FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
MESTRADO PROFISSIONAL EM PODER JUDICIÁRIO

A CONSENSUALIDADE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO

Marcella Araujo da Nova Brandão

Orientador: Professor Doutor Sérgio Guerra

Rio de Janeiro
2009

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

Marcella Araujo da Nova Brandão

A CONSENSUALIDADE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Profissional em Poder Judiciário da Escola de Direito Rio da Fundação Getúlio Vargas, área jurisdicional de fim, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Professor Doutor Sérgio Guerra

Rio de Janeiro
2009

BRANDÃO, Marcella Araujo da Nova. Orientador: Prof. Dr. Sérgio Guerra.

A consensualidade e a administração pública em juízo. v. 1, 108 pg. Rio de Janeiro, 2009.

Ao Eduardo, com quem aprendi o significado da palavra amor em toda a sua plenitude.

Ao meu querido Sergio André, sem cujo incentivo nas horas difíceis não teria concluído este trabalho.

Ao pequeno Rafael, quem de fato mais participou desta empreitada dando seus palpites através de chutes.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho tem por objetivo ser um instrumento no aprimoramento do funcionamento do Poder Judiciário, especialmente na jurisdição federal, na busca de uma sociedade mais justa.

Desse modo, primeiramente tenho que agradecer a DEUS pela benção que é a minha vida e que ELE permita que eu consiga ser algo que valha a pena em um mundo tão corrompido de valores.

Agradeço a meus pais pela educação que me deram e por me demonstrarem que o conhecimento é nosso maior patrimônio. Agradeço a meu marido Sergio André e a meus filhos Eduardo e Rafael pela linda família que construímos.

Ao meu orientador, professor doutor Sérgio Guerra, eu agradeço especialmente por ter acreditado neste sonho e ter me ajudado a torná-lo concreto. Obrigada pela dedicação de sempre, paciência e objetividade que foram essenciais na organização do estudo. Sempre disponível e com dicas preciosas, Sérgio não poderia ter sido mais importante neste trabalho.

Não poderia deixar de agradecer ao querido amigo e colega desembargador federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, com quem não apenas aprendi tudo na magistratura federal como com quem sempre encontrei incentivo para continuar os estudos do Direito.

Um agradecimento especial ao professor doutor Gustavo Binenbojm pela bibliografia indicada e pelo almoço, quando pude absorver um pouco de seus pensamentos sobre a administração pública em juízo os quais, sem dúvida, estão incorporados na alma deste trabalho. Fiquei muito feliz, embora um pouco apreensiva, quando tive a confirmação de seu nome na banca examinadora.

Agradeço ao professor Guilherme Leite, que me acompanhou desde o exame de qualificação do, então, projeto de dissertação. Espero que tenha conseguido apreender suas considerações valiosas à época, e que elas estejam bem abordadas no trabalho final.

Agradeço ainda a querida amiga e companheira de barriga, Fernanda Taboada, pela revisão do pré-projeto, quando ainda em processo de seleção. Obrigada, Kiki, pelo socorro na tradução. Às queridas Carolina e Luisa, filhas que não tive.

Agradeço aos professores do Mestrado, em especial, José Ricardo Ferreira Cunha, verdadeiro espírito republicano, pelos conhecimentos compartilhados e ao professor e amigo Alberto Xavier pelo livro do professor Paulo Otero.

Por fim, um agradecimento a toda a equipe que me acompanhou na então 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, por mais de seis anos, em especial: Sheila, Andréa, Simone, Susana, Luís e Vera; bem como os advogados e jurisdicionados. Nosso trabalho foi essencial para me estimular a repensar a administração pública em juízo e a própria atuação do Poder Judiciário, sempre na busca da prestação de um serviço eficiente.

RESUMO

Com o aumento da pressão social sobre a qualidade do serviço prestado pelo Poder Judiciário e pelo Poder Público em geral, há necessidade de se perseguir maior eficiência por estes órgãos.

O modelo então vigente leva a um processo judicial lento, extremamente custoso para as partes, em que na prática quase não há margem para o acordo, malgrado a existência de dispositivos legais que incentivam a transação.

Neste contexto, vem ganhando força a ideia da consensualidade, de modo a permitir à Administração, por meio da interação com o cidadão, promover acordos e obter resultados mais efetivos para todos.

De fato, a negociabilidade garante a maior legitimidade para o resultado alcançado, uma vez que é resultante de um processo dialético de interação.

A necessidade de valorização da consensualidade na condução dos litígios deriva da insatisfação da sociedade com o tempo de resposta do Poder Judiciário, especialmente no litígio em que uma das partes é um ente público, em que o procedimento legal introduz mecanismos de controle como duplo grau necessário de jurisdição, e prazos diferenciados e mais longos. No entanto, essas prerrogativas legais do ente público em juízo não resultam em melhora de qualidade da prestação jurisdicional – ao contrário, representam um agravamento na morosidade, em violação ao tempo razoável de duração do processo, uma garantia constitucional.

Desse modo, o foco deste estudo é a identificação de aspectos práticos que reduzem e, em alguns casos, inviabilizam a materialização de pontos de consenso entre o cidadão e a administração pública a fim de reverter este quadro.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Administração Pública em juízo. Consensualidade.

ABSTRACT

With the increase of the social pressure on the quality of services rendered by the Judiciary Branch and other public powers in general, there is a necessity to make the Judiciary Branch and the administration in general more efficient.

The current model leads to a slow process, extremely costly to all parties, where there is almost no room for an agreement, despite the alternative dispute resolution instruments prevailed in Law.

In this context, the idea of consensuality is gaining strength in ways to allow the administration through interaction with the public to reach an agreement with more effective results to all parties.

In fact, the negotiability guaranties more legitimacy to the obtained result, once it comes from a process of dialectic interaction.

The necessity to introduce the consensuality while conducting legal disputes with public entities still derives from the society's dissatisfaction with the judiciary response timeframe, specially in legal disputes in which one of the parties is a public entity, where the legal proceedings introduce various control mechanisms, such as necessary appeal, longer and differentiated deadlines. However, these legal prerogatives of public entities in court do not result in improvement of the quality of the legal service – in contrary, they delay it further, violating the reasonable duration of the legal process, a constitutional warranty.

Thus, the focus of this study is to identify some practical aspects that could possibly reduce, or even hinder, the effectiveness of consensuality between citizens and public administration in an attempt to overcome this adverse cenario.

KEYWORDS: Judiciary Branch. Public Entities in court. Consensuality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11
1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PODER JUDICIÁRIO 17
1.1 A crise da legalidade estrita 17
1.2 A atuação da administração pública em juízo e o Poder Judiciário 20
1.3 A legislação e a previsão de acordos 27
1.4 Aspectos econômicos da litigância 33
1.5 Conclusão parcial 35
2 TENDÊNCIAS DOUTRINÁRIAS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PÓS-MODERNA, ONDE SE INSERE O PODER JUDICIÁRIO 37
2.1 A eficiência como elo entre legalidade e juridicidade 37
2.2 A consensualidade como um instrumento de eficiência e participação do cidadão 41
2.3 Campo de aplicação da consensualidade pelo Poder Público em juízo 50
2.4 Conclusão parcial 58
3 DIFICULDADES ENFRENTADAS NA PRÁTICA PARA APLICAÇÃO DA CONSENSUALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E POSSÍVEIS SOLUÇÕES 60
3.1 Ineficiência e burocracia formalista 60
3.2 Herança cultural e exercício de poder 62
3.3 Conservadorismo dogmático 66
3.3.1 A indisponibilidade do interesse público e a legalidade 71
3.3.2 Diferentes graus de disponibilidade do interesse público: o interesse público primário e o interesse da administração 72
3.4 Conclusão parcial 78
4 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA SOBRE A QUESTÃO DA APLICAÇÃO DA CONSENSUALIDADE NOS LITÍGIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – OS PAÍSES DA *COMMON LAW* E A EVOLUÇÃO DO DIREITO CONTINENTAL 80
5 QUESTÕES PRÁTICAS ENVOLVENDO A APLICAÇÃO DA CONSENSUALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO: ESTUDOS DE CASOS 85
5.1 Parceria Justiça Federal e INSS 85
5.2 Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF 86

5.3 Estudos do Ministério da Fazenda em busca de lei que autorize a negociação de débitos fiscais 87
5.4 Processos Judiciais envolvendo o Sistema Financeiro de Habitação em curso na Justiça Federal 88
5.5 Os novos clientes 90
CONCLUSÕES 96
REFERÊNCIAS 100

INTRODUÇÃO

Em princípio, diz-se que a administração pública defende direitos indisponíveis e sobre os quais não poderia transigir. Tal fato poderia levar à conclusão de ser impossível aplicar o instituto da conciliação – no qual o consenso é essencial – a estes litígios.

Contudo, busca-se um Poder Judiciário comprometido e atuante, visando à paz social e à solução de conflitos, o que passa pelo investimento no instituto da conciliação, a fim de torná-la viável também em conflitos com a administração pública.

Ademais, com a Emenda Constitucional (EC) nº 45/04, resta garantido ao cidadão o direito ao tempo razoável do processo, embora este conceito esteja inserido na categoria de indeterminado e de difícil mensuração de densidade.

De qualquer sorte, não há dúvida de que a celeridade é perseguida pela Lei Maior. Logo, a conciliação mostra-se um instrumento valioso para garantir este direito ao cidadão, tendo em vista que pode ocorrer a qualquer tempo no processo e, na maioria das vezes, encurta a duração do trâmite processual.

Os contornos do objeto desta pesquisa identificam-se intimamente com o Direito Público. Não se pode deixar de mencionar a influência do Direito Constitucional no presente estudo, uma vez que o poder jurisdicional é indiscutivelmente uma emanação da soberania do próprio Estado. Ainda no campo do Direito Constitucional, é de fundamental importância destacar o papel da aplicação dos direitos e garantias constitucionais como um possível fator de influência direta na homologação do acordo pelo Poder Judiciário, bem como a extração máxima de normatividade do princípio da eficiência.

A inserção da consensualidade no processo de manifestação de vontade da administração representa, de fato, o alcance do fim pretendido, ao garantir uma dinâmica ao processo dialético.

Neste ponto, não se pode deixar de registrar a importância do instituto da conciliação, para que se efetive cada vez mais a garantia do acesso à justiça – não apenas do ponto de vista formal, mas, sobretudo, no seu aspecto material, ou seja, a garantia à tutela jurisdicional de mérito.

O acesso à justiça impõe ao Estado, além da simples garantia de ingresso nos tribunais, o dever de zelar por um mínimo de garantias de meios e de resultados. Isto é, que um processo iniciado possa se desenvolver em condições de igualdade para ambas as partes, que estas sejam admitidas a participar no processo e recebam, ao final, um julgamento de fundo do litígio que consista em uma tutela alinhada com os valores sociais vigentes e efetivos.

Neste quadro, o acesso à justiça possui um conteúdo prévio, um pressuposto (o próprio ingresso em juízo); um conteúdo intermediário (o desenvolvimento de um processo equilibrado, justo, équo e capaz de atingir seu fim, ao englobar todas as demais garantias da ampla defesa, contraditório, juiz natural, etc.); e um conteúdo final (a pacificação social, pela obtenção da tutela justa e efetiva). Todas essas fases convergem, então, para a necessidade de se fazer real a garantia-síntese do acesso à justiça.

A Constituição da República assegurou ao cidadão o acesso à justiça, como sinônimo de ingresso no sistema judicial, ou seja, garantiu apenas o conteúdo prévio do princípio do acesso à justiça. Não houve um adequado aumento na estrutura dos órgãos prestadores de jurisdição. Ademais, a conscientização dos cidadãos de seus direitos aumentou significativamente o número de demandas judiciais em curso.

O presente estudo tem por escopo a análise da natureza da relação jurídica litigiosa, na qual em um dos lados há a presença da administração pública e a contraposição do interesse público classicamente tido como indisponível frente aos interesses privados e a aplicação dos métodos alternativos de soluções de controvérsias, notadamente a conciliação, a estes conflitos.

A partir de uma análise do contexto da administração pública e do Poder Judiciário atual buscar-se-á mostrar a relevância da inserção da administração na consensualidade, como um instrumento de realização da eficiência que permite um mecanismo de controle de resultado, mais eficaz que o – até então suficiente controle – unicamente pela legalidade.

Trata-se de tema de absoluta atualidade e importância ante o crescente incremento do sistema multi-portas para solução de conflitos. Neste busca-se oferecer, às partes em conflito, métodos não adversariais para a solução de controvérsias, tais como mediação, conciliação e arbitragem.

No entanto, a abordagem que vem sendo dada pela doutrina em especial para o instituto da conciliação, não considera, em geral, as peculiaridades dos conflitos judiciais nos quais uma das partes é a administração pública.

É certo que há que se analisar se existe limite à consensualidade, em se tratando de litígios com entes públicos, sobretudo quando envolver efetivamente interesse público primário indisponível confrontado ao interesse da administração, de cunho patrimonial.

Vale dizer ainda que a presença constante da administração em um dos pólos da relação jurídica, que deveria ser um facilitador na condução de acordos em confrontação aos particulares – mais distintos e, portanto, sem um padrão de conduta pré-determinado –, mostra, na prática, ter efeito inverso, ante os entraves burocráticos de uma administração pública calcada em procedimentos desnecessários.

O objetivo do presente estudo é justamente tentar alcançar uma visão ampla e sistemática com a incorporação da teoria do consensualidade aos litígios judiciais com a administração, especialmente como um instrumento de eficiência.

Na sequência, tentar-se-á verificar em que medida a conciliação, como prevista em lei, teria de ser ajustada por exigência da natureza dos litígios da administração pública. Da mesma forma, apurar-se-á em que situações é indicado ao magistrado interromper a conciliação e prosseguir com o litígio ante alguma especificidade na relação jurídica de Direito Público – por exemplo, interesse da sociedade na busca da verdade real nas ações de improbidade administrativa.

É importante registrar que este trabalho visa a tratar do litígio com a administração considerando a jurisdição comum, sem focar na questão dos juizados especiais, em cuja lei há a previsão de conciliação. Ademais, os juizados possuem princípios próprios, cuja análise tornaria por demais amplo o objeto da pesquisa.

Entretanto, serão utilizados dados colhidos nos Juizados Especiais Federais (JEFs), a fim de comprovar a hipótese de que o princípio da legalidade não é real entrave à aplicação da consensualidade, uma vez que, apesar de a lei desses juizados conter previsão expressa de transação pela administração, este instituto não é aplicado na prática cotidiana desses órgãos julgadores.

Também não será analisado o projeto de lei que torna obrigatória a mediação prévia nos processos judiciais (PL nº 94/2002), embora desde logo diga-se que não

se concorda com a mediação cogente que fira a voluntariedade necessária à legitimidade do procedimento.

Neste particular, toma-se como exemplo, a prática dos tribunais de justiça dos estados, que instituíram a figura do conciliador, desempenhada por terceiro que não é o juiz togado e que não foi bem acolhida pelos advogados e partes. Tornou-se, na prática, mais uma etapa do processo judicial. A falta de preparo dos conciliadores (estagiários em geral) e sua baixa remuneração (bolsa de estudos, já que não são servidores ou juízes) contribuem para o problema.

Nessa esteira, há risco de que a mediação obrigatória, uma vez instituída, seja uma iniciativa que busca por meio de saídas simples solucionar o problema da superlotação de processos no Poder Judiciário, sem enfrentar as suas causas.

A criação de um espaço artificial para a celebração de acordos em tese nada resolveria, conforme experiência estrangeira – em especial, a Argentina, onde há a mediação obrigatória, em termos semelhantes ao defendido no projeto de lei em tramitação no congresso brasileiro.

Por outro lado, a fundamentação teórica que norteia essa pesquisa atende à necessidade de superar as posturas entranhadas na estrutura do Poder Judiciário, que, ao invés de buscar institutos alternativos eficazes à solução da controvérsia, fecha-se na sua função solitária de julgar sem ouvir os anseios das partes, quando a questão se manifesta com extrema angústia no seio social.

Parte-se do pressuposto de que o dever primordial dos estudiosos do Direito Processual, nos quais o magistrado se insere, é identificar os entraves inerentes ao processo que desacreditam o Poder Judiciário como responsável pela busca de uma resposta judicial aos problemas sociais.

Dentro da linha de pensamento mencionada, o jurista deve buscar soluções aos problemas identificados, de forma que o Poder Judiciário reassuma o seu papel de pacificador das demandas sociais e de bom administrador da justiça.

A proposta de desenvolvimento do presente tema lança mão da divisão da dissertação em cinco capítulos.

O Capítulo 1 consiste na análise do quadro atual de funcionamento do Poder Judiciário, notadamente nos conflitos judiciais em que o Poder Público ocupa um dos pólos da relação jurídica. Serão identificados os pontos críticos, o tratamento legislativo sobre a questão e alguns aspectos jurídicos e econômicos.

No Capítulo 2 serão enfrentados alguns desafios da administração pública pós-moderna e sua contextualização com o Poder Judiciário. Serão analisados os conceitos de juridicidade, eficiência e será apresentada a noção de consensualidade, sua aplicabilidade, extensão e limites ao se tratar da administração pública em juízo.

Já no Capítulo 3, será feito o teste da hipótese, ao se apresentarem entraves práticos à aplicação da consensualidade pela administração pública em juízo, e os fundamentos jurídicos para a superação desses entraves – em especial, a análise do interesse público, sua natureza e seus graus de disponibilidade. Serão feitas uma confrontação dos princípios da administração pública com princípios de direito privado e a análise da natureza jurídica da relação jurídica litigiosa, em que há a presença da administração pública como parte e suas especificidades, em especial a questão da disponibilidade ou não do direito objeto da controvérsia judicial. Será investigada a necessidade de se aplicar e consolidar a consensualidade no agir da administração como uma das formas de efetivar o princípio da eficiência, especialmente ao se considerarem seus efeitos na solução de conflitos trazidos ao Poder Judiciário.

Já no Capítulo 4 será apresentado um breve estudo de direito comparado sobre a matéria, a fim de demonstrar o regime do *common law* e a evolução da questão nos países de direito continental e trazer elementos que auxiliem na consolidação da consensualidade no direito interno.

Por fim, na última parte – Capítulo 5 – serão demonstrados os resultados obtidos nos mutirões de conciliação na Justiça Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro (SJRJ). Este estudo mostrará a economia de recursos despendidos pela administração ante os termos do acordo firmado e o pleiteado na inicial, considerando-se ainda os custos de tramitação de um processo e o alcance do interesse público maior, qual seja, a pacificação social. Serão identificadas outras iniciativas nacionais de aplicação da consensualidade pelo Poder Judiciário.

Merece destaque a utilização de vários métodos de pesquisa e abordagem dos temas. O método dedutivo foi utilizado para, a partir de conceitos e categorias gerais, chegar-se a uma compreensão de fatos particulares. Já o método indutivo foi aplicado para, a partir de análises particulares, serem alcançadas regras gerais. Já o método analítico-descritivo mostrou-se útil na análise de textos e na consequente extração de conclusões próprias. Ademais, não apenas se faz necessária uma

digressão sobre a matéria no ordenamento, como sua situação no ambiente jurídico e social. Finalmente, os métodos histórico e comparativo foram introduzidos para localizar o tema dentro de um contexto pretérito e atual e ainda proporcionar um panorama da situação enfrentada em outros sistemas jurídicos alienígenas, de forma a se evitar uma abordagem superficial sobre a questão.

O que se pretende é confirmar a hipótese principal, executada ao longo dos capítulos, de modo a contribuir para a mudança de cultura nos litígios com entes públicos no atual cenário político-social – especialmente destacando-se o aspecto de aplicação prática do presente trabalho no contencioso público.

1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PODER JUDICIÁRIO

1.1 A crise da legalidade estrita

O princípio da legalidade, ao longo da história, deu sinais claros da sua incapacidade para solucionar os problemas da administração pública, ao demonstrar a falibilidade do sistema de concentração de poderes nas mãos do Poder Legislativo.

O conceito tradicional de legalidade, previsto na Constituição no artigo 5º, II, é assim sintetizado por Paulo Otero:

> Num mundo em que a expressão da vontade geral da coletividade se concentrava ao parlamento, a lei, encontrando nessa mesma estrutura institucional o fundamento da sua legitimidade política, aparecia revestida de um mito de perfeição: o "império da lei" era, afinal, a síntese da vontade soberana de um modelo de "Estado Legislativo Parlamentar". [...] No âmbito desta concepção silogístico-subsuntiva, da lei se desenvolve um sentido de legalidade administrativa que, subordinando totalmente o poder executivo ao poder legislativo, nega autonomia à função administrativa na realização do Direito e recebendo a carga de desconfiança e ressentimentos que na época pré-revolucionária se voltava contra o monarca absoluto, visa edificar um modelo de administração pública em que esta se apresenta como uma serva cega e obediente da lei. O assinalado mito liberal da perfeição da lei, refletindo uma postura política de verdadeira "santidade" da vontade do parlamento e uma inerente concepção positivista do Direito, viria a ser objeto, todavia, de uma progressiva erosão durante todo o século XX, isto por efeito de dois principais fatores: (a) a profunda evolução do significado e do valor da Constituição; (b) a radical mudança do modelo de Estado.[1]

O pilar do princípio da legalidade que sustentou toda a base do direito administrativo torna-se insuficiente: não mais basta a investidura legítima dos representantes do povo para garantir os limites e a forma de atuação da administração pública.

---

[1] OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 152.

Logo se percebeu que a ideia de liberdade contida no modelo legalista, peça-chave do Estado de Direito – como preconizado por Rousseau[2] em sua teoria da vontade geral – não correspondia aos anseios dos cidadãos.[3]

Pior: com o tempo esta ideia foi substituída para servir de rótulos formais a comandos distantes de qualquer legitimidade, tendo em vista que o pluralismo das sociedades contemporâneas torna praticamente impossível extrair o que seria o conceito de vontade geral. Assim, o modelo rousseauniano não mais se adequava à definição da conduta geral e abstrata protegida pelo direito ou para realizar justiça.

Formalmente, o modelo baseado exclusivamente no princípio da legalidade como controle da administração pública mantinha-se legal e legítimo pela garantia de legitimidade dos representantes do povo na elaboração das leis, expressão da vontade geral e sua introdução no sistema jurídico, e pouco importava seu conteúdo ou motivação.

Sérgio Guerra registra a respeito:

> A concepção positivista e a própria sacralização da legalidade levaram ao legalismo, ao formalismo excessivo de decretos, circulares e portarias, com a predominância da letra dos textos sobre seu espírito ou sobre a realidade dinâmica da vida. Além desses aspectos, que demonstram a crise do princípio da legalidade, tem-se, ainda, a "desvalorização" ou "esgarçamento" da lei pela inconcebível "inflação legislativa". A ideia oitocentista de uma sociedade livre, movendo-se dentro de uma moldura legal e codificada, em textos claros, concisos e tendencialmente estáveis transformou-se pela inundação de leis e regulamentos instáveis – o mundo das incertezas jurídicas – e com frenéticas alterações. Antes mesmo de proceder à interpretação sistemática das normas, o jurista tem de transformar-se em "jurista detetive".[4]

---

[2] V. sua principal obra: Do contrato social: Princípios do direito político. (Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, p. 31).

[3] Destaca-se a avaliação de Paulo Otero (op. cit., p. 65), o qual ressalta que o próprio Rousseau, em O contrato Social (livro IV, cap. VI, p. 121), assume que o legislador não tem capacidade de tudo prever. "[...] uma certeza existe: a legalidade inicialmente identificada com a vontade geral expressa pelo poder legislativo tem de conviver, segundo o pensamento de Rousseau, com uma legalidade excepcional decorrente das situações de ditadura e que não deriva de qualquer vontade expressa pelo poder legislativo. Este último aspecto é, todavia, esquecido ou amputado na interpretação do contributo de Rousseau para o pensamento liberal. Ele mostra-se, no entanto, essencial para uma exata configuração do princípio da legalidade administrativa dentro do modelo rousseauniano: a supremacia do poder legislativo, da vontade geral e da lei, por um lado, e a natureza exclusivamente executiva da atividade administrativa, por outro, não são verdades absolutas em Rousseau, antes traduzem meras sínteses interpretativas incompletas do pensamento do autor. Ou, em alternativa, comprova-se que o livro de Rousseau é, 'visto no seu conjunto, talvez a obra mais enigmática e contraditória de todos os tempos."

[4] GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e Reflexividade*: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 130.

Neste molde, a administração pública, desde que observasse os comandos legislativos, estaria dispensada de responder pelos resultados de suas ações. A questão jurídica restaria plenamente satisfeita, passando qualquer consideração sobre o mérito da conduta administrativa a ser tratado como questão política.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca:

> Distanciada assim pela deformação política, a lei foi perdendo seu elo histórico com a legitimidade, reconhecida pelos antigos e consagrada na tradição das religiões, remanescendo apenas com seu apanágio formal de legalidade, o que explica que a partir do segundo pós-guerra, na segunda metade do século XX, a legitimidade perdida viesse a ser buscada no direito, entendido como produto da ordem jurídica como um todo, a partir das raízes principiológicas da ciência do direito e pelo labor da jurisprudência e da doutrina. Uma legitimação simultaneamente pragmática e ética pela aplicação justa aplicada à solução das contendas judiciais, produzida pela jurisprudência, o direito dos Tribunais (Gerichthofenrechts), e pela fundamentação científica da principiologia e da dogmática jurídica produzida pela doutrina, o direito dos juristas (Juristenrechts).
> Essa asseveração chega na segunda metade do século XX ao patamar constitucional com a Lei Básica de Bonn, em que se proclama, no artigo 20, § 3º, a vinculação da administração (e dos Tribunais) "à Lei e ao Direito" (an Gesetz und Recht), passando a ser expressa, explícita ou implicitamente, nas constituições contemporâneas que lhe seguiram.[5]

Na mesma linha, sustenta Gustavo Binenbojm:

> A crise da Lei formal é um fenômeno universal e cujos efeitos se projetam sobre os diversos segmentos do ordenamento jurídico. Dentre as possíveis causas de tal crise, é possível listar as seguintes: (i) a inflação legislativa; (ii) o uso histórico da lei como fundamento para a injustiça e a barbárie; (iii) o controle crescente e progressivo do processo legislativo pelo Poder Executivo; (iv) o advento do constitucionalismo e o fenômeno da constitucionalização do direito; (v) a multiplicação das novas formas de juridicidade. Esse conjunto amplo de fatores contribuiu para dessacralizar o mito rousseauniano da lei como expressão da vontade geral, fundamento único do poder legítimo e veículo principal de expressão das normas disciplinadoras das atividades do Poder Público e dos particulares.[6]

---

[5] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas Públicas e Parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 1, p. 105-117, jan./mar. 2006.

[6] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

José Eduardo Faria, ao analisar o choque causado pela globalização no dogmatismo jurídico, leciona o seguinte:

> Toda essa sofisticada técnica, acima esboçada em termos bastante esquemáticos e singelos, é que está sendo posta em questão pelo complexo fenômeno da globalização econômica, envolvendo a um só tempo uniformidade e diferenciação, integração e fragmentação, continuidade e ruptura, codificação e deslegalização, controles diretos e controles indiretos, formalismo e informalismo, disciplina e punição acumulação de riquezas e regulação privada, ordem jurídico-positiva estatal nacional e ordens normativas autônomas infranacionais e supranacionais, etc.[7]

Assim, o mito do "império da lei" como síntese de um modelo de Estado legislativo e democrático cede com a eclosão dos movimentos de valorização das constituições e de garantias individuais dos cidadãos.

1.2 A atuação da administração pública em juízo e o Poder Judiciário

Qualquer análise, mesmo superficial, que se faça da situação atual do Poder Judiciário traduz de imediato a necessidade de repensar um modelo calcado apenas na litigiosidade, onde há pouco espaço para o acordo.

Uma das soluções para desafogar o Judiciário em auxílio a uma prestação jurisdicional efetiva passa, necessariamente, pela possibilidade de instâncias negociais, ao longo do processamento da demanda, que permitam uma solução alternativa à clássica prestação jurisdicional de mérito, garantindo o contato direto entre autor e réu em um ambiente onde eles poderão discutir suas pretensões.

A explosão de litigiosidade demonstrada em qualquer gráfico estatístico de desempenho do Poder Judiciário[8] confirma a impossibilidade absoluta de os juízes proferirem as decisões necessárias – tanto em primeiro grau quanto nos graus de jurisdição superiores – no tempo recomendado pela necessidade e pelo bom-senso. Vale lembrar ainda que a EC nº 45/04 garante ao cidadão, como princípio constitucional, o tempo razoável ao processo.

---

[7] FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada.* 1ª ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, p. 46.

[8] Veja-se, por exemplo, *Relatório Estatístico 2007*, disponível em: <www.cnj.jus.br>.

Roberto Ferrari de Ulhôa Cintra ensina:

> A necessidade da promoção da pacificação entre as partes, a carência de espaços no Judiciário para a promoção da conciliação e da pacificação e o excesso de processos entupindo as agendas dos Tribunais resulta na inviabilidade atual da obtenção a tempo do direito pleiteado pelo cidadão. Tudo isso ocorre em um momento em que forças sociais altamente imaginativas e criativas desenvolvem instrumentos de soluções alternativas de controvérsias (SACs), talvez motivadas pela quase falência do Estado na prestação jurisdicional como ora se observa.[9]

Se é correto pensar, em um primeiro momento, na aplicação das soluções alternativas de controvérsias somente a questões nas quais os interesses eminentemente privados são prevalentes, não se pode ignorar o campo do direito público. Deve-se lembrar o fenômeno da judicialização das demandas que envolvem direitos individuais contrapostos ao interesse da administração, como ocorre, por exemplo, em relação ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e à concessão de benefícios previdenciários. É o cidadão que descobre seus direitos e os caminhos para exercê-los. Contudo, tem apenas garantida a porta de entrada no Poder Judiciário, mas não a porta de saída, ante o volume de demandas e a estrutura da prestação de serviços pelo Poder Judiciário.

Sérgio Guerra e Leslie Ferraz em recente artigo registram:

> Com efeito, a demanda por justiça é também a demanda por justiça tempestiva e integra as Cartas Constitucionais não como uma garantia secundária, mas como um dos componentes do devido processo legal. Bielsa e Graña observam que, quanto mais um julgamento demora a ser proferido, mas vai perdendo, progressivamente, o seu sentido reparador, até que transcorrido o tempo razoável para solução do conflito, qualquer solução será irremediavelmente injusta, por mais justo que seja o seu conteúdo.
> Além dos prejuízos individuais (de ordem material e psicológica), a demora também causa danos à coletividade, por desencorajar outras pessoas a ingressar no Judiciário, comprometendo a própria credibilidade das instituições de justiça.[10]

---

[9] CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. *A Pirâmide da solução dos conflitos: uma contribuição da sociedade civil para a reforma do Judiciário.* Tese de doutorado, sob a orientação do Professor Doutor Enrique Ricardo Lewandowski, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2005, p. 53.
[10] FERRAZ, Leslie; GUERRA, Sérgio. *A Demora do Judiciário e o custo Brasil. Valor Econômico,* 8 de janeiro de 2009..

A Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001), com seus princípios e normas, e o direito penal, através da suspensão do processo e da transação penal, demonstram a penetração de meios de solução para conflitos de forma não adversarial, incidindo em relações jurídicas de direito público tradicionalmente ligadas à ideia de indisponibilidade.

Não se pode negar que, no Brasil, a explosão de litígios está ligada à conduta do Estado-Administração. A corrida do cidadão aos tribunais, após a ciência de suas garantias constitucionais, demonstra a busca de proteção contra abusos estatais cometidos pela administração pública, em um reforço à cidadania.

Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini destaca:

> Com o fim do regime autoritário, houve uma corrida aos Tribunais com o objetivo de questionar medidas governamentais (tributos, contribuições e diferenças de aposentadoria), cujo ápice foi atingido pelo bloqueio dos cruzados. Tratou-se, antes de tudo, de uma corrida de conteúdo cívico e político. [...] Em uma frase, o processo judicial passou a fazer parte do quotidiano dessas pessoas jurídicas. No Brasil, esse cenário conseguiu se reproduzir graças, ainda, à lentidão na entrega da prestação jurisdicional e à vantagem que, muitas vezes, constitui litigar.[11]

Paulo Otero também diagnosticou esta situação em nível mundial, correlacionada à crise do princípio da legalidade em seu viés oitocentista:

> Sucede, porém, que todo este novo modelo de legalidade, envolvendo um "Direito de princípios", aumenta consideravelmente a conflitualidade social e judicial: cada pessoa insatisfeita ou cada grupo de interesses preterido por uma decisão administrativa, procurando alicerçar nos princípios da constituição o fundamento das suas pretensões, acaba por abrir litígios judiciais que, provocando um conflito de pretensões alicerçadas em princípios constitucionais contraditórios, arrastam os tribunais numa discussão político-constitucional que, sendo fruto das sucessivas incertezas normativas da Constituição e da legislação ordinária, contribuem para ampliar a presente crise na concretização jurisdicional da justiça.[12]

---

[11] LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias*: convivência e formas de pacificação social: uma sugestão de integração. Tese para obtenção de grau de Doutor na Faculdade de Direito da USP, sob orientação do prof. José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo, 2006.

[12] OTERO, op. cit., p. 168.

Atualmente, o grande cliente do Poder Judiciário é o próprio Poder Público. Boa parte desse cenário deve-se a uma cultura de judicialização de questões que poderiam ser facilmente resolvidas pela administração pública dentro do seu poder-dever de autotutela, consagrado pelas súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal e pelo artigo 53 da Lei nº 8.974/99.[13]

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

Nesse contexto deve-se destacar não apenas a aplicação dos novos paradigmas da administração pública pós-moderna[14] – notadamente a consensualidade na conduta administrativa do Estado – na típica função administrativa, mas, sobretudo, analisar como a consensualidade pode ser aplicada na redução dos conflitos objeto de demandas judiciais nas quais a administração pública figura em um dos pólos.

A prática mostra que a atuação da administração pública em juízo ainda é extremamente atrelada ao princípio da legalidade, às prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo e às presunções dos atributos do ato administrativo.

Contudo, é no mínimo um contrassenso que a parte pública, que já goza de diversas prerrogativas, tenha violado seu direito de igualdade em confronto com a parte particular no processo e fique impossibilitada de conciliar, benefício oferecido a todos os demais litigantes. Quando a lei quis, excluiu expressamente a possibilidade

---

[13] "Súmula nº 346 – A administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos."; "Súmula nº 473 – A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada em todos os casos a apreciação judicial."; "Art. 53 – A administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vícios de legalidade, e pode revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.".

[14] Utiliza-se neste trabalho o termo "pós-moderno" para identificar momento diverso daquele pelo qual passou a humanidade até a segunda metade do século XX. Eros Grau critica o uso da expressão, para ele desprovida de conteúdo, em *O direito posto e o direito pressuposto* (São Paulo, Malheiros, 2003, p. 100). Enfim, aqui pretende-se apenas sintetizar que categorias tradicionais do direito não se ajustam ao modelo de sociedade de risco em que se vive atualmente, não desconhecendo a polêmica doutrinária acerca da questão. Para uma abordagem mais aprofundada do tema, cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 54 et seq.

de acordo, como o fez na ação de improbidade administrativa, conforme será analisado ao longo deste trabalho (artigo 17 da Lei nº 8.429/92).

A questão foi abordada no julgamento clássico sobre a possibilidade de o Poder Público submeter-se à arbitragem, proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no Agravo de Instrumento nº 52.181 (j. 31/10/1973, Tribunal Pleno), de onde se extrai o seguinte trecho do voto do relator, ministro Bilac Pinto:

> E acrescenta não ser possível a interdição do juízo arbitral, mesmo nas causas contra a Fazenda, o que importaria numa restrição à autonomia contratual do Estado, que, como toda a pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio pela via transacional, não se lhe podendo recusar este direito, pelo menos na sua relação de direito contratual ou privada, que só estas podem comportar solução pela via arbitral, dela excluídas aquelas em que o Estado age como Poder Público que não podem ser objeto de transação.

Cita-se ainda trecho do voto do ministro Rodrigues Alckmin no mesmo caso concreto: “Os conflitos de interesse comportam solução negocial. Assim, podem as partes transigir, como podem aceitar o compromisso”.

Vale lembrar que a Resolução nº 1.999/1996, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, recomenda que os Estados busquem soluções alternativas ao sistema judicial tradicional para a solução dos conflitos.

Também o Documento Técnico nº 319/96 do Banco Mundial, cujo título é *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: Elementos para Reforma*, apresenta sugestões para dinamizar as soluções dos conflitos por outros meios que não apenas pela jurisdição.

Não se pode olvidar da insistência das organizações internacionais de controle e gestão de economia mundial, como o FMI e o Banco Mundial, na afirmação de que é cada vez mais forte a relação entre eficiência da Justiça e a prosperidade da economia e riqueza das nações.[15]

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com dados coletados em 2008, havia em 2007 68,2 milhões de demandas judiciais no país, e 60% dos casos não são apreciados no ano em que foram protocolados. Analisados os poderes

[15] DIAS, João Alvaro. *Os custos da Justiça*: actas do Colóquio Internacional. Coimbra: Almedina, 2003. p. 45

judiciários de 11 países, o Brasil é o que possui o menor número de juízes por habitante.[16]

Neste contexto, torna-se mais grave a litigiosidade incentivada nas relações jurídicas com o Poder Público. O que se verifica na rotina da advocacia pública contenciosa são contestações genéricas, recursos fadados ao insucesso, pois flagrantemente contrários à jurisprudência dominante, entre inúmeros outros exemplos, que poderiam ilustrar que a conduta administrativa em juízo é contrária aos novos paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno[17], já que não atendem a legitimidade, à economicidade e à busca pela eficiência com base em resultados.

Isso sem levar em consideração as prerrogativas processuais da administração pública em juízo, que em muitos casos não se justificam no interesse público primário, mas apenas no interesse da administração, o que retarda a conclusão do processo ou a satisfação da pretensão já consolidada em título executivo judicial.

Marcos Juruena Villela Souto contesta as prerrogativas da fazenda:

> [...] ao desigualar as relações, a norma reduz os direitos dos administrados em favor das prerrogativas nem sempre indispensáveis ao exercício das funções públicas. Surgem situações desfavoráveis aos administrados sem o correspondente ganho de eficiência na administração ou no resultado da função. Exemplos disso podem ser vistos em litígios em que a Fazenda Pública tem tratamento processual diferenciado, como o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (o que decorre da dificuldade de obtenção dos elementos para a defesa de seus interesses, já que os órgãos públicos são diversos e dispersos), a execução em regime de precatório [...] Todos são fatores que desequilibram as relações e em razão disto, muitas vezes podem até mesmo inviabilizar o seu surgimento. Daí porque o uso da autoridade em tempos de valorização da consensualidade – que busca ampliar a legitimidade e a eficiência da ação administrativa – deve ser reservado a situações em que seja indispensável o recurso à imperatividade e não caiba negociação.[18]

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho:

---

[16] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <www.cnj.jus.br>.

[17] Sobre a questão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008).

[18] SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Criação e função social da empresa estatal:* Direito Administrativo empresarial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 3.

> Daí a afirmação de que a manutenção de certas "prerrogativas" tradicionalmente reconhecidas ao Estado não significou sua recepção automática pelo modelo jurídico do estado contemporâneo. Tais "prerrogativas", após incorporadas no sistema do estado de direito, adquiriram contornos integralmente distintos dos que as caracterizavam como um Estado Totalitário.[19]

Na verdade, sob a escusa do "princípio da indisponibilidade do interesse público", a administração pública em juízo utiliza mecanicamente todos os recursos previstos na legislação processual, violando em um duplo aspecto o princípio da economicidade e da eficiência: a) ao alongar um processo fadado ao fracasso em razão da jurisprudência dominante, o que significa o pagamento de remuneração ao advogado público pela prática de atos sem qualquer finalidade, quando poderia estar se dedicando a causas de real complexidade e onde efetivamente haja o interesse público (relacionadas ao Plano de Aceleração do Crescimento – PAC –, por exemplo); b) ao onerar o Poder Judiciário, que também despenderá recursos materiais (sistema, papel, etiquetas) e humanos (o juiz e os servidores) para processar e julgar a causa repetitiva.

Conforme ensina Alexandre Santos de Aragão:

> As prerrogativas estatais sobre os particulares se justificavam em razão daquela visão do interesse público como superior à satisfação dos interesses individuais. Hoje, com a crescente identificação do interesse público justamente como a maior satisfação possível dos interesses dos cidadãos, o papel dessas prerrogativas, com a consequente exclusão do direito protetivo dos interesses individuais, deve ser atualizado. O interesse público e os interesses dos cidadãos, que antes eram vistos como potencialmente antagônicos, passam a ser vistos como em princípio, reciprocamente identificáveis.[20]

Gustavo Binenbojm também esclarece a respeito: "Antes, ao contrário, as hipóteses de tratamento diferenciado conferido ao Poder Público em sua relação

---

[19] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 59.

[20] ARAGÃO, Alexandre Santos de. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses* privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 3.

com os particulares devem obedecer aos rígidos critérios estabelecidos pela lógica do princípio constitucional da igualdade."[21]

Assim, resta inequívoca a insatisfação do cidadão com o Poder Judiciário, que efetivamente não consegue dar uma resposta aos conflitos em tempo satisfatório, especialmente levando-se em consideração os litígios judiciais nos quais o Poder Público figura em um dos pólos da relação jurídica.

Isso porque não há qualquer razão para o tratamento diferenciado para o Poder Público, que, a despeito das prerrogativas legais, continua apresentando manifestações-padrão e não raro requer mais prazos para manifestar-se sobre questões de fato do processo, tendo em vista que não conseguiu no prazo em quádruplo em relação àquele conferido ao particular litigante comunicar-se com o órgão da administração envolvido na questão litigiosa. A situação fática comprova que devem ser encontrados novos caminhos na busca da eficiência desejada pelo cidadão.

1.3 A legislação e a previsão de acordos

Vale registrar que a legislação não é omissa a respeito. Pelo contrário, ao longo deste estudo confirmou-se que, a despeito da alegação genérica de falta de autorização legal para a aplicação da consensualidade pelo Poder Público em juízo: a) esta autorização legislativa específica como sugerem os advogados públicos não é necessária; b) há normas genéricas procedimentais que incentivam o acordo sem excluir da negociabilidade a relação jurídica de particulares com a administração pública ou mesmo entre os entes da administração pública em geral.

Embora não seja o objeto direto da análise, destaca-se, primeiro, a questão dos Juizados Especiais Federais (JEFs), instituídos pela Lei nº 10.259/01. Uma das filosofias de funcionamento desses juizados é justamente a possibilidade de transação: o art. 10, parágrafo único, dessa lei[22] autoriza a apresentação de proposta de acordo nas causas de valor até 60 salários mínimos, processadas nos JEFs.

---

[21] BINENBOJM, op. cit., p. 309.

[22] "Art. 10 – Os representantes judiciais da União, autarquias, 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".

A previsão legislativa em comento tem grande importância, uma vez que resulta da correta conclusão do legislador de que não haveria um impedimento à transação em causas envolvendo o Poder Público em função do até então paradigma da indisponibilidade do interesse público.

Contudo, mesmo com esta previsão expressa, ao contrário do que esperava a comunidade jurídica, a conduta da administração pública em juízo não mudou.

Na prática, poucos acordos são celebrados na rotina de um juizado especial federal. Vale-se exemplificativamente da Seção Judiciária do Espírito Santo – pertencente à jurisdição do Tribunal Regional Federal da 2ª Região –, onde as sentenças homologatórias de acordo correspondem a menos de 5% do total de sentenças proferidas em 2007.[23]

A lei neste caso é clara, e os advogados públicos, por receio da responsabilidade legal que lhes foi atribuída pelo dispositivo legal e pela Constituição, editam portarias[24] flagrantemente ilegais para se esquivarem de aplicar a consensualidade na manifestação de vontade da administração pública em juízo.

Diga-se que as normas secundárias a respeito do tema são ilegais, pois restringem onde a lei não restringiu, em flagrante excesso. A possibilidade de acordo não se limita aos casos de súmulas administrativas, sendo certo que nestes casos a apresentação de proposta de acordo é praticamente cogente. O advogado público em todos os casos, notadamente nos juizados especiais federais, deveria agir como agente político representante do Executivo – não vinculado a atos normativos internos, mas à sua missão constitucional.

Registre-se neste sentido também a Lei Complementar nº 73/93, que fixa como atribuição do advogado-geral da União acordar em processos de interesse da União, nos termos da legislação vigente. No caso, a Lei nº 9.469/97 faculta ao advogado-geral da União celebrar acordos em processos cujo valor controvertido seja até R$ 50 mil, sendo possível a extensão deste limite.

A advocacia pública somente pode ser exercida em sua essencialidade se o profissional tiver autonomia funcional, independência e, sobretudo, coragem. Até porque não se pode esquecer que muitas vezes o administrador público na sua

---

[23] Conforme dados do sistema de controle processual da Seção Judiciária do Espírito Santo, até o final de julho de 2007 foram proferidas 3.971 sentenças de mérito e apenas 196 sentenças homologatórias de acordo.

[24] Portaria nº 109/2007, da Advocacia-Geral da União, que lista as hipóteses em que os advogados públicos poderiam transacionar.

atuação distancia-se do interesse público primário, a exigir uma intervenção da advocacia pública, independente e desvinculada das opções executivas do administrador público.[25]

A questão foi bem analisada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

> Nessa linha, é necessário insistir, que aqui volto a fazer, com muito empenho e com muita esperança nas reservas morais deste País, que os *Estados* não se confundem com seus *Governos* e, muito menos, com seus *governantes* e, por conseqüência, *Advogados de Estado* não podem ser tidos como *advogados de governos* ou, com mais razão, como *advogados de governantes*. [...] Isso significa que, nas condições expostas, um membro da Advocacia de Estado poderia, em tese, responder por perdas e danos perante os administrados, por desempenho de má-fé, mesmo que tenha agido a pretexto de cumprimento de ordens, pois nenhum deles poderia, sequer, alegar, como excusa, a existência de um "dever administrativo hierárquico" legal eticamente interferente em suas funções constitucionalmente independentes. [...] Mas há mais: os Advogados de Estado, mesmo que se encontrem esgotadas as possibilidades das vias burocráticas regulares internas da Administração, *não podem se eximir de atuar como órgãos independentes, sempre que se trate, prioritariamente, da defesa da ordem jurídica*. É que os interesses do aparelho de Estado são disponíveis, conforme a lei o regule, e cedem ante os interesses constitucionalmente supraordinados, ao passo que *o interesse da preservação da ordem jurídica*, este é sempre constitucionalmente indisponível, como interesse primário da sociedade posto à cura. [...] Quanto aos *deveres do Advogado de Estado*, acrescer-se-á aos mencionados *deveres gerais de advogado, o dever funcional específico* de zelar precipuamente por todos os *interesses da sociedade* (interesses primários) *que foram confiados à pessoa jurídica de direito público a que se vinculam*. [...] Para este cometimento, os membros da *Advocacia de Estado* têm, com muito mais razão, *garantida sua independência funcional*, na qual se inclui o mesmo e já referido indeclinável dever genérico de *custos legis*, no caso, voltado às atividades administrativas da unidade política a que está vinculado. É exatamente o que aguarda do comportamento dos *exercentes das funções essenciais à Justiça* e é essa característica a *que mais lhes exalta a importância* e, por isso, mas se lhes agravam as responsabilidades de serem agentes institucionais fortes, inabaláveis e intransigentes com os valores históricos que sua profissão lhe confia [...] Realmente, os *Advogados de Estado* não necessitarão de autorização hierárquica ou de beneplácito superior *para atuarem, de acordo com sua ciência e sua consciência*, como *órgãos tecnicamente independentes*, pois que o são, do contrário, teriam frustrada sua missão de *controle da juridicidade plena* (compreendida a *legalidade*, a *legitimidade* e a *licitude*) e de mantenedores e aperfeiçoadores da *ordem jurídica*, funções essas que devem desempenhar como *agentes constitucionais essenciais à justiça*. No caso, a essencialidade dessa atuação, não será a de *decidir de direito*, tarefa que cabe aos agentes ativos da administração, mas será sempre, e em qualquer circunstância, a que lhes é típica e inalienável: a de *sustentar o direito*.[26] (grifo do autor).

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

[26] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 186; 207; 209; 213.

Na prática, atualmente nas cortes judiciais, ocorre o registrado por Roberto Gil Leal Faria, com relação, por exemplo, ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS):

> Assim, administrativamente muitos benefícios são indeferidos pelo fato de as peculiaridades que cercam o caso concreto não estarem previstas nas rígidas regras internas. A consequência natural de tal indeferimento administrativo é o processo judicial. Chegando tal demanda ao Judiciário, o procurador do INSS analisa o caso. Dentro de sua competência profissional, percebe que houve uma falha administrativa da autarquia em função de ilegalidade ou interpretação rigorosa das normas internas. Assim, apesar de ter ciência da alta probabilidade da demanda ser julgada procedente, mantém resistência ao processo por não haver previsão de acordo no caso concreto. O procurador que não oferece acordo, mas perde a causa e é condenado em verbas acessórias, não é investigado. Ao revés, aquele profissional jurídico que aplica a previsão legal e propõe acordo, gerando economia, pode ser alvo de fiscalização. A estrutura interna, portanto, incentiva a adoção de posturas antieconômicas.[27]

Assim, é papel do juiz quebrar estes obstáculos à incorporação da consensualidade na rotina dos conflitos judiciais envolvendo entes públicos.

Nos termos da consensualidade, a nova Justiça é participativa e cidadã, e envolve todos os atores do processo na busca de uma solução, de preferência célere, para o conflito.

O juiz deve ser o primeiro elemento a buscar a quebra do formalismo com a abertura para o diálogo. Nos conflitos com ente público, há a peculiaridade da presença em um dos pólos da relação jurídica, sempre do mesmo ator, quer seja: União, estados, municípios – no caso da jurisdição federal ainda em particular –, Caixa Econômica Federal, INSS, Ministério Público Federal, entre outros. Desse modo, recomendam-se reuniões prévias para conhecimento das dificuldades dos entes públicos e esclarecimentos sobre o novo modelo proposto. E devem-se evitar audiências meramente formais, nas quais a única manifestação do advogado público é no sentido de reiterar o entendimento interno de impossibilidade de acordo pela indisponibilidade do direito público em litígio.

Vale destacar como outro exemplo, a audiência preliminar obrigatória, introduzida no artigo 331 do Código de Processo Civil (CPC) pela Lei nº 8.952/94.

---

[27] FARIA, Roberto Gil Leal. Por que são efetivados poucos acordos nos juizados especiais federais? *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 24, abr. 2009. No prelo.

Na prática, a obrigatoriedade de realização de referida audiência tornou-se dispensável nas demandas que envolvem a administração pública, sob a alegação genérica e equivocada, sem uma prévia análise de ponderação, de que os direitos ali em juízo não admitem transação.

A primeira reação geral é sempre associar a ideia de direito indisponível ao interesse público, de forma a excluir qualquer possibilidade de composição.

Contudo, como se demonstra, a expressão “direitos que admitem transação” não é sinônima de “direitos disponíveis’. No entanto, o que se verificou na prática dos litígios com entes públicos foi que os tribunais, em geral, confirmaram a ausência de nulidade na não-realização de audiência preliminar, desestimulando qualquer prática em contrário do magistrado que insistisse na realização de audiência, uma vez que, amparado no entendimento jurisprudencial dominante, o ente público sequer avaliava o caso concreto e não apresentava proposta em audiência, pugnando pelo julgamento de mérito, em notória postura adversarial.[28]

Assim, se não houve retardo com o prosseguimento do feito, que rapidamente teve a conclusão da fase instrutória, perdeu-se uma oportunidade de mudança de cultura com a incorporação da ideia do consenso no procedimento judicial, mesmo com o ente público em um dos pólos da relação jurídica.

Com razão, Candido Rangel Dinamarco denuncia a fobia para com a audiência preliminar:

> A Fazenda Pública quase nunca se concilia por aceitar comodamente o mito da indisponibilidade de todos os direitos e interesses do Estado, prendendo-se a generalizações e critérios do passado nem sempre verdadeiros.[29]

Vale lembrar ainda que nas ações coletivas existe um campo fértil à aplicação do acordo, mesmo com entes públicos, com previsão legal – exceto quanto à ação de improbidade (Lei nº 8.429/92), cujo artigo 11 veda a celebração de acordos. Neste caso, há interesse público em apurar se de fato houve a conduta de improbidade praticada pelo agente público.

---

[28] Cf. STJ: Resp nº 242.322-SP, 35.234-SP e 152.431-RS.
[29] DINAMARCO, Candido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

Já nas demais ações coletivas, ou seja, no tocante aos direitos transindividuais em geral, há o incentivo legislativo a composição do litígio por meio do acordo, por intermédio da previsão legal em relação aos termos de ajustamento de conduta. Introduz-se no sistema a ideia de fórum multiportas, também para demandas envolvendo direitos coletivos.

Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini destaca:

> A propósito, tratando-se de direitos e interesses difusos, não se pode igualmente rejeitar a via alternativa para a solução de controvérsias dessa natureza. Se no caso de consumidores, os Procons se revelam como um filtro importante para evitar que uma demanda seja apresentada perante o Judiciário, no caso de interesses difusos e coletivos o Ministério Público também exerce este relevante papel por meio dos inquéritos civis e os compromissos de ajustamento de conduta. Aliás, não só o Ministério Público, mas todos os legitimados a firmá-lo, como autoriza o artigo 5º, *caput*, da Lei da Ação Civil Pública.
> Tendo em vista a possibilidade de transação, nada impede que ela ocorra na esfera judicial. Sensível a isto, O Anteprojeto do Código brasileiro de direitos coletivos, assim como o Anteprojeto de Código Modelo de processos coletivos para Ibero-América preveem a tentativa de conciliação sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.[30]

Adilson Dallari também ilustra:

> A solução de conflitos entre a Administração e particulares, por vias consensuais, que era excepcional, como, por exemplo, nas desapropriações amigáveis, ganharam maior relevo. [...]
> No momento atual, o Ministério Público, autonomamente, fora de sede judicial, dispõe de competência e de meios para promover acordos e negociações, para aferir a pertinência, a razoabilidade, a seriedade e a equidade das soluções alvitradas para salvaguardar interesses públicos em risco ou recompor danos já causados ao interesse público, conferindo celeridade na restauração da ordem e da segurança jurídicas. [...]
> O que se pretende destacar, entretanto, é a previsão legal de solução amigável dos conflitos envolvendo a administração pública, sem que isso signifique lesão ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos.[31]

---

[30] LORENCINI, op. cit., p. 197

[31] DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Assim, não procede a alegação de que o fator impeditivo à incorporação da consensualidade é a ausência de disposição normativa a respeito que autorize a negociação pelo advogado público. Embora a Lei não seja imprescindível, nos termos defendidos neste trabalho, também nas hipóteses em que esta é expressa, muito pouco mudou na rotina do procedimento do Poder Judiciário e da advocacia pública.

1.4 Aspectos econômicos da litigância

Em contrapartida, pode-se mencionar que o advogado público é responsável não apenas pela defesa jurídica, como também pela defesa econômica do seu cliente.

Superada a tese jurídica apresentada ou avaliada pelo advogado público que as chances de êxito na demanda são praticamente inexistentes, compete a ele zelar pelo menor custo ao erário.

Cabe ao advogado público nestes casos propor acordos economicamente viáveis e vantajosos para o cliente, a fim de economizar recursos públicos. A dinâmica da audiência facilita um acordo vantajoso para ambos os lados, sob a direção do juiz, que reúne as qualidades necessárias à facilitação do diálogo: neutralidade, confiança das partes e conhecimento jurídico sobre os efeitos da lide e das decisões tomadas em audiência.[32]

Roberto Gil Leal de Faria em recente trabalho, já citado, afirma:

> Aplicando o entendimento doutrinário que acima procurei delimitar ao ponto central dessa questão, questiono se a administração deve buscar a transação judicial naqueles processos nos quais a probabilidade de derrota seja elevada. Estou convicto que sim. Assim afirmo porque, de acordo com as peculiaridades da demanda, defender-se-ia o erário por meio da propositura de acordo em valores mais reduzidos do que aqueles comumente adotados pelo Judiciário.[33]

---

[32] SILVA, Antonio Fernando Schenkel do Amaral e. A técnica dos acordos na Justiça Federal. *Revista da AJUFE*, ano 21, n. 75/76, p. 85. Niterói: Impetus, 1º sem. 2004.
[33] FARIA, Roberto Gil Leal de. op. cit.

O custo da litigância sob o aspecto econômico social também deve ser levado em consideração pelo advogado público na escolha da melhor estratégia de condução da defesa de seu cliente público.

Os custos da litigância são elementos importantes na decisão das partes quanto ao rumo do processo. Se não houver cooperação entre as partes quanto ao modo de suportar estes custos, o processo será conduzido até o resultado final, já que o acordo não atenua este encargo. Sempre que as partes chegam ao acordo, poupam; e a sociedade em conjunto é quem mais poupa – custos inerentes ao processo, pessoal especializado e infraestrutura pública necessária, entre outros elementos essenciais à prestação jurisdicional célere e de qualidade são economizados.

Em conclusão sobre a análise econômica da litigância em confrontação com soluções negociadas para conflito, escreve Miguel Carlos Teixeira Patrício:[34]

> A realização da justiça (principalmente cível) faz-se mais com a celebração de acordos livres e responsáveis (necessariamente eficientes) do que com o recurso quase pavloviano às instâncias jurisdicionais. Os denominados litigantes frívolos, provável produto da massificação da judicialização da justiça, perturbam, com a sua atuação, a eficaz realização da mesma ao fazerem incorrer em custos inúteis todos os restantes intervenientes (na obtenção de uma decisão justa ou de um valor aceitável para acordo na economia de custos processuais na poupança de tempo, ou na sinalização eficaz). Na óptica social a participação deste tipo de jogadores é genericamente prejudicial. Também o comportamento do mercado de advogados parece poder influir no volume de litigância frívola ao permitir, com a redução dos custos de propositura a entrada de processos sem suficiente sustentação jurídico-processual. O aumento e a melhoria dos recursos (materiais e humanos) aplicados na justiça é aceitável e economicamente eficiente – mas não qualquer tipo de aumento ou melhoria. Se o aumento servir para solidificar a dependência (de olhos vendados) dos cidadãos à via judicial ou para legitimar/credibilizar, mesmo que involuntariamente, o seu recurso desmesurado aos Tribunais judiciais, então melhor seria que se forçasse a litigância criteriosa com a escassa resposta dos mesmos. Se o aumento não tiver as motivações já mencionadas, destinar-se-á como é obrigação de qualquer Estado, a dar melhor Justiça (mas apenas) a quem dela necessita.

Registre-se ainda, conforme dados colhidos em entrevista do ministro Massami Uyeda, do Superior Tribunal de Justiça, ao Jornal do Commercio de 21/1/ 2009 que, em 2008, cerca de 350 mil ações foram encaminhadas ao STJ. A taxa de

---

[34] PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Econômica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 172-173.

congestionamento média do Poder Judiciário federal de primeiro grau, em 2006, foi de 75,69%, a comprovar que a estrutura e o procedimento atual não são suficientes à resposta esperada pelo cidadão.[35]

1.5 Conclusão parcial

1. A administração pública no pós-modernismo não consegue encontrar respostas aos anseios sociais apenas nas categorias então existentes que regem o funcionamento da administração pública. O princípio da legalidade que até então regia a atuação da administração pública passa a ser insuficiente.

2. Neste cenário o Poder Judiciário, notadamente o juízo de fazenda pública, fica repleto de processos judiciais, muitas vezes idênticos, resultado da falta de eficiência da administração pública, em uma rotina viciada, sem perspectivas de melhora. A conduta da administração pública em juízo não é proativa, ou seja, há um incentivo à litigiosidade e judicialização das relações sociais.

3. A Lei nº 10.259/2001, bem como o artigo 331 do CPC e a Lei Complementar nº 73/93 conferem linhas de atuação aos advogados públicos, permitindo-lhes a transação em juízo. Mesmo assim, o quadro pouco se alterou: são ínfimos os percentuais de acordos homologados, mesmo nos juizados especiais federais.

4. Também as prerrogativas processuais da fazenda pública não devem se sustentar, uma vez que não satisfazem interesse público primário, mas sim o da administração, na finalidade de prolongar o quanto possível o desfecho da demanda desfavorável ao Poder Público.

5. O advogado público deve ter a garantia de independência e assumir sua missão constitucional de forma a garantir os melhores resultados à administração pública em juízo – o que muitas vezes passa pela celebração de acordos, especialmente nas demandas fadadas ao insucesso. A melhor defesa do cliente, no caso a administração pública, passa não apenas pela escolha da melhor tese

[35] Disponível em: <www.cnj.jus.br>. A taxa de congestionamento corresponde ao número de sentenças proferidas que extinguem o processo dividido pela diferença entre o número de casos novos do primeiro grau e o número de casos pendentes de julgamento em primeiro grau. Assim, em resumo, este indicador corresponde a quanto do acervo entrou e não saiu em um ano judiciário, restando pendente de julgamento.

jurídica, mas também pelo aspecto econômico da demanda, de forma a proteger o erário, ao se evitarem gastos desnecessários com o prosseguimento de demandas sem chances de êxito.

6. Assim, é necessário aplicar novos institutos à atuação da administração pública em juízo – no caso do presente estudo, defende-se a aplicação da consensualidade – de forma que melhores resultados sejam alcançados.

2 TENDÊNCIAS DOUTRINÁRIAS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PÓS-MODERNA, ONDE SE INSERE O PODER JUDICIÁRIO

2.1 A eficiência como elo entre legalidade e juridicidade

A administração pública no pós-modernismo começa a perceber que o modelo de Estado burocratizado, calcado em procedimentos detalhadamente definidos em lei, não alcançou os fins pretendidos, quais sejam, resultados satisfatórios.

Por outro lado, a sociedade, no regime democrático, torna-se cada vez mais participativa e, portanto, exigente. Neste cenário, a legitimidade e a eficiência surgem como megaprincípios orientadores da administração ao lado do princípio da legalidade que, como já analisado no Capítulo 1, não mais atende aos anseios dos cidadãos como meio exclusivo de legitimação da atuação da administração pública.[36]

No contexto de transformação do Estado moderno, Gustavo Binenbojm identifica três paradigmas clássicos de Direito Administrativo que fizeram carreira no Brasil e se encontram enfraquecidos na atualidade: "I) o dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; II) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; III) a intangibilidade do mérito administrativo."[37]

Sérgio Guerra também ressalta, na mesma linha:

> A associação do direito administrativo à fase pós-moderna indica sua necessária adaptação às mudanças econômicas e sociais, permitindo seu perfeito acoplamento ao contexto da realidade para ser instrumento de efetividade dos direitos fundamentais. A supremacia do interesse público e, indiretamente, da Administração Pública, nessa fase, deve deixar de ser um atributo prevalente.[38]

---

[36] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 19.

[37] BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 126.

[38] GUERRA, op. cit., p. 424.

Não se pode olvidar que a sociedade pós-moderna tem em seu desafio uma gama de incertezas econômicas, sociais, ambientais, entre outras, que se refletem na construção do direito. É o que se convencionou chamar de “sociedade de risco”. Nesta, a necessidade de controle e participação ganha importância, uma vez que passam a ter a função de limitar a atuação imperativa do Estado, minimizando os riscos das decisões unilaterais, privilegiando aquelas que passam a ser resultado de um consenso.

Neste cenário, surge a cobrança da sociedade moderna pela juridicidade, ou seja, que a lei esteja em conformidade entre o agir do Estado e a vontade do povo. Em última análise, que ela seja legítima, como verdadeira caracterização do Estado Democrático de Direito. Assim, a legalidade, um dos princípios internos da juridicidade, passa a ser conjugada, na aplicação no caso, com valores constitucionais.

Como sustenta Paulo Otero:

> A juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade deste mesmo poder. Neste sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação do Direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista-legalista configurativa da legalidade administrativa, tal como resulta do entendimento doutrinal subjacente à Constituição de Bona.[39]

Há imperiosa necessidade no pós-modernismo democrático que, além da legalidade, haja o exercício legítimo do poder e seja alcançado um resultado que seja efetivamente aquele almejado pelo cidadão.

Ou seja, a legalidade encontra legitimidade nos princípios norteadores da atuação pública moderna, por exemplo, a eficiência, a economicidade, a responsividade, a participação e a consensualidade.[40]

Assim, a conduta administrativa não pode ser engessada pelo entendimento da aplicação da legalidade estrita de modo isolado pelo administrador público – no

---

[39] OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação da administração à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007, p. 15

[40] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

caso de consenso perante o Poder Judiciário, não pode depender, apenas, de regras legais autorizativas.

Novamente Sérgio Guerra conclui a respeito do tema:

> Desse modo, o Estado se vê diante do desafio de adotar práticas gerenciais modernas e eficientes, que deixem de ter o ato administrativo como a simples concretização da escolha estatal, e passe a buscar categorias, institutos e fórmulas que privilegiem a mediação de interesses conflitantes, ambivalentes, sem perder de vista que sua função é eminentemente pública.[41]

A clássica ideia da supremacia do interesse público sobre o particular não legitima a visão tradicional do princípio da legalidade como impedimento absoluto à aplicação da consensualidade na atuação administrativa. Sabino Cassese, a respeito da então supremacia do interesse público, analisa que ela deixa de ser um atributo permanente e prevalente "e se convierte en um privilegio que debe ser concedido caso por caso por la ley. Después, supremacía e unilateralidad se substituyen por consenso y bilateralidad."[42]

Até porque, vale lembrar que o princípio da legalidade, mesmo considerando a legalidade estrita, sempre foi fundamento de validade da proteção do particular contra abusos do Estado. É uma proteção do direito subjetivo individual contra atos do Estado que restrinjam esses direitos.

Gustavo Binenbojm vai além:

> Ao longo do presente ensaio, pretendeu-se demonstrar que a origem liberal e garantística do direito administrativo, forjado a partir de uma milagrosa submissão da burocracia estatal à Lei e aos direitos individuais, não passa de um mito. Passados dois séculos da sua gênese, é possível constatar que a construção teórica do direito administrativo não se deveu nem ao advento do Estado de Direito, nem à afirmação histórica do princípio de separação de poderes.
> Com efeito, havendo sido produto da elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês, as categorias básicas da disciplina não surgiram da sujeição da Administração à vontade heterônoma da Lei, mas antes de uma autovinculação do Poder executivo à sua própria vontade. Por outro lado, a adoção da jurisdição administrativa, paralela e infensa à

[41] GUERRA, op. cit., p. 22.
[42] CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica.* Tradução de Luis Ortega, Isaac Martín Delgado e Isabel Gallego Córceles. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 185

> jurisdição comum, rendeu ensejo à imunização do Poder Executivo dos controles dos demais poderes e, principalmente do controle do cidadão. O modelo administrativo francês, no qual a burocracia legisla para si e julga a si mesma, não pode ser considerado fruto, mas a própria antítese da ideia de separação de poderes.[43]

Assim, neste novo cenário a eficiência e a legitimidade passam à condição de princípios orientadores da renovação do Direito Administrativo pós-moderno.

Reitere-se pela relevância que o princípio da eficiência não visa a negar o princípio da legalidade, mas sim a demonstrar que a legalidade estrita por si só não se presta à nova lógica da administração de resultados.

O jurista português Cabral de Moncada registra a respeito:

> A reserva da lei continua, portanto, a ter uma função garantística essencial. É esse o seu sentido principal, sem esquecer que ela é também um elemento fundamental de um sistema democrático de base parlamentar. A única coisa que perdeu foi a capacidade de claramente distinguir a esfera do direito da irrelevância jurídica, melhor dizendo: se o critério subjetivista que presidia à reserva de lei tradicional era um critério seguro, relativamente rígido e pouco susceptível de variações na sua extensão, o mesmo se não passa hoje, pois que o critério que a identifica é variável e foi mesmo pensado para o ser, susceptível de um escalonamento entre um máximo e um mínimo e só assim compreensível e utilizável, pelo que não pode ter a pretensão de fornecer de uma vez por todas, sem margem para dúvidas, a lista de todo o material que carece de disciplina legislativa.[44]

No processo contemporâneo de Reforma do Estado, e consequentemente de sua máquina administrativa, a legalidade ganha um aspecto finalístico e material, relacionada aos resultados práticos obtidos, e não apenas ao aspecto meramente formal e procedimental abstrato. Ou seja: há uma valorização do elemento finalístico contido na lei e resultante de um processo legislativo democrático.

Confira-se Adilson Abreu Dallari a respeito:

---

[43] BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 165.

[44] CABRAL DE MONCADA, Luis S. *Lei e regulamento.* Coimbra: Coimbra, 2002.

> O princípio da eficiência não derroga nem supera o princípio da legalidade. Sua inserção no texto constitucional significa que não basta atuar de maneira conforme a lei. Não faz sentido emperrar a administração para dar estrito cumprimento à literalidade da lei. Agora é preciso mais: a administração deve buscar a forma mais eficiente de cumprir a lei, deve buscar, entre as soluções teoricamente possíveis, aquela que, diante das circunstâncias do caso concreto, permita atingir os resultados necessários à melhor satisfação do interesse público.[45]

Em última análise, a lei não será descumprida, mas, no processo de sua aplicação, seus objetivos maiores são protegidos em relação ao próprio teor literal, especialmente nas situações em que houver aparente conflito entre estes. A aplicação da lei somente se legitima quando os objetivos nela previstos forem alcançados na sua aplicação. Esta exigência de juridicidade na atuação administrativa é constitucional e refere-se tanto ao plano da eficácia, como, sobretudo, da efetividade – ou seja, a produção real dos resultados pretendidos pela Constituição da República.

2.2 A Consensualidade como um instrumento de eficiência e participação do cidadão

É muito importante esclarecer que a abertura à consensualidade, neste contexto de busca de juridicidade, não significa, de forma alguma, a disponibilidade do interesse público.

O que se busca a partir de então é o caminho mais eficaz para efetivamente os objetivos traçados na lei serem alcançados, sem que necessariamente este caminho decorra unicamente da aplicação fria do comando legal, puro e simples.

A Constituição da República regula o Estado Democrático de Direito, cuja missão é garantir a dignidade da pessoa humana. Neste contexto, a participação

[45] DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

popular na gestão e no controle da administração pública ganha relevo, conforme o preâmbulo e o artigo 1º da Lei Maior.[46]

É importante registrar que a crise da administração pública, calcada na legalidade, atinge não apenas o Poder Executivo, mas os demais poderes: Legislativo e Judiciário. Em razão da concentração de atividades eminentemente de administração pública no Poder Executivo, é nesse último que se verifica a maior resistência de mudança e a menor busca pela realização de uma atividade de administração pública que reflita os princípios constitucionais que devem reger a gestão pública pós-moderna.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto bem analisa a questão sobre o novo papel a ser desempenhado por cada poder da República dentro dos paradigmas da administração pública pós-moderna:

> O Legislativo perde o monopólio da legislação setorial para exercer, com maior vigor e muito maior importância, o monopólio da *política legislativa*, o que faz através de instrumentos mais recentes, como as *normas gerais* e a *deslegalização*, com os quais se pretende, antes que preservar a *mens legis*, redescobrir a *mens juris*, como expressão dos valores constitucionalmente agasalhados.
> O Executivo, embora perdendo a sua adversa herança autocrática, qual a de se valer do onímodo postulado da supremacia do interesse público e se prevalecer das infalíveis razões de Estado, sempre usadas para forcejar a dilatação de seu espaço de legalidade, ganha, por outro lado e vantajosamente, uma significativa ampliação e flexibilização de suas jurídicas alternativas de *escolha administrativa* com a redefinição de seu papel de ponderação de valores, todas as vezes que deva atuar na fixação de conceitos jurídicos indeterminados, no emprego da discricionariedade e, sobretudo, no exercício da regulática nos setores deslegalizados.
> Finalmente, ao Judiciário, superando a atribuição de *intérprete final da lei,* para voltar a ser o que jamais deveria deixar de ter sido – e como se manteve na tradição anglo-saxônica – *o intérprete final do direito*, cumpre-lhe nessa elevada função, encerrar as cadeias de interpretações atributivas de valor adotadas pelos sucessivos operadores jurídicos intervenientes, recuperando a função, que também jamais deveria ter perdido: a de guardião da justiça e dos valores jurídicos da sociedade.[47]

---

[46] "Nós, representantes do povo brasileiros, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança e o bem-estar, a segurança, o desenvolvimento e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1 – A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana [...] Parágrafo único – Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição."
[47] MOREIRA NETO, *Quatro paradigmas*.., Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 56.

Com este resgate de funções próprias dos poderes, o Estado passará a valer-se, nas decisões administrativas em geral, cada vez mais da participação e cooperação, observando-se a consensualidade.

Dinorá Grotti destaca:

> O momento consenso-negociação entre particulares e Poder Público, mesmo informal, ganha relevo no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela administração. O estabelecimento dos primeiros deixa de ser monopólio do Estado, para prolongar-se num espaço do público não-estatal, acarretando, com isso, uma proliferação dos chamados entes intermediários. Há um refluxo da imperatividade e uma ascensão da consensualidade; há uma redução da imposição unilateral e autoritária de decisões para valorizar a participação dos administrados quanto à formação da conduta administrativa. A administração passa a assumir o papel de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Disto decorre uma nova maneira de agir focada sobre o ato como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. É o que Eduardo Garcia de Enterría chama de administração concertada, aquela que reduz litígios e angaria a colaboração dos cidadãos administrados. [48]

A ideia de consensualidade traz em seu bojo a possibilidade de participação e ainda de negociação com a flexibilização da aplicação exclusiva do princípio da legalidade, para a busca do verdadeiro interesse público primário, aquele que resulta da participação e da negociação com os cidadãos.

Novamente vale-se das lições de Paulo Otero:

> Neste sentido, defende-se que o Direito não pode ser entendido fora da experiência real ou concreta, circunstância que retira valor a uma simples linguagem formal que se limita a traduzir a absolutização do *imperium* de um Estado tipificador dos sujeitos e da actividade administrativa, antes se prefere uma variabilidade que permita a adaptação do próprio Direito à realidade. Há aqui lugar a uma maior maleabilidade e flexibilidade do procedimento decisório, aumentando-se o peso do binômio participação\legitimação da decisão e prevenindo-se eventuais litígios pela prévia aceitação das decisões pelos respectivos destinatários. [...] Uma tal insuficiência da administração, aliada a preocupações de reforço de legitimação decisória numa democracia cada vez menos representativa, permite tentar edificar um modelo informal decisório baseado em três ideias: participação, negociação e consenso decisório.[49]

---

[48] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A participação popular e a consensualidade na administração pública.* Boletim de Direito Administrativo, ano XVIII, n. 2, fev. 2002, p. 89.
[49] OTERO, op. cit., p. 185.

A consensualidade pode se configurar como meio para a produção de uma conduta administrativa em que a coerção seja substituída pelo consenso; o comando pela negociação; a decisão imperativa pela persuasão; a imposição pelo acordo; a subordinação pela coordenação; e a intervenção controladora por mecanismos descentralizados de autodireção. Há uma ideia de troca de pontos de vista na elaboração comum de soluções, na busca de uma compatibilidade de interesse. A administração não mais tem exclusividade no estabelecimento do interesse público. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.[50]

O resultado deste processo dialético é o direito consensual, que, na prática, prescinde da coerção, poder típico do Estado. Isso porque as regras que derivam do consenso coletivo possuem em seu bojo legitimidade e, por conseguinte, maior aceitação social e uma autoregulação com resultado eficiente, garantindo-lhe a sua aplicação. Ocorre, assim, o aperfeiçoamento do espírito democrático desenhado na Constituição de 1988.

A participação efetiva da sociedade na definição de políticas públicas na geração da consensualidade nas escolhas manifesta-se por meio de audiências públicas; direito de impugnação ao edital; representação a tribunais de contas; e acesso ao Poder Judiciário, com instrumentos como a ação popular. Todos estes são exemplos de mecanismos para garantir a juridicidade, e não apenas a legalidade estrita da ação administrativa, assim como maior eficiência na solução dos conflitos.

A lição de Alexandre Santos de Aragão é na mesma linha:

> É neste sentido que a instrumentalização do direito administrativo econômico às finalidades constitucionais e legais se associa com sua preferencial consensualização; no sentido de que via de regra a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adotada unilateral e coercitivamente, já que tem maiores chances de ser efetivada na prática e gera menos riscos de externalidades (efeitos colaterais) negativos, com a consequência da transformação de elementos basais da arquitetura estabelecida do Direito Administrativo e a necessidade, portanto, de uma verdadeira mudança na sua construção dogmática, que deve passar a incluir os acordos com os administrados entre as fontes do direito administrativo.[51]

---

[50] Cf. GUERRA, Sergio. *Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas.* Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 222.

[51] ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Consensualidade no Direito Administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 1, p. 155-173, jan./mar. 2006.

A legitimidade da ação estatal desloca-se das decisões unilaterais e autoritárias em nome de um interesse público não apurado na sociedade, mas pelas próprias autoridades, para a busca do consenso no qual a administração efetivamente realiza sua missão constitucional de satisfazer as necessidades sociais dos cidadãos.

Especialmente na seara dos atos administrativos discricionários, encontra-se terreno fértil para a aplicação da consensualidade, já que, nesses casos, haverá efetivamente escolha de uma opção, dentre as possíveis, pela administração.

Ainda que na nova sistemática de valores do direito administrativo pós-moderno não haja mais tanta dicotomia entre as categorias de ato vinculado e ato discricionário, na verdade, o controle de resultado da administração dá-se pela análise dos diferentes graus de vinculação da conduta administrativa à juridicidade. É nos atos que o Poder Público tem de buscar a juridicidade na conduta administrativa – posto que a lei não encerra a questão –, na qual a teoria da reflexividade, em que se aliam, na busca da juridicidade, a precaução e a mediação têm franco campo de aplicação.[52]

Neste contexto, é válida a referência de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

> Daí, pois, a plena legitimidade do setor privado em participar das ações estatais, como uma necessária decorrência do direito da sociedade ao desenvolvimento, por isso posto como objetivo do Estado – impondo-se, logicamente, por isso, a busca da participação por meio da prática do consensualismo e da negociação, como método de tornar eficiente o atendimento do interesse público, tornando-se assim, tema moderno e corrente a ideia de administração por pactos.[53]

A administração passa de uma visão desagregada para uma ideia de coordenação, por intermédio das suas duas modalidades: coordenação e colaboração. A primeira dá-se entre órgãos públicos; e a segunda, entre entidades públicas e privadas.

---

[52] Sobre a questão: GUERRA, op.cit.

[53] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 1, p. 105-117, jan./mar. 2006

Sobre a questão, colhe-se novamente lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

> O princípio da consensualidade atua pela substituição, sempre que possível, da *imperatividade* pelo *consenso* nas relações Estado-sociedade e pela criação de atrativos aos entes da sociedade civil para atuarem em diversas formas de parceria com as diferentes entidades do Poder Público.
> Com efeito, a administração pública tanto pode ser exercida pela via da *subordinação* quanto da *coordenação*. A administração pública *subordinativa*, unilateral, hierarquizada e linear tem praticamente esgotadas as suas formas de atuação no campo de gestão dos interesses públicos.
> Por outro lado, a administração pública coordenativa, multilateral, equiordinada e radial, vem desdobrando manifestações criativas e se encontra em plena expansão.
> Destarte, como consectária da participação, a *consensualidade* aparece hoje tanto como uma técnica de coordenação de interesses e de ações, como uma nova forma de valorização do indivíduo, prestigiando, simultaneamente, a *autonomia da vontade*, motor da sociedade civil e do progresso, e a *parceria* entre esses dois principais atores: sociedade e Estado.[54] (grifo do autor)

Vale registrar que o avanço da consensualidade e dos consequentes mecanismos de coordenação conduz à valorização dos resultados em substituição aos procedimentos fundados exclusivamente no princípio da legalidade, que não é mais suficiente por si só para legitimar a conduta administrativa a demandar eficiência.

Paulo Otero registra:

> A consensualidade decisória, fazendo dos contratos, convênios e acordos as formas jurídicas típicas de atuação administrativa, permite vislumbrar a emergência de um conceito de "Estado cooperativo" ou a formulação de um princípio de cooperação. A edificação deste setor da legalidade administrativa resulta, por conseguinte, da introdução de mecanismos neocorporativos em procedimentos consensuais de decisão. O protagonismo conferido aos diferentes grupos de interesses, fazendo-os participantes do processo de decisão pública, e conferindo-lhe uma intervenção negocial que transforma a própria obediência às medidas do poder político num objecto da negociação, coloca o Estado e a sociedade ao mesmo nível, falando-se numa gestão mista das grandes decisões políticas e nos inerentes riscos sobre a arquitetura do próprio Estado de Direito em matéria de autoridade e de defesa da prossecução do interesse público.[55]

---

[54] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25.
[55] OTERO, op. cit., p. 141.

Já a consensualidade não se presta às atividades caracterizadas como tipicamente de império, nas quais há exercício da soberania. Contudo, a mudança de eixo – especialmente na atividade administrativa desempenhada pelo Poderes da República – reduz a unilateralidade das decisões públicas e democratiza a participação do administrado na tomada de decisões.

Ressalta-se que a administração consensual não resulta na eliminação da administração imperativa, por atos, embora restrinja a sua aplicação.

O cerne da administração passa do argumento de autoridade à lógica do consenso. Surge o conceito da administração paritária, que caracteriza uma administração fundada no consenso, em módulos negociais, que originam relações jurídicas tendentes a considerar a administração e o cidadão em situações mais próximas de equilíbrio, com tratamento mais isonômico, dentro do possível.[56]

Ademais, a consensualidade não apenas traduz a ideia de coordenação de interesses como ainda valoriza a conduta do cidadão tão desprestigiada na cultura da administração por subordinação – enfim, a ideia de valorização da autonomia da vontade como também de parceria, a fim de construir uma sociedade mais justa.

A Emenda Constitucional nº 19/98, cuja concepção técnica foi claramente dirigida à ampliação das possibilidades de imprimir maior eficiência e ética à administração pública, por conta do incremento da participação da sociedade na tomada de decisões administrativas, acrescentou o princípio da eficiência de forma expressa no elenco de princípios que regem a atividade da administração pública.

Foi o fim da discussão acadêmica sobre a existência ou não deste princípio, desde a promulgação do texto constitucional, dentre os princípios implícitos da administração.

Certamente a eficiência sempre foi um objetivo da administração. Tanto assim que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de 1996, portanto anterior à referida emenda, assim registrou na ementa:

> A administração pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (Const. Artigo 37). Outros também evidenciam-se na carta política. Dentre eles o princípio da

[56] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas.* In: SUNEFELD, Carlos Ari (Org.). Parcerias Público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2006.

> eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público.[57]

Aqui, vale-se da definição de eficiência assim entendida: “a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade.”[58]

É necessário o administrador público ser eficiente, ou seja, apresentar bons resultados observando a igualdade, impessoalidade, moralidade e a razoabilidade, com ética não apenas na escolha discricionária, mas no resultado, ao evitar desperdícios na busca da melhor utilização de recursos públicos e garantir melhor rentabilidade social, que não abrange apenas o aspecto econômico.

Um bom exemplo dessa assertiva se encontra na evolução trazida com os novos conceitos de responsabilidade e de responsividade fiscal, referidos na Lei Complementar nº 101/2000. Ao exigir certos comportamentos dos agentes públicos na linha da eficiência, na gestão dos recursos que lhes são confiados, ela vem de trazer notáveis aprimoramentos à realização do verdadeiro interesse público ao tentar definir os legítimos interesses dos cidadãos.

Odete Medauar ensina:

> Agora a eficiência é um princípio que norteia toda a atuação da Administração Pública. O vocábulo liga-se a ideia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções.[59]

Embora a análise de grau de eficácia de direitos fundamentais não seja o objeto deste trabalho, vale mencionar o estudo de Emmerson Gazda, o qual conclui que a atuação da administração pública, ao gerar recursos protelatórios nos casos em que poderia haver a solução consensual – bem como ao não aplicar a todos

---

[57] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 5.590/DF. 6ª Turma. Rel.: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. *Diário da Justiça, Seção I*, 10 jun. 1996, p. 20.395.
[58] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo.* 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 103.
[59] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 151.

determinados direitos reconhecidos de forma definitiva pelo Poder Judiciário –, viola uma série de direitos fundamentais, tais como os à dignidade e à vida.

Ensina o referido autor:[60]

> Como consequência da existência de toda essa gama de direitos fundamentais, surgem juridicamente, conforme se extraem das lições de Robert Alexy apresentadas no início do presente tópico, importantes limitações à atuação estatal em juízo, antes de mais nada no aspecto negativo, no sentido de, por exemplo, não obstaculizar a realização de acordos ou a fruição do direito já reconhecido judicialmente (no caso concreto e/ou por jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores) com medidas protelatórias ou condicionantes que não se extraem da Constituição, não realizar interpretações restritivas à conciliação que não se compatibilizem com proporcionalidade e um juízo de ponderação, como verificado no caso da regulamentação infralegal da Lei 10.259/01 quanto aos acordos no JEFs, não criar mecanismos que tornam na prática impossível ou muito complexa a realização dos acordos ou da fruição do direito reconhecido, etc.
> Além disso há limitações no sentido positivo, consagrando um dever de agir do Estado, por exemplo, com a obrigação do Legislativo de criar normas jurídicas que tornem mais ágil o reconhecimento pelo Estado Administração do que já definido pelo Estado Juiz, ampliando as possibilidades de acordo e aplicação administrativa a todos os casos idênticos do que for definitivamente julgado em última instância, a organização da burocracia do Estado visando a facilitar os acordos e evitar recursos desnecessários, etc.
> Tem-se assim que toda a ação do Estado Administração no sentido de vedar ou liminar a prática de conciliação em juízo em casos em que se mostre cabível pela análise dos fatos e precedentes judiciais acerca da matéria, mostra-se em descompasso com as diretrizes fixadas pelos direitos fundamentais previstos na Constituição federal de 1988 antes elencados, padecendo, portanto, de vício de inconstitucionalidade.

Desse modo, com a nova exigência da sociedade por uma administração pública ágil, eficiente e que permita a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões, impõe-se que seja também revista a forma de atuação da administração pública em juízo e o próprio tratamento dispensado pelo Poder Judiciário a estas demandas, de forma a adequar-se aos novos paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno.

Nesse contexto, abre-se espaço para a introdução da consensualidade como um instrumento para a solução dos conflitos com entes públicos por um método não adversarial.

---

[60] GAZDA, Emmerson. *Administração Pública em juízo*: poder-dever de transigir. *Revista da AJUFE*, ano 23, n. 83, p. 131. Niterói: Impetus, 1º trim. 2006.

2.3 Campo de aplicação da consensualidade pelo Poder Público em juízo

O Estado Democrático de Direito demanda uma posição mais dinâmica na atuação da administração pública em juízo, no qual a consensualidade esteja presente na busca pela solução de conflitos levados ao Poder Judiciário para conhecimento e julgamento.

Neste sentido, é na atuação da administração pública em juízo que se encontra um terreno fértil à aplicação da consensualidade, com significativa melhora da eficiência da administração, em resultados facilmente apurados que traduzem uma resposta mais célere, ágil e de qualidade ao cidadão jurisdicionado e a busca pela solução harmônica na composição do litígio por meio de métodos não adversariais.

A procura por mecanismos mais eficientes na solução dos conflitos entre o Poder Público e o cidadão traduz-se no incremento da negociação pacífica e eficiente, baseada nos princípios da confiança, boa-fé e da participação dos parceiros na solução de conflitos que envolvem interesses recíprocos e necessitam desenvolver-se em conjunto para alcançar melhores resultados a todos.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende a respeito:

> Essas mudanças não poderiam deixar de se refletir sobre o mais conservador dos subsistemas estatais: o exercício da *função jurisdicional*. A convocação da administração pública para cooperar para reduzir os conflitos com uma atuação vestibular de solução de controvérsias, não mais apenas no estrito controle de *legalidade*, que sempre a caracterizou, como nos controles ampliados da *legitimidade* e da *licitude*, é uma promissora providência para o desafogo das cortes judiciais e, por isso, acenando com um ganho de eficiência judicante dos juízos e tribunais.
> Existe, com efeito, um extenso número de conflitos, que, não obstante suas preponderantes *características técnicas*, se acumulam nos tribunais e que os afogam de trabalho. São processos raramente versativos sobre questões substancialmente jurídicas, de sorte que poderiam ser objeto de composição fácil, rápida, especializada por *órgãos parajuridiciais*, cujas decisões só seriam admitidas para serem revistas na justiça comum, se fossem identificadas violações de direitos e garantias individuais.
> É chegada, assim, a hora da *consensualidade* ser levada também, à *solução dos conflitos* pelas amplas vias universalmente desenvolvidas da *conciliação*, da *mediação* e da *arbitragem*, afastando de vez a confusão persistente entre *monopólio da jurisdição* de sentido coercitivo e *monopólio da justiça* em que a força do consenso das partes em conflito é que conduz à fórmula de composição.
> Ao atuar neste campo, da *solução administrativa* de conflitos, deve-se reconhecer ao Estado a necessária flexibilidade para ponderar interesses em jogo e definir, a partir de *processos administrativos*, abertos e

> transparentes, formulas que se mostram as mais eficientes sob o critério *finalístico*, ou seja, para se lograr mais completa e celeremente a composição pretendida pelo Direito, o que necessariamente conduz a uma profunda revisão do que, afinal, é ou não *indisponível* para o Estado administrador.[61] (grifo do autor)

Assim, embora a consensualidade possa ter aplicação nas diversas formas de atuação da administração pública, é como um mecanismo para a solução de conflitos – é especialmente naqueles em curso no Poder Judiciário decorrentes de teses repetitivas e de condutas que não atendem à juridicidade que ela ganha força. Vale dizer, ainda, que a consensualidade atua na busca da satisfação do interesse público primário, em detrimento do interesse da administração.

Assim, nada mais lógico do que, uma vez definida de forma definitiva e reiterada – ou seja, nas instâncias finais – pelo Poder Judiciário a correta interpretação de determinada situação em que a administração pública é um dos litigantes, a própria administração editasse normas administrativas incorporando aquele entendimento à prática administrativa dos órgãos envolvidos, em observância ao princípio da economicidade e da eficiência. Sustentar entendimentos administrativos em sentido diverso contraria toda a lógica do sistema, em que ao Poder Judiciário compete dar a palavra final sobre determinado direito.

Logo, poder-se-ia pensar que as súmulas de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal teriam essa função. Contudo, infelizmente, o Poder Judiciário edita poucas súmulas, e com pouca frequência. Além disso, as súmulas editadas têm privilegiado questões de ampla repercussão nos meios de comunicação – como ocorreu, por exemplo, no caso da regulamentação do uso de algemas no ato de aprisionamento de pessoas[62] –, desprestigiando as demandas de massa, que causam o verdadeiro estrangulamento do Poder Judiciário, como por exemplo as demandas previdenciárias.

Por sua vez, a administração pública, mesmo nestas demandas de massa, resiste, com recursos protelatórios em processos de matérias já pacificadas, em violar o interesse público primário e apenas atender ao interesse público secundário. Muito mais ético com os cidadãos litigantes seria desistir dos processos ou reconhecer a pretensão do autor em demandas com jurisprudência reiterada.

---

[61] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas*.... Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 119.
[62] Súmula vinculante nº 11, do Supremo Tribunal Federal.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca a importância da independência da advocacia pública neste papel:

> Dessarte, exemplificando: qualquer interesse da Fazenda Pública em juízo estará sempre subordinado aos princípios referidos, devendo, por isso, recusar-se, o Advogado Público, a atuar por mero interesse arrecadatório, quando despido de legitimidade; recusar-se a advogar com fins emulatórios; recusar-se a recorrer sistematicamente contra jurisprudência pacificada ou apenas com intenções protelatórias; recusar-se a obedecer a ordens hierárquicas que depassem da organização burocrática dos serviços para interferirem na condução formal e material dos processos administrativos e judiciais a seu cargo e outras desse jaez.[63]

Vale lembrar que a própria administração pública poderia editar suas súmulas administrativas, o que também não faz com a frequência necessária, por receio de impactos orçamentários.

As questões envolvendo as perdas nas poupanças, decorrentes de planos econômicos, são um claro exemplo desta visão sem legitimidade da administração pública. Bastaria uma resolução do Banco Central do Brasil para que os bancos fossem obrigados a recompor os saldos das poupanças atingidas pelos planos Bresser e Verão, conforme, aliás, pacificada jurisprudência do STJ, última instância a se pronunciar sobre a questão.

Assim não o fez a administração, e longas filas se formaram em todo o país em outubro de 2007, em decorrência da aproximação do prazo prescricional para o ajuizamento destas demandas.

Somente nas varas cíveis da Justiça Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, cerca de 8 mil novas demandas com este objeto foram ajuizadas em outubro de 2007. Ressalte-se que este universo não corresponde à distribuição dos JEFs de demandas com este objeto, embora pela competência absoluta em razão do valor da causa o foro destas demandas seja o juizado, o que demonstra o colapso do sistema.[64]

Por outro lado, mesmo quando a administração pública edita suas súmulas, elas não são observadas pelos seus órgãos. Um exemplo pode ser dado com a

---

[63] MOREIRA NETO, *Quatro paradigmas...*, p. 207.

[64] Informações apuradas junto ao setor de distribuição das varas cíveis da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, conforme sistema de acompanhamento processual Apolo.

Súmula nº 34, da Advocacia-Geral da União, que estabelece: “Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da administração pública.”[65] Este entendimento administrativo decorre de jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e ainda de enunciado do Tribunal de Contas da União. Contudo, são frequentes os mandados de segurança impetrados contra ato de autoridade federal que insiste em descontar da remuneração do servidor público verbas pagas indevidamente em decorrência de interpretação equivocada da administração. É mais uma prova de que o sistema não funciona e de que não há integração sequer entre a própria administração pública.

Outra incongruência a ser apontada decorre, por exemplo, de outra súmula editada pela AGU: “Súmula nº 6: Da decisão judicial que reconhecer ao companheiro ou a companheira de militar o direito ao recebimento da pensão por ele instituída, desde que o óbito tenha ocorrido após a Constituição Federal de 1988, não se interporá recurso.”

Na prática, o que ocorre na aplicação desta súmula é que o advogado da União contesta a demanda de forma genérica – quando verifica que há provas suficientes nos autos do companheirismo e, muitas vezes, não requer provas – e já informa ao juízo que, julgado procedente o pedido, não haverá interposição de recurso. Ora, qual o sentido de levar um processo até a fase de prolação de sentença de mérito, após enfrentada toda a fase instrutória e decisória se, desde o exame da inicial, a administração pública em juízo poderia requerer alguma diligência e de ofício reconhecer o direito em contestação, abreviando o *iter* processual, em respeito ao interesse público primário e aos princípios da economicidade e eficiência, ao saber que o pedido é procedente e que é dispensável interpor recurso? Não há qualquer resposta plausível a este questionamento.

Para não ficar injusta a crítica, há de se destacar a iniciativa da Lei Complementar nº 110/2001, que ofereceu aos trabalhadores um acordo para recebimento administrativo das diferenças de correção devidas nas contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), e das Medidas Provisórias nº 2.225/2001 e 2.131/2000, que reconhecem administrativamente o direito dos servidores públicos

[65] ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Disponível em: <www.agu.gov.br>.

ao reajuste em seus vencimentos de 28,86% e 3,17% e propõem acordos para recebimento de créditos contra o Poder Público, em face da reiterada jurisprudência contrária a administração. Veja-se, no entanto, que se entendeu pela necessidade de lei em sentido formal para possibilitar o acordo, o que parece ser desnecessário na forma defendida neste trabalho.

Nas causas já ajuizadas e com teses repetitivas, a administração pública em juízo deveria, em vez de apresentar contestação genérica, na qual o advogado público simplesmente utiliza o modelo do banco de dados do órgão – não se dedicando à causa que já sabe ser perdida –, apresentar proposta de acordo ou requerer designação de audiência para tal fim.

Embora obrigatória nos termos do artigo 331 do CPC, a audiência preliminar não é regra nos litígios com a fazenda pública, justamente pela cultura difundida da indisponibilidade do interesse público a impedir a celebração de acordos, conforme analisado no item 1.3.

Sobre o aspecto prático, a apresentação da proposta de composição em audiência, na presença da parte e de seu advogado, mostra-se mais eficaz, pois permite a negociação, e não apenas a troca de petições nos autos, sem que muitas vezes o advogado da parte privada sequer faça contato com seu cliente para saber se há efetivo interesse no acordo.

Neste caso, a cultura do litígio fica patente. Não se pode esquecer, contudo, que o advogado tem a capacidade postulatória para representar a parte em juízo, mas não pode dispor do direito material de seu cliente – não deve se manifestar sobre o interesse ou não de seu cliente no acordo sem consulta prévia a ele. E, de acordo com o artigo 2º, VI e VII, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, o advogado deve estimular a conciliação, prevenindo, sempre que possível, a instauração do litígio e da aventura jurídica.[66]

Neste novo cenário, o agente público (compreendido o advogado público) tem o dever de analisar a possibilidade de transação na demanda, motivando caso a caso, inclusive quando aparentemente não seria possível o acordo.

O cidadão tem direito à abertura das vias de solução pacífica de controvérsias para o seu caso, como garante a Constituição. Não se pode negar, por outro lado,

---

[66] "Art. 2° […] Parágrafo único: São deveres do advogado: […] VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios; VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial."

que o agente público possui maior responsabilidade funcional. Contudo, a legalidade formal e o cumprimento de procedimentos burocratizados não atendem ao interesse finalístico do Estado e devem ser repelidos.

Não se pode deixar de registrar que, em juízo, antes da decisão de mérito final, sequer pode se dizer que a administração está dispondo de algo, uma vez que a questão controvertida permanece *sub judice*. O acordo, na prática, importa dizer o direito antes da sentença final. A disposição no manejo da solução consensual é apenas sobre o fato litigioso e sobre questão patrimonial, o que pode ocorrer também na realização do interesse público. Ademais, o acordo é o meio mais eficaz de garantir o cumprimento da efetividade da lei e a observância do princípio da eficiência.

Na análise da atuação da postura da administração pública em juízo, não se pode ignorar o impacto econômico da manutenção de litígios indefinidamente pelo advogado público. Lembra-se ainda do excessivo número de recursos e prerrogativas da fazenda pública em juízo, cuja função principal é retardar o processo em detrimento do princípio constitucional do tempo razoável do processo, como visto no item 1.2.

Veja-se ainda que todos os instrumentos que o Estado possui para tentar conter o incremento da litigância – imposição de taxas prévias; desvio de certo tipo de processo, em razão de valor ou de complexidade, para instâncias não jurisdicionais; e limitação à interposição indiscriminada de recursos contra decisões judiciais –, entre outras medidas, na prática mostram-se ineficazes quando o Estado está em um dos pólos da relação jurídica.

Por sua vez, não há como se valer, ainda, de uma jurisprudência sobre a aplicação da consensualidade em litígios com a administração pública brasileira, uma vez que o estudo deste instrumento em direito público é recente, e são raros os casos submetidos ao crivo do Poder Judiciário.

O STF manifestou-se uma vez sobre a questão em importante precedente sobre a possibilidade de transação pela administração pública, cuja ementa é do seguinte teor:

> Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre

> os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela administração é a que melhor atenderá a ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória o que é vedado nesta instância recursal (súm. 279/STF)" (STF, RE 253.885-0/MG, Rel. Ministra Ellen Gracie, 1ª Turma, DJ 21/6/2002)

O voto faz referência ao acórdão recorrido, que registra:

> O acordo celebrado não é oneroso e nem gera gravame patrimonial ao Município, sendo *despicienda* autorização legislativa para tanto. Não é o caso de comprometimento de bens, afetação de verbas, criação de cargo novo ou inusitado aumento de despesas. É mero ressarcimento decorrente de sua responsabilidade administrativa. É pagamento de salário, pois, com caráter alimentar, reconhecido como indevidamente retido. [...] O acordo celebrado pelas partes, quase três anos depois do inicio da ação, nada mais fez do que antecipar a justiça. Ao reconhecer a procedência da ação, o Município-requerido apenas tentou minimizar os desastrosos efeitos ocasionados às autoras, ora apeladas, pela perseguição política impingida pela administração anterior. O acordo celebrado entre as autoras e o requerido evitou que o Município suportasse os ônus da sucumbência, o que lhe acarretaria verdadeiro prejuízo.

Assim, no caso, o Supremo reconheceu a validade de acordo firmado por município, com autores de demandas judiciais de indenização por responsabilidade civil do Estado, que já corriam no Poder Judiciário há cerca de três anos, entendendo que o acordo foi o que melhor observou o interesse público.

É importante verificar se há limites objetivos à aplicação da consensualidade pela administração pública em juízo, de forma geral e irrestrita, de modo a serem aplicados aos casos *sub judice*.

O artigo 100 da Constituição Federal estabelece como regime de pagamentos de débitos da Fazenda Pública o precatório pela ordem cronológica.[67]

Assim, neste campo, em que a demanda tem objetivo pecuniário e, por conseguinte, é submetida ao regime de precatório, a aplicação da consensualidade encontra um limite constitucional objetivo.

---

[67] "Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim."

Cumpre ressaltar que ela não resta inviabilizada. No entanto, a consensualidade terá espaço na aceleração do rito processual e, com a homologação do acordo, e terá como limite o regime precatório. Este será o título judicial apto a determinar a inscrição do crédito no regime de precatórios, observada a ordem cronológica de inscrição.

Jamais a transação pode se prestar para fraude à lei e à Constituição, de forma que não podem ser realizados pagamentos sob o pretexto da transação, que na verdade importem desrespeito ao regime constitucional de precatórios.

Veja-se decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito do tema:

> A fazenda pública não está impedida de fazer acordos. Só não pode empenhar sua solução na verba destinada, pelo orçamento, ao pagamento dos precatórios judiciários, porque isto implicaria procrastinar o pagamento de obrigações preferenciais, resultaria em ilegal interferência na posição dos exequentes que permanecem na fila, para receber seu crédito no exercício programado pela respectiva previsão orçamentária, obedecida a ordem cronológica dos precatórios.[68]

Como outro limite objetivo à aplicação da consensualidade pela administração pública em juízo, tem-se a necessidade de que a administração pública obtenha alguma vantagem com o acordo – considerando-se, entre outros aspectos, a sua situação no processo.

Não se pode esquecer que acordos pressupõem concessões e vantagens mútuas, de sorte que, conforme o princípio da eficiência, a administração somente possa celebrar acordos que também lhe tragam vantagens. As vantagens mais comuns obtidas pela administração pública com o manejo da transação são: estancamento da correção monetária; renúncia pelo particular do recebimento de juros; parcelamentos; dispensa de pagamento de custos do processo, entre outras.

Assim, em geral, como traduz Rodolfo de Camargo Mancuso, não são aceitáveis como resultado de conciliação com o Poder Público:

---

[68] TJSP seq. nº 1.718-0 e 2649-0, rel. Des. Carvalho Filho, j. 29/4/1982 e 28/9/1983.

> (i) a posição fática e/ou jurídica do ente público piore qualitativamente, sem uma contrapartida vantajosa que reequilibre os termos da equação (por exemplo, não se justificaria transação judicial em que o Município concordasse com a proposta da construtora faltosa, concedendo-lhe prazo maior para a readequação das obras às posturas edilícias, e a empresa, além disso, também pretendesse o cancelamento da multa imposta; (ii) venha o Poder Público a comprometer verba orçamentária especificamente gravada para o pagamento de precatórios que aguardam na fila da ordem cronológica; tal conduta acarretaria ao ordenador graves consequências, tanto podendo caracterizar desvio de finalidade, em tese passível de ação popular (art. 2º, "e", da Lei nº 4.717/65: o agente pratica o ato visando o fim diverso daquele previsto, explicita ou implicitamente fixado na regra de competência) como ato de improbidade (liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular – art.10, XI, da Lei nº 8.429/92).[69]

O mesmo autor destaca[70] que se deve ter cuidado na celebração de acordos com entes públicos, especialmente para não haver desvios de finalidade no manejo da verba pública.

A precaução de estabelecimento de limites à aplicação da consensualidade pela administração pública em juízo decorre da necessidade de proteger o cidadão contra a deturpação de institutos de exercício da cidadania, que buscam a satisfação do interesse público primário.

2.4 Conclusão parcial

1. O Direito Administrativo pós-moderno introduz a necessidade de juridicidade na atuação da administração pública, de forma a garantir que esta traduza a eficiência esperada pelos cidadãos, em última análise destinatários desta atuação.

2. A juridicidade está presente sempre que resultar de uma conjugação da legalidade com princípios constitucionais e ser decorrente de ponderação no caso concreto, que corresponda ao interesse público primário, como anseio da sociedade.

---

[69] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, n. 820, São Paulo, fev. 2004, p. 37.
[70] Ibid., p. 38.

3. A consensualidade, por suas características, é um instrumento de eficiência, pois garante a maior participação do cidadão no processo de tomada de decisões e negociação.

4. É no âmbito do Poder Judiciário, notadamente na jurisdição da fazenda pública, que se encontra um campo fértil de aplicação da consensualidade pela administração pública em juízo.

5. Assim, demandas de massa de cunho repetitivo, questões com jurisprudência consolidada, focos de litigiosidade decorrentes de conduta pretérita da administração lesiva ao cidadão, entre muitos outros exemplos são hipóteses em que o acordo para o Poder Público corresponde à melhor realização do interesse público, pelas vantagens decorrentes, como: estancamento da correção monetária; renúncia pelo particular do recebimento de juros; parcelamentos; dispensa de pagamento de custos do processo, entre outras.

6. Contudo, há de se registrar também que a consensualidade em juízo não permite a celebração e acordos que violem a regra constitucional de pagamento de dívidas públicas por meio de precatórios, bem como não representem no caso concreto vantagem para a administração, por exemplo, vencedora da demanda e, portanto, sem interesse para a composição, já que o acordo não pode representar um agravamento de sua posição jurídica.

3 DIFICULDADES ENFRENTADAS NA PRÁTICA PARA APLICAÇÃO DA CONSENSUALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

3.1 Ineficiência e burocracia formalista

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

Por outro lado, a própria sociedade – razão primeira de existência da administração pública e destinatária do serviço por ela prestado –, afundada em procedimentos estatais burocratizados, torna-se cada vez mais insatisfeita com a máquina pública, embora pareça conformada com isso.

Pode-se afirmar que a letargia da sociedade ainda impera, de forma que são comumente aceitas as falhas e o descaso da administração. Pior: são toleradas as ineficiências do setor público incorporadas na cultura brasileira até mesmo sob a forma de anedotas.

Adilson Abreu Dallari destaca a respeito:

> Na prática, em muitos casos, passou-se a dar importância predominante à mera regularidade formal, em detrimento das finalidades almejadas pela disciplina da atuação administrativa. A desmedida busca de segurança jurídica nas ações administrativas acabou convertendo a administração pública, no dizer de Roberto Dromi, em uma "máquina de impedir", "solo fiel a lo que hemos bautizado como "el código del fracaso" que dice: "articulo 1º: no se puede; articulo 2º: en caso de duda, abstenerse; articulo 3º: si es urgente, esperar; articulo 4º: siempre es más prudente no hacer nada. (*Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 6ª edición, 1997).[71]

Também Carlos Ari Sundfeld destaca a respeito:

[71] DALLARI, op. cit., p. 215.

> Os problemas do DAC (direito administrativo dos clips) em matéria de licenciamento têm a ver com seu fato gerador: a substituição da deliberação privada pela estatal, pelo temor de mau uso da liberdade. Ocorre que os agentes e órgãos públicos competentes, além de se arriscarem a punições se decidirem contra as normas (cujo conteúdo é sempre incerto...), nada ganham pela decisão eficiente, e acabam desenvolvendo práticas administrativas de autoproteção que formam o núcleo do DAC.
> Exemplos delas: decidir rapidamente não é importante, ao contrário, pois demora é prudência; pouco importa o custo do processo para o Estado, muito menos para o particular; entre deferir ou indeferir, melhor é não decidir; na dúvida, o pedido deve ser negado; devem se manifestar formalmente nos autos o máximo de agentes e órgãos estatais; ao tomar decisões, não cabe ao agente verificar se a finalidade legal está sendo realizada da melhor forma, mas sim se os requisitos objetivos foram atendidos; as normas devem sempre ser interpretadas contra a liberdade; o agente público não pode diminuir os custos do sujeito privado, ao contrário, deve obrigá-lo a gastar para o bem público; requerente tem o ônus de prova absoluta de que não vai pecar; nenhum risco é aceitável. Essas convenções nem constam de manuais, nem têm defensores teóricos explícitos, mas são adotadas no cotidiano administrativo e conseguem apoio judicial, pela óbvia razão de que os juízes também são agentes públicos e, como os administrativos, carecem de incentivo para agir de outra forma. Há um discurso jurídico elegante para sua justificação no campo da regulação, como o princípio da *supremacia do interesse público* e o da *precaução*. (grifo do autor)[72].

Quando a sociedade é maltratada pela administração pública de forma omissiva ou comissiva e não encontra uma acolhida no sistema jurídico de normas, ou mesmo na resposta do Poder Judiciário, socorre-se de pressões políticas, a favorecer a corrupção, tráfico de influência, o que leva a um questionamento da própria utilidade do Estado.

Odete Medauar reforça a análise:

> Algumas ideias de fundo devem nortear a reforma administrativa: Administração eficiente, ágil, rápida, para atender adequadamente às necessidades da população, o que facilitará o combate à corrupção; economicidade e Administração de resultados; predomínio da publicidade sobre o segredo.[73]

Comunga da mesma opinião a pesquisadora lusitana Arménia Coimbra:

---

[72] SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 92.
[73] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8. ed., 2004. p. 31.

> Quando o sistema de justiça funciona mal, a corrupção, o abuso de autoridade, a falta de respeito pelas normas legais, a utilização de meios de ação direta para resolver problemas, na cultura de aceitação da impunidade são inevitáveis. Um país com melhor justiça será não só um país mais justo, mas também mais livre, mais forte, menos arcaico, economicamente mais desenvolvido. E, para tanto, não basta melhorar as leis, simplificar os códigos adjetivos, será preciso desenvolver uma nova cultura judiciária.[74]

Vale dizer que a positivação do princípio da eficiência pretende garantir ao cidadão justamente que o Poder Judiciário terá meios de avaliar a eficiência da administração e não apenas se ela agiu de acordo com a lei ou dentro de seu juízo de discricionariedade.

A administração pública deve passar a perceber que o cidadão não é mais súdito ou administrado, mas cidadão e participante da formação da vontade coletiva, titular de direitos e, desse modo, apto a exigir melhores resultados de uma boa administração, como corolário da eficiência.

3.2 Herança cultural e exercício de poder

Outra dificuldade para a implantação dos novos paradigmas da administração pública pós-moderna – notadamente da consensualidade na relação jurídica da administração pública com o particular submetida à apreciação do Poder Judiciário – é a resistência natural à mudança, decorrente de uma herança cultural.

Talvez seja ainda um reflexo da forte influência da colonização, quando o público do Estado se sobrepunha ao particular, conjugado com resquícios de um regime totalitário que imperou por mais de 20 anos no país: nos últimos 80 anos, somente quatro presidentes eleitos terminaram seu mandato.

Ademais, não se pode negar que a colonização ibérica trouxe consigo um forte componente de burocracia aliado a um modelo de Estado centralizado e onipotente desprovido de qualquer espírito ou iniciativa de sociedade organizada.[75]

---

[74] Apud DIAS, op. cit., p. 62.

[75] Sobre este assunto, v. BUENO, Eduardo. *A coroa, a cruz e a espada*: lei, ordem e corrupção no Brasil Colônia. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006; e HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. 26 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006

O paradoxo vem justamente daí. O suposto interesse público se sobrepõe ao interesse particular, em nome de um "interesse coletivo". Contudo, o curioso é que este "interesse coletivo" nunca foi o efetivo resultado de uma consulta a maioria dos particulares. Ao contrário, ele foi eleito pelo próprio Poder Público que sempre se julgou capaz de saber o que são estes "interesses da coletividade", em uma absoluta falta de legitimação.

Veja-se destaque de Diogo de Figueiredo Moreira Neto a respeito:

> Todas estas tendências atuam no sentido de despojar-se a administração pública de certas características burocráticas pesadas, assumidas nos países de tradição jurídica continental europeia, na linha do direito administrativo gerado pela revolução Francesa, e, de certa forma, entre nós, agravadas e desvirtuadas pela herança ibérica colonial de cunho paternalista, patrimonialista e centralizador. [76]

E, ainda, Alexandre Santos de Aragão:[77]

> A administração de resultado parece, portanto, carregar consigo um dilema de difícil superação, sobretudo durante a passagem de um modelo de administração autoritária, unilateral, unitária, coercitiva e jurídico formal, para uma administração caracterizada pelo pluralismo, pela negociação, pelo caráter residual e subsidiário do emprego da autoridade etc. Este dilema é constituído por dois termos: redimensionamento da lei e sua relevância no limite dos resultados alcançados, ou atenção à lei em todos os seus componentes e relevância dos resultados apenas no limite da observância da lei. No primeiro caso teríamos a instrumentalização (ou mesmo sacrifício) da Lei em relação ao resultado, e no segundo do resultado com relação à lei.

Não se pode negar, contudo, que nem mesmo na esfera privada os meios alternativos de solução de controvérsia se desenvolveram como esperado.

Emmerson Gazda[78] bem analisa a questão:

---

[76] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas*... Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 119.
[77] ARAGÃO, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos. *Revista dos Tribunais*, ano 95, v. 843, São Paulo, 2006. p. 38-57.
[78] GAZDA, op. cit., p. 131.

> Aliás, a transação em si é instituto que mesmo na esfera privada não tem sido desenvolvida na extensão em que poderia, não só como forma de resolução judicial de casos concretos, mas principalmente como mecanismo de pacificação social.
> Talvez isto se deva em grande parte à acentuação do caráter litigioso do direito na formação do profissional da área jurídica, que desde os bancos da faculdade aprende ao lado do direito material as regras processuais e as respectivas ações para a garantia do direito em juízo.
> Não se ensina, contudo, de uma maneira geral, técnicas e mecanismos que possam permitir uma solução negociada, uma resolução *ab initio* do conflito instaurado pela simples constatação de que a divergência não é tão grande quanto aparenta ser e que pode, pela via de concessões mútuas, levar a um resultado muito mais satisfatório para todos os envolvidos.

De fato, aqui surge um outro aspecto cultural que não pode deixar de ser abordado como uma dificuldade concreta de aplicação e consolidação da consensualidade, em geral: a formação acadêmica clássica do operador do Direito não contempla a solução do conflito por meio consensual.

A questão também é destacada por Roberto Ferrari de Ulhôa Cintra:

> Para começar pelo próprio direito, as aulas que hoje se ministram aos jovens alunos circunscrevem-se ao processo, ao processo civil, ao processo penal, ao processo trabalhista, que nada mais são do que "uma guerra por etapas entre autor e réu" no curso da demanda. Como dissemos, não se prepara o jovem acadêmico, mesmo nas faculdades de direito, para a utilização "das formas alternativas de soluções de controvérsias", através das quais as partes discordantes resolvem seus conflitos muito antes de se iniciar um processo judicial, utilizando os procedimentos da pacificação, da moderação, da mediação da arbitragem e da conciliação.[79]

Destaca-se que alguns centros de estudos jurídicos já refletem sobre o jurista que se necessita e se pretende formar nesse contexto de administração pública pós-moderna.[80]

Nos currículos de diversos cursos de Direito nacionais e estrangeiros (como, por exemplo, a Universidade Católica de Portugal)[81], já estão inseridas disciplinas mistas de direito e gestão, direito e economia, de forma a ampliar o horizonte do

---

[79] CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. *A Pirâmide da Solução dos Conflitos*: uma contribuição da sociedade civil para a reforma do Judiciário. Tese de doutorado, sob a orientação do Professor Doutor Enrique Ricardo Lewandowski. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2005, p. 58.
[80] Como é o caso do mestrado profissional em Poder Judiciário da Fundação Getúlio Vargas (FGV – Direito Rio).
[81] DIAS, op. cit., p. 37.

estudante e incentivá-lo a buscar novas soluções para velhos problemas de administração da justiça.

Contudo, esta postura ainda é excepcional: a regra das escolas nacionais de formação do profissional do Direito é a ênfase na questão legalista, ainda extremamente vinculada ao positivismo clássico e à administração pública calcada exclusivamente na legalidade ("a administração somente pode agir na existência de lei e nos seus exatos limites.").

Na rotina do Poder Judiciário e da administração pública, chega a parecer incongruente a postura dos que defendem a consensualidade e o foco em resultados, realidade ainda tão distante da prática destes órgãos.

A despeito de toda a evolução do Direito Administrativo, no último mutirão de audiências de conciliação realizado em dezembro de 2008 pela Justiça Federal em todo o estado do Rio de Janeiro, a Procuradoria da Fazenda Nacional, por meio do Ofício nº 1.042\PSFN\CMP-RJ, manifestou-se formalmente pela impossibilidade de apresentar propostas conciliatórias nos feitos de atuação da União-Fazenda Nacional, tendo em vista se tratarem de verba pública indisponível.

Nas petições-padrão acostadas em centenas de processos – como o Processo nº 2007.51.66.001032-3 –, a União registra:

> Vem requerer o cancelamento das audiências de conciliação designadas tendo em vista que pelo princípio da indisponibilidade do interesse público e pela falta de autorização legal para a transação do direito pleiteado, não há razão para a designação de audiência. Conforme orientação da Chefia os procuradores não contem autorização para referido ato.

Neste contexto, outra característica da sociedade moderna incompatível com a prática do consenso – não apenas nas relações com a administração pública em juízo, mas, sobretudo, nas relações sociais – é o individualismo exacerbado. Tão nocivo ao desenvolvimento das relações humanas, esse individualismo traz em seu bojo o desinteresse da sociedade pelo acordo.

Entretanto, essas resistências podem ser combatidas pela informação. O Poder Judiciário tem a função de divulgar dados sobre iniciativas pioneiras, de modo a mostrar que há caminhos menos custosos, não apenas do ponto de vista econômico, mas, sobretudo, do ponto de vista social, para a solução dos conflitos.

Atualmente, os litigantes não têm ciência de suas responsabilidades na condução do litígio e no trato da relação jurídica ante o conflito instaurado, sendo informação e transparência dever de todos, em especial do Poder Judiciário. O Capítulo 5 visa justamente a catalogar iniciativas pioneiras que estão sendo implantadas no país para mudar a cultura da sociedade e apresentar outros meios de soluções de conflitos.

Finalmente, não se pode negar que há certo receio de perda de poder e autoridade pelas instituições tradicionais de distribuição de justiça. Contudo, com a disseminação dos resultados das iniciativas, verifica-se que o Poder Judiciário, na verdade, fica preservado e pode efetivamente se dedicar a conflitos de natureza complexa, não repetitivos, com melhor qualidade, celeridade e eficiência. Não há qualquer diminuição de sua força como poder autônomo da República.

3.3 Conservadorismo dogmático

Não se pode deixar de abordar a questão da cultura positivista, ainda persistente na interpretação do Direito Administrativo. O princípio da legalidade, a exigir uma subsunção dos fatos à hipótese legal de forma exageradamente formalista, por si só rejeita *a priori* a necessidade de uma visão prospectiva na interpretação do Direito Administrativo, em consonância com os anseios sociais.

A questão é bem criticada por Luís Roberto Barroso:

> Atente-se para a lição mais relevante: as normas legais têm que ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não lhes aplicando automática e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior. Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.[82]

Sérgio Guerra também leciona a respeito:

---

[82] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed., revista e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 70.

> O direito administrativo brasileiro, diante de uma doutrina mais clássica – e até mesmo diante dos Tribunais – ainda registra as seguintes características: a prevalência da supremacia da administração pública nas relações com os cidadãos; a prevalência do interesse público sobre o interesse privado; uma forte hierarquia na burocracia estatal; a submissão quase que absoluta ao princípio da legalidade; e espaços para a atuação executiva discricionária. Com a difusão de ideias democráticas e globalizantes, chega-se à conclusão de que o direito administrativo não pode mais comportar-se como nos termos da ilustração francesa.[83]

Vale destacar como exemplo a audiência preliminar obrigatória introduzida no artigo 331 do CPC pela Lei nº 8.952/94. Na prática, a obrigatoriedade tornou-se dispensável contra a administração pública sob a alegação genérica, sem uma prévia análise de ponderação, de que os direitos ali em juízo não admitem transação, de forma que excluída, pelo próprio texto legal, a obrigatoriedade da audiência, como analisado no item 1.3.

Contudo, não devem ser tiradas conclusões precipitadas, pois indisponibilidade não se confunde com negociabilidade.

Veja-se Rodolfo de Camargo Mancuso a respeito:

> Considere-se o exemplo dos valores tuteláveis via ação civil pública (meio ambiente, patrimônio público, erário, ordem urbanística, etc.): eles são claramente indisponíveis, mas isso sob aspecto material, isto é, pressupondo-se que fique preservada a essência do interesse em lide (por exemplo, na ação ambiental, o acordo com a madeireira não pode conter cláusula que lhe permita continuar a devastar a floresta). No entanto, dita indisponibilidade não alcança os poderes processuais das partes, e, por isso, no exemplo dado, é possível uma transação pela qual se suspende o processo, concedendo-se prazo razoável para que a madeireira se retire da área preservada aos povos indígenas, proceda ao replantio de espécies nativas e passe a utilizar seu maquinário somente em área de manejo florestal sustentável.[84]

Outro argumento comumente lançado como impeditivo à celebração de acordos pela administração pública refere-se ao denominado “princípio da supremacia do interesse público”.

---

[83] GUERRA, op. cit., p. 130.

[84] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, n. 820, São Paulo, fev. 2004.

Desde logo, é importante ter como premissa que a ideia da supremacia do interesse público, como princípio, não encontra respaldo direto no texto constitucional, de forma que sua construção é doutrinária.

Embora seja inequívoco que a doutrina e a jurisprudência brasileira defendam a existência de um princípio de supremacia de interesse público sobre o interesse privado, implícito no texto constitucional[85] com a evolução da administração pública pós-moderna e a maior interação dessa última no processo de tomada de decisões com o cidadão, vozes abalizadas da doutrina começam a contestar a existência deste princípio.[86]

Humberto Ávila rejeita a existência da supremacia do interesse público como um princípio, pela ausência de respaldo normativo. Ou seja, o referido "princípio" não decorre da análise sistemática do ordenamento jurídico vigente. Além disso, não admite dissociação do interesse privado, não havendo o suposto conflito a ensejar a necessidade de ponderação, posto que não é absoluto. Conclui o autor que a noção de uma supremacia de interesse público presumida, em face de interesses individuais, é incompatível com os postulados normativos erigidos pela Constituição de 1988.[87]

A Lei Maior, ao contrário, garante ampla proteção aos interesses individuais, orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o que se torna incompatível com uma noção de preferência ao interesse público em colisão com qualquer interesse privado, sem prévia ponderação. Pensar ao contrário importa negar o princípio da unidade que protege a Constituição.

Gustavo Binenbojm registra:

> Uma das categorias forjadas desde essa origem autoritária foi o chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

---

[85] Cf., Celso Antônio Bandeira de Mello: "Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados." (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60 et seq.). Também Odete Medauar: "Princípio da preponderância do interesse público sobre o interesse particular – Na verdade apresenta-se como princípio do direito público em geral." (*Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: RT, 2004. p. 151). Esta autora já relativiza o princípio ao abordar a necessidade de ponderação entre os interesses existentes em determinado caso, de forma a minimizarem-se os sacrifícios.

[86] V. ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O Direito Público em Tempos de Crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127. Registre-se também SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 477.

[87] ÁVILA, op. cit.

> Embora decantado pela literatura brasileira como fundamento e princípio normativo do direito administrativo, são patentes sua inconsistência teórica e sua incompatibilidade visceral com a sistemática constitucional dos direitos fundamentais. Com efeito, uma norma que, preconiza a supremacia, *a priori,* de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificada como princípio. [...] Por outra via, a norma de supremacia pressupõe uma necessária dissociação entre o interesse público e os interesses privados. Ocorre que, muitas vezes, a promoção do interesse público – entendido como conjunto de metas gerais da coletividade juridicamente consagradas consiste justamente na preservação de um direito individual, na maior medida possível. [...] O melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento desse raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade. Veja-se que não se nega, de forma alguma, o conceito de interesse público, mas tão-somente a existência de um princípio da supremacia do interesse público.[88]

A ideia de um princípio de supremacia do interesse público sobre o interesse particular tem bases organicistas e utilitaristas, opõe-se ao individualismo.

No primeiro, o movimento organicista, uma vez assegurado o bem comum, o indivíduo já se beneficia de modo automático. O Estado é priorizado em detrimento do indivíduo, partindo-se da premissa de que a realização dos fins coletivos, sob a responsabilidade do organismo superior do Estado, é o objetivo de cada componente da comunidade. O organicismo foi defendido por Aristóteles e, na era contemporânea, por Hegel. Já no movimento utilitarista, a ideia é de que a melhor solução para uma questão é a que beneficia o maior número de indivíduos, mesmo em detrimento de um menor número de indivíduos. O utilitarismo ganhou força e foi defendido por Jeremy Bentham, Adam Smith e Stuart Mill, entre outros. Para estes, justifica-se o sacrifício dos interesses individuais sempre que houver compensação com ganho para a maior quantidade de indivíduos isoladamente considerados.[89]

Nestas duas perspectivas, o interesse público prevalece em detrimento do interesse particular. Contudo, na Constituição brasileira nenhuma destas visões se legitima e encontra abrigo.

O sistema de proteção constitucional relaciona-se aos direitos fundamentais individuais, e não à maximização de interesse da maioria. Ele busca a consolidação dos direitos humanos, de modo que todos sejam tratados de forma igualitária.

---

[88] BINENBOJM, op. cit., p. 309.

[89] Daniel Sarmento analisa a questão em *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público* (2007, p. 61).

Daí rejeita-se um modelo onde haveria um princípio de supremacia de interesse público sobre o interesse privado. Obviamente não se pode olvidar que a idéia de interesse público existe e deve ser um postulado ético-político para o administrador público, para evitar a violação da impessoalidade e moralidade, por exemplo, e para garantir a realização do interesse público primário de realização de justiça e bem-estar social.

Ademais, todas as modalidades de composição do litígio pelo consenso envolvendo a administração pública não propõem, por óbvio, a negociabilidade do interesse público, mas as formas de melhor alcançá-lo, observando-se o princípio da eficiência.

Muitas vezes, o melhor interesse público somente é alcançado, no caso concreto: com a preponderância de um direito individual, confrontado a um suposto direito coletivo ou, ainda, com uma decisão contrária ao interesse da administração (interesse público secundário).

Conclui-se que a indisponibilidade do interesse público primário não se confunde com a disponibilidade de recursos públicos, uma vez que interesses meramente patrimoniais não representam o interesse público primário.

O interesse da coletividade é a redução da litigiosidade e do gasto público com a manutenção indefinida e litígios, apresentando-se a consensualidade uma solução de controvérsias que atende aos anseios expostos.

3.3.1 A indisponibilidade do interesse público e a legalidade

Sempre houve no Direito Administrativo pátrio a equivocada vinculação do até então clássico princípio da indisponibilidade do interesse público com o princípio da legalidade, de forma que o interesse público estaria previsto sempre em lei, e, na sua omissão, a administração pública não poderia agir por falta de legitimidade.

Esta ideia leva, necessariamente, a um engessamento da atuação administrativa, ao impedir que ela alcance as finalidades públicas e corresponda aos anseios dos cidadãos.

Isso porque, conforme já analisado no Capítulo 1, o Poder Legislativo, mesmo se fosse altamente produtivo, não conseguiria dar as respostas prévias necessárias a conferir agilidade à administração.

Ademais, posiciona-se Marçal Justen Filho sobre a matéria:

> [...] um interesse deixa de ser privado quando sua satisfação não possa ser objeto de alguma transigência. Recolocando o problema em outros termos, um interesse é público por ser indisponível e não o inverso. Por isso, é incorreto afirmar que algum interesse, por ser público, é indisponível. Esse modo de enfrentar o problema é incorreto, já que o interesse somente é qualificado como público por ser indisponível. Portanto, a indisponibilidade não é consequência da natureza pública do interesse – é justamente o contrário. O interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado. Como visto, existem interesses coletivos múltiplos, distintos, contrapostos – todos eles merecendo tutela por parte do direito. Bem por isso, o critério da "supremacia do interesse público" apresenta utilidade reduzida, uma vez que não há um interesse único a ser reputado como supremo.[90]

Assim, no Direito Administrativo pós-moderno a indisponibilidade do interesse público deve ser um norteador da atividade do administrador, sem, no entanto, ser compreendida como um sinônimo do princípio da legalidade, mas focada na eficiência, economicidade – enfim, nos resultados.

Passa a ser então inadmissível que o administrador público omita-se ao alegar ausência de autorização legal àquela conduta, causando prejuízos ao erário em violação da busca por resultados eficazes.

---

[90] JUSTEN FILHO, op.cit., p. 43.44.

Pode-se concluir que a conduta da administração pública em juízo que insiste em apresentar contestações genéricas e recursos afronta os princípios da economicidade e da eficiência.

É evidente que o administrador não pode adotar condutas incompatíveis ou contrárias ao interesse público. Não se nega a existência de um interesse público. No entanto, mesmo quando o interesse público legitima a atuação estatal em determinado sentido restritivo, terá havido previamente uma ponderação entre os interesses privados em jogo e a extensão mínima necessária de sua restrição.

Ou seja, antes desta ponderação, até então não haveria como simplesmente afirmar que prevaleceria uma supremacia de interesses públicos sobre o particular como uma presunção jurídica de melhor observar o interesse coletivo.

Para verificar se o melhor interesse público foi alcançado, surgem os métodos de medição de qualidade e eficiência. Devem ser definidas metas de desempenho, por meio do uso de técnicas de indicadores qualitativos ou quantitativos que demonstrem que a administração pública na sua atuação, inclusive em juízo, por intermédio de seus advogados públicos está alcançando o interesse público primário.

3.3.2 Diferentes graus de disponibilidade do interesse público: o interesse público primário e o interesse da administração

Neste ponto, é importante distinguir o interesse público primário do interesse público secundário, também chamado de “interesse da administração”, importantes para a correta compreensão das questões aqui analisadas.

A noção de interesse público mencionada utiliza a distinção entre interesse público primário e secundário (também chamado de “fazendário” ou “da administração”), em que o primeiro é a razão de ser do Estado e os fins que ele persegue, e o segundo decorre dos interesses da pessoa jurídica de direito público e pode ser genericamente classificado como o interesse do erário de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.[91]

[91] BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 64.

O que se espera é que estes dois níveis de interesse público coincidam, já que a administração pública tem o poder-dever de realizar boa gestão da coisa pública em confluência com os fins perseguidos pelo Estado.

Gustavo Binenbojm defende:

> O que se verifica é que a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público. [...] Em vez de uma regra de prevalência, impõe-se ao intérprete/aplicador do direito um percurso ponderativo que, considerando a pluralidade de interesses jurídicos em jogo, proporcione solução capaz de realizá-los ao máximo. E é essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa.[92]

Diogo de Figueiredo Moreira Neto segue na mesma linha:

> No Curso de Direito Administrativo tem-se repetidamente sustentado a obsolescência do então chamado princípio da supremacia do interesse público, que formulado com tal abstração e abrangência, como interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos das pessoas, servia como instrumento de opressão e, de arbítrio da autoridade. Com o advento das constituições instituidoras do Estado Democrático, os valores da pessoa humana foram reentronizados como os que realmente são supremos.[93]

Considerando a complexidade e a gama de direitos públicos primários ou secundários, não se pode negar que há diferentes graus de disponibilidade destes direitos, sobretudo ao se considerar que a expressão “direitos indisponíveis”, usualmente posta como tabu impeditivo ao acordo, inclui-se na natureza dos conceitos vagos ou indeterminados, de difícil fixação de sua densidade e com aspecto variável de acordo com os direitos conflitantes no caso concreto.

Veja-se, por exemplo, a questão dos alimentos. São irrenunciáveis. Entretanto, é comum nas varas de família a homologação de acordos sobre os

---

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

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

valores dos alimentos, entre outros aspectos periféricos, a demonstrar que indisponibilidade não guarda relação direta com negociabilidade.

O mesmo pode se dizer dos valores normalmente protegidos em ações civis públicas, como meio ambiente e patrimônio histórico, indisponíveis e comumente objeto de negociação nos termos de ajustamento de conduta firmados com o Ministério Público Federal. A própria Constituição garante ao Ministério Público a legitimidade para proteger direitos sociais ou individuais indisponíveis, conforme o artigo 127.[94]

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

Certamente a proteção do meio ambiente é indisponível, fato inquestionável. Contudo, a conduta da parte lesiva pode ser ajustada em acordo de modo a evitar a propagação do dano ambiental, por exemplo.

Não há razão técnica para que se alce o interesse fazendário a um patamar de absoluta indisponibilidade (nesse sentido, inegociável ou insuscetível de transação), posto que ele não necessariamente corresponde ao melhor interesse público. Não se pode ceder ao comodismo de se tratar a questão como um dogma, um mantra, que de tanto ser repetido acaba sendo tido como verdade, o que não condiz com o direito.

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

A conduta administrativa vem buscando respaldo da sociedade por meio de mecanismos de participação, o que de certa forma passa a ser incompatível com a ideia de absoluta indisponibilidade do direito público.

Embora a arbitragem e seu objeto não sejam focos deste trabalho, estudos apontam o princípio da legalidade e da indisponibilidade do direito público como um

---

[94] "Art. 127 – O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis."

suposto impedimento a qualquer solução de controvérsia, quer seja pela via consensual quer seja pela arbitragem.

Ana Perestrelo de Oliveira, em obra sobre a arbitragem de litígios com entes públicos, registra a questão:

> O modo como se coloca hoje o problema que estudamos é fruto – legítimo parece afirmá-lo – do cruzamento de duas linhas evolutivas principais: de um lado, no plano estrito do Direito da arbitragem, é conhecido o fenômeno, a que vimos aludindo, de liberalização da arbitragem, com a afirmação de um regra tendencial de *favor arbitrandum,* que se traduz, antes de mais, na compressão dos campos de inarbitrabilidade, com naturais reflexos no próprio direito público em geral, e administrativo em particular; de outro lado, no plano do direito administrativo em si, reconhece-se unanimemente o papel determinante que, naquela evolução, coube à transição de uma administração pública liberal, autoritária, elegendo o ato administrativo como a forma principal de sua atuação face aos particulares, vendo os respectivos litígios subtraídos aos tribunais comuns e apreciados por órgãos da própria administração para uma administração que se coloca com maior intensidade ao lado dos particulares seja quando atua unilateralmente chamando os particulares a participar no procedimento administrativo, seja quando recorre e desenvolve novos contratos de direito administrativo."
> .....
> Quando o ordenamento jurídico confere à administração pública um campo alargado de recurso à via contratual ou pactuada de atuação, está, inerentemente, a reconhecer-lhe uma margem de disponibilidade alargada sobre as situações jurídicas subjacentes. Ou seja, em áreas tradicionalmente associadas ao exercício de prerrogativas unilaterais, vistas como de total vinculação ou indisponibilidade, a administração pública passa a contar com uma intensificada margem de livre atuação, ainda que naturalmente balizada pelos princípios orientadores da atividades administrativa geral. Na realidade, nos casos em que o contrato administrativo é usado como alternativa ao ato administrativo, a administração faz uma opção entre duas formas de atuação específicas do direito administrativo, arredando a regulação unilateral em favor de uma regulação consensual ou negociada, assim procedendo à chamada negociação do Poder Público, pois que a administração usa o contrato negocia, ao invés de, como a lei lhe permite, atuar por via unilateral.[95]

Eros Roberto Grau, também ao analisar a questão da arbitragem, e a disponibilidade de direitos afirma:

> Lembro, inicialmente, que indisponível é o interesse público primário, não o interesse da administração. Ensina Renato Alessi (in *Principi di diritto amministrativo I*, quarta edizione, Milano, Giufrrè, 1978) que os interesses públicos coletivos, cuja satisfação deve ser perseguida pela administração,

[95] OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de Litígios com entes públicos.* Coimbra: Almedina, 2007. p.46-47; 67.

> não são, simplesmente o interesse da administração enquanto aparato organizacional autônomo, porém, aquele que é chamado interesse coletivo primário. Este é resultante do complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade, ao passo que o interesse do aparato organizacional que é a administração, se pode ser concebido um interesse desse aparato unitariamente considerado, será simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir no seio da coletividade e que podem ser realizados somente na medida em que coincidam, e nos limites dessa coincidência, com o interesse coletivo primário. [...] Bem a propósito, as observações de Alessi e de Celso Antônio Bandeira de Mello acima reproduzidas, permitem-nos salientar a circunstância de *v.g.* realizar-se o interesse público na omissão, pela administração, do uso de recursos judiciais meramente protelatórios, que se prestam unicamente a retardar, em benefício exclusivo do interesse da administração, secundário, o cumprimento de suas obrigações.[96]

Assim, embora o interesse público primário seja indisponível, de modo que o regime de direito público seja indispensável, os interesses públicos secundários, ou da administração, cuja natureza é instrumental aos primeiros têm efeitos meramente patrimoniais – portanto, são disponíveis.

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se a respeito do tema, conforme trecho de acórdão e voto proferidos no julgamento do AgRg no Mandado de Segurança nº 11.308-DF (rel.: ministro Luiz Fux, DJ de 14/8/2006):

> A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jusfilosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, congnominado "interesse público secundário". Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. 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 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 de dano alheio. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público e não o interesse da administração. Nesta esteira, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela administração para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõem de determinados direitos patrimoniais pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

---

[96] GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público* n. 32, p. 14, São Paulo:2000.

Heleno Taveira Torres, em análise sob o foco da relação jurídica tributária, também conclui:

> No Brasil, onde a Constituição Federal discrimina competências prévias, prescrevendo os tributos que cada pessoa pode criar, isso permitiria vislumbrar uma indisponibilidade absoluta da competência tributária, mas não do crédito tributário. [...] Eis o que merece grande acuidade, para alcançar respostas adequadas aos temas de conciliação, transação, arbitragem e outros pactos na relação tributária, tornando como premissa a inexistência, no direito, de um tal princípio universal de "indisponibilidade do tributo". [97]

Torres lembra ainda que o Código Tributário Nacional contempla no artigo 156, III, a transação como meio de extinção do crédito tributário, sem qualquer restrição.

Da mesma forma, veja-se que a ideia de soberania estatal como fundamento à indisponibilidade do direito público também não se sustenta. O exercício do Poder Público hoje não mais representa um isolamento em relação ao particular: ao contrário, uma relação de coordenação na qual a consensualidade ganha espaço de destaque.

A mudança de paradigmas no Direito Administrativo pós-moderno ganha força e o cidadão passa a exigir que as condutas administrativas – enfim, a gestão pública – tenham resultados eficientes e legítimos. Esta gestão somente será satisfatória se refletir os anseios da sociedade destinatária dos serviços públicos, entre os quais se insere a prestação jurisdicional e a advocacia pública.

A eficiência ganha um contorno socioeconômico: não basta ser o menos custoso se não atender às expectativas dos destinatários da atividade pública, dentro de uma visão de uma sociedade livre, justa e solidária, uma das finalidades da República Federativa do Brasil, conforme artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988.[98]

Não é exagero afirmar que, a partir de 1988, o que realmente passa a importar é a eficiência aferida pelo resultado. A questão não é de todo inédita: o

---

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

[98] "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária."

artigo 70 da Constituição atribui ao Tribunal de Contas competência não apenas de controle de legalidade, mas de legitimidade e economicidade, em destacável controle de legalidade finalístico.[99]

Não se pode negar que a disposição para acordos administrativos por si só já denota a possibilidade de negociação. Assim, passa a haver uma reciprocidade de concessões entre a administração e o cidadão, favorecendo um equilíbrio entre interesses originalmente contrapostos. Como pressuposto, há de ser reconhecida a autonomia da vontade do administrador para que, em determinadas situações, a verticalização das relações jurídicas seja afastada. Nestes casos, sequer haveria distinção entre o público e o privado.

3.4 Conclusão parcial

1. A aplicação da consensualidade nas relações jurídicas da administração pública com o cidadão enfrenta diversos obstáculos que decorrem, dentre outros motivos, de: a) ineficiência administrativa e burocracia formalista; b) herança cultural positivista; c) receio de perda de poder; d) conservadorismo dogmático e ideia de existência de um princípio de supremacia do interesse público.

2. Neste contexto, para superar as dificuldades enfrentadas, trabalha-se com a ideia de eficiência e fixação de metas de desempenho como indicadores da realização do interesse público. A mera observância do princípio da legalidade não atende à necessidade de juridicidade e às expectativas dos cidadãos.

3. Em razão da gama dos direitos da coletividade e interesses públicos, não se pode negar que existem diferentes graus de disponibilidade dos direitos públicos objetos do litígio com ou contra a administração pública.

4. Assim, adota-se neste trabalho a conceituação de interesse público primário como o verdadeiro interesse público a ser perseguido, qual seja, o bem-estar social, em contrapartida ao interesse público secundário – também chamado

[99] "Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder.

de “direito público fazendário” ou da “administração”, que persegue interesses patrimoniais da própria administração, muitas vezes em violação do interesse público primário, o que verdadeiramente reflete os interesses dos cidadãos.

4 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA SOBRE A QUESTÃO DA APLICAÇÃO DA CONSENSUALIDADE NOS LITÍGIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – OS PAÍSES DA *COMMON LAW* E A EVOLUÇÃO DO DIREITO CONTINENTAL

A relevância da análise do direito comparado e ainda da experiência dos tribunais alienígenas no tratamento da incidência da consensualidade nos litígios com a administração pública decorre da possibilidade de se importarem soluções encontradas para as mesmas dificuldades enfrentadas.

Além disso, em razão de haver ainda pouco material doutrinário e estudos de casos sobre a questão, a experiência estrangeira confere embasamento teórico e prático ao teste de hipótese defendido neste trabalho.

Separou-se a experiência estrangeira em dois grupos, a saber: a) dos países do *common law*, onde, em geral, é maior a tradição de aplicação da consensualidade em litígios; b) dos países de direito continental que enfrentam ou enfrentaram as mesmas dificuldades de consolidação da consensualidade na prática dos tribunais que julgam os conflitos com ou contra a administração pública.

Não obstante o Direito, nos países do *common law*, ter em sua tradição maior aplicação das técnicas de solução de conflitos pelo consenso, alguns casos foram emblemáticos para introduzir a negociação no processo de solução dos conflitos judiciais.

No caso *Dunnett vs. Railtrack*, a Corte de Apelações da Inglaterra aplicou uma multa elevada na companhia Railtrack pela sua recusa imotivada em se submeter à mediação. A mediação não é compulsória nas cortes inglesas, no entanto deve haver sempre a demonstração de boa fé nos litigantes, o que não se compactua com a simples recusa em se submeter à mediação.[100]

Tais mecanismos conferem credibilidade ao Poder Judiciário ao exigir que as partes, inclusive a pública, ajam com uma conduta compatível com o respeito ao exercício da jurisdição. Contudo, mesmo assim, não se pode negar que a consensualidade, instrumentalizada pela mediação ou a conciliação, também não alcançou ainda a popularidade esperada na área pública nos EUA e na Inglaterra.

---

[100] Dispute Resolution Magazine, v. 14, n. 3-4, American Bar Association section of dispute resolution, p. 17.

Há uma franca intenção nestes países de os litigantes evitarem longas disputas com o Poder Público em razão dos custos altos envolvidos. Todavia, não se pode negar a relutância de advogados públicos em reconhecer algumas obrigações contratuais sem a declaração de uma corte formal ou arbitragem – enfim, dentro da necessidade do *due process* –, apesar da possibilidade de os órgãos públicos reconhecerem autonomamente a validade de acordos resultados de mediação/conciliação.

Algumas agências norte-americanas, no inicio da década de 1980, instituíram a mediação como uma das vias para solucionar conflitos. Pode-se citar como pioneira a Agência de Proteção Ambiental (Environmental Protection Agency), que utiliza a negociação na definição de formas de reparação a danos ambientais e na utilização da verba do Superfundo de Proteção ao Meio Ambiente: o cidadão decide o destino da verba que compõe esse fundo e apresenta propostas ao ofensor do meio-ambiente, de modo a proteger o interesse público primário, já que o meio-ambiente saudável é indisponível.

A necessidade de aprovação popular com o manejo da consensualidade no processo de tomada de decisões pela administração pública também ganha relevo. Nos EUA, a Secretaria de Planejamento de Colúmbia (The District of Columbia Office of Planning) ofereceu uma mediação com a população para se definir o local onde seria construída uma unidade pública para tratamento de pacientes com Mal de Alzheimer. Já os procuradores de Massachusetts também participam como conciliadores em disputas entre consumidores e fornecedores no Estado, onde o Poder Público atuava como interveniente.[101]

Não se pode deixar de mencionar ainda, a aplicabilidade da solução consensual nas ações coletivas. Em 1997, foi firmado um termo de ajustamento de conduta no processo movido por fazendeiros afro-americanos contra o Departamento de Agricultura dos Estados Unidos por discriminação racial na distribuição dos subsídios à agricultura. O acordo resultou na distribuição de cerca de 1 bilhão de dólares para aproximadamente 22 mil fazendeiros.[102]

É importante mencionar a regra 68, do Código de Processo Civil Federal dos Estados Unidos, ao prever que quem recusar uma oferta de acordo feita pelo réu infrator pagará as custas processuais se ao final do processo, com o julgamento

[101] *Dispute Resolution Magazine*, op. cit., p. 16.
[102] Ibid., p. 17.

receber menos do que lhe fora ofertado em acordo. A finalidade desta regra é favorecer a realização de acordos e evitar julgamentos desnecessários. Embora receba críticas na doutrina norte-americana, a ideia da norma de não eternizar conflitos e incentivar a solução consensual, mesmo já no conflito judicial é válida. A regra é genérica e se aplica aos conflitos judiciais com a administração pública.

O uso da negociação em demandas de massa de cunho repetitivo, mesmo como o Poder Público também é apontado como uma vantagem em relação ao processo judicial. O diretor jurídico da Balfour Beatty, companhia gigante na área de construção civil, reporta em entrevista que cerca de 70% a 80% dos conflitos jurídicos decorrem de situações repetitivas, de tal modo que a companhia optou por evitar o litígio judicial, custoso, caro e frustrante. O modelo moderno de negócios envolve menos litigiosidade, pois a mediação é muito proveitosa em projetos de larga escala.

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

Recentemente, com a forte crise no setor imobiliário norte-americano, vários estados da federação estão iniciando procedimentos de realização de conciliações extrajudiciais ou mesmo judiciais na tentativa de afirmação de um consenso na questão habitacional tão sensível nos Estados Unidos. A execução da hipoteca ficaria suspensa por um prazo determinado enquanto se realizava a tentativa de acordo entre a financeira e o mutuário de forma a manter a relação jurídica, sem a perda da posse do imóvel. Connecticut foi o primeiro estado a instituir o procedimento em junho de 2008, seguido por Ohio, New Jersey e Minnesota.

Destaca o Chief of Justice Stuart Rabner:

> While the courts must remain neutral in all foreclosure matters, it is in everyone's best interest to have a forum where home owners facing foreclosures have the opportunity to negotiate to save their homes. Our goal is to get lenders and borrowers to meet at the table and work out a mutually beneficial arrangement.[103]

[103] "Enquanto as cortes devem manter-se neutras em todos os assuntos de penhora, é do melhor interesse de todos haver um fórum em que proprietários em momento de penhora tenham a oportunidade de negociar para salvar as suas casas. Nosso objetivo é que credores e mutuários sentem-se à mesma mesa e se esforcem para obter um acordo benefício para ambos" (trad. livre). *Dispute Resolution Magazine*, v. 15, n. 2, American Bar Association section of dispute resolution, p. 30.

Fora dos países do *common law*, ao abordar também a questão do direito continental, Heleno Taveira Torres registra que países de bases democráticas sólidas conseguiram ao menos normatizar a questão da utilização dos meios alternativos de soluções de controvérsias a litígios com entes públicos em um dos pólos da relação jurídica (judicial ou extrajudicial).

No caso em análise, a relação jurídica fiscal, com a fixação de parâmetros e limites, menciona a *Conciliation, Transaction; Règles autrement les conflits*, de 1994, na França; o *Accertamento con adesione e conciliazione giudiciale*, da Itália; o *Alternative Dispute Resolution* (ADR), da Inglaterra; e o *Alternative Dispute Act* de 1990 e o *Closing Agreement*, SEC 7.121, IRC, dos Estados Unidos – estes dois últimos, países de *common law*.[104]

Na Espanha, foi editada a Lei nº 29/98, cujo objetivo é permitir o acordo judicial entre administração e administrado, em que as partes se situam em igualdade de condições e negociam bilateralmente a solução para o conflito judicial, submetido à homologação.

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

Não se está utilizando o termo "mediação" com toda a sua diferenciação técnica da conciliação, como o estabelecido na doutrina nacional, em razão de na língua inglesa o termo *mediation* é apresentado genericamente, sem o rigor de categoria. Além disso, as diferenças entre os institutos não alteram quaisquer conclusões deste trabalho.

Veja-se ainda que a preocupação com a justiça eficiente é mundial. Conforme dados colhidos[105], em 2000 a Comissão de Finanças na França constituiu uma Missão de Avaliação e de Controle dos meios dos serviços judiciais.

Do relatório final publicado em setembro de 2001, tiram-se as seguintes conclusões: a) os investimentos na justiça não podem aumentar de forma indefinida;

---

[104] TORRES, Heleno Taveira. Transação, Arbitragem e Conciliação Judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa. *Fórum de Direito Tributário*, ano 1, n. 2, mar./abr. 2003, p. 91.
[105] DIAS, op. cit., p. 16.

b) deve haver um uso mais eficaz e racional dos meios; e c) o aumento de efetivo não vem sendo acompanhado pelo aumento de qualidade da justiça.

Na Espanha, estudos do Tribunal de Contas sobre o Poder Judiciário, entre 1989 e 1992, concluíram no mesmo sentido do estudo francês, recomendando uma definição de metas e indicadores de eficácia dos tribunais espanhóis, assim como a realização de um estudo aprofundado para uma reforma estrutural do sistema, de forma a desafogar o Judiciário.[106]

Assim, qualquer análise sobre eficiência do Poder Judiciário no mundo pós-moderno passa, necessariamente, pela busca de meios ágeis de soluções de controvérsias, nos quais se inclui a consensualidade. Notadamente a questão ganha relevância ao se considerar o litígio com um ente público em um dos pólos da relação jurídica, de modo a desburocratizar o procedimento sem prejuízo das garantias constitucionais, porém com uso da racionalidade e celeridade necessárias à efetiva prestação de justiça.

[106] Ibid., p. 14.

5 QUESTÕES PRÁTICAS ENVOLVENDO A APLICAÇÃO DA CONSENSUALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO: ESTUDOS DE CASOS

5.1 Parceria Justiça Federal e INSS

A cada mês, conforme dados apurados em 2008 pelo Conselho da Justiça Federal, 130 mil brasileiros ajuízam ações contra o INSS na Justiça Federal em todo o país.

Os dados mostram a ineficiência do serviço administrativo prestado pela autarquia. Por outro lado, a lentidão da justiça, seja pelos procedimentos jurisdicionais quer seja pelos procedimentos cartorários na tramitação destes processos judiciais – que, apesar de serem semelhantes, são tratados de forma individualizada no Poder Judiciário – em muitos casos leva ao óbito do segurado demandante antes mesmo da resposta judicial.

Apesar disso, a resistência do INSS em conciliar com o segurado permanece. Somente em projetos isolados – em números irrisórios para a realidade nacional –, o INSS aceita conciliar e mesmo assim sempre apresenta propostas fechadas, sem margem de negociabilidade com o segurado autor.

São alguns exemplos de iniciativas:

a) *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*: acordos são propostos em casos de benefícios previstos na Lei Orgânica de Assistência Social (Loas) e nas aposentadorias rurais, em processos em fase de recurso nesse tribunal, nos quais a autarquia, pela jurisprudência dominante, saiba de antemão que não será vitoriosa. Vale registrar que, conforme apurado em 2008, dos cerca de 71 mil processos em tramitação neste TRF, cerca de 45 mil são recursos em matéria previdenciária;
b) *Tribunal Regional Federal da 3ª Região*: de 7 a 11/7/2008 foi realizado um mutirão de audiências em processos cujos objetos eram: pedido de aposentadoria por invalidez, benefícios de assistência social e auxílio-doença. Do total de 1.400 audiências realizadas, foram homologados 587 acordos. As vantagens para o INSS são notórias: economiza verba pública pela diminuição do custo do processo e pelo

desconto concedido sobre o valor total porventura devido. Para o segurado, é o fim de um litígio sem previsão de fim, com o recebimento rápido da verba pecuniária acordada, sem os entraves burocráticos dos efeitos do litígio com ente público;

c) *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*: na primeira instância do Rio de Janeiro foi introduzida a perícia prévia, na qual, antes da citação o segurado é encaminhado a uma perícia realizada pelo INSS e então é apresentada pela autarquia uma proposta de acordo ou contestação. Muitas vezes, o perito do INSS revê o entendimento de seu colega da agência de previdência social, resultando na proposta de acordo, aceita por 42% dos segurados, conforme experiência pioneira em curso. Neste caso, a economia média mínima é de R$ 222 mil anuais, em razão das perícias judiciais que deixam de ser realizadas e cujo custeio é de responsabilidade do Poder Judiciário Federal, uma vez que realizadas sob o regime de gratuidade de justiça.

Como analisado, a busca da eficiência, inclusive em seu aspecto financeiro, finalmente começa a ecoar no ouvido dos gestores públicos em vez interpretações tradicionais equivocadas do interesse público, especialmente sobre o enfoque da indisponibilidade. O próprio presidente do INSS, Marco Antônio de Oliveira, assume que muitas vezes o custo do processo judicial é maior do que o benefício patrimonial objeto da demanda judicial.[107]

5.2 Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF foi criada em 27/9/2007, pelo Ato Regimental nº 5, cujo objetivo principal é evitar conflitos entre órgãos e entidades da administração federal e estadual.

Atua administrativamente a partir da identificação dos conflitos passíveis de conciliação. Ao final, caso não alcançada a conciliação, parte-se para a arbitragem. O procedimento está previsto nas Portarias da AGU nº 1.281/2007 e 1.099/2008.

Conforme dados da Advocacia-Geral da União, desde 2005 já foram evitados gastos R$ 900 milhões nessas pendências judiciais. Os casos em análise na CCAF em 2008 somam disputas judiciais de R$ 274,1 milhões. Em 2007, 51 disputas

[107] Informações obtidas na revista *Via Legal* (ano I, n. II, Brasília, CPJUS, 2008).

internas do governo federal foram levadas à Câmara e, em cerca de sete meses, 17 já haviam sido solucionadas.

Assim, a medida administrativa tem sua importância ao tentar frear conflitos entre a própria administração pública. Reduz também as disputas objeto de demandas judiciais e evita o enfrentamento dentro da própria AGU, com a defesa de teses contraditórias dentro da mesma instituição, além de demonstrar a viabilidade da consensualidade nos conflitos envolvendo entes públicos.[108]

5.3 Estudos do Ministério da Fazenda em busca de lei que autorize a negociação de débitos fiscais

A Procuradoria da Fazenda Nacional tem intenção de apresentar um projeto de lei – Lei Geral de Transação e Soluções Alternativas de Controvérsias Tributárias –, cujo objetivo é aumentar a eficiência da cobrança, com aumento de arrecadação e redução do tempo do procedimento judicial de cobrança de tributos.

Em média, segundo estudos da Procuradoria da Fazenda Nacional, gastam-se 16 anos até a cobrança definitiva da dívida fiscal, de forma que a eficiência da arrecadação é quase nula. Segundo este estudo, haverá, entre outras, as seguintes possibilidades de acordo: transação na falência; transação com arbitragem; transação por adesão para demandas repetitivas; recuperação tributária a ser apresentada pelo contribuinte ao Fisco; transação preventiva, para evitar o ajuizamento em massa de alguma matéria polêmica; transação por ajustamento de conduta; e interpretação preventiva antielisiva.

Não há qualquer notícia da tramitação e mesmo da finalização do projeto de lei, mas em razão da relevância da questão – já que classicamente no Direito Administrativo, o ramo da tributação sempre foi tratado pela legalidade estrita, que traz consigo a noção de indisponibilidade do interesse público e a impossibilidade de renúncia a qualquer espécie de crédito fiscal, uma vez verificada a hipótese de incidência do tributo – faz-se referência a esta intenção da Procuradoria da Fazenda

---

[108] CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL: cartilha. Brasília: AGU, Consultoria-Geral da União, 2008.

Nacional de negociar o crédito fiscal, embora sob o conservador entendimento de reserva absoluta de lei para a matéria.[109]

5.4 Processos Judiciais envolvendo o Sistema Financeiro de Habitação em curso na Justiça Federal

Este foi o maior projeto de mutirões de audiências de conciliação realizado no país.

O contrato de financiamento para compra de imóveis pelo sistema financeiro de habitação é de longa execução, geralmente 20 anos. Nesse sentido, contratos firmados ao final da década de 1980 e início da década de 1990, com decurso de prazo no inicio dos anos 2000, enfrentaram os planos econômicos anteriores ao Plano Real e, por conseguinte, sofreram desequilíbrio financeiro pelo descasamento entre as prestações reajustadas pela variação salarial (quase nula em tempos de crise) e o saldo devedor que permanecia reajustado por índices financeiros, no caso, a Taxa Referencial.

Os índices de mutuários inadimplentes foram muito elevados, e os que conseguiam pagar as prestações no final do contrato eram surpreendidos pelo saldo residual superior ao valor do imóvel adquirido, já vez que a maioria destes contratos, não mais contavam com a cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais.

Assim, em 2003, cerca de 1,3 milhão de contratos nas situações acima foram cedidos pela Caixa Econômica Federal à Empresa Gestora de Ativos (EMGEA), empresa pública federal de natureza não financeira, com a finalidade de serem promovidos mutirões de conciliações judiciais e administrativas em todo o país para tentar reestruturar ou liquidar os contratos em processo de negociação.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, então pioneiro, criou o Projeto Conciliação no Tribunal Federal, conforme Resolução nº 37/2003. Dos 93 processos submetidos à conciliação, 62 tiveram acordos (66,66%), atingindo outros 10 processos em tramitação na primeira instância que foram extintos.

---

[109] PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. *Execução fiscal administrativa e lei geral de transação tributária*. Fev. 2007. Disponível em: <www.abdf.com.br/docs>.

O projeto expandiu-se: a partir de 2004, iniciaram-se as audiências no Rio de Janeiro, ainda de forma amadora. Em 2006, foi criada a Supervisão de Projetos de Conciliação na Seção Judiciária do Rio de Janeiro e, a partir de 2007, os dados passaram a ser coletados com rigor, conforme se segue:

Vara	Audiências designadas	Audiências realizadas	Acordos	Suspensão	Sem acordo	Ausência do mutuário	% de sucesso[110]
2ª	32	31	23	-	8	1	74,2%
6ª	16	13	5	3	5	3	38,5%
10ª	34*	33	16	19	14	1	48,5%
12ª	32	31**	6	6	12	1	19,4%
14ª	32	29	17	4	8	1	59%
15ª	32	29	9	6	12	2	31,03%
24ª	32	31	14	-	17	1	45,2%
26ª	32	28	21	-	7	-	75%
Total	**242**	**225**	**111**	**38**	**83**	**10**	**49,33%**

Tabela 1: mutirão de 16 a 19/4/2007

Os mutirões realizados ao longo de 2008 estão consolidados conforme as tabelas a seguir.

Os aspectos decisivos para os bons resultados dos mutirões do sistema financeiro de habitação em todo o país derivam, entre outros aspectos, da postura da Emgea. Embora se parta de uma proposta fechada, em cada audiência há negociação com o mutuário, pois em todos os mutirões foram enviados prepostos da Emgea com alçada para negociar.

Veja-se que se trata de empresa pública federal, que tem em sua missão negociar a redução do inadimplemento de seus ativos para minimizar as necessidade de aporte do Tesouro Nacional.[111] Ou seja, o aspecto econômico decorrente deste contratos habitacionais foi mais relevante do que os entraves jurídicos geralmente apontados, pela advocacia pública para justificar a não-aplicação da consensualidade em juízo. Conforme dados colhidos no sitio eletrônico da Emgea, somente cerca de 26,54% dos contratos que lhe foram cedidos não obtiveram negociação positiva com o mutuário (posição de 31/12/2008).

[110] Os percentuais de sucesso nas tabelas referem-se às audiências realizadas.
[111] Disponível em: <www.emgea.gov.br>.

Na semana nacional de conciliação de 2008, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região designou audiências relacionadas ao Sistema Financeiro de Habitação, cujo critério para seleção dos processos foi o empreendimento imobiliário envolvido. 40 juízes federais participaram da empreitada e dos 1.147 mutuários do Rio de Janeiro relacionados aos seis empreendimentos escolhidos para o mutirão, em razão do grau de desequilíbrio dos contratos, 899 têm ações judiciais na Justiça Federal do Rio de Janeiro. O destaque da vantagem do mutirão foi a contribuição para o fim da batalha judicial de anos que sobrecarrega os tribunais e ainda o custo elevado de manutenção dos processos para a empresa pública federal e para o Poder Judiciário.

5.5 Os novos clientes

As notícias de êxito dos mutirões do sistema financeiro de habitação funcionaram como uma mola propulsora de novos mutirões na Justiça Federal, mesmo em processos envolvendo interesse público da administração.

A Caixa Econômica Federal (CEF), no Rio de Janeiro, passou a negociar todos os seus créditos comerciais em aberto – normalmente objeto de ações monitórias ou execuções ajuizadas na justiça federal – e ainda seus próprios contratos habitacionais. Iniciativa pioneira no Rio de Janeiro foram os dois mutirões para conciliações em processos judiciais, cujo objeto era recompor as contas de poupanças em decorrência de perdas do Plano Bresser e Verão.

Embora a CEF seja empresa pública federal, ou seja, de natureza jurídica privada, ela é controlada pela União – o que, na prática, dificulta a negociabilidade, pelos obstáculos analisados ao longo deste trabalho. Contudo, a Caixa Econômica decidiu inovar, buscando melhor eficiência e resultados, objetivos alcançados conforme os dados apurados nos mutirões, ilustrados nas tabelas a seguir.

Também a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio de Janeiro, aderiu ao projeto de conciliações da Seção Judiciária do Rio de Janeiro nas demandas judiciais em curso, que buscavam o recebimento de anuidades atrasadas de seus advogados. Os resultados também foram surpreendentes.

Por fim, os Correios, outra empresa pública federal, aderiram ao projeto, negociando em todas as demandas judiciais seja como autor ou réu, e os resultados também foram satisfatórios.

Em contrapartida, a União, o INSS e as demais autarquias e empresas públicas como a Infraero, Conab, dentre outras, resistem ao projeto sob a justificativa genérica da indisponibilidade do interesse público e falta de autorização legal para celebrar acordos.

Em 2006, por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, foi instituída a Semana Nacional de Conciliação. Assim, em 2006, foram realizadas 83.900 audiências no país, com 46.493 acordos homologados. Já em 2007, 227.564 audiências, com 96.492 acordos. Finalmente, em 2008, 305.591 audiências, com 135.337. [112]

As iniciativas demonstradas em sua totalidade comprovaram que o manejo da consensualidade pela administração pública em juízo representou na prática economia de tempo pela conclusão antecipada do litígio e, sobretudo, por soluções encontradas em conjunto com o cidadão e, por conseguinte, mais legítimas e eficientes.

	06VF	24VF	Total
Audiências designadas	27	39	66
Audiências realizadas	27	39	66
Acordos homologados	14	31	45
Valores homologados	R$ 136.223,83	R$ 348.076,00	R$ 484.299,83
% de sucesso	52%	79%	68%

Tabela 2: Justiça Federal – 1º Mutirão CEF-Poupança (17 e 18/9/2008)

[112] Dados disponíveis em: <www.conciliar.cnj.gov.br>.

	02VF	05VF	06VF	10VF	12VF	24VF	27VF	Total
Audiências designadas	49	43	58	34	67	60	25	336
Audiências realizadas	49	42	55	33	62	57	25	323
Acordos homologados	30	33	37	15	47	43	12	217
Valores homologados (em R$)	268.522,00	226.732,34	419.078,13	297.392,88	508.010,00	384.062,00	125.208,00	2.229.005,35
% de Sucesso	61,22%	78,57%	67,27%	45,45%	75,81%	75,44%	48%	67,18%

Tabela 3: Justiça Federal – 2º Mutirão CEF-Poupança (1º e 10/12/2008)

	02VF	03VF	05VF	06VF	10VF	12VF	14VF	19VF	24VF	27VF	Total
Audiências designadas	15	74	94	16	32	105	32	09	30	99	506
Audiências realizadas	10	45	94	16	26	42	28	08	28	34	331
Acordos homologados	8	16	36	10	17	25	23	06	09	23	173
% de sucesso	80%	35,55%	38,29%	62,50%	65,38	59,52%	82,14%	75%	32,14%	67,64%	52,26%

Tabela 4: Justiça Federal – 1º Mutirão JFRJ/OAB/ANUIDADES (22/9 e 10/10/2008)

	6ª VF	10ª VF	12ª VF	14ª VF	Total
Audiências designadas	10	23	33	22	88
Audiências realizadas	10	19	11	11	51
Acordos homologados	5	9	7	10	31
Valores homologados	R$ 15.560,92	R$ 27.668,76	R$ 24.422,23	R$ 31.227,46	R$ 98.879,37
% de sucesso	50%	47,38%	63,64%	90,91%	60,78%

Tabela 5: Justiça Federal – 2º Mutirão JFRJ/OAB/ANUIDADES (4, 5 e 9/12/2008)

	Audiências designadas	Audiências realizadas	Acordos homologados	Valores homologados	% de sucesso
02VF	13	7	6	R$ 130.157,35	85,71%
03VF	16	8	6	R$ 20.100,00	75%
05VF	11	7	6	R$ 19.110,88	85,71%
06VF	7	5	3	R$ 35.066,92	60%
10VF	13	7	4	R$ 11.400,00	57,14%
11VF	7	5	3	R$ 10.932,61	60%
12VF	10	5	4	R$ 27.307,10	80%
14VF	5	2	2	R$ 10.900,00	100%
15VF	12	5	3	R$ 19.025,39	60%
24VF	5	2	2	R$ 4.221,94	100%
26VF	3	2	1	R$ 16.400,00	50%
27VF	22	10	6	R$ 41.378,26	60%
Total	124	65	46	R$ 346.000,45	70,76%

Tabela 6: Justiça Federal – 1º Mutirão ECT (10 a 14/3/2008)

	1º Mutirão ECT	4º Mutirão CEF/Emgea	3º Mutirão CEF/Gipro	1º Mutirão CEF/Poupança	1º Mutirão OAB	2º Mutirão CEF/Poupança	2º Mutirão OAB
Matéria	Contratos e Resp. Civil	SFH	Contratos Comerciais e Habitacionais	Poupanças	Anuidades	Poupanças	Anuidades
Varas participantes	12	15	12	2	10	7	7
Audiências designadas	124	203	121	66	506	336	88
Audiências realizadas	65	234	73	66	331	323	51
Acordos homologados	46	106	46	45	173	217	31
Valores Homologados (em R$)	346.000,45	4.544.378,16	1.089.932,96	484.299,83	-	2.229.005,35	98.879,37
% de sucesso	70,76%	45,29%	63%	68,18%	52,26%	67,18%	60,78% (**)

Tabela 7: Justiça Federal – Mutirões realizados em 2008

	1º/12	2/12	3/12	4/12	5/12	9/12	10/12	Total
Audiências designadas	77	51	66	76	43	59	52	424
Audiências realizadas	73	48	66	44	36	56	51	374
Acordos homologados	42	35	49	30	21	38	33	248
Valores Homologados (em R$)	277.571,22	519.556,00	528.332,00	206.595,83	133.648,76	343.157,78	319.023,13	2.327.884,72
% de sucesso	57,53%	72,92%	74,24%	68,18%	58,33%	67,85%	64,70%	66,31%

Tabela 8: Resultados dos mutirões realizados em dezembro de 2008 (CEF-Poupança e OAB-Anuidades)

Data	1º/12	2/12	3/12	4/12	5/12	Total
Audiências designadas	77	51	66	76	43	**313**
Audiências realizadas	73	48	66	44	36	**267**
Acordos homologados	42	35	49	30	21	**177**
Valores homologados (em R$)	277.571,22	519.556,00	528.332,00	206.595,83	133.648,76	**1.665.703,81**
% de sucesso	57,53%	72,92%	74,24%	68,18%	58,33%	**66,29%**

Tabela 9: Semana Nacional de Conciliação (1º a 5/12/2008)

CONCLUSÕES

1. A administração pública no pós-modernismo não consegue encontrar respostas aos anseios sociais nas categorias então existentes que regem o funcionamento da administração pública. O princípio da legalidade que até então regia a atuação da administração pública passa a ser insuficiente.

2. Neste cenário, o Poder Judiciário, notadamente o juízo de fazenda pública, fica repleto de processos judiciais, muitas vezes idênticos, resultado da falta de eficiência da administração pública, em um processo viciado, sem perspectiva de melhora. A conduta da administração pública em juízo não é proativa, de forma que há um incentivo à litigiosidade e à judicialização das relações sociais.

3. A Lei nº 10.259, bem como o artigo 331 do Código de Processo Civil e a Lei Complementar nº 73/93, conferem linhas de atuação aos advogados públicos, permitindo-lhes a transação em juízo. Mesmo assim, são ínfimos os percentuais de acordos homologados nos Juizados Especiais Federais.

4. Também as prerrogativas processuais da fazenda pública não se sustentam, uma vez que não satisfazem interesse público primário, mas sim o interesse da administração na finalidade de prolongar o quanto possível o desfecho da demanda desfavorável ao Poder Público.

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

6. Assim, é necessário aplicar novos institutos à atuação da administração pública em juízo, no caso do presente estudo, a consensualidade, para que melhores resultados sejam alcançados.

7. O Direito Administrativo pós-moderno introduz a necessidade de juridicidade na atuação da administração pública, de forma a garantir que esta traduza a eficiência esperada pelos cidadãos, em última análise destinatários desta atuação.

8. A juridicidade está presente sempre que resulte de uma conjugação da legalidade com princípios constitucionais e seja decorrente de ponderação no caso concreto, que corresponda ao interesse público primário, como anseio da sociedade.

9. A consensualidade, por suas características, é um instrumento de eficiência, pois garante a maior participação do cidadão no processo de tomada de decisões e negociação.

10. É no âmbito do Poder Judiciário, notadamente na jurisdição da fazenda pública, que se encontra um campo fértil de aplicação da consensualidade pela administração pública em juízo.

11. Assim, demandas de massa de cunho repetitivo, questões com jurisprudência consolidada, focos de litigiosidade decorrentes de conduta pretérita da administração lesiva ao cidadão, entre muitos outros exemplos são hipóteses em que o acordo corresponde a melhor realização do interesse público, pelas vantagens decorrentes, como: a) estancamento a correção monetária; b) renúncia pelo particular do recebimento de juros; c) parcelamentos; d) dispensa de pagamento de custos do processo, entre outras.

12. Contudo, há de se registrar também que a consensualidade em juízo não permite a celebração e acordos que violem a regra constitucional de pagamento de dívidas públicas por meio de precatórios, bem como não representem no caso concreto vantagem para a administração, por exemplo, vencedora da demanda e, portanto, sem interesse para a composição, já que o acordo não pode representar um agravamento de sua posição jurídica.

13. A aplicação da consensualidade nas relações jurídicas da administração pública com o cidadão enfrenta diversos obstáculos, que decorrem, dentre outros fatores, de: a) ineficiência administrativa e burocracia formalista; b) herança cultural positivista; c) receio de perda de poder; d) conservadorismo dogmático; e e) ideia de existência de um princípio de supremacia do interesse público.

14. Neste contexto, para superar as dificuldades enfrentadas, trabalha-se com a ideia de eficiência e fixação de metas de desempenho como indicadores da realização do interesse público. A mera observância do princípio da legalidade não atende à necessidade de juridicidade e às expectativas dos cidadãos.

15. Em razão da gama dos direitos da coletividade e interesses públicos, não se pode negar que existem diferentes graus de disponibilidade dos direitos públicos objeto do litígio com ou contra a administração pública.

16. Assim, adota-se neste trabalho a conceituação de interesse público primário como o verdadeiro interesse público a ser perseguido – o bem-estar social –, em contrapartida ao interesse público secundário também chamado de "direito público fazendário" ou da "administração", que persegue interesses patrimoniais da própria administração, muitas vezes em violação do interesse público primário, o que verdadeiramente reflete os interesses dos cidadãos.

17. A experiência estrangeira, notadamente da *common law*, é útil para confirmar a hipótese deste trabalho: a consensualidade está de acordo com o princípio da legalidade e melhor atende o princípio da eficiência pelos resultados alcançados. Também países de direito continental, como o Brasil, discutem a questão, uma vez que o funcionamento da administração pública e do Poder Judiciário no pós-modernismo são desafios atuais.

18. Iniciativas bem sucedidas estão sendo empreendidas no país, de forma a tentar consolidar a consensualidade na conduta da administração pública em juízo. Contudo, são insipientes e derivadas de projetos isolados.

19. Por fim, como ideia central, o moderno direito administrativo está revendo os seus conceitos, em especial relacionado ao princípio da legalidade estrita, até então norteador da conduta do administrador para introduzir mecanismos mais modernos e exitosos na garantia da efetiva participação da sociedade nas decisões públicas, o que, registre-se, não se confunde com ilegalidade.

20. Preserva-se a necessária legalidade, que, no entanto, terá diretrizes gerais, de modo a permitir a participação e ponderação. Já o Executivo, na atuação administrativa procura interagir com a sociedade, de modo a encontrar o interesse público real e a atendê-lo, preservando a ideia do consenso na formação de pactos que operacionalizem a intenção de controle de eficácia e efetividade (resultado) da lei e da conduta administrativa.

21. Não há dúvidas de que o movimento pela adoção de métodos não adversariais para a solução de controvérsias, inclusive as já objeto de ações judiciais, é sem volta.

22. Contudo, há muito trabalho de convencimento para conseguir a adesão da administração pública de forma contundente, e não apenas esporádica. Os mutirões

são saídas excepcionais, pois visam a corrigir uma situação distorcida, pretérita, de acúmulo de processos nos tribunais.

23. Valho-me das palavras do ministro Gilmar Mendes na abertura da Semana Nacional de Conciliação 2008, no Estádio do Pacaembu, em São Paulo:

> Mutirões são importantes porque aceleram a tramitação do processo no Poder Judiciário, mas a necessidade é reformar o sistema para não ter que fazer mutirões como este nunca mais. Estamos vivendo um dia histórico por este esforço concentrado dos tribunais. É um ato que visa dar legitimidade à cidadania, um ato simbólico. Mostra que é possível encontrar meios e modos sem ter que ir à justiça. È o esforço conjunto de todos os que ajudam a mudar o rosto do Judiciário, um Judiciário mais humano.

24. O que se pretende com este trabalho é consolidar a consensualidade na rotina do processamento dos processos e na forma de atuar da administração pública em juízo, de forma que, designada a audiência preliminar do art. 331 do CPC, as partes em igualdade de posições sejam instruídas sobre as vantagens do acordo em face do prosseguimento do feito e que haja negociação diante do interesse efetivo de ambos os litigantes, ao invés de simplesmente se alegar a indisponibilidade do interesse público, que, como analisado, não corresponde ao real interesse público primário.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Administração Pública Pluricêntrica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 227, p. 131-150, jan./mar. 2002.

_____. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. O marco regulatório dos serviços públicos. *Revista dos Tribunais*, ano 95, v. 843, São Paulo, 2006.

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

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo:* São Paulo, Malheiros, *2003*.

BARROSO, LuÍs Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. revista e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Agências reguladoras: constituição, transformação do Estado e legitimidade democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-311, jul./set. 2002.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2004.

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

_____. *Uma teoria do Direito Administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORGES, Adelma Cavalcanti Ferreira. *Função extrajudicante e a administração pública.* Dissertação de mestrado apresentada na Universidade Cândido Mendes, Mestrado em Direito, orientador: Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro, 2007.

BUENO, Eduardo. *A coroa, a cruz e a espada*: lei, ordem e corrupção no Brasil Colônia. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

CABRAL DE MONCADA, Luis S. *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa.* São Paulo*:* Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed.. Coimbra: Almedina, 1991.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica.* Tradução de Luis Ortega, Isaac Martín Delgado e Isabel Gallego Córceles. Madrid: Marcial Pons, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais:* ensaios sobre o constitucionalismo pós moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. *A pirâmide da solução dos conflitos uma contribuição da sociedade civil para a reforma do Judiciário.* Tese de doutorado, sob a orientação do Professor Doutor Enrique Ricardo Lewandowski, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2005.

COUTURE, Eduardo. *Estúdios de Derecho Procesal Civil.* Tomo I: La Constitución y el Proceso Civil. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIAS, João Alvaro. *Os custos da Justiça.* Actas do Colóquio Internacional. Coimbra: Almedina, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002

DISPUTE RESOLUTION MAGAZINE. v. 14, n. 3-4. American Bar Association section of dispute resolution.

_____ v. 15, n. 2. American Bar Association section of dispute resolution

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada.* 1 ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIA, Roberto Gil Leal. Por que são efetivados poucos acordos nos juizados especiais federais? *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 24, abr. 2009. No prelo.

FERRAZ, Leslie; GUERRA, Sérgio. *A demora do Judiciário e o custo Brasil, Valor Econômico*. 8 de janeiro de 2009.

GAZDA, Emmerson. *Administração pública em juízo: poder-dever de transigir*. *Revista da AJUFE*, ano 23, n. 83. Niterói, Impetus, 1º trim. 2006.

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

_____. *O direito posto e o direito pressup*osto. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A participação popular e a consensualidade na administração pública.* Boletim de Direito Administrativo, ano XVIII, n. 2, fev. 2002.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Discricionariedade e reflexividade:* Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. 26 reimp. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005.

LLOVET, Tomás Font y. Desarrollo reciente de los instrumentos de la administración consensual en España. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias*: convivência e formas de pacificação social: uma sugestão de integração. Tese para obtenção de grau de Doutor na Faculdade de Direito da USP sob a orientação do Prof. José Roberto dos Santos Bedaque, São Paulo, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, n. 820, São Paulo, fev. 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MONTEIRO, Cláudia Servilha; MEZZAROBA, Orides. *Manual de Metodologia da pesquisa no direito*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública.* São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo *Apontamentos sobre a reforma administrativa.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Curso de Direito Administrativo.* 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 103.

_____. *Mutações de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Mutações de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa*. Revista de Direito Administrativo*, n. 231, jan./mar. 2003.

_____. O pós-modernismo e o direito público. *Revista de Direito do Estado*, ano 2, n. 6, p. 291-298, abr./jun. 2007.

_____. Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 1, p. 105-117, jan./mar. 2006.

_____. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno*: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Uma nova administração pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, n. 220, p. 179-182, abr./jun. 2000.

_____. (Coord.) *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NAVES, Rubens. *Administração mais ágil.* São Paulo: Método, 2008.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de Litígios com entes públicos.* Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas.* In: SUNEFELD, Carlos Ari. *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação da administração à juridicidade.* Coimbra: Almedina, 2003.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*, Coimbra: Almedina, 2005.

PATTON, B.; FISHER, R; URY, W. L.. *Como chegar ao sim:* a negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*: princípios do direito político. Trad. de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. (Org.) *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Antonio Fernando Schenkel do Amaral e. A técnica dos acordos na Justiça Federal. Revista da AJUFE, ano 21, n. 75-76, Niterói, Impetus, 1º sem. 2004.

SILVA, Fernanda Tartuce. *Mediação como meio de composição de conflitos civis*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da USP, orientador: prof. Rodolfo de Camargo Mancuso. São Paulo, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

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

_____. Criação e função social da empresa estatal. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coord.). Direito Administrativo Empresarial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

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

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo