirma Carlos Alberto de Salles<sup>150</sup>:

Na realidade, a jurisdição estatal, principalmente na esfera cível, somente é necessária – e nesse sentido possui uma reserva – em um número limitado de casos, nos quais não se permite a transação ou submete-se validade de determinados atos jurídicos à intervenção judicial.

(...)

É o que ocorre, por exemplo, em uma anulação de casamento, em uma interdição de incapaz, na extinção do poder familiar e outras situações próprias da chamada jurisdição voluntária.

Assim se apresenta a questão para que se tenha a dimensão do impacto de se afirmar, em absoluto, a inadmissibilidade de autocomposição. Dessa noção já se pode antever que serão raros os casos assim catalogados, pois a ordem jurídica, no geral, não compactua com semelhante reserva jurisdicional. Vale reproduzir a seguinte afirmação de Lucio Picanço Facci<sup>151</sup> (que se reporta à redação original da Lei n. 8.429/92, já alterada no ponto):

Não se pode confundir indisponibilidade de direito com intransigibilidade, pois esta somente se afigura nas situações em que a lei expressamente

<sup>150</sup> SALLES, Carlos Alberto de. A Indisponibilidade e a Solução Consensual de Controvérsias. In GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. **Justiça Federal: Inovações nos Mecanismos Consensuais de Solução de Conflitos**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014. P. 221.

<sup>151</sup> FACCI, Lucio Picanço. A Utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo Código de Processo Civil. In **Fazenda Pública**. ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio [coords]. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 3; coord. geral DIDIER JR., Fredie. P. 391.



veda a transação, de que é exemplo o artigo 17, parágrafo 1º, da Lei n. 8.429, de 1992, que trata de improbidade administrativa, que, para Luciane Moessa de Souza, consubstancia “o único caso de proibição expressa de transação em nosso ordenamento”. Ademais, mesmo que, por hipótese, seja possível definir com precisão sobre a indisponibilidade de direitos considerados em si mesmos, não há indisponibilidade quanto ao modo dos mesmos serem regulados, nada impedindo, dessa maneira, que meios de resolução de conflitos sejam empregados para esse propósito.

Por outro lado, o controle de validade do ato que porventura venha a ser celebrado pelas partes, resultante do método autocompositivo empregado, deverá levar em consideração todos os requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, notadamente: manifestações de vontades isentas de vícios; agentes capazes e legitimados; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

Vale lembrar que esse ato jurídico pode conter diversos elementos que configurem disposições de direitos, como alienações, cessões ou renúncias, mas isso, por si só, não torna a autocomposição vedada, ainda que em questão direitos indisponíveis, pois, como visto, há graus de indisponibilidade. Neste particular, vale citar a doutrina de Carlos Alberto de Salles<sup>152</sup>:

Em suma, em primeiro lugar, é preciso reconhecer a diferença entre reserva de jurisdição, no sentido dessa ser indispensável para a produção de determinados efeitos jurídicos, da indisponibilidade relacionado à natureza de determinados bens. No tocante a essa última, é preciso distinguir aquelas situações em que a indisponibilidade gera a impossibilidade de transação, daquelas nas quais os interessados diretos conservam a possibilidade de transacionar. Como dito, essa diferença decorre do regime de afetação do bem indisponível, se exclusiva de um titular direto ou se pertinente, também, a interesse geral.

(...)

Destaque-se, por fim, a excepcional situação dos bens propriamente coletivos, que, não obstante sua indisponibilidade, pode ser objeto de acordo pela via da legitimação extraordinária, conforme previsão da Lei da Ação Civil Pública.

Observa-se, portanto, uma diferença entre indisponibilidade do bem e reserva de jurisdição. Mais ainda, verifica-se que da indisponibilidade de determinado bem não se extrai a reserva de jurisdição estatal. Esta ocorrerá, somente, quando a jurisdição não puder ser afastada pela vontade dos interessados e o processo judicial for necessário para produção de efeitos jurídicos válidos.

---

<sup>152</sup> SALLES, Carlos Alberto de. **A Indisponibilidade e a Solução Consensual de Controvérsias**. Op.cit. 2014. P. 224.

Assim, ainda que haja, em tese, algum ponto do conflito que não pode ser objeto de renúncia, isso não bastará para se invalidar o ato, devendo-se analisar se houve renúncia vedada pelo ordenamento jurídico, como aquela incidente, por exemplo, sobre o núcleo essencial de direito fundamental. Logo, o controle de validade somente tem lugar *a posteriori*, cabendo ao juiz ou à autoridade competente para a homologação ou o cumprimento do ato analisar tais elementos à vista do conflito específico, com todas as suas peculiaridades. Evidentemente, esse controle posterior não exclui a relevante atividade de assessoramento ou consultoria jurídica exercida pelos advogados das partes antes, durante e após as tentativas de autocomposição, cabendo-lhes apontar eventuais elementos que podem invalidar o ato.

Nessa linha, deve-se reconhecer que, no exame prévio de admissibilidade de autocomposição, a possibilidade eventual de que as partes incorram em vício capaz de invalidar o ato, praticando atos de disposição de direitos vedados pela ordem jurídica, não basta para interditar a autocomposição de plano. Tratando-se de controle preliminar, que antecede a própria prática do ato, não se pode presumir que haverá algum elemento antijurídico na futura avença.

Em verdade, a dúvida deve pesar em favor da autocomposição, pois se há a possibilidade real, diante do conflito concretamente observado, de que seja praticado validamente um acordo de vontades capaz de tratar o conflito, o resultado da análise de admissibilidade deve ser positivo, prestigiando-se a autonomia da vontade, sem prejuízo do controle posterior de validade do ato jurídico que eventualmente venha a ser celebrado.

### 3.5 AS RESTRIÇÕES À DISPONIBILIDADE: UMA PROPOSTA DE CLASSIFICAÇÃO

Nas linhas que se seguem, apresentaremos uma proposta de classificação das diferentes manifestações e variações dos dois fenômenos debatidos acima: os *direitos indisponíveis* e os *conflitos que não admitem autocomposição*. Em verdade, para fins metodológicos, a classificação terá como objeto a (in)disponibilidade do direito e a (in)admissibilidade de autocomposição, esta última que também pode ser

compreendida, conforme a semântica adotada neste trabalho, como (in)transigibilidade.

Como se disse desde o início, este é um trabalho de sistematização. Seu propósito primordial é, a partir da pesquisa realizada, organizar, com método científico, as nuances existentes sobre os institutos em questão, buscando tratar de forma técnica e precisa as noções de indisponibilidade do direito e de intransigibilidade, pois se notam muitos ruídos e atecnias, inclusive na legislação, que prejudicam a aplicação, na prática forense, de técnicas voltadas ao tratamento adequado dos conflitos com a Fazenda Pública.

Ainda neste adendo preliminar à classificação que se pretende propor, deve-se ressaltar que, de todo o esforço de pesquisa realizado, pouco se logrou em termos de classificação propriamente dita, pois essa metodologia tem passado ao largo da doutrina especializada, muito embora se admita amplamente que a terminologia “direitos indisponíveis” comporta diversas nuances e variações.

Nada obstante, é imprescindível realçar o esforço classificatório realizado por Carlos Alberto de Salles<sup>153</sup>, com o qual coadunamos em grande medida, embora com algumas divergências pontuais. Ademais, proporemos outros critérios classificatórios adicionais.

Vale frisar, por fim, que o parâmetro utilizado neste esforço de sistematização será sempre a *restrição jurídica*, conforme sinalizamos acima.

Numa primeira aproximação, já dissemos que a indisponibilidade do direito e a intransigibilidade operam em graus distintos de concreção e abstração. Portanto, numa escala de densidade, partindo-se do abstrato para o concreto, é possível afirmar que a (in)disponibilidade está para o direito assim como a (in)transigibilidade está para o conflito.

---

<sup>153</sup> SALLES, Carlos Alberto de. A Indisponibilidade e a Solução Consensual de Controvérsias. In GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. **Justiça Federal**: Inovações nos Mecanismos Consensuais de Solução de Conflitos. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

Observe-se que o esforço classificatório não é meramente acadêmico. Essa sistematização, conforme se verá, produz repercussões práticas, não apenas como uma sistematização para efeitos didáticos, mas também para auxiliar os operadores jurídicos no exame concreto da admissibilidade de autocomposição, conforme veremos mais adiante no *teste da transigibilidade*.

Em nossa proposta de classificação, enunciaremos, no título de cada tópico, o critério classificatório e a terminologia utilizada. Em seguida, passaremos a expor seus fundamentos.

### **3.5.1. Intensidade da restrição (graus de afetação): indisponibilidade absoluta e relativa**

A terminologia “indisponibilidade absoluta e relativa” já vem sendo utilizada por parte da doutrina e é recepcionada no presente trabalho. Em suma, consiste no reconhecimento de que há graus de indisponibilidade. Ou seja, a restrição à autonomia da vontade, delimitando o âmbito de disponibilidade do direito, não se manifesta de maneira uniforme em todos os direitos ditos indisponíveis.

Em verdade, há graus de afetação. Há direitos menos disponíveis que outros. No campo da indisponibilidade do interesse público sob o prisma do direito material, conforme aduz Eduardo Talamini<sup>154</sup>, “no que tange ao núcleo fundamental das tarefas, funções e bens essencialmente público, não há espaço para atos de disposição. Mas essa afirmação comporta gradações”.

Nesse contexto, Carlos Alberto de Salles distingue a indisponibilidade da disponibilidade condicionada<sup>155</sup>:

---

<sup>154</sup> TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo**. Vol. 264, ano 42. P. 83-107. São Paulo, Ed. RT, fev. 2017. P. 85.

<sup>155</sup> SALLES, Carlos Alberto de. A Indisponibilidade e a Solução Consensual de Controvérsias. In GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. **Justiça Federal: Inovações nos Mecanismos Consensuais de Solução de Conflitos**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

Algumas vezes, confundem-se bens cuja disponibilidade é condicionada a requisitos de forma ou substância com bens indisponíveis por natureza. É o que ocorre em relação aos bens imóveis de incapazes, quanto à necessidade de autorização judicial para sua alienação. Também em relação aos bens públicos, como será demonstrado a seguir, sua alienação se sujeita a procedimentos necessários para esse fim. Nesses casos não há propriamente uma indisponibilidade, mas apenas uma disponibilidade condicionada, indicando a necessidade de observância de determinadas condições para se realizar a transferência da titularidade do bem.

Há, no entanto, bens efetivamente indisponíveis por razão de sua própria natureza ou por especial proteção jurídica que se lhes empresta. É o caso daqueles tipicamente coletivos, caracterizados por sua indivisibilidade e de sua atribuição a uma coletividade de sujeitos. Nesse caso, qualquer modificação quanto à atribuição coletiva do bem gera uma alteração em sua própria natureza, com consequência de justiça distributiva. Mesmo não sendo o único, o meio ambiente é o exemplo mais completo de indisponibilidade nos direitos coletivos.

Coadunamos com o autor no tocante à existência de disponibilidade condicionada, quando a lei impõe determinadas condições especiais para que algum ato de disposição seja validamente realizado. Contudo, entendemos a disponibilidade condicionada como uma espécie do gênero *indisponibilidade relativa*.

Isso porque, ao analisamos a intensidade da restrição, visualizamos somente duas categorias: indisponibilidade absoluta e relativa, embora esta última se desmembre em duas espécies.

Explica-se. A primeira categoria compreende direitos que não comportam qualquer grau de disponibilidade, que podem ser nominados de absolutamente indisponíveis. É o caso, por exemplo, dos raros exemplos de direitos fundamentais absolutos, como o direito de não ser torturado, o direito (do brasileiro nato) de não ser extraditado, o direito de não ser compulsoriamente associado, o direito de não ser escravizado. A doutrina, em geral, consente em que esses direitos não comportam qualquer relativização ou mitigação. Por conseguinte, também não comportam a prática de qualquer ato de disposição, pois não há qualquer elemento que deles possa ser desmembrado e renunciado sem prejuízo à sua essência. A indisponibilidade é total.

Paralelo a isso, ainda no campo da indisponibilidade absoluta, há direitos cujo núcleo essencial não comporta qualquer grau de disponibilidade. É o caso dos demais direitos fundamentais e dos respectivos direitos da personalidade. Não

são direitos absolutamente indisponíveis, embora muitas manifestações, interesses ou posições decorrentes desses direitos sejam indisponíveis, porque tocam ao seu cerne, ao seu conteúdo mais elementar.

Por sua vez, a indisponibilidade relativa se apresenta quando há alguma restrição à disponibilidade do direito, mas ela não inibe por completo a prática de atos de disposição. Logo, a indisponibilidade é parcial. Essa indisponibilidade parcial, no entanto, pode se manifestar na amplitude dos atos de disposição, limitando seu alcance, ou na imposição de requisitos especiais (condições) para a prática de tais atos.

No primeiro caso, haverá *disponibilidade limitada*, pois será admitida a prática de atos de disposição, embora com restrições quanto ao alcance desses atos. Significa dizer que, do conteúdo desse direito, há elementos que podem ser desmembrados e renunciados. É o que sucede, por exemplo, com a maioria dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, pois em ambos a indisponibilidade absoluta somente se manifesta em seu núcleo essencial.

No segundo caso, haverá *disponibilidade condicionada*, conforme aponta a obra Carlos Alberto de Salles, no trecho acima citado. A lei impõe requisitos ou condições especiais para a prática válida do ato de disposição. Essa condição especial pode ser um elemento material do ato ou uma manifestação de vontade adicional. É o que ocorre, por exemplo, com os bens da Administração Pública: ainda quando dominicais, a lei exige diversos requisitos para que possam ser validamente alienados (em especial, art. 76 da Lei n. 14.122/21 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Desta feita, a *disponibilidade relativa* se subdivide em *limitada* e *condicionada*. Desde já, é possível entrever repercussões desse desmembramento no campo da transigibilidade, porquanto haverá conflitos em que, não obstante envolvam direitos relativamente indisponíveis, a autocomposição será admitida desde que: (i) se a disponibilidade relativa for do tipo limitada, a eventual renúncia não lhe atinja o núcleo essencial; (ii) se a disponibilidade relativa for do tipo condicionada, sejam satisfeitos os requisitos especiais de validade previstos em lei (e.g., nos casos de

direitos de incapazes, haja anuência do representante legal e oitiva do Ministério Público).

### **3.5.2 Natureza da restrição: indisponibilidade material e processual**

Já dissemos anteriormente que a legislação em geral e, em alguma medida, a doutrina, passam ao largo da importante distinção entre disponibilidade material e processual.

É certo que o direito material produz repercussões no processo, ante a natureza instrumental do Direito Processual, inclusive, como já abordados, formatando técnicas processuais. Entretanto, é preciso reconhecer e distinguir a natureza jurídica dos institutos para que se possa manejá-los conforme a principiologia e a funcionalidade próprias a cada ramo do Direito.

Desta feita, propõe-se que também se reconheça expressamente a natureza jurídica da restrição à disponibilidade do direito como critério classificatório autônomo. Assim, teremos, indisponibilidade material e processual, conforme a restrição incida sobre o direito material abstratamente considerado ou sobre o exercício de posições, faculdades, deveres ou ônus processuais. Pode suceder, por exemplo, de o direito material ser indisponível (e.g., tutela do meio-ambiente), mas, ainda assim, a parte que o postula possa desistir de recurso interposto em face de determinada decisão.

### **3.5.3 Critério da restrição: indisponibilidade objetiva e subjetiva**

A partir dos exemplos abordados neste trabalho, é possível notar que o legislador, ao editar normas jurídicas restringindo a disponibilidade de determinados direitos, adota diferentes critérios para tanto: ora considera o direito em si, ora considera qualidades do seu titular.

No primeiro caso, haverá *indisponibilidade objetiva*, que pondera características do próprio direito, em geral associadas à sua essencialidade, a exemplo dos direitos fundamentais e da personalidade.

Na segunda hipótese, haverá *indisponibilidade subjetiva*, que contempla características do titular do direito, impedindo, limitando ou condicionando a prática de atos de disposição, notadamente diante de elementos como a vulnerabilidade ou o possível prejuízo a interesses jurídicos de cotitulares ou de terceiros. É o que ocorre, por exemplo, com direitos de incapazes ou direitos difusos e coletivos.

Observe-se que a *indisponibilidade subjetiva*, quando calcada nalgum *déficit* de discernimento presumido pelo legislador (incapacidade civil ou necessidade de apoio ou suprimento de consentimento por terceiros), tenderá a ser relativa, pois não se pode vedar em absoluto a prática de atos de disposição de direitos apenas como base na incapacidade civil do seu titular, inclusive para que não se incorra em discriminação antijurídica. Vale transcrever a lição de Elton Venturi<sup>156</sup>:

Tanto para os legisladores como para os operadores do sistema de Justiça, não podem mais bastar para justificar a restrição da disposição dos direitos considerados "indisponíveis" abstratas e retóricas presunções a respeito da hipossuficiência e da incapacidade de manifestação volitiva dos seus titulares - que historicamente têm justificado academicamente sua absoluta inegociabilidade.

As restrições deverão se manifestar somente na medida estritamente necessária para a proteção e tutela dos interesses da pessoa incapaz, prestigiando-se, o quanto possível, a sua autodeterminação, com mínima intervenção em sua autonomia da vontade, inclusive de forma alinhada com a principiologia da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (incorporada ao nosso ordenamento jurídico com *status* de norma constitucional) e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Por sua vez, quando o fundamento da indisponibilidade subjetiva for a cotitularidade, a exemplo dos direitos materialmente transindividuais (difusos e coletivos), a restrição tenderá a incidir sobre a legitimação do agente (representante ou substituto processual), em especial para que se garanta a representatividade adequada, bem como sobre a extensão subjetiva do ato, para que fique não seja prejudicado o exercício do mesmo direito a título individual, como regra geral.

---

<sup>156</sup> VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? **Revista de Processo**. Vol. 251. P. 391-426. Jan/2016.



### 3.5.4 Fonte da restrição: indisponibilidade formal e substancial

As restrições à indisponibilidade do direito somente podem derivar de lei em sentido estrito ou de sua própria essência, que também compõe a normatividade do mesmo direito. Diz-se lei em sentido estrito porque ditas restrições incidem sobre direitos no plano geral e abstrato, e não apenas sobre atos jurídicos concretos e específicos. Elas recaem, em última análise, sobre a autonomia da vontade ou sobre características dos direitos (como a titularidade).

Por isso, diante do princípio da legalidade (enquanto direito fundamental previsto no art. 5º, II, da CRFB/88, e não enquanto princípio da Administração Pública), tais restrições somente podem emanar de ato normativo primário (normas constitucionais ou legais), instrumento apto a criar, modificar ou extinguir direitos.

Semelhante classificação é abordada por Carlos Alberto de Salles com a nomenclatura “indisponibilidade material” e “indisponibilidade normativa”. Confira-se<sup>157</sup>:

Há, no entanto, bens efetivamente indisponíveis por razão de sua própria natureza ou por especial proteção jurídica que se lhes empresta. É o caso daqueles tipicamente coletivos, caracterizados por indivisibilidade e de sua atribuição a uma coletividade de sujeitos. Nesse caso, qualquer modificação quanto à atribuição coletiva do bem gera uma alteração em sua própria natureza, com consequências de justiça distributiva. Mesmo não sendo único, o meio ambiente é o exemplo mais completo de indisponibilidade nos direitos coletivos.

Essa indisponibilidade ocorre, também, quanto aos direitos de personalidade, que, embora titularizados na pessoa de um sujeito específico, não se submetem à vontade de seu titular, para fins de alienação, transferência ou mesmo renúncia. Nesse sentido, são absolutamente indisponíveis. É o que ocorre, por exemplo, quanto ao direito à incolumidade física da pessoa.

No tocante a esse primeiro significado, poder-se-ia falar em *indisponibilidade material*, por decorrer de atributos do próprio bem considerado.

(...)

Em um segundo significado, a dicotomia disponibilidade/indisponibilidade refere-se a uma qualificação das próprias normas jurídicas, indicando, na verdade, a distinção entre normas cogentes e dispositivas. Diversamente da hipótese anterior, não se cuida da atribuição ou transferência da titularidade dos bens envolvidos, mas da própria aplicação de determinadas normas.

---

<sup>157</sup> SALLES, Carlos Alberto de. **A Indisponibilidade e a Solução Consensual de Controvérsias**. Op. Cit. 2014. P. 213.

A indisponibilidade, nesse caso, volta-se a proteger a própria efetividade da norma, não um bem materialmente considerado. Dessa forma, exerce uma função dirigida ao próprio sistema jurídico e institucional envolvido. A indisponibilidade não se justifica em qualquer posição subjetiva, ainda que, de forma indireta, algum sujeito possa vir a ser por ela beneficiado. Por essa razão, nesse segundo significado, pode-se falar em *indisponibilidade normativa*, posto ser atinente à aplicação das próprias normas jurídicas.

Preferimos, no entanto, a nomenclatura *formal e substancial*, por dois motivos. Primeiro, para não ensejar confusão com a classificação anteriormente proposta conforme a natureza da norma (material e processual). Segundo porque, em nossa visão, a indisponibilidade do direito será sempre, em algum grau, normativa. Isso porque, conforme dito acima, a restrição à disponibilidade do direito somente pode decorrer de norma jurídica (de índole constitucional ou legal). A diferença, a nosso ver, está na fonte preponderante da norma instituidora da restrição. Enquanto algumas estão previstas expressamente em lei em sentido formal, por meio de norma-regra, dispensando o influxo de quaisquer outros elementos de normatividade, outras são inferidas a partir de norma-princípio ou da doutrina acerca daquele mesmo direito. Sucede que mesmo estas últimas decorrem de norma jurídica; no entanto, enquanto aquelas são construídas apenas com base na fonte formal do Direito, haurindo sua normatividade exclusivamente do enunciado normativo, estas são construídas a partir da conjugação da fonte formal com subsídios fornecidos pela ciência do Direito acerca da essência daquele direito considerado indisponível. Afinal, a doutrina também é reconhecida como uma fonte do Direito.

Note-se, porém, que a identificação dos direitos indisponíveis por natureza jurídica (que aqui se classifica como *indisponibilidade substancial*) também suscita divergências. Há um relativo consenso na doutrina quanto à indisponibilidade dos direitos fundamentais, mas mesmo essa compreensão é contestada, como se nota pela afirmação de Virgílio Afonso da Silva<sup>158</sup>:

É comum que se faça referência à irrenunciabilidade ou à inegociabilidade dos direitos fundamentais. Mas por que seriam os direitos fundamentais

---

<sup>158</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Tese de Livre Docência. São Paulo: USP, 2004. p.163-167.

irrenunciáveis e inegociáveis? Essas características decorrem da estrutura desses direitos? São alguma consequência lógica? São uma convenção? Ou são um mero lugar comum generalizante contra o qual, dada sua consolidação, ninguém se atreve a argumentar? Uma análise um pouco mais profunda poderia, de início, suscitar algumas contradições entre a história e a função primordial dos direitos fundamentais, de um lado, e características como a irrenunciabilidade e a inalienabilidade, de outro. Os direitos fundamentais, junto com a separação de poderes, são conquistas essencialmente liberais e sempre serviram – não somente na sua origem, mas também nos dias atuais - como forma de evitar a ingerência estatal em esferas estritamente individuais. Ora, se os direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão, nada mais coerente que aceitar a liberdade de não exercitá-los, de deles dispor ou de a eles renunciar. Renunciar a direitos fundamentais seria um exercício do direito geral de liberdade, imanente à essência dos direitos fundamentais. Essa é uma posição que, embora aceite algumas ressalvas e limitações e ainda que possa causar desconforto em alguns autores, é perfeitamente compatível com uma teoria liberal acerca dos direitos fundamentais.

Embora se reconheça a relevância da argumentação expendida pelo autor, alinhamo-nos à corrente majoritária que reconhece a presença da indisponibilidade nos direitos fundamentais. No entanto, como sinalizado acima, há graus de afetação, bem como áreas de maior ou menor disponibilidade. Isso porque a intensidade da proteção do direito não é uniforme em toda a sua extensão. Diante da profundidade e da amplitude dos direitos fundamentais, pode haver diversos interesses, posições e vantagens tutelados por um mesmo direito. Em torno do direito fundamental gravitam diversos direitos consectários, conexos e acessórios, alguns dos quais podem, em algum grau, ser objeto de atos de disposição.

Dessarte, repita-se: o que deve ser sempre preservado com a nota da indisponibilidade é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sobre o qual haverá indisponibilidade absoluta. E isso se afirma porque se trata de direitos que decorrem diretamente do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88), o qual não está contido na esfera de disposição do seu próprio titular nem de terceiros. Cuida-se de postulado inerente a todo ser humano, por sua própria condição de pessoa humana, cuja tutela interessa a toda a sociedade e ao Estado. Assim, aquele feixe de direitos nucleares que derivam desse sobreprincípio não é negociável, cessível, alienável, renunciável nem transigível.

Aliás, já se disse anteriormente que os direitos da personalidade são indisponíveis, inclusive por disposição expressa do art. 11 do Código Civil. Pois bem, essa

indisponibilidade decorre justamente do mesmo fundamento aqui abordado. É que, consoante compreensão assente na doutrina, os direitos da personalidade nada mais são do que as repercussões dos direitos fundamentais na esfera do Direito Privado.

A rigor, há três categorias de direitos que derivam igualmente do princípio da dignidade da pessoa humana, variando entre si somente quanto ao *locus* em que se apresentam no ordenamento jurídico, a saber: direitos humanos (no plano internacional), direitos fundamentais (na órbita do direito constitucional) e direitos da personalidade (no âmbito do Direito Privado). Desta feita, essencialmente essas três classes de direitos derivam de origem ontológica e jusfilosófica comum, distinguindo-se entre si apenas por um critério topográfico. Entretanto, cabe fazer uma anotação neste ponto: os direitos da personalidade, diferentemente dos direitos fundamentais, possuem previsão legal expressa de intransmissibilidade e irrenunciabilidade (art. 11 do Código Civil), de modo que, em linha com o critério classificatório ora adotado, são aqueles *formalmente* indisponíveis, e estes, *substancialmente* indisponíveis.

Enfim, encerrada a classificação dos direitos indisponíveis, é possível notar que os critérios classificatórios operam de forma independente e cumulativa, isto é, um mesmo direito pode ser enquadrado em diferentes classificações, cada qual baseada num critério. Por exemplo, o direito à imagem, enquanto direito da personalidade, ostenta os seguintes tipos de indisponibilidade: *relativa*, *material*, *objetiva* e *formal*. A indisponibilidade dos bens públicos, por sua vez, pode ser classificada como *relativa*, *material*, *subjetiva* e *formal*.

## CAPÍTULO 4. O TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS COM A FAZENDA PÚBLICA

### 4.1 PARADIGMA ATUAL

O microssistema de tratamento adequado dos conflitos é composto de normas desenhadas sobretudo após a edição da Resolução nº 125/10, do Conselho Nacional de Justiça, que trata da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. A propósito, afirmam Henrique Ávila e Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>159</sup>:

Já seguindo esta linha, a Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, estabeleceu como uma de suas premissas o incentivo ao uso de formas não adjudicatórias de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação. Em seguida, foi promulgada a Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei nº 9.307/1996 e aperfeiçoou o uso da arbitragem. Posteriormente, foi publicada a Lei nº 13.140/2015, que trata da mediação nas esferas pública e privada, formando, assim, um verdadeiro microssistema de meios *adequados* de solução de controvérsias (não mais *alternativos*, como acertadamente prefere a Res. Nº 125/2010 do CNJ).

Na mesma direção, a propósito da questão terminológica, lecionam Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas<sup>160</sup>:

Primeiramente, o termo métodos alternativos de resolução de conflitos ganhou forças por ser justamente uma tradução do inglês *alternative dispute resolution*, que assume a sigla ADR. Conforme definição do *New York State Unified Court System*, a expressão “refere-se a uma variedade de processos destinados a auxiliar as partes a resolverem disputas sem um julgamento” e “incluem mediação, arbitragem, avaliação de terceiro neutro e práticas colaborativas”. Apesar de a definição do termo atender ao tema que se busca estudar, a tradução literal para *alternativos* não se mostrou suficiente para o direito brasileiro. No Brasil, a ideia de alternativas constrói-se a partir da noção de uma via principal – no caso, o processo civil do Judiciário seria esta, enquanto a arbitragem, a mediação, a negociação e tantos outros instrumentos seriam vias secundárias. Logo, a expressão adquiriu uma conotação negativa, pois permite a interpretação de que tais mecanismos sejam segundas opções, ou seja, inferiores à via litigiosa jurisdicional.

---

<sup>159</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier; AVILA, Henrique. *Gestão Judicial e Solução Adequada de Conflitos: Um Diálogo Necessário*. In. **Soluções Pacíficas de Conflitos: Para um Brasil Moderno**. 1ed. São Paulo: GEN/Forense, 2019, v. 1, p. 175.

<sup>160</sup> MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. *Métodos ou Tratamentos Adequados de conflitos?* **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Edição Especial. Ano 3, número 1. Maio de 2018.

A ideia fundamental, portanto, é que o método escolhido (ou combinação de métodos) seja o mais adequado ao caso concreto, ao conflito especificamente considerado. Assim, não há que se estabelecer previamente uma relação de prevalência ou de superioridade. Há, inclusive, um processo de análise para se realizar essa escolha. A propósito, afirma Ricardo Goretti que “(...) a gestão adequada de conflitos é uma prática que se inicia com o *diagnóstico do conflito*, passa pela *escolha do método adequado*, para culminar com a *execução do método escolhido*”<sup>161</sup>.

Ainda no campo terminológico, é sempre bom lembrar a analogia que se faz do tratamento do conflito com o tratamento médico. No particular, aduz Ricardo Goretti<sup>162</sup>:

O primeiro requisito a ser preenchido por um gestor de conflitos prudente é o reconhecimento da ideia de que os conflitos surgem no contexto das relações humanas como eventos naturais, resultantes dos inevitáveis processos de interação humana. Isso significa que, onde quer que haja indivíduos em processo de interação, haverá conflito. Trata-se, portanto, de uma realidade da qual não é possível fugir, como bem ressaltou Maria de Nazaret Serpa (1999, p. 24), ao aduzir que “[...] onde quer que tenha existido ou exista um ser humano, se encontra conflito”.

O segundo requisito a ser preenchido por um gestor de conflitos prudente é a percepção de que os conflitos são únicos, irrepetíveis, concretos. É justamente por serem diferentes uns dos outros que os conflitos devem receber o tratamento adequado às particularidades que os caracterizam. O não reconhecimento dessa realidade, ou seja, a generalização do tratamento conferido às relações conflituosas, fatalmente levará o gestor de conflitos a não observar muitas particularidades que devem ser consideradas no caso concreto, como condição para a superação do conflito.

Nada obstante, essa analogia bem revela a insuficiência da expressão “métodos de solução de conflitos”. Em verdade, haverá conflitos que não serão solucionados, mas apenas tratados. Nem todos os conflitos são passíveis de extinção. E, mais: a extinção do conflito nem sempre será desejável. Por vezes, o nível ótimo de

---

<sup>161</sup> GORETTI, Ricardo. **Gestão adequada de conflitos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P. 55.

<sup>162</sup> GORETTI, Ricardo. **Gestão adequada de conflitos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P. 58/59.

tratamento do conflito será o seu tratamento não-definitivo. A propósito, aduzem Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas<sup>163</sup>:

Desta forma, o direito deve buscar não o fim dos conflitos, mas sim extrair o que há de positivo em tais confrontos que, na verdade, representam enorme relevância para movimentar – no sentido mesmo de retirar da inércia – a sociedade.

Portanto, não se busca resolver ou solucionar o conflito, no sentido de extingui-lo, mas sim tratá-lo, para dele obter o seu máximo de positivo para a sociedade.

No entanto, não é objeto precípua deste trabalho analisar o microssistema de tratamento adequado dos conflitos, mas focar na transigibilidade nos conflitos que envolvem a Fazenda Pública. Nesse aspecto, para além das leis mencionadas, sobressaem diplomas legislativos como a Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/19) e a Lei da Transação por Adesão (Lei n. 13.988/20), esta última especificamente na cobrança de créditos tributários e não tributários da Fazenda Pública. Essas leis representam avanços na medida em que ampliam hipóteses de autorização de realização de autocomposições, bem como de atos de disposição processuais (tais como desistência recursos), por parte da Fazenda Pública federal. Entretanto, seu âmbito de abrangência é limitado no que concerne à matéria, compreendendo essencialmente a cobrança de créditos da Fazenda Pública federal.

Outrossim, é digno de nota que todos os atos normativos citados terminam por reafirmar o paradigma tradicional e atual de somente se admitir autocomposição com o Poder Público mediante expressa previsão legal, significando dizer que a transigibilidade é vedada como regra geral.

Muito se produziu na doutrina, na jurisprudência e no Direito Positivo acerca da temática aqui debatida, havendo notórios avanços no campo da consensualidade envolvendo o Poder Público. A própria análise da evolução do “microssistema de tratamento adequado dos conflitos” o demonstra.

---

<sup>163</sup> MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou Tratamentos Adequados de conflitos? **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**. Edição Especial. Ano 3, número 1. Maio de 2018.

Nada obstante, sobretudo na prática forense, ainda se notam muitas resistências, de diversas ordens, à efetiva implementação de métodos consensuais nessa seara. Dentre outros aspectos, como as questões jurídicas, culturais e pedagógicas envolvidas, identifica-se, ainda, a presença marcante no Direito Positivo do emprego de técnica legislativa tendente a tratar os meios autocompositivos como excepcionais, prevendo hipóteses taxativas, com maior ou menor grau de abstração e vagueza, nas quais eles seriam admissíveis.

No mesmo sentido, institutos clássicos como a indisponibilidade e a supremacia do interesse público (*rectius*: vinculação ao interesse público) não devem continuar sendo opostos como óbices genéricos à autocomposição, na medida em que tais dogmas comportam releitura conforme a Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, diante de todo o arcabouço normativo, científico e jurisprudencial já formado na matéria, observa-se que o próximo passo na evolução do tema deve incluir a reconfiguração de institutos clássicos, bem como a revisão da técnica legislativa, de modo se passar e estabelecer a transigibilidade no Poder Público como a regra geral, positivando-se apenas as hipóteses excepcionais em que ela será vedada, bem como as hipóteses de transigibilidade motivada pela economicidade.

#### 4.2 A POLÍTICA DE CONSENSUALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL DIRETA E INDIRETA

No Estado do Espírito Santo, recentemente foi editada a Lei Complementar Estadual nº 1.011/2022, que institui a Política de Consensualidade no âmbito da Administração Pública Estadual Direta e Indireta; cria a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos do Espírito Santo – CPRACES; moderniza a Procuradoria-Geral do Estado e dá outras providências.

Logo de saída, nota-se que essa lei tem como principais referenciais normativos os mesmos diplomas legislativos que compõem o assim denominado “Microsistema de Tratamento Adequado dos Conflitos”, pois cita, em seu art. 1º, as Leis Federais n.



10.259/01 (Juizados Especiais Federais), 12.153/09 (Juizados Especiais da Fazenda Pública), 13.105/15 (CPC) e 13.140/15 (Lei de Mediação).

Ainda numa consideração introdutória, é digno de nota que essa lei incorpora técnica legislativa pouco utilizada, mas de inegável relevância, sobretudo em se tratando de diploma vocacionado a um papel de “estatuto”, isto é, uma consolidação de normas a respeito de tema que possui interseções entre direito material e processual. Referimo-nos ao arrolamento de definições de institutos jurídicos para os efeitos da própria política a que se refere à lei. Perceba-se que o propósito não é de substituir o papel da ciência do Direito (doutrina) em seu papel de estudo e em sua linguagem eminentemente descritiva dos fenômenos jurídicos. Em verdade, o que se busca é estabelecer acordos semânticos no sentido de evitar dissensos interpretativos que possam prejudicar a aplicação da lei de forma segura, estável e uniforme.

Essa técnica é empregada no art. 2º, que apresenta definições para termos nucleares e caríssimos ao microssistema acima mencionado, tais como: autocomposição, negociação, acordo, Método Extrajudicial de Solução de Controvérsias (MESC), conciliação, mediação, dentre outros. Assim, por exemplo, o termo autocomposição é definido como “qualquer processo ou procedimento que objetive a prevenção ou a resolução de um conflito, no todo ou em parte, por intermédio da vontade das partes envolvidas”. A conciliação, por sua vez, é definida como “atividade de solução consensual de conflitos, na qual o conciliador, sem poder decisório, poderá sugerir soluções para o litígio ou a controvérsia”. Ainda que se possa questionar tecnicamente um ou outro ponto das definições propostas pelo legislador, não se duvida de que elas se apresentam suficientemente claras e precisas para os efeitos pretendidos.

A lei prossegue, nos dispositivos seguintes, elencando princípios e diretrizes da Política por ela instituída, concluindo, no art. 4º, os dois capítulos que formam a base para a sua interpretação e aplicação.

Na sequência, a moderna legislação cria a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos do Espírito Santo (CPRACES), no âmbito da PGE/ES,

como órgão central da política de consensualidade, medida que se conecta ao modelo adotado na Lei de Mediação (Lei n. 13.140/15), notadamente em seu Capítulo II, que disciplina a “Autocomposição de Conflitos em que for parte Pessoa Judiciário de Direito Público”, prevendo a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública.

No Capítulo IV, a lei trata dos “Instrumento de Solução Adequada de Controvérsias”. A par da possível crítica que se pode fazer do ponto de vista terminológico (pois a doutrina preconiza o termo “tratamento adequado de conflitos”), nota-se que o diploma vai ao encontro das disposições do microsistema. Em primeiro lugar, no art. 11, ressalta-se a possibilidade de utilizar, “na busca pela autocomposição” de um ou mais instrumentos, o que denota o reconhecimento de que os instrumentos ou técnicas de tratamento adequado não são mutuamente excludentes nem incompatíveis entre si, podendo ser combinados ou empregados de forma sucessiva, caso um deles reste infrutífero. O mesmo dispositivo acena com a possibilidade de que o instrumento utilizado possa “prevenir ou resolver” o conflito no todo ou em parte, o que é consentâneo com a ideia de “tratamento” (embora a lei não empregue esse termo), pois nem sempre haverá a extinção total da controvérsia.

Na sequência, a lei aborda um dos pontos principais deste trabalho, ao delimitar seu objeto aos conflitos que versem sobre “direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Neste particular, nota-se o emprego de boa técnica jurídica e legislativa, alinhando-se com o disposto na Lei de Mediação (art. 3º) e afastando-se da anacrônica cláusula “direitos patrimoniais disponíveis”, contida no art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96).

A diferença não é singela. Ao se empregar a expressão “direitos indisponíveis que admitam transação”, duas consequências imediatas são dignas de nota: (i) reconhece-se expressamente que disponibilidade e transigibilidade não são sinônimos; (ii) abre-se espaço para que a doutrina e a jurisprudência analisem o tema e construam teses sobre a delimitação da transigibilidade, notadamente no que concerne à Fazenda Pública. Assim, o legislador não impede a evolução da matéria, tornando a norma jurídica aberta, dinâmica e receptiva a novas compreensões,

afastando-se a rigidez que poderia impedir qualquer inovação ou evolução que não passasse necessariamente pela via legislativa.

Entretanto, não se trata de abertura ilimitada, tampouco se pode falar em insegurança jurídica, pois o art. 13 expressamente veda autocomposição sobre controvérsia que somente possa ser resolvida por atos ou concessões de direitos que dependam de autorização legislativa, bem como resguarda as orientações da Procuradoria-Geral do Estado e a jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores. Assim, a norma resguarda o interesse público, deixando de dar guarida a eventuais arbitrariedades.

Outro ponto digno de nota nessa lei é a previsão de etapas para a celebração de acordos (art. 21), as quais compreendem, em suma, análises de: probabilidade de êxito das teses das partes; viabilidade jurídica do acordo; e economicidade para a Administração Pública. Além disso, quando exigido pela própria Lei Complementar, serão necessárias autorização e homologação em juízo. Esse “procedimento”, contudo, não parece apresentar complexidade ou dificuldades operacionais capazes de inviabilizar ou desestimular a autocomposição. Há, inclusive, autorização para a previsão de hipóteses de dispensa de manifestação jurídica escrita quanto às análises referidas, de acordo com o valor, o rito ou a matéria, conforme ato normativo do Conselho da Procuradoria-Geral do Estado (PGE).

No contexto do exame da probabilidade de êxito o art. 22 traz alguns parâmetros, dentre os quais vale ressaltar a indicação sobre se a tese analisada visa a fulminar a pretensão ou “se eventual êxito apenas postergará a obtenção do direito pleiteado pelo autor”. Esse ponto sobressai na medida em que não encontra paralelo na legislação federal e sinaliza para o reconhecimento de uma relevante falha comumente observada na prática forense: a de que a Fazenda Pública, não raro, formula defesas e interpõe recursos meramente dilatórios. Ainda que com fundamentação pretensamente peremptória, é sabido que muitos dos instrumentos judiciais manejados apenas terão o condão de postergar a satisfação do direito, tornando a futura execução, em muitos casos, mais custosa para o próprio erário,

ante a incidência ou a majoração de honorários advocatícios<sup>164</sup>. A toda evidência, não é consentâneo com o interesse público (independentemente da acepção que se adote sobre a expressão) o manejo de instrumentos processuais que apenas retardarão a concretização de um direito amplamente reconhecido pela jurisprudência, com majoração dos custos temporais e financeiros do processo.

Técnica semelhante foi adotada no art. 24, que estabelece parâmetros específicos para a caracterização da economicidade do acordo, reduzindo o grau de discricionariedade e demonstrando que a lei não deixou ao alvedrio do agente público essa análise. Dentre os critérios adotados, destacam-se: o curso do prosseguimento do processo judicial superior ao de seu encerramento e o interesse social na solução célere da controvérsia (elemento que depende de justificativa do órgão ou entidade competente para o assunto objeto do acordo). Assim, nota-se que houve a intenção de estabelecer parâmetros minimamente objetivos, mas há hipóteses mais flexíveis, como o interesse social na celeridade.

Por outro lado, observa-se que o art. 25 incorreu na mesma prática já referida neste trabalho, de estabelecer como regra geral a necessidade de autorização ou homologação do Procurador-Geral do Estado para a celebração de acordos, ressaltando-se hipóteses de dispensa que poderão ser instituídas em ato normativo infralegal (Resolução do Conselho da PGE). No ponto, a técnica empregada foi a mesma que predomina, ainda hoje, no microssistema de tratamento adequado de conflitos, qual seja, de se considerar a autocomposição permitida somente em hipóteses específicas, o que termina por indicar que o emprego de métodos autocompositivos é, em regra, vedado, sendo permitido apenas por exceção. Não fosse assim, caberia prever em ato normativo (legal ou infralegal) apenas as hipóteses excepcionais em que a autocomposição seria vedada e estabelecer, como regra geral, a sua permissão.

Também cabe salientar a transação por adesão, contemplada em Seção própria da lei em questão, que se inicia no art. 33. Cuida-se de espécie de transação já

---

<sup>164</sup> Afinal, sabe-se que não há honorários sucumbenciais em primeiro grau de jurisdição no sistema dos Juizados Especiais, de modo que a interposição de recurso com baixo potencial de êxito é responsável, não raras vezes, pela condenação da Fazenda Pública recorrente em honorários.

positivada no âmbito da Fazenda Pública federal (Lei n. 13.988/20). Na lei estadual, são previstas duas hipóteses alternativas em que ela seria permitida, quais sejam: (i) autorização do Procurador-Geral do Estado, baseada em jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais Superiores; ou (ii) parecer do Procurador-Geral do Estado, aprovado pelo Governador do Estado. No ponto, há nova delegação normativa, para definição de requisitos e condições em Portaria específica do Procurador-Geral do Estado.

Na mencionada Seção, há ainda dois pontos de relevo. O §5º do art. 33 prevê que “a formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão”. Essa norma é importante, pois, não raro, surgem profundas discussões sobre se determinados atos administrativos, normativos ou não, implicam interrupção ou suspensão da prescrição ou decadência em razão do reconhecimento do direito ou da pretensão pela Administração Pública.

Logo, a insegurança jurídica causada pela ausência de norma específica pode funcionar como um desestímulo a que o gestor ou a autoridade pública competente adotam mecanismos voltados à consensualidade. Ademais, é sabido que a realização de autocomposição, ou a deflagração de procedimento nesse sentido, por si só, não significa renúncia ou reconhecimento de direitos, pois é possível realizar acordos ou transações com a finalidade única de pôr fim ao litígio ou à controvérsia, inclusive, como visto acima, por razões de economicidade, sem que isso signifique a concordância com a tese jurídica apresentada pela parte adversa ou a criação de precedente capaz de inviabilizar a apresentação de defesa em quaisquer situações similares.

Por seu turno, o art. 34 se destaca por prever a possibilidade de a PGE firmar termo de parceria ou protocolo de intenções com o Judiciário, de modo a viabilizar a transação por adesão. É bem verdade que a norma seria despicienda, pois já é amplamente reconhecida a possibilidade de se realizar protocolos institucionais, antes ou após o surgimento de controvérsias, inclusive sob a forma de negócio jurídico processual (art. 190 do CPC), conforme já previsto expressamente no art. 13 da Lei de Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/19), que alterou a Lei n. 10.522/02.

Na sequência, destaca-se a Seção V da lei, que trata da “Advocacia Pública Resolutiva”. Os dispositivos respectivos não se distinguem substancialmente de outros semelhantes encontrados em outras leis (a exemplo da citada Lei n. 10.522/02), no sentido de delegar ao poder normativo do respectivo órgão (tal como ocorre com a Advocacia-Geral da União) o estabelecimento de parâmetros para a desistência de ações e recursos e a prática de atos de reconhecimento de direitos.

Todavia, o art. 36 é digno de nota por prever que “nas hipóteses de que trata o art. 35 (...) o Procurador do Estado que atuar no feito, ainda que em substituição temporária, **deverá:** (...)” Grifou-se o verbo final do *caput* para salientar o seu emprego, pelo legislador, na forma imperativa. Em outras palavras, a lei não abriu margem de discricionariedade ao órgão de execução da advocacia pública quanto a praticar ou não os atos ali previstos, voltados à consensualidade. Isso não significa que o advogado público ficará impedido de bem defender o interesse público, pois o dever funcional contemplado somente se apresentará nas hipóteses arroladas no art. 35 (relacionadas, sobretudo, à aplicação de precedentes vinculantes) e, ainda, nos termos de regulamento a ser expedido pelo Conselho da Procuradoria-Geral do Estado (CPGE).

Em seguida, nos arts. 37 a 43, a lei estabelece as linhas gerais do procedimento de autocomposição de controvérsias administrativas ou judiciais conduzido pela CPRACES (Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos do Espírito Santo), de forma alinhada com a Lei de Mediação (Lei n. 13.140/15).

Por fim, são previstas normas alteradoras e estruturais que dialogam com as demais leis correlatas ao tema em questão no âmbito do Estado do Espírito Santo e da respectiva Procuradoria-Geral.

Acerca da importância de tais Câmaras, vale destacar a lição de José dos Santos Carvalho Filho<sup>165</sup>:

---

<sup>165</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O Estado em Juízo no Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2016. E-book. P. 97.

O legislador pretende que também o Estado, por meio de suas pessoas jurídicas de direito público, diligencie no sentido de incentivar e desenvolver o princípio da consensualidade quando este for conveniente para evitar o direcionamento dos conflitos para o Judiciário. O Poder Público, como ninguém desconhece, é um habitual litigante e, com isso, afoga constante e desnecessariamente os órgãos judiciais. As câmaras de autocomposição, se efetivamente funcionarem, atenuarão esse hábito de transferir os litígios para a justiça.

Em suma, da análise da lei editada no âmbito do nosso ente federativo, é possível notar alguns avanços significativos no sentido do fomento à autocomposição envolvendo a Fazenda Pública, inclusive no que concerne à desvinculação conceitual entre transigibilidade e indisponibilidade. Ressalta-se, ainda, a existência de normas cogentes quanto ao uso de métodos adequados de tratamento de conflitos quando presentes condições a serem previstas em regulamento, afastando, portanto, a discricionariedade por parte do advogado público.

Outro ponto positivo, nesse contexto, reside na inexistência de uma relação de precedência entre os métodos em questão. Ou seja, a lei não prevê, sequer tacitamente, uma preferência em favor da jurisdição estatal como método adjudicatório heterocompositivo por excelência. O que se depreende de seu conjunto é uma busca pela identificação do método (ou combinação de métodos) que se mostre mais adequado diante do caso concreto e das peculiaridades da controvérsia especificamente considerada.

Por outro lado, não se pode deixar de notar que o diploma sob foco ainda adota a técnica tradicional de exigir previsão legislativa ou regulamentar expressa para a celebração de transações em quaisquer situações envolvendo a Fazenda Pública, a indicar que a autocomposição seguiria vedada, como regra geral, nesse tipo de controvérsia.

#### 4.3 A LITIGÂNCIA HABITUAL DA FAZENDA PÚBLICA E A DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS

No dia 9/8/2022, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou o painel “Grandes Litigantes”<sup>166</sup>, em versão preliminar, com dados dos principais litigantes de seis tribunais da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho. A ferramenta permite uma série de buscas, comparando o quadro atual com informações do ano anterior. Os tribunais contemplados, por ora, são: Tribunais de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) e do Distrito Federal (TJDFT); Tribunais Regionais Federais da 2ª Região (TRF2) e da 4ª Região (TRF4); e Tribunais do Trabalho da 12ª (TRT12) e da 22ª (TRT22) regiões.

Esse painel resulta de parceria entre o CNJ e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) e indica como maiores litigantes setores da Administração Pública, da Defesa, do sistema da Seguridade Social, instituições financeiras e seguradoras.

A consulta ao painel revela que os maiores litigantes, no polo passivo, são: Caixa Econômica Federal, Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Banco Bradesco Financiamentos S.A., Advocacia-Geral da União, Ministério da Economia, Distrito Federal, Instituto de Previdência dos Servidores do Estado, Estado de Santa Catarina, Estado do Paraná e Município de Natal. Assim, dos 10 (dez) maiores litigantes demandados, 9 (nove) pertencem à Administração Pública em alguma esfera.

Já no polo ativo, o *ranking* é encabeçado por: Ministério da Economia, Distrito Federal, Caixa Econômica Federal, Banco Bradesco Financiamentos S.A., Ministério Público da União, Ministério Público Federal, Município de Natal, Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro). Logo, novamente, somente 1 (um) dos 10 (dez) primeiros listados não pertence à Administração Pública.

---

<sup>166</sup> Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em 10/08/2022.



Em relatório do ano de 2012<sup>167</sup>, que contemplava dados do ano de 2011 de todo o Brasil, no consolidado das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho, o CNJ apresentou a seguinte listagem dos dez maiores setores litigantes: 1. Setor Público Federal, 2. Bancos, 3. Setor Público Municipal, 4. Setor Público Estadual, 5. Telefonia, 6. Comércio, 7. Seguros/Previdência, 8. Indústria, 9. Serviços e 10. Conselhos Profissionais.

No mesmo relatório consolidado, assim ficou escalonado o índice dos 10 (dez) maiores litigantes: 1. INSS, 2. B.V. Financeira S/A, 3. Município de Manaus, 4. Fazenda Nacional, 5. Estado do Rio Grande do Sul, 6. União, 7. Municípios de Santa Catarina, 8. Banco Bradesco S/A, 9. Caixa Econômica Federal e 10. Banco Itaucard S/A. Nota-se, mais uma vez, a presença expressiva da Administração Pública, havendo apenas dois litigantes que não a integram nessa lista.

Com base nessa e noutras pesquisas, vale destacar os seguintes dados analisados por Marcelo Veiga Franco<sup>168</sup>:

No que se refere aos dados consolidados acerca dos 20 (vinte) maiores litigantes habituais no âmbito nacional, a segunda edição da pesquisa atesta a existência de situação análoga àquela anteriormente verificada, uma vez que, no período entre 01/01/2011 até 31/10/2011, 14 (quatorze) pertenciam à Administração Pública Direta ou Indireta e 06 (seis) eram instituições bancárias ou financeiras de natureza privada:  
(...)

No relatório denominado Supremo em Ação, divulgado em junho de 2017 como resultado das pesquisas realizadas pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ acerca do padrão de litigiosidade no STF, ficou comprovado que os órgãos e as entidades da Administração Pública são os maiores litigantes habituais também no âmbito do STF. Segundo esse relatório, a União e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) são as partes com maior presença nos processos em tramitação no STF, na condição de autor ou réu.

Diante desses e de diversos outros levantamentos citados pelo autor, conclui Marcelo Veiga Franco<sup>169</sup>:

---

<sup>167</sup> Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em 10/08/2022.

<sup>168</sup> FRANCO, Marcelo Veiga. **Administração Pública como Litigante Habitual**: A necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos. Londrina, PR: Thoth, 2021. Coleção Reserva Científica Processo Civil. MAZZEI, Rodrigo Reis; FERREIRA, William Santos [coordenadores gerais]. P. 80-86.

Em suma, ainda que o acervo nacional de dados estatísticos seja falho em demonstrar se os *repeat players* brasileiros obtêm maiores vantagens em face dos *one-shotters* na esfera da litigância repetitiva, é tônica comum, entre todas as pesquisas citadas, que os maiores litigantes habituais brasileiros são, nessa ordem: os entes, entidades e órgãos públicos; as instituições bancárias e financeiras; e as companhias telefônicas. Em todas as pesquisas analisadas, ficou constatado que a Administração Pública, considerando a totalidade das suas esferas e níveis, consiste na maior litigante habitual no âmbito cível do sistema jurídico nacional.

Nesse contexto, não resta dúvidas de que a Administração Pública é o maior litigante do país. Cumpre, portanto, fomentar o debate das possíveis causas e soluções para esse problema. Pensamos que uma das causas é a cultura jurídica voltada à litigiosidade. Esse problema aflige não apenas a Administração Pública, mas os operadores jurídicos de forma geral, conforme já abordado no item 2.2 deste trabalho. A propósito, assevera Lucio Picanço Facci<sup>170</sup>:

Conforme apontam os dados da pesquisa “100 Maiores Litigantes – 2012”, divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça, somente os setores públicos da esfera federal e dos Estados foram responsáveis por 39,26% dos processos que chegaram à Justiça de primeiro grau e aos Juizados Especiais entre janeiro e outubro do ano de 2011.

(...)

Creemos que tais dados resultam, principalmente, de dois fatores. Em primeiro lugar, a ausência de uma cultura administrativa de solução dos conflitos internamente, sem a necessidade da intervenção jurisdicional, o que tem estimulado uma tendência de judicialização das controvérsias envolvendo a Administração Pública. Em segundo lugar, a intransigência do Estado em Juízo, deflagradora de alta litigiosidade nas causas de Direito Público com pouca probabilidade de consenso e fomentadora de uma cultura da sentença para a solução dos conflitos que envolvam a Administração Pública.

No que se refere à judicialização das relações jurídico-administrativas, seus efeitos perniciosos não se limitam ao aumento da carga de serviço dos juízes e dos percentuais de processos nos quais o Estado figure como parte: além de reforçar a descrença da população na capacidade das instâncias administrativas em resolverem seus problemas, o repasse contínuo das controvérsias administrativas ao Judiciário como instância decisória também contribui para que a Administração se torne cada vez menos eficiente. Isso porque, no lugar de estimular a melhoria e a

---

<sup>169</sup> FRANCO, Marcelo Veiga. **Administração Pública como Litigante Habitual**: A necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos. Londrina, PR: Thoth, 2021. Coleção Reserva Científica Processo Civil. MAZZEI, Rodrigo Reis; FERREIRA, William Santos [coordenadores gerais]. P. 88.

<sup>170</sup> FACCI, Lucio Picanço. A Utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo Código de Processo Civil. In **Fazenda Pública**. ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio [coords]. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 3; coord. geral DIDIER JR., Fredie. P. 382.

ampliação dos serviços pela própria Administração Pública, as soluções dos conflitos entre o Estado e o cidadão têm sido reiteradamente construídas dentro do espaço judicial.

No que toca especificamente à Administração Pública, sabe-se que outro ponto de entrave à realização de autocomposição é a ausência de clareza quanto à permissão normativa para tanto, o que gera receio por parte de muitos dos membros de tais carreiras.

Embora seja raro, já houve casos de responsabilização de membros da advocacia pública por acordos celebrados em processos nos quais o direito da parte contrária não estaria, no entendimento dos órgãos de controle, bem caracterizado, ou não haveria nítido enquadramento nas hipóteses previstas em atos normativos internos como aptas a ensejar autocomposição. No ponto, aduz Lucio Picanço Facci<sup>171</sup>:

Quanto à litigiosidade do Estado em Juízo, essa postura decorre, principalmente, do receio dos advogados públicos em serem responsabilizados pela não apresentação de defesa nos casos concretos. Isso porque a independência funcional tal como vigora no regime jurídico da Magistratura e do Ministério Público não é expressamente reconhecida aos membros da Advocacia Pública.

Nada obstante, o quadro normativo atual se revela muito menos propício à possibilidade de punição do procurador, desde a edição da Lei n. 13.655/18 (“Lei da Segurança Jurídica e Eficiência”), que promoveu importantes alterações no Decreto-Lei n. 4.647/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB). Dentre tais modificações, destaca-se o art. 28 da LINDB, que assim prevê: “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Como se vê, não há a possibilidade de responsabilização do agente público por decisões ou opiniões técnicas a título de simples culpa, exceto no caso de erro grosseiro, que pode ser entendido como hipótese de culpa grave.

Na mesma linha, as recentes alterações promovidas na Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) pela Lei n. 14.230/21, que eliminaram a previsão de

---

<sup>171</sup> FACCI, Lucio Picanço. A Utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo Código de Processo Civil. In **Fazenda Pública**. ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio [coords]. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 3; coord. geral DIDIER JR., Fredie. P. 383.

atos de improbidade administrativa culposos, exigindo-se o dolo em todas as hipóteses, bem como instituíram um rol taxativo de condutas lesivas a princípios da Administração Pública no art. 11, dentre outras alterações. Assim, mesmo em caso de lesão ao erário (art. 10) não há mais a possibilidade de responsabilização por improbidade administrativa a título culposo (deve haver sempre o dolo), bem como não subsiste a possibilidade de enquadramento de condutas atípicas no art. 11 (lesão a princípios), cujo rol passou a ser exaustivo, diferentemente do que ocorre no art. 9º (enriquecimento ilícito) e 10 (lesão ao erário).

Nesse contexto, não se pode negar que há uma maior margem de segurança quanto à atuação do advogado público, que não pode permanecer receoso em relação à prática de atos de disposição de direitos que entenda pertinentes no caso concreto e conformes ao interesse público, ainda que os atos normativos pertinentes não sejam claros ou exista divergência interpretativa na matéria.

Paralelo a isso, é certo que a ausência de incentivos também acaba por contribuir para a perenização dessa cultura jurídica beligerante, na medida em que se torna mais cômodo e previsível seguir o procedimento de natureza contenciosa.

Diante de todo o arcabouço normativo voltado à autocomposição (compondo um verdadeiro microssistema de tratamento adequado dos conflitos) e à desjudicialização, nota-se que muitas matérias que são levadas ao Poder Judiciário poderiam ser resolvidas extrajudicialmente, inclusive envolvendo a Administração Pública. Assim, diante de tais matérias, não se pode afirmar que, uma vez levadas ao Judiciário, não poderiam ser objeto de transação em virtude do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Afinal, se a própria Administração teria atribuição para resolvê-las na esfera extrajudicial, não faria sentido obstar a sua composição por iniciativa das partes, unicamente em razão da eventual judicialização do conflito. Portanto, o tratamento adequado dos conflitos com a Fazenda Pública deve andar lado a lado com as iniciativas voltadas à desjudicialização, a fim de que não se tenha, na esfera judicial, um tratamento díspar frente aos casos resolvidos extrajudicialmente, bem como a

fim de se evitar a judicialização de matérias que podem ser resolvidas extrajudicialmente. A propósito, anota Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>172</sup>:

Assim, os conflitos envolvendo a Administração Pública também devem ter um tratamento condizente com as suas particularidades, evitando-se a imediata judicialização de questões que podem ser resolvidas administrativa e extrajudicialmente.

Isso, porque o antigo dogma da impossibilidade de autocomposição em conflitos que tratem de interesse público cedeu espaço para uma perspectiva bem mais benéfica para todos os envolvidos.

Para o cidadão será mais rápido, menos custoso e menos complexo.

Já para a Administração Pública também importará em ganho de tempo e menor gasto com a manutenção de uma estrutura cara para a judicialização, e ainda poderá garantir, em muitos acordos, o recebimento imediato de créditos ou o pagamento de débitos menores, poupando, ainda, anos de disputas judiciais.

Por sua vez, o Poder Judiciário poderá ser utilizado com mais racionalidade, passando a se dedicar a demandas em que seja realmente imprescindível uma intervenção judicial.

Nesse contexto, observa-se que o estímulo à cultura do consenso, em contraposição à cultura do litígio, passa por diversos desafios, inclusive de natureza pedagógica e costumeira, na medida em que permanecem arraigadas na concepção de muitos profissionais do Direito compreensões antigas sobre institutos fundamentais do Direito Processual Civil e do Direito Administrativo, que merecem releitura a partir da Constituição Federal de 1988 e das normas que compõem o “microsistema de tratamento adequado dos conflitos”.

Aliado a isso, o costume de se entregar ao Judiciário, como via preferencial, a tarefa de decidir conflitos de forma monocrática, impositiva e adjudicatória precisa ser revisto diante da noção de Justiça Multiportas. Assim, cabe destacar a lição de Trícia Navarro Xavier Cabral<sup>173</sup>: “(...) a educação da combatividade deve dar espaço à lógica da consensualidade. Por sua vez, é hora de dar menos atenção para o tratamento do processo e focar mais no tratamento do conflito e em suas particularidades”.

---

<sup>172</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas, desjudicialização e administração pública. *In*: ÁVILA, Henrique; WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *In Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021.

<sup>173</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A eficiência do art. 334, do CPC. *Revista de Processo*, ano 44, nº 298, p. 107-120, dez. 2019.

Noutro giro, repise-se que o próprio Direito Positivo já encampou a transigibilidade em matéria de direitos indisponíveis. Há vários exemplos na legislação pátria de situações nas quais, conquanto inegavelmente indisponíveis os direitos em questão, admite-se autocomposição. Dentre os mais recentes e muito utilizados na prática forense, podem-se citar o Acordo de Não-Persecução Penal (regulamentado expressamente pela Lei nº 13.964/19, porém já utilizado na prática anteriormente) e o Acordo de Não-Persecução Cível (atualmente regulamentado pela Lei nº 14.230/21, que alterou a Lei nº 8.429/92, mas já autorizado expressamente desde a edição da Lei nº 13.964/19). Nessa linha, assegura Antonio do Passo Cabral<sup>174</sup>:

Pois bem, ainda que haja restrições no que tange à disponibilidade sobre os direitos materiais, vimos que existe alguma margem para autocomposição. De fato, tanto no processo civil das causas do Estado, quanto no processo sancionador, e até mesmo no processo penal, há possibilidade de celebração de negócios que representam algum grau de disposição sobre os direitos materiais envolvidos, mesmo em campos de forte presença de interesse público. O mesmo acontece nos termos (ou compromissos) de ajustamento de conduta nas ações coletivas e, em nosso sentir, também nas ações de improbidade administrativa. Essa permeabilidade para os acordos existe hoje e deverá ser certamente alargada pela influência da normativa do novo CPC.

Com efeito, trata-se de instrumentos de autocomposição que envolvem sobretudo direitos e interesses difusos, na medida em que tanto na ação penal pública quanto na ação civil por ato de improbidade administrativa o que se busca é a tutela de bens jurídicos titularizados por toda a coletividade (conquanto também possa haver vítimas diretas determináveis).

Nada obstante, até mesmo a ação penal – tradicionalmente marcada pelo princípio da indisponibilidade – pode deixar de ser proposta quando presentes circunstâncias que autorizem a celebração do acordo. Conquanto na esfera do ANPP haja a previsão legal de diversos requisitos para a sua celebração, o que se justifica inclusive em função do princípio da indisponibilidade que informa a ação penal pública, não ocorre o mesmo em relação ao Acordo de Não-Persecução Cível, no âmbito da improbidade administrativa, pois a legislação prevê apenas requisitos

---

<sup>174</sup> CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2014. P. 543.

genéricos, predominantemente formais, outorgando maior discricionariedade ao Ministério Público na matéria<sup>175</sup>. Logo, mesmo na esfera do Direito Administrativo Sancionador, que possui uma carga maior de vinculação à estrita legalidade, as técnicas consensuais também têm se destacado no tratamento dos conflitos. A propósito, afirmam Shirlei Silmara de Freitas Mello e Daniela Almeida Campos<sup>176</sup>:

A Administração pública dialógica, pautada no consenso e na concertação, e não na imposição unilateral da vontade do Estado, realiza, em última análise, o ideal de eficiência acrescido à Constituição por meio da Emenda Constitucional 19/98 (LGL/1998/67). O princípio ordena ao administrador público a busca dos melhores resultados na consecução do interesse público com o menor dispêndio de recursos possível, utilizando da melhor maneira os instrumentos que lhe estão disponíveis.

A consensualidade apresenta-se, assim, como modo alternativo de exercício da pretensão punitiva estatal no âmbito dos processos administrativos sancionadores, como forma de se alcançar o interesse público com a colaboração dos atores sociais sem a imposição de penalidades que lhes seriam cabíveis diante de suas condutas e cuja aplicação, tão somente, não seria suficiente para o alcance do bem comum, não alcançando a finalidade pública almejada pela coletividade.

É bem de ver, no ponto, que embora a tutela do patrimônio público, da probidade administrativa e dos princípios que regem a Administração Pública caracterizem claramente o interesse público, ostentando nítida natureza difusa, tal circunstância não inviabiliza essa margem de discricionariedade conferida pelo legislador. Não se trata, a toda evidência, de um acordo típico, legalmente delimitado, ou mesmo de uma “transação por adesão”, mas de uma cláusula ampla de transigibilidade, claramente alinhada com as normas fundamentais do CPC/2015, e, em última análise, com a Constituição Federal. Reforça-se, assim, a ideia de que a consensualidade deve ser tratada como a regra geral, sendo excepcionais as hipóteses de sua inadmissão.

#### 4.4 O TESTE DA TRANSIGIBILIDADE COM A FAZENDA PÚBLICA: UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO

---

<sup>175</sup> No entanto, não se ignora que os órgãos superiores do Ministério Público, notadamente o CNMP, têm editado atos normativos estabelecendo requisitos na matéria.

<sup>176</sup> MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; CAMPOS, Daniela Almeida. Consensualidade como modo alternativo de exercício da pretensão punitiva estatal no processo administrativo sancionador. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. Vol. 17/2021. P. 67-89. Abr-Jun. 2021.

A definição da transigibilidade, que somente pode ser analisada eficazmente à luz do caso concreto (isto é, decidir sobre se o conflito admite autocomposição), é um processo que se torna mais simples após a identificação e sistematização dos direitos indisponíveis. Portanto, o ponto somente será abordado no atual estágio do trabalho, à luz de todas as premissas já estabelecidas.

Contudo, o tratamento adequado dos conflitos com a Fazenda Pública, evidentemente, não se exaure nessa definição. Caso se conclua pela admissibilidade de autocomposição, haverá ainda de se identificar o método (ou combinação de métodos) adequado ou mais indicado na espécie. Esse não é o objeto precípua do presente trabalho, mas é importante registrar o ponto. A propósito, afirmam Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas<sup>177</sup>:

Ademais, a expressão *tratamento adequado* viabiliza outra percepção: os diversos mecanismos existentes – negociação, conciliação, mediação, arbitragem – apresentam nuances e peculiaridades e, por isso, são mais, ou menos, recomendados a determinados conflitos. Afinal, como destacado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro (...) conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes” e, por isso, defendem a necessidade de “correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio<sup>178</sup>”  
(...)

A distinção das diversas ferramentas disponíveis para lidar com os conflitos apresenta-se relevante didaticamente, para não apenas se compreender cada uma delas, mas também aprofundar e aprimorar os conhecimentos. Todavia, em que pese essa relevância da classificação, os diversos métodos podem também ser conjugados e aplicados a uma mesma contenda: é o que se observa, a título exemplificativo, nas cláusulas escalonadas, muito comuns no formato med-arb, ou seja, em que as partes estipulam como primeiro passo, diante de um conflito, a tentativa de mediação e, caso não resulte em acordo, só então será tentada a arbitragem.

Na mesma direção, cabe reproduzir a seguinte lição de Ricardo Goretti<sup>179</sup>:

<sup>177</sup> MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. **Métodos ou Tratamentos Adequados de conflitos?** Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Edição Especial. Ano 3, número 1. Maio de 2018.

<sup>178</sup> *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 26.

<sup>179</sup> GORETTI, Ricardo. **Gestão adequada de conflitos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P. 63.



Essa breve analogia à relação que se estabelece entre o médico, o paciente e a enfermidade nos permite constatar que a enfermidade está para o médico, assim como o conflito está para o profissional do Direito.

Se um médico não pode prescrever um medicamento ou realizar uma intervenção cirúrgica sem o prévio diagnóstico das particularidades da sua enfermidade, também não poderia o Direito promover qualquer encaminhamento jurídico ao conflito sem antes compreender as especificidades do caso conflituoso que se propõe a gerir. Se a cura da uma doença para pela tomada de decisão pela realização de intervenção médica adequada às particularidades do caso clínico, a pacificação de um conflito também deveria ser buscada mediante a utilização do método adequado às duas particularidades.

De todo modo, o objetivo, no momento, é propor uma metodologia própria para a definição da transibilidade diante do caso concreto. Não temos a pretensão de esgotar o assunto ou mesmo de fornecer um guia definitivo e autossuficiente, mas apenas contribuir com o debate da matéria, fornecendo proposta que possa fomentar novas pesquisas e estudos, bem como auxiliar os operadores jurídicos no manejo das técnicas processuais aqui abordadas. Em suma, procura-se sistematizar o processo lógico-cognitivo que se deve percorrer para se responder à indagação: *o conflito admite autocomposição?*

Conforme sinalizamos previamente, em nossa visão, a resposta a essa pergunta será binária. Explica-se. O propósito primordial almejado é viabilizar a correta aplicação das diversas técnicas processuais que se vinculam à admissibilidade de autocomposição. Portanto, o que se deve investigar é a admissibilidade, isto é, a possibilidade, a viabilidade, do ponto de vista jurídico, de que aquele conflito seja tratado por autocomposição. Note-se, também, o emprego da expressão *tratado*, significando dizer que não necessariamente o conflito deve ser resolvido ou extinto definitivamente por autocomposição. Assim, ainda que a autocomposição seja possível somente em relação a uma parcela do conflito, a resposta a essa indagação deverá ser positiva. Em última análise, a pergunta que se pretende elucidar é: *diante deste conflito, as partes podem transigir?*

Pois bem. Como se está tratando de uma análise que se realiza não em tese, mas à vista do caso concreto, propõe-se que se percorra um fluxo lógico partindo do abstrato para o concreto; do geral para o particular.

Nesse contexto, a primeira etapa do percurso diz respeito à análise do *direito material*, para o que será necessário manejar a classificação dos direitos indisponíveis. Evidentemente, se o direito for disponível (sem restrições), esta primeira etapa estará superada. Sendo indisponível, haverá de se classificá-lo. Seja qual for o resultado dessa análise classificatória, o exame prosseguirá, mas com um dado fundamental para as etapas seguintes. Significa dizer que a classificação do direito indisponível não terá o condão de, por si só, interditar a transigibilidade. Como dissemos, estamos ainda no plano abstrato, e a resposta definitiva sobre a admissibilidade da autocomposição somente pode ser dada após a consideração de elementos específicos do caso concreto. Ainda que esteja em questão, por exemplo, direito absolutamente indisponível, isso não impede que a parte contrária (que contende contra a titular do direito indisponível) possa renunciar ou se submeter à pretensão que se lhe opõe.

A segunda etapa do teste consiste no exame do *direito processual*. Deve-se averiguar se há óbice de natureza processual a que se celebre ato de autocomposição. Essa análise ainda se dá no plano abstrato, focando na indisponibilidade processual e na análise das normas jurídicas que regem o procedimento adotado. Excepcionalmente, poderá haver interdição definitiva à transigibilidade nessa etapa, por exemplo, caso exista vedação legal à autocomposição em vista do tipo de ação ajuizada, como havia em relação às ações de improbidade administrativa (redação original do §1º do art. 17 da Lei n. 8.429/92, atualmente revogado pela Lei n. 14.230/21).

A terceira etapa diz respeito à eventual existência de *restrições infralegais à transigibilidade*. Rememore-se que não se admite a instituição de restrição à *disponibilidade do direito* por ato infralegal, por força do art. 5º, II, da CRFB/88, já que a indisponibilidade opera no plano geral e abstrato, atingindo o próprio direito. No entanto, em matéria de *transigibilidade*, pode haver semelhantes restrições. Isso porque a transigibilidade, consoante repisado neste trabalho, opera no plano concreto, pois concerne ao *conflito*, e não ao direito em si. Nessa conjuntura, pode haver, a título exemplificativo, ato infralegal emanado de autoridade competente da Advocacia Pública restringindo a prática de atos de autocomposição. Repise-se, porém, que esses atos infralegais são passíveis de controle de constitucionalidade e

de legalidade, valendo destacar os seguintes pontos: (i) a autorização à autocomposição com o Poder Público deve ser interpretada como regra geral, sendo a proibição implementada por exceção; (ii) a realização de autocomposição pela Fazenda Pública pautada no motivo *economicidade* depende de autorização normativa expressa; (iii) restrições infralegais autônomas, baseadas exclusivamente no direito abstrato (seja material, seja processual), são inconstitucionais, pois só podem ser implementadas por lei em sentido formal (ato normativo primário); (iv) pode haver restrições parciais por ato infralegal baseadas em características do *objeto litigioso* em concreto; (v) as autoridades competentes da Advocacia Pública podem fixar, por ato normativo, teses jurídicas vinculantes aos seus membros, as quais podem, indiretamente, restringir a transigibilidade (mas não vedá-la em absoluto), quando baseada no motivo *juridicidade*.

A quarta etapa proposta consiste na análise do conflito especificamente considerado, focando em seus elementos processuais. Neste ponto, estamos avançando do abstrato para o concreto. A partir de uma visão panorâmica dos elementos da demanda (partes, pedido e causa de pedir), examinam-se as condições da ação e os pressupostos processuais, com atenção especial para eventuais vícios que possam invalidar o ato, tais como a incompetência absoluta, a ausência de capacidade postulatória ou alguma irregularidade na representação processual de alguma das partes. Nesta fase, o resultado parcial da análise de transigibilidade poderá ser positivo, negativo, ou mesmo a realização de diligência para saneamento de vícios.

Por fim, na quinta etapa do teste, propõe-se uma análise mais detida do *objeto litigioso* (caso ainda não haja litígio propriamente dito, ante a ausência de resistência da parte contrária, o foco deverá estar no objeto da demanda, o *pedido*). Deve-se examinar se esse objeto incide em alguma das restrições já levantadas nas fases anteriores e, em caso afirmativo, o grau de afetação (intensidade da restrição), bem como se essas restrições se apresentam em ambos os polos da relação jurídica (postulação e defesa), de modo a inviabilizar qualquer espécie de autocomposição (pois nem o pedido nem a defesa comportariam renúncia, submissão nem transação). Caso haja possibilidade de se celebrar validamente algum ato de autocomposição, sem ofender as restrições jurídicas incidentes na hipótese

concreta, a resposta final ao teste de transigibilidade deverá ser positiva. Note-se que, ainda quando a transigibilidade seja parcial, porque parcela do conflito seria intransigível, a resposta seguirá positiva, pois, conforme sinalizado acima, o objeto da análise não é a validade, a eficácia ou os limites de um ato de autocomposição já realizado, mas apenas a *admissibilidade*, a aptidão de método autocompositivo para o tratamento (não necessariamente a extinção) de conflito específico.

Observe-se, ainda, que as etapas ou fases acima propostas não são inflexíveis ou estanques, pois apresentam algum grau de mobilidade, podendo ser examinadas em sequência diversa, a depender da conformação do caso concreto. O mais importante é que todos esses elementos sejam efetivamente considerados e ponderados.

## CONCLUSÕES

À vista de tudo o quanto exposto neste trabalho, procuraremos sintetizar as conclusões alcançadas, focando em seu propósito precípua: propor uma reconfiguração e uma sistematização em torno do tema da transigibilidade dos direitos indisponíveis no tratamento adequado dos conflitos com a Fazenda Pública. Destacaremos, assim, algumas das ideias mais importantes expostas ao longo de todo o trabalho.

Após a análise da principiologia que informa a Administração Pública, sob visão constitucional, com destaque para os ideais de indisponibilidade e vinculação ao interesse público, assentou-se que o interesse público secundário (interesse do Estado enquanto pessoa jurídica autônoma, vale dizer, interesse patrimonial ou fazendário) não é indisponível. Portanto, o interesse público secundário não tem aptidão para restringir a transigibilidade com o Poder Público, tampouco compõe as cláusulas legais que citam a indisponibilidade do direito, por exemplo, as que afastam o efeito material da revelia e o ônus da impugnação especificada.

Noutro giro, abordando a atuação dos advogados públicos no tratamento adequado dos conflitos, firmou-se que a Advocacia Pública somente precisa de autorização normativa expressa para transigir quando o ato de autocomposição se fundar no motivo *economicidade*, pois haveria necessidade de se realizar um juízo econômico-financeiro e orçamentário estranho às atribuições do procurador. Por outro lado, presentes os princípios da juridicidade e da vinculação ao interesse público, não há necessidade de autorização normativa expressa quando o ato autocompositivo se fundar na *juridicidade* da pretensão oposta à Fazenda Pública. Portanto, o regime jurídico de tratamento adequado dos conflitos com a Fazenda Pública está a merecer reconfiguração nesses termos.

Salienta-se, entretanto, que os órgãos competentes da Advocacia Pública em cada esfera podem, no exercício do seu poder normativo, estabelecer teses jurídicas vinculantes para os respectivos membros em seu âmbito, sem prejuízo, evidentemente, da estrita observância dos precedentes judiciais vinculantes. Esses atos normativos infralegais, no entanto, sujeitam-se a controle de constitucionalidade

e de legalidade, devendo-se aplicar todo o arcabouço teórico abordado em relação ao controle de juridicidade dos atos administrativos em geral.

Autocomposição não é, em essência, um instituto processual, mas sim material. Ela pode se manifestar no processo, mas sua essência o transcende. Ela abrange qualquer ato de composição do conflito pela vontade (assistida ou não) dos seus próprios titulares. Em suma, compreende qualquer possibilidade de solução ou tratamento consensual de controvérsias. A sua nota designativa reside, portanto, na consensualidade. Ou seja, por definição, ela não contempla mecanismos heterocompositivos. O termo “autocomposição” pode designar tanto um gênero de atos jurídicos de tratamento consensual de conflitos (do qual são espécies a renúncia, a transação e a submissão) quanto um gênero de métodos ou técnicas de tratamento adequado de conflitos (dentre os quais se destacam as espécies conciliação, mediação e negociação).

Mais adiante, foram abordadas as distinções entre disponibilidade do direito e transigibilidade (admissibilidade de autocomposição). Numa escala de densidade, partindo-se do abstrato para o concreto, pode-se afirmar que a disponibilidade está para o direito (abstrato) assim como a transigibilidade está para o conflito (concreto). A indisponibilidade, essencialmente, consiste na existência de restrições quanto ao elemento *renunciabilidade*, presente nos mais diversos atos de disposição de direitos. Por outro lado, a intransigibilidade consiste em restrição à admissibilidade de autocomposição, constatada na análise de um conflito especificamente considerado.

As cláusulas legais que afastam o efeito material da revelia e a confissão, relacionando-as a direitos indisponíveis, comportam reconfiguração e devem ser lidas, diante da atecnia cometida pelo legislador, como referentes a “conflitos que não admitem autocomposição” ou “intransigibilidade”.

O estudo detido das restrições à disponibilidade e à transigibilidade e de suas variações permite desenvolver uma sistematização dos direitos indisponíveis sob diversos critérios classificatórios e propor uma metodologia própria para se examinar

a admissibilidade de autocomposição, diante do concreto (conflito especificamente considerado).

Desse esforço classificatório, é possível destacar os seguintes pontos, conforme os critérios adotados:

- (i) Intensidade da restrição: indisponibilidade absoluta e relativa. São absolutamente indisponíveis os direitos que não comportam qualquer grau de renunciabilidade, ao passo que os relativamente indisponíveis comportam restrições parciais à renunciabilidade. A indisponibilidade relativa se subdivide em indisponibilidade condicionada (quando a lei exige requisitos ou condições especiais, ou mesmo uma manifestação de vontade adicional para validar o ato de disposição de direito) e indisponibilidade limitada (quando a lei restringe a renunciabilidade no seu alcance, impondo limites à sua extensão).
- (ii) Natureza da restrição: indisponibilidade material e processual. A norma jurídica que prevê a restrição à disponibilidade pode ser de natureza material ou processual, e com isso haverá restrições à renunciabilidade em cada um desses planos. É equivocada a compreensão da transigibilidade somente no plano do direito material, ignorando a autonomia do Direito Processual, não obstante a sua instrumentalidade.
- (iii) Critério da restrição: indisponibilidade objetiva e subjetiva. A norma que prevê a restrição à renunciabilidade pode se basear em critério objetivo, reportando-se ao direito em si (abstratamente considerado) ou à qualidade das partes, notadamente do seu titular, em especial diante da sua vulnerabilidade ou *déficit* de discernimento, como no caso das pessoas incapazes.
- (iv) Fonte da restrição: indisponibilidade formal e substancial. A indisponibilidade pode decorrer de texto expresso da lei, caso em que será considerada formal. No entanto, ela também pode se assentar na própria essência do direito, firmando-se numa construção doutrinária ou principiológica que se depreenda da ordem jurídica. Porém, deve-se reconhecer que a indisponibilidade sempre decorre, em algum grau, de ato normativo primário, ainda que mediante

construção da ciência do Direito. Não pode haver ato normativo infralegal que preveja originariamente a indisponibilidade, pois ela recai diretamente sobre o direito, ou ainda, sobre a autonomia da vontade, de modo que deve ser prevista em lei (art. 5º, II, da CRFB/88).

Os critérios classificatórios propostos operam de forma independente entre si e cumulativa, de sorte que um mesmo direito pode ser classificado autonomamente em cada um dos critérios adotados.

A análise do microssistema de tratamento adequado dos conflitos e das leis que cuidam especificamente da transigibilidade com a Fazenda Pública revela que esses diplomas, não obstante o avanço na disciplina da matéria ao longo do tempo, terminam por reafirmar o paradigma tradicional e atual de somente se admitir autocomposição com o Poder Público mediante expressa previsão legal, significando dizer que a transigibilidade seria vedada como regra geral.

Assim, diante de todo o arcabouço normativo, científico e jurisprudencial já formado na matéria, observa-se que o próximo passo na evolução do tema deve incluir a reconfiguração de institutos clássicos, bem como a revisão da técnica legislativa, de modo estabelecer a transigibilidade no Poder Público como a regra geral, positivando-se apenas as hipóteses excepcionais em que ela será vedada, bem como as hipóteses de transigibilidade pautada na economicidade.

No âmbito do Estado do Espírito Santo, a recente Lei Complementar Estadual nº 1.011/2022, que institui a Política de Consensualidade no âmbito da Administração Pública Estadual Direta e Indireta, proporcionou alguns avanços significativos no sentido do fomento à autocomposição envolvendo a Fazenda Pública, inclusive no que concerne à desvinculação conceitual entre transigibilidade ou negociabilidade e indisponibilidade do interesse público. Ressalta-se, ainda, a existência de normas cogentes quanto ao uso de métodos adequados de tratamento de conflitos quando presentes condições a serem previstas em regulamento, afastando, portanto, a discricionariedade por parte do advogado público.



Contudo, ela ainda adota a técnica tradicional de exigir previsão legislativa ou regulamentar expressa para a celebração de transações em quaisquer situações envolvendo a Fazenda Pública.

Na sequência, verificou-se, com base em dados estatísticos, a posição de litigante habitual da Fazenda Pública, passando-se ao diagnóstico de possíveis causas de tal quadro e propostas de solução ou amenização do problema.

Por fim, no contexto de se buscar uma sistematização acerca da transigibilidade nos conflitos com o Poder Público, sempre diante do caso concreto, elaborou-se proposta metodológica para o “teste da transigibilidade”, baseado em cinco etapas, que aplicam, dentre outros elementos considerados neste trabalho, a classificação dos direitos indisponíveis anteriormente abordada. As etapas propostas podem ser assim sintetizadas, numa escala de densidade (partindo-se do plano abstrato para o concreto):

- (i) Análise do direito material envolvido, com foco na classificação anteriormente proposta. Essa análise, por si só, não terá aptidão para interditar a transigibilidade de antemão, mas auxiliará o operador jurídico nas demais etapas.
- (ii) Exame do direito processual, ainda no plano abstrato, com especial atenção para eventuais vedações à celebração de autocomposição em virtude do instrumento processual empregado.
- (iii) Verificação de eventuais restrições infralegais à transigibilidade, notadamente nos casos de atos normativos emanados das autoridades competentes da Advocacia Pública em cada esfera, que devem ser controlados sob o ponto de vista da constitucionalidade e da legalidade, destacando-se alguns parâmetros para tanto no trabalho.
- (iv) Análise do conflito especificamente considerado, em especial seus elementos processuais. A partir dos elementos da demanda, consideram-se as condições da ação e os pressupostos processuais, podendo haver a

necessidade de saneamento de vícios antes de se prosseguir para a autocomposição.

- (v) Exame do objeto litigioso ou do pedido, averiguando a sua transigibilidade em concreto, tanto sob o ponto de vista do autor quanto do réu.

Por fim, salienta-se que as etapas propostas comportam flexibilidade e mobilidade, podendo sua sequência ser ajustada ao caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das Convenções Processuais no Processo Civil**. Tese – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, fevereiro/2014.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 3. Ed. São Paulo: RT, 2019. E-book.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In SARMENTO, Daniel (org). **Interesses Públicos Versus Interesses Privados**: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book.

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2014.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; AVILA, Henrique. Gestão Judicial e Solução Adequada de Conflitos: Um Diálogo Necessário. In. **Soluções Pacíficas de Conflitos**: Para um Brasil Moderno. 1. ed. São Paulo: GEN/Forense, 2019, v. 1.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CUNHA, Leonardo Carneiro da. A abrangência objetiva e subjetiva da mediação. **Revista de Processo**. Vol. 287/2019. P. 531-552. Jan/2019.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A eficiência do art. 334, do CPC. **Revista de Processo**, ano 44, nº 298, p. 107-120, dez. 2019.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas, desjudicialização e administração pública. *In*: ÁVILA, Henrique; WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **In Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Os Desafios na aplicação do art. 334 do CPC na Fazenda Pública. *In* PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (coords.) **Mediação e Arbitragem na Administração Pública**. Vol. 2. Santa Cruz do Sul, Essere nel Mondo, 2020. P. 151.

CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. *In*: **Fazenda Pública**. ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio [coords]. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 3. DIDIER JR., Fredie [coordenador geral].

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo** [e-book]. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O Estado em Juízo no Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2016. E-book.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile**. Napoli, Itália: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021 [e-book].

CUNHA, Leonardo Carneiro da. As prerrogativas processuais da Fazenda Pública e vicissitudes quanto aos prazos diferenciados previstos no art. 188 do CPC. **Revista dos Tribunais**. Vol. 844/2006. P. 69-84. Fev/2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador. Ed. JusPodivm, 2018.

DIDIER Jr., Fredie; FREIRE, A. (Org.); NUNES, D. J. C. (Org.). **Grandes Temas do novo CPC - Normas fundamentais**. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. [e-book].

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FACCI, Lucio Picanço. A Utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo Código de Processo Civil. In **Fazenda Pública**. ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio [coords]. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 3; coord. geral DIDIER JR., Fredie.

FERREIRA, Kaline. A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público: o que mudou depois da lei de medição? **Revista dos Tribunais**. Vol. 982/2017. P. 323-333. Ago/2017.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Administração Pública como Litigante Habitual**: A necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos. Coleção Reserva Científica Processo Civil. MAZZEI, Rodrigo Reis; FERREIRA, William Santos [coordenadores gerais]. Londrina: Editora Thoth, 2021.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Pedro Augusto Silveira. Imperativos do Processo Justo: O desenvolvimento de Técnicas Processuais e a Especialização da Tutela Jurisdicional, a partir da obra do professor Humberto Theodoro Júnior. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, n. 76, jan./jun. 2020. PP. 455-477.

GORETTI, Ricardo. **Gestão adequada de conflitos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. E-book.

LEITE, Carlos Henrique Costa; NITÃO, Clara Rachel Barros. Centrais de Negociação da Procuradoria-Geral da União: evolução do modelo autocompositivo e os novos critérios para a realização de acordos. In: ÁVILA, Henrique; WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual: a liberdade das partes no processo**. ALVIM, Teresa Arruda; TALAMINI, Eduardo. São Paulo: RT, 2019. E-book.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a Conciliação nos Processos Envolvendo a Fazenda Pública. *In* **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier [coords.] Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coords). **Comentários ao Código de Processo Civil** [livro eletrônico]: artigos 70 ao 187. BENEDUZI, Renato Resende. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Aspectos controvertidos da Advocacia Pública. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. Vol. 8/2019. P. 63-85. Jan-Mar/2019.

MAZZEI, Rodrigo. A remessa “necessária” (reexame por remessa) e sua natureza jurídica. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: RT, 2011. v. 12, p. 405-432.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. **Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem**. In: Antonio do Passo Cabral: Pedro Henrique Nogueira. (Org.). Negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2014.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. **Métodos ou Tratamentos Adequados de conflitos?** Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Edição Especial. Ano 3, número 1. Maio de 2018.

MAZZEI, Rodrigo; SILVA, Paula Paraguassu da. O Inevitável Duetto Tratamento Adequado dos Conflitos e Segurança Pública. **Revista Jurídica**. Vol. 522. Abril/2021. Editora Síntese. P. 32.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. E-book.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; CAMPOS, Daniela Almeida. Consensualidade como modo alternativo de exercício da pretensão punitiva estatal no processo administrativo sancionador. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**. Vol. 17/2021. P. 67-89. Abr-Jun. 2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2022. E-book.

NEVES, Rodrigo Santos; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Dever Fundamental de Fiscalizar a Administração Pública? Análise a partir da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. **Revista dos Tribunais**. Vol. 1028/2021. P. 159-180. Jun/21. DTR/2021/9204.

PEIXOTO, Ravi. Reflexões sobre os Limites dos Efeitos da Revelia. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**. Edição Comemorativa dos 130 anos da Revista Acadêmica, p. 219-232. Nov. 2021. P. 225.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. A advocacia do Estado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 10, p. 73-89, jun. 1977.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Tutela antecipada contra o Poder Público. **Revista de Processo**. Vol. 115/2004. P. 334/344. Maio-Jun/2004.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016. E-book.



SALLES, Carlos Alberto de. A Indisponibilidade e a Solução Consensual de Controvérsias. In GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. **Justiça Federal: Inovações nos Mecanismos Consensuais de Solução de Conflitos**. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2014.

SILVA, Ronaldo Campos e. A Isonomia Entre as Partes e a Fazenda Pública no Projeto de Novo CPC. In: **Reflexões sobre o novo CPC**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Revista dos Tribunais, 2014. [e-book].

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Tese de Livre Docência. São Paulo: USP, 2004.

SILVEIRA, Artur Barbosa da. A Judicialização da saúde em tempos de pandemia e o papel preventivo e proativo da advocacia pública. **Revista de Direito e Medicina**. Vol. 10/2021. Set-Dez/2021.

SOUTO, João Carlos. **A União Federal em Juízo**. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

TARTUCE, Fernanda; MEGNA, Bruno Lopes. Fomento estatal aos meios consensuais de solução de conflitos pelos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. In: ÁVILA, Henrique; WATANABE, Kazuo; NOLASCO, Rita Dias; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil**: teoria geral do direito civil. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book.

VENTURI, Elton. **Transação de Direitos Indisponíveis?** Revista de Processo. Vol. 251/2016. P. 391-426. Jan/2016.

YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume V – Artigos 334 ao 368. ARENHARDT, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel [coords.] 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. E-book.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord). **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação e outros meios de solução adequada de conflitos (Coleção grandes temas do novo CPC), v. 9, DIDIER JR. Fredie (coordenador geral). Salvador: Juspodvim, 2016.