

CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA FEDERAL. A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E A QUESTÃO DA ISONOMIA

*Conciliation in Brazilian Federal Courts of
Justice. The Unavailability of the Public
Interest and the Matter of Equality*

Elon Kaleb Ribas Volpi

Procurador da Fazenda Nacional

Sumário: 1 Introdução; 2 Conceito e Natureza Jurídica; 3 A competência da Justiça Federal; 4 O impasse entre conciliação e indisponibilidade do interesse público; 5 Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO - Análise do instituto da conciliação judicial, em matéria cível e primeiro grau de jurisdição, na Justiça Federal, mostrando-a como via de pacificação social e de solução rápida do litígio. O artigo buscou estabelecer a competência dessa Justiça especializada e elencar as diversas matérias em trâmite, analisando a possibilidade ou não da aplicação da conciliação em cada uma delas e explorando suas características e peculiaridades. Abordou-se a questão da indisponibilidade do interesse público e hipóteses de sua flexibilização, por via legislativa. Além disso, a questão da isonomia na realização de acordos pelos entes públicos foi apreciada.

PALAVRAS-CHAVE - Conciliação. Justiça Federal. Indisponibilidade do Interesse Público. Isonomia.

ABSTRACT - Analysis of the judicial conciliation regarding civil issues before the Brazilian Federal Lower Courts of Justice, presenting it as a means to social pacification and quick resolution of disputes. One tries to assert the jurisdiction of Federal Courts regarding conciliation, listing different subject matters which have been addressed by those Courts and verifying the legal possibility of conciliation in each case through the analysis of their characteristics. Within this context, it is also considered the unavailability of the public interest and the cases where it might be flexibilized through legislation. As well as the principle of equality vis-à-vis the agreements made by public entities.

KEYWORDS: Conciliation. Federal Court of Justice. Unavailability of the Public Interest. Equality.

1 INTRODUÇÃO

A conciliação tem sido apontada como uma forma de, ao mesmo tempo, obter uma solução mais rápida do litígio, construída pelas partes, ao invés de “outorgada” pelo Estado, e promover um desafogamento do Judiciário. Daí a recente campanha do Conselho Nacional de Justiça: “Conciliar é legal”¹, cujo objetivo é incentivar a realização de acordos nos processos em trâmite em qualquer grau de jurisdição. A iniciativa é fundamental e deve ser acompanhada de outras medidas que visem a incutir nos operadores do direito e nos jurisdicionados o espírito conciliatório. Contudo, a tarefa de conciliar é muito maior e mais profunda do que simplesmente “desafogar o Judiciário”. Com efeito, esse é, na verdade, um benefício indireto se comparado com a pacificação social obtida por meio da participação das partes na administração da justiça². Nesse cenário surgiu, também, o projeto de lei que busca regular a chamada “mediação”.

Um obstáculo a ser considerado nessa empreitada é a “cultura do conflito” que predomina na mente dos operadores do direito, segundo a qual as controvérsias devem ser deduzidas em argumentos jurídicos com a solução dada pelo Estado-juiz, ainda que, bizarramente, tardia e, por vezes, longe das expectativas das partes.

Na verdade, parece ser de nossa cultura preferir que o Estado substitua a vontade das partes (conforme célebre concepção de Chiovenda³), a tentar compor o conflito. Em regra, o máximo que se faz é o que se conhece tecnicamente como negociação: tentar cooptar a outra parte a atender os reclamos, sob a “ameaça” de se ingressar no Judiciário. Isso é muito pouco. Mas é certo que, por vezes, é mais trabalhoso tentar realizar extrajudicialmente um acordo. Esse é um dos fatores que afetam a obtenção de soluções amigáveis nos conflitos.

Entretanto, a busca por conciliação tem crescido, diante da demora e custos das decisões judiciais. Ela é especialmente marcante na Justiça do Trabalho e nos Juizados Especiais e as reformas do processo civil a contemplaram. A Lei n.º. 8.952/94 incluiu o inciso IV no art. 125

1 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.conciliar.cnj.gov.br/conciliar/index.jsp>>. Acesso em: 30 jan.2007.

2 A conciliação também não pode ser vista como uma maneira de o devedor pagar menos do que deve, aproveitando-se da pressão econômica que há, muitas vezes, sobre o credor, mormente na Justiça do Trabalho.

3 NASSIF, Elaine. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da “justiça menor” no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTR, 2005, p.151. Apud CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción em el sistema de los derechos*. Bogotá: Temis, 1986.

do Código de Processo Civil: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe [...] IV – Tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

Mais recentemente, a Lei n.º. 10.444/02 alterou o art. 331 daquele diploma legal, determinando a designação de audiência preliminar, em que se tentará a conciliação.

Contudo, no âmbito da Justiça Federal, há algumas questões intrincadas a serem debatidas. A determinação constitucional da competência da Justiça Federal se dá, especialmente, em razão da natureza do sujeito, eis que, em regra, estará presente num dos polos da relação jurídica um ente da Administração Pública Direta ou Indireta. Daí vem a questão envolvendo a indisponibilidade do interesse público, aspecto distintivo de tais sujeitos. Como “conciliar” isso com a necessidade de conciliação? Outra questão diz respeito à isonomia. Admitindo-se que a Administração Pública possa conciliar, poderá ela fazer acordos diferentes com administrados em situação igual, sob o manto da conveniência administrativa?

Este artigo pretende suscitar o debate no âmbito da Justiça Federal, enfrentando as questões da indisponibilidade do interesse público, legalidade e isonomia/impessoalidade.

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O vocábulo “conciliação” é equívoco. Daí a necessidade de situá-la e diferenciá-la de outras formas de alternativas de resolução de conflitos como mediação, negociação, arbitragem. Na mediação, um terceiro buscará aproximar as partes a fim de que elas mesmas cheguem a uma solução da controvérsia. A ele não cabe impor, ou sequer propor, uma resposta, por isso ela é considerada uma forma de autocomposição. Igualmente, na negociação, as partes por si próprias, ou por seus procuradores, tentam chegar a um acordo. Na arbitragem, um terceiro escolhido pelas partes tem a incumbência de resolver o conflito, sendo uma forma de heterocomposição.⁴ Conceituando a conciliação, José Maria Rossani Garcez escreveu:

No Brasil a expressão conciliação tem sido vinculada principalmente ao procedimento judicial, sendo exercida por juízes, togados ou leigos, ou por conciliadores bacharéis em direito, e representa, em realidade, um degrau a mais em relação à mediação, isto significando que o conciliador não se limita apenas a auxiliar as partes a chegarem, por elas próprias, a um acordo, mas também pode aconselhar e tentar induzir as mesmas a

4 SILVA, João Roberto. *A mediação e o processo de mediação*. 1. ed. São Paulo: Paulistanajur, 2004. p.77-78. APUD COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Brasília: Ed. UNB. 2001.

que cheguem a este resultado, fazendo-as divisar seus direitos, para que possam decidir mais rapidamente.⁵

A Procuradora do Trabalho, Elaine Nassif, traduziu um conceito da doutrina italiana nesses moldes:

[...] um procedimento de resolução de controvérsias, na qual uma terceira pessoa imparcial, o conciliador, assiste às partes em conflito guiando a sua negociação e orientando-as no sentido de encontrar acordos reciprocamente satisfatórios.⁶

Nessa linha, a definição constante da Enciclopédia Jurídica Leib Soibelman:

Conciliar é fazer com que as partes entrem em acordo, dispensando uma decisão de mérito do juiz, cuja sentença passa a ser meramente homologatória da vontade das partes, embora com o mesmo valor de uma sentença ordinária.⁷

Em síntese, a conciliação é um procedimento de solução de controvérsias em que um terceiro, de forma imparcial, conduz as partes a um acordo satisfatório. Pode ser judicial ou extrajudicial.

Em que pese a virtual unanimidade no conceito de conciliação, a sua natureza jurídica já é bastante controvertida. Conforme lição de Wagner Giglio, pode-se vislumbrar três correntes: a que classifica a conciliação como um ato jurisdicional normal, por considerar a jurisdição como ponto de partida e de chegada; para essa corrente seria uma atividade do juiz e das partes, disciplinada pela lei; a segunda, que vê a conciliação como um ato intermediário entre o jurisdicional e o administrativo, uma vez que a lide seria solucionada sem a intervenção do juiz, mas com resultado idêntico ao que seria alcançado por seu intermédio; e a corrente que concebe a conciliação como um mero ato administrativo, com características próprias. Ao propor a conciliação, o juiz não exerceria a função jurisdicional,

5 GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004, p.54.

6 NASSIF, Elaine. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da "justiça menor" no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTR. 2005, p.151. Apud RUSSO, Carmine; MASTRANGELO, Tiziana; RAINERI, Pierangelo. *Conciliazione e arbitrato*. Roma: Romana, 2002

7 SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia Jurídica Eletrônica*. Editores Lea Hasson Soibelman e Felix Soibelman. Rio de Janeiro: Elfez, 2005. Cd-Rom

mas sim administrativa, que pode ser classificada com um dos atos administrativos externos praticados pelos tribunais.⁸

Elaine Nassif traça quadro em que elenca as seguintes possibilidades:

- corrente jurisdicionalista: vê a conciliação como instituto processual. Privilegia o princípio inquisitivo e o papel interventor do juiz;
- corrente contratualista: enfatiza o poder dispositivo das partes. O acordo homologado é um negócio jurídico e vale como título executivo porque a lei o diz e não por causa da coisa julgada, a que não estaria adstrito.
- corrente da jurisdição voluntária: admite três subcorrentes: administrativista, jurisdicionalista e autonomista. As subcorrentes administrativista e jurisdicionalista equivaleriam às correntes contratualista e jurisdicionalista. A subcorrente autônoma considera a jurisdição voluntária com um terceiro gênero distinto, nem jurisdicional nem administrativo.
- corrente híbrida: seria contratualista quanto ao procedimento e jurisdicionalista quanto aos efeitos.⁹

A conceituação definitiva da natureza jurídica da conciliação foge ao escopo deste trabalho. Entretanto, a corrente híbrida supramencionada parece ser a que melhor se ajusta ao nosso sistema jurídico. Isso porque a conciliação depende da vontade das partes, seja para se submeter ao procedimento, ou para dizer quais os termos do acordo. As questões processuais (contraditório, prova) ou de direito material (culpa, debates doutrinários e jurisprudenciais) ficam afastadas no momento da conciliação, isto é, abre-se mão de buscar a verdade material, com todo o seu custo material e emocional implícito (produção de provas, possibilidade de recursos, liquidação), com o objetivo de por fim ao conflito. A rigor, não se cuidará do processo, mas sim da manifestação de vontade da parte na celebração de um negócio jurídico que solucione o litígio. Contudo, os efeitos que são atribuídos a esse ato são jurisdicionalizados. Uma vez homologado pelo juiz o acordo, este terá a eficácia de título executivo, não cabendo recurso contra essa sentença homologatória. São consequências que estão muito além da mera vontade das partes e que são chanceladas pelo Estado-juiz ao conceder *status* de definitividade (próprio da Jurisdição) ao negócio jurídico. Daí sua natureza híbrida.

8 GIGLIO, Wagner D. *A conciliação nos dissídios individuais do trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1997.

9 NASSIF, Elaine. *Conciliação judicial e indisponibilidade de direitos: paradoxos da "justiça menor" no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTR. 2005, p.113-114.

Depreende-se de seu conceito e natureza que a conciliação, além da solução mais rápida do litígio e da maior possibilidade de cumprimento ao acordo (já que as próprias partes deliberaram sobre isso), traz outros benefícios como a liberação dos órgãos do Judiciário para atuação mais célere nas demais causas.

3 A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

Como o presente trabalho se cinge à conciliação na esfera da Justiça Federal, é necessário estabelecer a razão de ser dessa justiça especializada, isto é, o que determinará sua competência e, em função disso, de que “causas” ela tratará.

Situando historicamente o tema, percebe-se que a especialização de um ramo da justiça como “federal” é fruto da República. Antes disso, no Brasil-império, a Justiça era una e, em boa medida, controlada pelo Imperador, a despeito da vastidão do território.

Com a proclamação da República, o Poder Judiciário ganhou nova conformação, de inspiração notadamente norte-americana. A distinção foi bem definida por Rui Barbosa:

Na dualidade judiciária da nossa organização constitucional, não pode haver senão duas idéias: a de uma justiça criada pelo Estado, e a de uma justiça ligada à União; a justiça local e a justiça federal. À justiça local incumbe, como competência que lhe é nativa, o domínio das relações civis de caráter comum; à justiça federal pertence privativamente o domínio dos fatos e das relações de natureza política, daquelas que entendem com o regime constitucional, ou que tocam fundamentalmente às instituições constitucionais.¹⁰

O marco legislativo, antes mesmo da Constituição de 1891, foi o Decreto nº. 510 de 22.06.1890, que deitou as bases da organização do Estado, o qual tomaria corpo na Constituição. Esse decreto previa um Supremo Tribunal Federal, juízes federais e tribunais federais. Logo em seguida, o Decreto nº. 848 criou oficialmente a Justiça Federal. Posteriormente, a Lei nº. 221 de 1894 completou a organização da Justiça Federal e, em 1918, foi aprovada a Consolidação da Justiça Federal, pelo Decreto nº. 3048¹¹.

Extinta a Justiça Federal pela Constituição Federal de 1937, ela só seria restabelecida em 1946 (parcialmente), e em 1965, pelo Ato

10 FREITAS, Vladimir Passos. *Justiça Federal: histórico e evolução no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2003, p.18 APUD BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. V. IV. P.61.

11 FREITAS, Vladimir Passos. *Justiça Federal: histórico e evolução no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2003, p.23.

Institucional nº. 2, e, mais especificamente, com a Lei nº. 5.010/66, passou a ter, basicamente, a configuração que hoje apresenta.¹²

Percebe-se, então, que a criação da Justiça Federal estava intimamente ligada ao regime republicano e à ideia de Federação.

O constituinte de 1988 manteve, *grosso modo*, a “especialização” da Justiça Federal antes estabelecida. Pode-se dizer, então, que a competência¹³ da Justiça Federal é diferenciada, em razão dos critérios constitucionais de distribuição da competência.

Na interpretação das regras constitucionais de competência, tudo o que não for atribuição da Justiça do Trabalho, da eleitoral e da Militar é da Justiça Comum (Federal e Estadual). Tudo o que não couber na competência da Justiça Federal é da competência residual da Justiça Estadual.¹⁴

Não houve uma mudança nos critérios de delimitação da competência. Basicamente esse critério é estabelecido em razão da pessoa, ou seja, presente a União Federal e outros entes federais, a competência será da Justiça Federal. Nesse sentido:

Com relação à União Federal, o legislador, dadas as peculiaridades das questões que a envolvem, achou por bem criar uma justiça especializada, incumbida de apreciar e julgar as ações do seu interesse. Daí dizer-se que o critério que determina a fixação da competência para julgamento das causas de interesse da União Federal é em razão da qualidade da pessoa na lide. Despreza-se qualquer outro critério, matéria, territorial ou de alçada. O que importa é a presença ou não da União Federal na lide. [...]

Não é obra do legislador ordinário a fixação desse foro especial, destinado ao julgamento das causas de interesse da União Federal. Trata-se de matéria insculpida no texto da Lei Fundamental e complementada pela legislação infraconstitucional. Assim, a Constituição atribui à Justiça Federal competência para processar e julgar as causas de interesse da União, entidade autárquica e empresa pública federal¹⁵.

Portanto, apenas o que estiver estritamente disposto no texto constitucional será de competência da Justiça Federal.

Em que pese a competência ser fixada, basicamente, em função do sujeito, tal critério não é elencado no diploma processual civil. Nele podem

12 SOUTO, João Carlos. *A união federal em Juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2000. p.215.

13 Não se pode ignorar a distinção feita entre jurisdição e competência. A primeira é expressão de um poder, o Judiciário, a segunda decorre daquela como necessidade de racionalização e divisão de tarefas; é a “medida de jurisdição”.

14 BOCHENEK, Antônio César. *Competência civil da justiça federal e dos Juizados Especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p.57.

15 SOUTO, João Carlos. *A união federal em Juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2000. p.210.

ser visualizados os critérios material, funcional, territorial e em razão do valor. Assim, a doutrina diverge quanto a qual deles a competência da Justiça Federal se relaciona. Para Moacyr Amaral dos Santos:

A esta última competência – em razão das pessoas – não se refere o Código de Processo Civil. Na técnica desse Código, onde estaria incluída tal modalidade de competência? Para certos e ilustres intérpretes da lei, a competência em razão das pessoas seria abrangida pela competência funcional. Com a devida vênia, pensamos diversamente. A competência em razão das pessoas se distingue pelos sujeitos da lide – autor e réu – não pelas funções dos juízes. Por essa razão ela somente poderá, vista a lide pelos seus elementos externos, isto é, segundo o critério objetivo, ser abrangida pela competência em razão da matéria, na técnica do Código de Processo Civil, e, assim, incluída entre as competências absolutas.¹⁶

Percebe-se, portanto, que a competência da Justiça Federal é absoluta.

É possível subdividir a competência da Justiça Federal, prevista no texto constitucional, à luz dos critérios acima mencionados. Assim:

A Justiça Federal tem competência para o processo e julgamento das causas em que determinadas pessoas são partes na relação processual (art. 109, I e II), além das causas estabelecidas pelo critério material (art. 109, parte final dos incisos X e XI), pessoal-material (art. 109, III), pessoa- procedimental (art. 109, VIII) e funcional (arts. 108 109, parte intermediária do inciso X)¹⁷.

Para o fim a que se propõe este trabalho importa saber quem são as pessoas (da Administração Pública) que litigam na Justiça Federal. Assim, do ponto de vista subjetivo, pode-se visualizar conflitos contra a União, suas autarquias (INSS, INCRA, IBAMA, etc), conselhos de classe (CRF, OAB, etc), fundações públicas federais (FUNASA, IBGE, FUNAI, etc), empresas públicas (CEF, ECT, INFRAERO, EMGEA, etc), entes no exercício de atividade federal delegada (universidades, hospitais).

Diante da quantidade de entes da Administração Pública Federal que litigam na Justiça Federal, as causas podem versar sobre os mais diversos ramos do direito. No entanto, na tentativa de uma classificação sob o aspecto objetivo, podemos listar a natureza de algumas lides: administrativas (reajuste de servidores, por exemplo), tributárias (incluindo

16 SOUTO, João Carlos. *A união federal em Juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2000. p.220. APUD SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 12ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1985. vol. 1.

17 BOCHENEK, Antônio César. *Competência cível da justiça federal e dos Juizados Especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p.57.

aí a execução fiscal), previdenciárias, agrárias, ambientais, possessórias, referentes ao Sistema Financeiro da Habitação, à nacionalidade e naturalização, aos direitos indígenas e as de competência dos Juizados Especiais. Em razão do critério material, há, ainda, as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional e as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e município ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil.

Cabe anotar a existência da chamada “intervenção anômala” da União, trazida pela Lei n.º. 9469/97. Essa lei introduziu a possibilidade de a Administração Pública em Juízo intervir, demonstrando, apenas, interesse econômico:

Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

Embora não haja, ainda, manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da sua constitucionalidade, o dispositivo é bastante criticado:

A falta de técnica com que o instituto foi concebido e a inusitada regência que se lhe emprestou geram figura insólita, de difícil trato pelo direito processual. Não são poucos, com efeito, que sustentam a inconstitucionalidade da intervenção anômala, quando menos pela forma absolutamente estranha com que tratou o tema da competência diante da intervenção (violando, nisso, a regra expressa do art. 109, I, da CF).¹⁸

Por fim, convém anotar que a criação dos Juizados Especiais Federais, em 2001, pela Lei n.º. 10.259, não significou alteração de competência, mas sim criação de procedimento próprio para processamento de causa menos complexas, dentro do rol de competências da Justiça Federal.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p.190.

4 O IMPASSE ENTRE CONCILIAÇÃO E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Definidos os possíveis protagonistas da conciliação, cabe agora enfrentar a questão atinente à indisponibilidade do interesse público, caráter distintivo dos entes públicos que litigam, e que pode, à primeira vista, inviabilizar qualquer vislumbre de acordo ante a impossibilidade de tais entes transigirem com relação a seus interesses.

Tais sujeitos, a rigor, não titularizam esses interesses, são apenas seus curadores, na medida em que o efetivo titular é o Estado. Nesse sentido leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Relembre-se que a Administração não titulariza interesses públicos. O titular deles é o Estado, que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração, em sentido objetivo ou orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei¹⁹.

Essa distinção acerca do verdadeiro titular do interesse público é bastante importante, como se verá adiante. O mesmo autor ensina que “a indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*”²⁰.

É curioso observar que costuma-se ver o Estado como um ente abstrato que paira acima da sociedade, com o qual temos uma relação de alteralidade, isto é, ele é visto como um “outro” sujeito. Mas ao se recordar as lições de Teoria Geral do Estado, percebe-se que a razão de ser do Estado Moderno é o homem – ao menos no Ocidente. O Estado é concebido não mais em razão da divindade, mas em função da coletividade. Assim, podemos dizer, parodiando Luis XIV, que “o Estado somos nós”²¹.

Nessa linha se manifesta o Juiz Federal Emmerson Gazda em artigo sobre o poder-dever de transigir a que Administração Pública está adstrita:

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.45

20 Idem. p. 45

21 Luis XIV. Rei absolutista, autor da célebre frase “Le État c'est moi”.

É por isso e para isso que o Estado existe, constituindo-se a pessoa humana, de forma individual e coletiva, em seu princípio, seu meio e seu fim. Princípio porque quem lhe constitui são seus próprios integrantes. Meio porque é a pessoa humana integrante do Estado que deve lhe dirigir e conduzir, tanto pela participação direta como agente do Estado, como especialmente pela participação política. Fim em razão de o Estado estar constituído para assegurar aos seus membros a sobrevivência, convivência, socialização e pleno desenvolvimento.²²

Nesse ponto é oportuno anotar outra distinção: interesse público primário e interesse público secundário. Aquele se relaciona com os fins do Estado. Diz com a vontade popular expressa no texto constitucional. Este diz respeito a interesses transitórios do Governo, que podem não coincidir com aquele.

De um modo geral, a doutrina e a jurisprudência assinalam que o interesse público, em razão de sua indisponibilidade e supremacia, não admite conciliação ou transação, exceto se autorizada por lei.

Para João Carlos Souto, *o ente público é titular de direito indisponível, não sujeito a transação – salvo os casos especificados em lei – e a renúncia por parte de seus administradores (sic)*²³.

Ao vincular a indisponibilidade do interesse público ao princípio da legalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que: *os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.*²⁴

Igualmente, no âmbito tributário, Luciano Amaro, ao tratar da transação e remissão, diz que:

A transação, instituto previsto no art. 840 do Código Civil de 2002, é, no plano tributário, regulada no art. 171 do Código Tributário Nacional. Curiosamente, o Código Civil de 2002, que expressou, como vimos linhas atrás, a aplicação das normas de compensação às dívidas fiscais e parafiscais, afirma que a transação só se permite quanto a direitos patrimoniais de caráter privado. Não obstante, o referido art. 171 do Código Tributário Nacional prevê a possibilidade de a lei facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação

22 GAZDA, Emmerson. Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir. *Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 23, n.º 83, p.131-158, jan/mar 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm> Acesso em: 02 fev. 2007.

23 SOUTO, João Carlos. *A união federal em juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.177

24 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.46.

tributária, celebrar transação, que, mediante concessões recíprocas, importe em terminação de litígio e conseqüente extinção da obrigação tributária (ou do ‘crédito tributário’, como diz o Código); deve a lei indicar a autoridade competente para autorizar a transação (art. 171, parágrafo único), o que também não pode implicar a outorga de poderes discricionários. A remissão (perdão de débito), tratada nos arts. 385 e seguintes do Código Civil de 2002, é disciplinada no plano fiscal pelo art. 172 do Código Tributário Nacional, que arrola as várias situações em que a lei pode autorizá-la. Mais uma vez, não se trata de providência que fique a critério da autoridade administrativa.²⁵

Nesse sentido, também, Eduardo de Moraes Sabbag leciona sobre transação:

Trata-se de acordo ou concessões recíprocas que põem fim ao litígio (Lei n.º. 10.406/2002, arts. 840 a 850 do Código Civil). Ademais, depende de lei autorizativa para sua instituição (modalidade indireta de extinção do crédito tributário).²⁶

No tocante à transação no direito tributário (art. 171 do Código Tributário Nacional), há quem defenda, inclusive, a sua inconstitucionalidade:

Nos lindes da tributação, contudo, tenho para mim que não há lugar para a transação. Em despeito do quanto dispõe o art. 171 do Código Tributário Nacional e apesar da equivocada opinião ainda prosperante em expressiva parcela da doutrina, não padece dúvida que o aludido instituto afigura-se incompatível com as premissas concernentes à tributação, dentre elas a necessária discricionariedade que preside a transação e a vinculabilidade que permeia toda função administrativa relativa aos tributos. [...] Pelos argumentos expostos, observo que o art. 171 abriga uma vitanda impropriedade, merecendo declarado ilegal e inconstitucional pelas Cortes Administrativas e Judiciais, enquanto o Congresso Nacional não fizer o que deve, ou seja, bani-lo do CTN.²⁷

É importante notar que a o vocábulo “transação” é, muitas vezes, utilizado de forma equívoca. Assim, fala-se em transação

25 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p.377.

26 SABBAG, Eduardo de Moraes. *Elementos do direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Premier Máxima. 2005. p. 241-242.

27 ÁLVARES, Manoel. *Código tributário nacional comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 710. APUD JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Comentários ao código tributário nacional*, coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva. 1998. v. 2.

quando na verdade trata-se de parcelamento (v.g. as leis que instituem parcelamento na esfera tributária). Possivelmente isso se deve ao fato de o Poder Público – Fisco – quando institui o parcelamento, de certa forma, transige quanto à integridade de recebimento de seu crédito, seja porque admite o pagamento em várias parcelas, ou porque concede algum benefício para quem se submete ao instituto. Mas é certo que as consequências de um e de outro instituto são diversas. Pela dicção do art. 151, VI, do Código Tributário Nacional, o parcelamento é forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (instituída, aliás, pela Lei Complementar n.º. 104/ 2001), enquanto que a transação é forma de extinção do crédito (art.156, III do CTN).

Nesse sentido leciona Rodrigo César de Oliveira Marinho²⁸, que, ao comentar o parcelamento previsto na Medida Provisória n.º. 303/06, defendeu que transação não é forma de extinção do crédito²⁹. De fato, o argumento é consistente eis que, a rigor, a transação, por si só, não levará à extinção do crédito tributário, mas ela pode ser o meio a partir do qual será extinta a obrigação tributária. A transação deve, portanto, ser devidamente situada e isso requer, para a garantia da indisponibilidade do interesse público e da isonomia/impessoalidade, que a legalidade seja observada, havendo muito espaço a ser disciplinado, pela via legislativa, para que a conciliação no âmbito federal possa ter mais resultados.

Exemplo disso é a Resolução n.º. 443 de 22 de fevereiro de 2006 do Conselho Federal de Farmácia, que faculta aos conselhos regionais

28 MARINHO, Rodrigo César de Oliveira. *Os Efeitos Decorrentes da Transação sob o foco da MP 303/2006*. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/main_index.php?home=home_artigos&m=_&nx_=&viewid=144886>. Acesso em 27 fev. 2007.

29 A celebração da transação não faz desaparecer qualquer dos elementos do liame obrigacional. O sujeito ativo continua intacto, com o seu dever subjetivo de exigir o objeto da prestação, assim como o sujeito passivo com dever que lhe é inerente e o objeto da prestação. A única coisa que se modificou foi a ampliação do leque de opções que o sujeito passivo tinha para solver a sua dívida. Nada mais do que isso. No caso do parcelamento concedido pelo Estado, através da MP 303/2006, o sujeito passivo ganhou mais uma forma para poder cumprir o dever que lhe é acometido pela obrigação tributária.

A extinção dessa obrigação somente se operará, quando findo o pagamento de todas as parcelas definidas quando da celebração do termo que traduz a transação, momento em que desaparecerá o elemento “crédito” da relação jurídica tributária, ou seja, o dever subjetivo de realizar a prestação, que é inerente ao sujeito passivo dessa relação.

Conclusão

Diante de tais argumentos, só podemos concordar que a transação não tem o condão de extinguir a obrigação jurídica tributária, no entanto, a celebração da transação suspende a exigibilidade dessa obrigação jurídica, até que o sujeito passivo venha a descumprir alguma das normas veiculadas por ocasião da celebração do termo de transação. Pela transação autorizada através da MP 303/2006, a suspensão da exigibilidade da obrigação tributária perdura até o pagamento final, quando se opera a extinção dessa obrigação ou, por exemplo, até que o sujeito passivo deixe de efetuar o pagamento de duas prestações consecutivas ou alternadas, conforme disposto por essa norma que autorizou a transação. Fecha-se aqui o entendimento de que o parcelamento é uma forma de concessão por parte do credor, com o intuito de facilitar, disponibilizando novas alternativas para que o devedor cumpra com a sua obrigação. E, sendo uma concessão, nada mais certo do que enquadrar o parcelamento como espécie de transação, sem esquecer que, no âmbito do Direito Tributário, a transação não gera a extinção da obrigação tributária que, por sua vez, somente será observada, quando do pagamento integral da dívida.

possibilidade de transação³⁰, e a Lei n.º. 9.469/97³¹, disciplinadora da atuação da Administração Federal em juízo, e que, dentre outras coisas, trouxe a possibilidade de o Estado transigir em determinados casos:

LEI N.º. 9.469, DE 10 DE JULHO DE 1997

Art. 1.º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a

30 RESOLUÇÃO No- 443, DE 22 DE FEVEREIRO DE 2006. Unifica os procedimentos administrativos de transação nos processos administrativos e executivos fiscais nos Conselhos Regionais de Farmácia.

O CONSELHO FEDERAL DE FARMÁCIA, Pessoa Jurídica de Direito Público Interno, criada pela Lei Federal n.º. 3.820, de 11 de novembro de 1960; Considerando a Decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 1717/DF, que reconheceu o múnus públicos dos Conselhos de Profissões Regulamentadas, declarando a inconstitucionalidade do artigo 58, e seus parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei Federal n.º. 9.649/98; Considerando que como Entes Públicos os Conselhos Federal e Regionais de Farmácia devem observar os princípios norteadores da Administração Pública, dentre estes, a legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência; Considerando a natureza tributária das contribuições dos Conselhos Federais de Profissões Regulamentadas e a Receita dos artigos 26 e 27, da Lei Federal n.º. 3.820/60; Considerando as Leis Federais n.º. 6.830/80, 8.429/92 e 8.906/94; Considerando a necessidade de estabelecer unidade de procedimentos de transações administrativas dos processos administrativos e executivos fiscais em trâmite nos Conselhos Regionais de Farmácia, resolve:

Art. 1.º - É garantido aos conselhos regionais de farmácia a transação administrativa nos processos administrativos e executivos fiscais, sendo facultada às pessoas físicas e jurídicas inscritas mediante provocação escrita dirigida ao Presidente do CRF respectivo.

Parágrafo único: Cabe ao conselho regional observar o prazo da transigência firmada, não podendo protrair até um ano após o mandato da Diretoria que ratificou o TERMO DE TRANSAÇÃO, por ato de seu Presidente.

Art. 2.º - Os processos administrativos fiscais devem ser autuados, registrados e numerados, na forma da resolução 293/96 deste órgão, cabendo a negociação administrativa ao seu Presidente, ou Diretor-Tesoureiro, vedada a delegação.

Art. 3.º - Caberá aos senhores Presidente e Diretor-Tesoureiro visarem e homologarem todas as transações administrativas dos procedimentos administrativos fiscais, sob pena de nulidade.

Art. 4.º - É garantida a transação fiscal nos processos executivos fiscais com trâmite definido pela Lei Federal n.º. 6.830/80, devendo ser remetido o termo de transação para o juízo federal competente, para fins de respectiva homologação.

Art. 5.º - É garantido ao Procurador, Assessor ou Advogado contratado do Conselho Regional, a percepção de honorários advocatícios referente à transação administrativa de processos ajuizados, cabendo ao Presidente editar ato administrativo que garanta a verba, no limite de 10% (dez por cento) do débito executivo fiscal.

Art. 6.º - O pagamento de honorários advocatícios tem natureza alimentar, devendo o conselho regional proceder ao levantamento mensal dos acordos firmados e verbas recebidas, para quitação em favor do Procurador, Assessor ou Advogado contratado, até trinta dias do mês subsequente à sua liquidação.

Art. 7.º - Deve o Conselho Regional de Farmácia adotar procedimentos administrativos e contábeis, para promoção de transação administrativa, designando servidor do conselho, para adoção dos procedimentos no fim de decisão da Presidência a respeito, nos termos do artigo 2.º desta Resolução.

Art. 8.º - É delegado aos Procuradores, Assessores ou Advogados contratados a celebração de TERMO DE TRANSAÇÃO, referente aos processos executivos fiscais, devendo elaborar termo próprio, lançado aos autos e remetido ao juízo federal competente.

Art. 9.º - Os serviços de Auditoria Interna deverão promover levantamento dos créditos executivos fiscais não cobrados e não ajuizados, quando do exame das prestações de contas e auditorias de inspeção nos Conselhos Regionais de Farmácia.

Parágrafo Único: O procedimento do caput deste artigo também é aplicável aos processos executivos fiscais em andamento.

Art. 10 - O Conselho Regional de Farmácia, quando do encaminhamento da prestação de contas do respectivo exercício, deverá informar obrigatoriamente os créditos fiscais cobrados e não ajuizados, referente ao último quinquênio, sob pena de rejeição na forma da lei.

Art. 11 - Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

JALDO DE SOUZA SANTOS.

Disponível em: <http://www.crfsp.org.br/juridica/legislacao/legislacao_shw.asp?id=709> Acesso em: 03 mar. 2007.

31 Brasil. Lei Federal n.º. 9.469 de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9469.htm>. Acesso em: 03 mar. 2007.

realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.

Como se vê, há lei regulando, ainda que de forma tímida, a matéria, e não há dúvida que a administração pública federal está adstrita ao princípio da legalidade. Contudo, dentro de nosso ordenamento jurídico, independentemente da criação legislativa, há espaço para a realização de conciliação, ainda que seja extremamente salutar a edição de leis regulando de forma mais ampla o instituto. Ao lado da referida lei, mais recentemente, a Lei n.º 10.522/02³² autorizou a desistência ou não ajuizamento em causas de competência da Procuradoria da Fazenda Nacional³³. Com efeito, tem

32 Brasil. Lei federal n.º 10.522 de 19 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10522.htm>. Acesso em 03 mar. 2007.

33 Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

I - à contribuição de que trata a Lei no 7.689, de 15 de dezembro de 1988, incidente sobre o resultado apurado no período-base encerrado em 31 de dezembro de 1988;

II - ao empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei no 2.288, de 23 de julho de 1986, sobre a aquisição de veículos automotores e de combustível;

III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social – Finsocial, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei no 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (cinco décimos por cento), conforme Leis nos 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto-Lei no 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

IV - ao imposto provisório sobre a movimentação ou a transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira – IPMF, instituído pela Lei Complementar no 77, de 13 de julho de 1993, relativo ao ano-base 1993, e às imunidades previstas no art. 150, inciso VI, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição;

V - à taxa de licenciamento de importação, exigida nos termos do art. 10 da Lei no 2.145, de 29 de dezembro de 1953, com a redação da Lei no 7.690, de 15 de dezembro de 1988;

VI - à sobretaxa ao Fundo Nacional de Telecomunicações;

VII - ao adicional de tarifa portuária, salvo em se tratando de operações de importação e exportação de mercadorias quando objeto de comércio de navegação de longo curso;

VIII - à parcela da contribuição ao Programa de Integração Social exigida na forma do Decreto-Lei no 2.445, de 29 de junho de 1988, e do Decreto-Lei no 2.449, de 21 de julho de 1988, na parte que exceda o valor devido com fulcro na Lei Complementar no 7, de 7 de setembro de 1970, e alterações posteriores;

IX - à contribuição para o financiamento da seguridade social – Cofins, nos termos do art. 7º da Lei Complementar no 70, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar no 85, de 15 de fevereiro de 1996.

X - à Cota de Contribuição revigorada pelo art. 2º do Decreto-Lei no 2.295, de 21 de novembro de 1986. (Incluído pela Lei n.º 11.051, de 2004)

§ 1º Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).

sido constantes os atos Declaratórios que autorizam a não apresentação de contestação ou de recursos em temas pacificados no âmbito da PGFN. Nesse sentido, são, também, a Instrução Normativa nº. 3 de 25.06.1997 e as Portarias nº. 505, de 19 de junho de 2002 e nº. 1.053, de 8 de novembro de 2006 da Advocacia-Geral da União.³⁴

Em que pese a existência de tais regramentos, a disciplina ainda é muito tímida. Basta imaginar o número de ações em que são partes a União e outros entes federais. É inviável a autorização do Advogado-Geral

§ 2º Os autos das execuções fiscais dos débitos de que trata este artigo serão arquivados mediante despacho do juiz, ciente o Procurador da Fazenda Nacional, salvo a existência de valor remanescente relativo a débitos legalmente exigíveis.

§ 3º O disposto neste artigo não implicará restituição ex officio de quantia paga.

Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº. 11.033, de 2004)

I - matérias de que trata o art. 18;

II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda.

§ 1º Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente, reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, hipótese em que não haverá condenação em honorários, ou manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial. (Redação dada pela Lei nº. 11.033, de 2004)

§ 2º A sentença, ocorrendo a hipótese do § 1º, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

§ 3º Encontrando-se o processo no Tribunal, poderá o relator da remessa negar-lhe seguimento, desde que, intimado o Procurador da Fazenda Nacional, haja manifestação de desinteresse.

§ 4º Fica o Secretário da Receita Federal autorizado a determinar que não sejam constituídos créditos tributários relativos às matérias de que trata o inciso II.

§ 5º Na hipótese de créditos tributários constituídos antes da determinação prevista no § 4º, a autoridade lançadora deverá rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso.

§ 4º A Secretaria da Receita Federal não constituirá os créditos tributários relativos às matérias de que trata o inciso II do caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº. 11.033, de 2004)

§ 5º Na hipótese de créditos tributários já constituídos, a autoridade lançadora deverá rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso. (Redação dada pela Lei nº. 11.033, de 2004)

Art. 20. Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (Redação dada pela Lei nº. 11.033, de 2004)

§ 1º Os autos de execução a que se refere este artigo serão reativados quando os valores dos débitos ultrapassarem os limites indicados.

§ 2º Serão extintas, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, as execuções que versem exclusivamente sobre honorários devidos à Fazenda Nacional de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais). (Redação dada pela Lei nº. 11.033, de 2004)

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica às execuções relativas à contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. § 4º No caso de reunião de processos contra o mesmo devedor, na forma do art. 28 da Lei nº. 6.830, de 22 de setembro de 1980, para os fins de que trata o limite indicado no caput deste artigo, será considerada a soma dos débitos consolidados das inscrições reunidas. (Incluído pela Lei nº. 11.033, de 2004)

34 Disponível em: <http://www.agu.gov.br/Bases_Juridicas/docs/Caderno2.doc>. Acesso em: 27 fev. 2007.

da União e dos dirigentes dos entes federais em cada uma dessas causas. Como consequência disso, pouquíssimos acordos são firmados.

Para superar isso, veja-se o que ensina o juiz federal Emmerson Gazda. Ele defende, sob o enfoque da teoria política, que a administração pública em Juízo possui um poder-dever de transigir. Para ele, uma vez solucionada de forma pacífica uma questão pelo Poder Judiciário, a administração pública teria o dever de acatá-la nos demais casos, sob pena de desvirtuamento do princípio da separação dos poderes, contrariando a lógica da estrutura estatal. Se somente isso fosse observado de forma mais efetiva, muitos recursos deixariam de ser interpostos e vários litígios seriam solucionados sem sequer chegarem ao Judiciário³⁵.

Observe-se que, quanto a isso, não se faz necessária qualquer edição de ato legislativo regulando tais hipóteses, uma vez que seria uma decorrência lógica do sistema de separação de poderes.

Sob a ótica da teoria da constituição, o referido autor argumenta que a solução pacífica das controvérsias é um dos objetivos da Constituição Federal de 1988, como teria ficado evidente na redação do preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade 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 das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Em que pese a ausência de força normativa, o preâmbulo deve ser considerado para fins de interpretação do texto constitucional, por refletir o momento histórico da promulgação da Carta. Aliás, a ausência de uma regra/princípio constitucional mais incisivo sobre a conciliação (com exceção da referência aos juizados especiais) reflete a cultura do litígio que influencia o *modus operandi* dos operadores do direito. Com efeito, o constituinte poderia ter sido mais veemente ao tratar da conciliação, mormente porque a própria Carta de 1988 foi um marco no tocante à ampliação do acesso à justiça. Entretanto, não obstante tal lapso, é mister ressaltar que a conciliação, enquanto forma de solução pacífica dos conflitos em que as partes constroem por si o resultado, significa a participação

35 GAZDA, Emmerson. Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir. *Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 23, n.º 83, p.131-158, jan/mar 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm>. Acesso em: 14 fev. 2007.

direta da população na esfera do Poder Judiciário, realizando de forma mais plena o princípio democrático e contribui para a construção de um Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição da República).

Nessa senda, e analisando os princípios constitucionais da administração pública, inseridos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, por vezes a conciliação será o que mais bem refletirá o princípio da eficiência³⁶. Talvez a melhor forma de entender o referido princípio seja traduzi-lo em uma equação que contemple a legalidade e a relação custo-benefício, ou no dizer de Hely Lopes Meirelles: “Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”³⁷.

A administração pública em Juízo pode se deparar com situações em que o melhor (isto é, o mais eficiente) é evitar o conflito, procurando uma solução consensual.

Nesse sentido, prossegue Emmerson Gazda:

[...] Fica evidente que o Estado-Administração, ao insistir em recorrer de decisões judiciais que seguem precedentes já sedimentados pelas Cortes Superiores e sem qualquer elemento novo que possa implicar alteração de entendimento, não observa os princípios da economicidade e da eficiência, aumentando custos de sua própria estrutura de defesa e do Judiciário, mormente se considerada a possibilidade de propor acordos nesses casos ou estabelecer, via Legislativo, solução para todos os casos, nas hipóteses de demandas em massa. Essa última solução, aliás, é inclusive imperativo constitucional de isonomia, conforme vem sendo exposta na presente exposição, implicando observância do interesse público primário do Estado na realização dos interesses legítimos dos administrados.³⁸

O autor aborda, ainda, outros princípios, partindo de uma necessária co-relação entre princípio do interesse público e o princípio da dignidade da pessoa humana:

É importante destacar, inicialmente, o princípio do interesse público correlacionado à subordinação ao princípio da dignidade da pessoa humana, significando que a vontade geral legítima deve preponderar

36 Em que pese a ausência de indicação mais efetiva da conciliação no texto constitucional, é certo que o Código de Processo Civil sofreu alterações que tornaram mais explícita a busca da conciliação, havendo, inclusive, projeto de lei sobre mediação (nº. PL 4827/98 da Câmara dos Deputados).

37 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros. p. 93.

38 GAZDA, Emmerson. Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir. *Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 23, nº. 83, p.131-158, jan/mar 2006. Disponível em: <http://www.revistadourtrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadourtrina.trf4.gov.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm>. Acesso em: 14 fev. 2007.

sobre a vontade egoisticamente articulada, observando-se que a vontade egoísta pode em muitos casos ser a do Estado e aí não poderá prevalecer. É o caso, por exemplo, em que, havendo precedentes suficientes firmados, o Estado insiste em utilizar as vias recursais. Nessa hipótese não estará sendo realizado o interesse público, na forma como preconizado pela Constituição³⁹.

Além disso, é mister trazer a posição do autor, baseada em estudo de Juarez Freitas, no tocante ao princípio da legalidade, muitas vezes invocado como óbice à transação. Argumentam, os defensores dessa posição, que não há lei autorizando a transação/conciliação:

É interessante notar a existência no Direito administrativo atual de uma superação da legalidade estrita, devendo-se interpretar o Direito em sua totalidade sistemática e aberta, de forma que ‘a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade, sim, todavia encartada no plexo de características e ponderações que a qualificam como sistematicamente justificável!’⁴⁰

Essa questão acerca do princípio da legalidade é bastante delicada. Veja-se, de um lado, que o fato de a matéria já ter sido pacificada no Judiciário, por exemplo, não implica uma relativização de tal princípio, mas, antes, está relacionado à necessária submissão de um dos poderes do Estado (Executivo) ao que foi decidido por outro poder, no caso, o Judiciário.

Todavia, tem razão o autor quando aponta para a superação da legalidade formal – muitas vezes estéril – inserindo-a num contexto mais amplo de justificação. Com efeito, o princípio da legalidade, em verdade, é uma garantia ao administrado contras os arbítrios do Estado e não pode ser usado pela Administração Pública como um escudo para que acordos não sejam celebrados (e recursos sejam apresentados), sob a alegação de que não há lei permitindo a transação. Essa é a posição de Juarez Freitas:

Em Estatuto Fundamental pautado pelo princípio da unicidade da jurisdição (art.5º, XXXV), a Administração Pública precisa, vez por todas, exemplarmente acatar os pronunciamentos irrecorríveis do Poder

39 GAZDA, Emmerson. Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir. *Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 23, n.º 83, p.131-158, jan/mar 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm>. Acesso em 19 fev. 2007

40 GAZDA, Emmerson. Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir. *Direito Federal: revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 23, n.º 83, p.131-158, jan/mar 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm>. Acesso em: 14 fev. 2007.

Judiciário, sob pena de perecer a credibilidade do sistema de controle, dele subtraindo o hálito vital do respeito mútuo e da independência harmônica dos Poderes (art.2º, e 60, § 4º, III, da CF).⁴¹

De fato, esse sistema carece de uma melhor fixação dos critérios legais para a atuação da Administração Pública em Juízo, como se verá adiante, o que, entretanto, não justifica a atuação irrazoável dos advogados públicos, cuja aplicação do citado princípio não leva em conta uma interpretação sistemática.

Tendo em mente que o Estado tem como fim o homem, podemos concluir que a indisponibilidade do interesse público comporta relativizações⁴². Isso porque pode ocorrer de a Administração Pública estar defendendo interesse secundário (v.g. para postergar o pagamento de uma indenização ou vedar a concessão de um benefício a que a parte tem direito), quando, na verdade, o interesse público primária aconselharia o imediato cumprimento da obrigação. Com efeito, por vezes o Poder Executivo em Juízo defende teses já afastadas de forma pacífica pela Jurisprudência, mas que continuam sendo objeto de recursos que, sabidamente, serão improcedentes, fazendo movimentar de forma desnecessária a máquina judiciária a um alto custo para o próprio Estado. Não se quer dizer com isso que as decisões dos tribunais superiores (em especial o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal) são “imaculadas” e inquestionáveis, mas há matérias que estão sobejamente pacificadas e a reiteração do recurso não irá mudar a posição da Corte já sedimentada num sentido. É da essência de nosso sistema jurisdicional buscar a uniformização das decisões (confira-se a respeito a previsão do incidente de uniformização de jurisprudência, entre outros institutos), o que, na verdade, privilegia a isonomia ao oferecer respostas uniformes para casos idênticos.

Portanto, essa indisponibilidade não deve ser vista de forma absoluta, mas sim com um olhar mais amplo e republicano.

Um exemplo da aplicação da transação – inclusive extrajudicial – no direito administrativo foi a edição da Medida Provisória nº. 1.704/98 (e subsequente reedições), que estendeu aos servidores públicos civis da União vantagem antes conferida apenas aos militares, em virtude de decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo como devido o referido aumento:

41 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.151.

42 Convém, entretanto, que essas relativizações sejam regradas, a fim de se evitar casuísmos discriminatórios.

Art. 1º Fica estendida aos servidores públicos civis da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo Federal a vantagem de vinte e oito vírgula oitenta e seis por cento, objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal assentada no julgamento do Recurso Ordinário no Mandado de Segurança no 22.307-7-Distrito Federal, com a explicitação contida no acórdão dos embargos de declaração.

Este é um exemplo de como Administração Pública pode se submeter à decisão do Poder Judiciário (exercendo o STF o controle difuso da questão) e estender os efeitos do *decisum* aos demais casos, ajuizados ou não.

Mais recentemente, o Exmo. Ministro da Fazenda aprovou o Parecer 492 de 26 de maio de 2011, que estabelece o tratamento a ser dispensado pela Fazenda Nacional em relação aos efeitos da coisa julgada, diante da superveniência de precedente definitivo do Supremo Tribunal Federal em sentido diverso de decisão anteriormente proferida, seja em favor da União ou dos contribuintes.

Outro exemplo disso é a decisão do STF no RE 253.885⁴³:

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 à ultimização deste interesse. (RE 253.885, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 4-6-02, DJ de 21-6-02)

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a prática de conciliações com a Caixa Econômica Federal, a Empresa Gestora de Ativos (EMGEA) e outros bancos nas causas do Sistema Financeiro da Habitação tem se revelado promissora. O percentual de realização de acordos é alto e espelha padrões internacionais⁴⁴. É certo que há mais flexibilidade no trato de tais créditos, especialmente em se tratando de contratos cedidos pela CEF à EMGEA, que, por não ser instituição financeira, pode oferecer mais possibilidades de acordos, eis que não sujeita ao regramento específico dos bancos. Mas, acima de tudo, a conciliação significa um procedimento que

43 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Poder Público. Transação. Validade. Recurso Extraordinário n.º 253.885, Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 04 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 03 mar. de 2007

44 Disponível em: <http://certidao.jfsc.gov.br/jfsc2003/comsoc/noticias_internet/mostranoticia.asp?vcodigo=7662>. Acesso em: 01 mar.2007.

satisfaz todas as partes. Os autores têm a perspectiva de quitação e, com isso, de consumir o sonho da casa própria, que até então era um pesadelo, dado o desequilíbrio contratual. Os bancos credores têm a certeza do recebimento de seu crédito e o Poder Judiciário pode entregar a prestação jurisdicional de maneira mais célere, certa e eficiente. Com efeito, o Juiz Federal Erivaldo Ribeiro dos Santos ressalta a oportunidade ímpar para solução definitiva desses conflitos habitacionais:

Há na Justiça Federal uma grande oportunidade de fazer uma jurisdição efetiva, pela via da conciliação, nesses processos do SFH, porque a maioria deles, inserida na primeira instância e nos tribunais, tem por objeto contratos de financiamento absorvidos pela EMGEA, uma empresa bastante flexível e interessada na solução definitiva dessas lides.

Em qualquer fase ou instância é possível conciliar. Há acordo, até mesmo, em processos de execução, com carta de arrematação em favor da EMGEA já expedida, outros com carta já expedida e registrada. Há acordo com terceiros, adquirentes do imóvel por “contrato de gaveta”, afastando a alegação, quando já registrada a carta de arrematação, de que o imóvel deve ser oferecido em leilão público, em obediência à lei de licitações, porque a própria lei n.º 8.66/93 excepciona a hipótese de imóveis destinados a programa habitacional, nos termos do art. 17, I, ‘f’.⁴⁵

A relativização da indisponibilidade do interesse público passa, necessariamente, pela via legislativa. É a lei que fixará critérios para a transação, sob pena de arbítrios e inobservância da isonomia. Nesse sentido, para Paulo de Barros Carvalho a transação deve observar os rigorosos termos em que a lei dispuser, novamente em homenagem ao princípio da indisponibilidade do interesse público.⁴⁶

Não há falar em conciliação fora da legalidade. Ela é a garantia da fiel observância do interesse público. Porém, o ordenamento jurídico é um sistema e, como tal, comporta interpretações que conduzam a Administração Pública à conciliação.

4.1 A QUESTÃO DA ISONOMIA

A conciliação no âmbito federal, como visto, envolve diretamente a Administração Pública, daí ser inescapável a análise de seus princípios

45 SANTOS, Erivaldo Ribeiro dos. A conciliação nas causas do sistema financeiro da habitação. **Revista do CEJ**. Brasília: n.24, jan/mar 2004. p.9-12. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero24/artigo2.pdf>>. Acesso em 01 mar. 2007.

46 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 202.

norteadores, em especial, a legalidade e a indisponibilidade do interesse público. Resta abordar o princípio da isonomia na realização dos acordos, o qual se entrelaça com os princípios da impessoalidade e supremacia do interesse público, seja no contexto do regime jurídico administrativo ou no parcialmente sujeito ao direito privado. Como bem observa José Afonso da Silva, a igualdade é “o signo fundamental da democracia”⁴⁷. Valor perseguido pelo Estado Democrático de Direito, que objetiva promover o bem de todos sem qualquer forma de discriminação. Celso Antônio Bandeira de Melo, ao comentar acerca do princípio da isonomia, expõe:

Não sendo o interesse público algo sobre o que a Administração dispõe a seu talante, mas, pelo contrário, bem de todos e de cada um, já assim consagrado pelos mandamentos legais que o erigiram à categoria de interesse desta classe, impõe-se, como consequência, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico que deve o Poder Público dispensar a todos os administrados. Uma vez que os interesses que lhe incumbem prosseguir são pertinentes à sociedade como um todo, quaisquer atos que os órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida do possível, a igualdade de oportunidades para todos os administrados. “Todos são iguais perante a lei [...]”, proclamam habitualmente as Constituições. A *fortiori* todos são iguais perante a Administração e seus atos, uma vez que esta nada mais faz senão agir na conformidade das leis⁴⁸.

Isso implica analisar se o ente público pode fazer acordos/transações, sob diferentes condições, com administrados em situação idêntica, sob a invocação da discricionariedade administrativa. A resposta, à primeira vista, pode parecer bem simples, afinal soa absolutamente injusto tratar desigualmente pessoas que se encontram em situação idêntica. Entretanto, a questão é mais intrincada. Veja-se que isso pode acontecer com frequência na esfera trabalhista, por exemplo, isto é, uma mesma empresa pode fazer um acordo com um empregado e não fazer com outro de mesma função, ou fazer sob outros critérios. Embora a ideia pareça iníqua, o sistema a admite, eis que não se investiga a razão motivadora do acordo⁴⁹. Entretanto, se se aplicar a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o princípio da igualdade deverá ser prevalecer, caso demonstrada a ausência de um motivo razoável para o *descrimen*, isto é, para a não realização do acordo.

47 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 215.

48 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.55-56

49 Especialmente se se adotar a corrente que vê a conciliação/acordo como negócio jurídico, como visto no capítulo 2.

Ora, se assim é no âmbito das relações privadas, há de se ter maior rigor ainda ao se tratar das relações com a Administração Pública, quando se espera, justamente, um tratamento isonômico. Com efeito, a lei deve ao máximo procurar atingir esse objetivo de igualdade/impessoalidade, e ao administrador público cabe, nesse ponto, uma atuação estritamente vinculada. Desse modo, é vedado à Administração Pública um agir meramente discricionário, sem observância à igualdade. As possíveis intempéries (limitações orçamentárias, diferentes demandas sociais, fatos novos) a que está sujeita a Administração não podem ser invocadas para acobertar privilégios odiosos. Espera-se uma postura garantidora, por parte do agente público, na efetivação desse princípio. Entretanto, nesses casos, caso a Administração Pública não possa efetuar a conciliação nos termos do acordo paradigma, deverá declinar os motivos porque não o fez. Ressalte-se que o Poder Judiciário poderá verificar a validade do ato, cotejando-o com a efetivação da isonomia, não podendo ser obstaculizado sob o argumento de invasão da discricionariedade administrativa, que, como visto, não tem aplicação. Assim, para se resguardar o respeito à igualdade, a lei deverá nortear a Administração Pública, fixando critérios⁵⁰ para o entabulamento dos acordos. Num segundo momento, caberá ao ente público declinar os motivos da eventual não-realização do acordo.

5 CONCLUSÃO

Mais do que resolver o problema do acúmulo de processos no Judiciário, a conciliação é a ocasião de colocar as partes em frente ao Juiz, de forma a quebrar a barreira que a burocracia e os papéis criam entre os protagonistas do processo. Além disso, permite à parte deduzir seus anseios, aspirações, perante o Estado-Juiz e participar, diretamente, da construção da solução do seu problema. Diante disso, a administração Pública, pautada pelo princípio da legalidade, deve dar os primeiros passos em direção aos administrados em busca da conciliação. Como visto, carecemos de melhor e mais ampla regulação da atividade conciliatória dos entes públicos. Tanto para encorajar a busca de acordos como para disciplinar os critérios pelos quais eles se realizarão. Ademais, a transparência e a necessidade de apresentar as razões da não-efetivação do acordo devem estar presentes.

Contudo, em que pese a necessidade de disciplina legal, inerente à administração pública, há no ordenamento jurídico espaço para um maior número de conciliações. Isso ocorrerá a partir de uma atitude diferente da Administração Pública (leia-se advocacia pública) em relação ao decidido de forma definitiva pelos Tribunais Superiores, ou seja, aplicando de ofício

50 É salutar a prática da EMGEA que, em seu sítio na internet, mostra quais os critérios utilizados na elaboração de proposta para possível acordo. Disponível em: <<http://www.emgea.gov.br/portalEmgea/montaPaginaPerguntasRespostas.do>>. Acesso em: 01 mar. 2007.

as decisões pacificadas nos demais casos, pela conciliação judicial ou extrajudicial, e pela superação do apego à legalidade estrita, sob as luzes de uma visão sistemática do ordenamento jurídico. Com efeito, essa é maneira de mais bem realizar o princípio da eficiência, já que o acordo pode ser a medida com a melhor relação custo-benefício.

Por outro lado, a Administração Pública não pode descuidar do princípio da igualdade. A possibilidade de transação não é uma autorização para que o Estado possa olvidar do interesse público e da impessoalidade e escolher beneficiados. Ao contrário, o Estado é promotor da igualdade e não pode ser ele o autor de privilégios odiosos.

A conciliação, como técnica de pacificação, tem se mostrado frutífera, revelando potencial para melhores resultados, desde que a Administração Pública se lance com maior desenvoltura nas tentativas de acordo e haja disposição dos magistrados na condução de tais atos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVARES, Manoel. *Código tributário nacional comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOCHENEK, Antônio César. *Competência cível da justiça federal e dos Juizados Especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.conciliar.cnj.gov.br/conciliar/index.jsp> Acesso em 30 jan.2007>.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário. Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

FREITAS, Vladimir Passos. *Justiça Federal: histórico e evolução no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2003.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS Mediação. Conciliação e Arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004.

GAZDA, Emmerson. Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir. Direito Federal, *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 23, n°. 83,

p.131-158, jan/mar 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm> Acesso em: 02 fev. 2007.

GIGLIO, Wagner D. *A conciliação nos dissídios individuais do trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1997.

MARINHO, Rodrigo César de Oliveira. *Os Efeitos Decorrentes da Transação sob o foco da MP 303/2006*. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/main_index.php?home=home_artigos&m=_&nx_=&viewid=144886>. Acesso em: 27 fev. 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Elementos do direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

SANTOS, Erivaldo Ribeiro dos. A conciliação nas causas do sistema financeiro da habitação. *Revista do CEJ*, Brasília, n.24, jan/mar 2004. p.9-12. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero24/artigo2.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2007.

SILVA, João Roberto. *A mediação e o processo de mediação*. 1. ed. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia Jurídica Eletrônica*. Editores Lea Hasson Soibelman e Felix Soibelman. Rio de Janeiro: Elfez, 2005. Cd-Rom.

SOUTO, João Carlos. *A união federal em Juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.