

Coordenação: HERMES ZANETI JR.
TRÍCIA NAVARRO XAVIER CABRAL

JUSTIÇA MULTI**3**PORTAS

Mediação, Conciliação, Arbitragem
e outros meios adequados de solução de conflitos

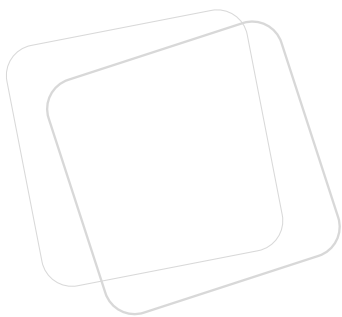
3ª edição

Revista, atualizada
e ampliada

2022

 EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



A (IN)DISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS (COMPOSIÇÕES EM JUÍZO, PRERROGATIVAS PROCESSUAIS, ARBITRAGEM, NEGÓCIOS PROCESSUAIS E AÇÃO MONITÓRIA) – VERSÃO ATUALIZADA PARA O CPC/2015¹

Eduardo Talamini²

Sumário: 1. Introdução – 2. O direito material: a indisponibilidade do interesse público, seu núcleo essencial e suas gradações – 3. O dever de submissão à legalidade, independentemente de determinação judicial – 4. O princípio geral da não-necessariedade da intervenção jurisdicional nas relações de direito público – 5. Indisponibilidade do direito material *versus* indisponibilidade da pretensão à tutela jurisdicional estatal – 6. O direito processual; 6.1. Os mecanismos estritamente processuais de indisponibilidade; 6.2. O dever de a Administração cumprir suas obrigações

¹ O presente texto consiste em atualização, para o CPC/2015, daquele antes publicado na Revista de Processo, v. 128, 2005, p. 59-78 e também no *Curso de Direito Administrativo* (coord. M. Harger), Rio de Janeiro, Forense, 2007, p. 409-429. Basicamente, atualizaram-se as referências normativas e o seu exame. Acrescentou-se tópico dedicado aos negócios processuais. No mais, mantiveram-se, as referências jurisprudenciais e doutrinárias do texto anterior.

² Livre-docente (USP). Doutor e Mestre (USP). Professor associado de direito processual civil, processo constitucional e arbitragem (UFPR). Advogado em Curitiba, São Paulo e Brasília.

permanece depois de instaurado o processo judicial – 7. A eventual renúncia a direitos pelo particular, na composição com a Administração – 8. Limites e condicionantes à composição em exame – 9. Transação propriamente dita – 10. Arbitragem e Poder Público: 10.1. O requisito da “disponibilidade”; 10.2. O requisito da patrimonialidade; 10.3. Síntese; 10.4. Panorama doutrinário e jurisprudencial – 11. Negócios processuais e Administração Pública – 12. Ação monitória e Fazenda Pública – 13. Encerramento.

1. INTRODUÇÃO

O interesse público, em si, é indisponível. Esse é um dado que não se discute. Porém, o tema não comporta soluções simplistas, generalizadoras.

Afinal, a indisponibilidade do interesse público não implica que o Poder Público não possa ou não deva, em certas condições, submeter-se a pretensões alheias ou mesmo abdicar de determinadas pretensões. Eis o motivo pelo qual no título do presente texto o prefixo *in* está grafado entre parênteses – como uma espécie de provocação. Há uma série de nuances e matices a considerar.

Procurar-se-á fazer isso mediante *flashes*, considerações pontuais, para aos poucos se chegar a um resultado mais sistemático.

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

2. O DIREITO MATERIAL: A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO, SEU NÚCLEO ESSENCIAL E SUAS GRADAÇÕES

Primeiro, cabe examinar o tema sob o prisma do direito material.

A indisponibilidade do interesse público é decorrência direta do princípio constitucional republicano: se os bens públicos pertencem a todos e a cada um dos cidadãos, a nenhum agente público é dado desfazer-se deles a seu bel-prazer, como se estivesse dispondo de um bem seu particular.

Mais ainda: existem valores, atividades e bens públicos que, por sua imprescindibilidade para que o Estado exista e atue, são irrenunciáveis e inalienáveis. Vale dizer, no que tange ao núcleo fundamental das tarefas, funções e bens essencialmente públicos, não há espaço para atos de disposição.

Mas essa afirmação comporta gradações.

Existem atividades e bens que, em vista de sua absoluta essência pública, não podem ser abdicados ou alienados, ainda que mediante alguma contrapartida e nem mesmo com expressa autorização legal. Por exemplo, não se concebe que sequer por meio de lei o Poder Público possa renunciar, ainda que parcial ou pontualmente, ao seu poder de legislar ou à titularidade do poder de polícia. Do mesmo modo, não se

admite que o Poder Público possa desfazer-se de uma parte do território nacional, ainda que autorizado por lei.

Já em outros casos, embora o bem jurídico seja indisponível, outros valores constitucionais podem justificar que, mediante lei, o Estado renuncie a determinadas decorrências ou derivações do bem indisponível. Assim, a potestade tributária é indisponível, mas é possível lei autorizando a remissão, a anistia, do crédito fiscal.

3. O DEVER DE SUBMISSÃO À LEGALIDADE, INDEPENDENTEMENTE DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL

Ainda no campo do direito material, há outra ponderação a fazer-se. As constatações a respeito da indisponibilidade do interesse público não afetam outra diretriz fundamental da atuação pública: a Administração, uma vez constatando que não tem razão em dado conflito, tem o *dever* de submeter-se aos parâmetros da legalidade.

Em regra, tal submissão independe da instauração de processo judicial. Trata-se de imposição inerente à própria relação material de direito público: se o Estado constata que o particular tem determinado direito em face dele, cabe-lhe dar cumprimento tal direito.

Isso é decorrência direta do princípio constitucional da legalidade (CF, art. 37, *caput*). Se a todo sujeito de direito a imposição de cumprir seus deveres já se colocaria, aos entes e agentes da Administração Pública ela se põe com ainda maior vigor. Para eles, a legalidade não é apenas um limite, uma baliza, mas vetor fundamental da sua atuação.

Concerne, ainda, à imposição de que a Administração Pública pautе suas condutas de acordo com o princípio da boa-fé. No Brasil, tal princípio tem assento constitucional, também no *caput* do art. 37 da Constituição, que determina à Administração o respeito ao princípio da moralidade. Há reprovação qualificada (justamente porque constitucional) à postura desleal da Administração Pública. Se a Administração constata que a posição jurídica do particular é correta, não lhe é dado valer-se de artifícios ou subterfúgios para subtrair-se ao cumprimento do dever dali extraível.

Por outro lado, o princípio da indisponibilidade do interesse público, na acepção antes vista, tampouco desautoriza a constatação ora feita. A Administração Pública não está dispondo, “abrindo mão”, do interesse público quando dá cumprimento a direito alheio. E isso pela óbvia razão de que, nessa hipótese, se não há direito em favor da Administração, não há que se falar em interesse público. De há muito, a doutrina já esclareceu que interesses pragmáticos da Administração que não encontrem amparo no ordenamento *não constituem interesse público*, são meros interesses secundários, ilegítimos. O interesse de que o agente público deve buscar a satisfação não é, simplesmente, o interesse da Administração como sujeito jurídico em si mesmo (“interesse secundário”), mas, sim, o “interesse coletivo primário”, formado pelo complexo de interesses prevalecentes na coletividade.³ Nesse passo, cumprir deveres

³ ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milão: Giuffrè, 1953, p. 151-152. Veja-se, também, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 63.

e reconhecer e respeitar direitos do administrado é *atender ao interesse público*. Só assim estará sendo observado o interesse público primário, que é o verdadeiro e único interesse público.

Como se verá, o reconhecimento da razão do particular precisará se dar mediante devido processo administrativo; o cumprimento do dever junto ao particular precisará ser deferido pela autoridade administrativa competente – e assim por diante. Mas o fundamental é que é possível – mais do que possível, é dever da Administração – cumprir direitos alheios ou abdicar de pretensões infundadas quando constata que não tem razão.

4. O PRINCÍPIO GERAL DA NÃO-NECESSARIEDADE DA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL NAS RELAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO

Tome-se como exemplo o dever de a Administração indenizar os prejuízos indevidamente causados ao particular. Exemplifique-se ainda com o dever que a Administração tem de anular os seus próprios atos ilegítimos praticados em detrimento da esfera jurídica de particulares (Lei 9.784/1998, art. 53 c/c art. 55). Considere-se igualmente o dever que a Administração contratante tem de recompor os contratos administrativos, inclusive quando a equação econômico-financeira estiver desequilibrada em desfavor do particular contratado. O art. 65, IV, “d”, da Lei 8.666/1993 prevê a celebração de alteração contratual destinada a recompor o equilíbrio contratual. A despeito da redação literal da regra, o dispositivo encerra um *dever* – não uma faculdade – da Administração Pública de promover o reequilíbrio, através de ato consensual com o contratado.⁴

Tudo isso pode e deve ser feito independentemente de ingresso em juízo.

Nesse ponto, cabe fazer o contraste com determinadas situações de direito material para as quais o processo judicial é verdadeiramente indispensável.

O exemplo normalmente lembrado é o da persecução penal. Vigora o princípio da necessariedade do processo penal. Por mais que o acusado esteja convencido de que é culpado e deve ser punido, é indispensável um processo judicial para tanto.

O mesmo se passa no âmbito civil, com determinadas situações que envolvem o estado das pessoas, tais como a separação judicial, o divórcio ou mesmo a falência e a insolvência. Em todos esses casos, a ação judicial é necessária; o processo judicial é indispensável. Não basta a própria parte reconhecer que não tem razão, que deve, que é culpada... Apenas uma sentença judicial poderá produzir o resultado devido.

Nessas hipóteses, há a indisponibilidade não do direito material, mas da ação – ou melhor, da solução jurisdicional. Há a necessariedade da intervenção judicial.

⁴ A esse respeito, *vide* FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações*. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 530 e; SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitações e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 241, entre outros.

Em regra, nas relações da Administração Pública isso não acontece.⁵ Os direitos eventualmente existentes podem e devem ser cumpridos independentemente da instauração de um processo judicial. Vale dizer: a ação judicial e a intervenção jurisdicional, em princípio, *não são necessárias* no âmbito das relações de direito público.

5. INDISPONIBILIDADE DO DIREITO MATERIAL VERSUS INDISPONIBILIDADE DA PRETENSÃO À TUTELA JURISDICIONAL ESTATAL

A rigor, a diferença entre as duas hipóteses ora destacadas não reside propriamente na diversidade de acepções do vocábulo “(in)disponibilidade”, considerado em si mesmo. Antes, ela concerne ao *objeto* sobre o qual recai a indisponibilidade em um caso e em outro.

Em ambas as hipóteses, o termo “indisponibilidade” pode ser compreendido como impossibilidade de renúncia, abdicação, a uma posição jurídica.

Mas no primeiro caso (item 2, acima) a indisponibilidade incide sobre o *próprio direito material*. O sujeito abre mão do direito material de que é titular.

Na segunda hipótese (item 4, acima), o atributo da indisponibilidade concerne ao direito à proteção judiciária. As partes envolvidas no conflito, notadamente aquela que não tem razão, abdicam a possibilidade de submeter o litígio ao Poder Judiciário. Aquele que não tem razão deixa de valer-se do direito à tutela da jurisdição estatal, e desde logo curva-se à razão do adversário. A renúncia, nesse caso, nada tem a ver com o direito material – que eventualmente nem sequer existe –, mas com a *pretensão de tutela judicial*.⁶

6. O DIREITO PROCESSUAL

Passando às considerações internas ao processo judicial, há um princípio fundamental a ser considerado. O processo, o direito processual, deve refletir fielmente os desígnios do direito material. Não cabe ao processo criar nem diminuir direitos. O processo é instrumento do direito material, de modo que regras e princípios processuais jamais podem ser utilizados para adulterar ou distorcer os resultados

⁵ Exceções, impondo a necessidade da intervenção judicial nas relações de direito público (não-criminais), são encontradas, p. ex., no art. 95, I, da Constituição, e nos arts. 12, par. ún., 16, 18 e 20, entre outros, da Lei 8.429/1992.

⁶ A pretensão de tutela judicial não se confunde com a pretensão de direito material, que é o poder de exigir concretamente o cumprimento de um dever de cunho prestacional e está no plano substancial. Também é inconfundível com o direito genérico de acesso à Justiça, que é abstrato e totalmente incondicionado (mesmo quando o pedido não cumpre minimamente os pressupostos de admissibilidade, o jurisdicionado tem o direito de receber do juiz a decisão que não conheça de sua demanda). A pretensão de tutela judicial é submetida a pressupostos de admissibilidade e se refere a um bem de vida específico, em face do qual tais pressupostos são aferidos. Sobre o tema, veja-se C. DINAMARCO, Tutela jurisdicional, em *Fundamentos do processo civil moderno*, 3ª ed., v. II, São Paulo, Malheiros, 2000, n. 429, p. 820-823, e LENT, *Diritto processuale civile tedesco* (trad. E. Ricci, da 9ª ed. alemã, de 1959), Nápoles, Morano, 1962, n. 36, p. 145-147.

que adviriam se não estivesse sendo necessária a tramitação de um processo. Essa noção está sintetizada na insuperável formulação de CHIOVENDA, no sentido de que *o processo deve dar a quem tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo a que ele tem direito*.⁷

Desse princípio geral são extraíveis dois diferentes tipos de decorrência que interessam para o presente tema.

6.1. Os mecanismos estritamente processuais de indisponibilidade

Por um lado, precisamente para evitar que a tramitação processual gere distorções em relação ao direito material, o direito processual prevê em certos casos aquilo que se poderia chamar de *mecanismos de indisponibilidade estritamente processual*. São cautelas, expedientes, que indisponibilizam determinadas posições jurídico-processuais independentemente de o direito material ser, em si mesmo, indisponível.

Há até exemplos alheios à esfera pública. No processo civil, o réu que está preso e o réu que é citado por edital ou hora certa são protegidos por mecanismos que lhes afastam conseqüências negativas que adviriam de sua inércia no processo (arts. 72, II, e 341, parágrafo único, CPC/2015: fica afastado o efeito principal da revelia, o ônus da impugnação específica etc.). Note-se que esses sujeitos em princípio têm a plena disposição de seus bens na esfera jurídico-material. Os mecanismos de indisponibilidade são apenas processualmente estabelecidos tomando em conta prováveis dificuldades que eles teriam para o adequado exercício da defesa.

Mecanismos de indisponibilidade *processual* são também previstos em prol da Fazenda Pública. Trata-se das regras destinadas a impedir que a simples omissão na prática de atos processuais, pelo representante da Fazenda em Juízo, venha a acarretar ao ente público conseqüências negativas que poderiam conduzir à sua derrota no processo. Assim, (i) não se dá o efeito principal da revelia quando estiver envolvido o “interesse público” (art. 345, CPC/2015); (ii) o Poder Público não tem o ônus de impugnar especificadamente fato a fato da inicial para que estes não se presumam verdadeiros, quando estiver envolvido o “interesse público” (art. 341, I, c/c 392, CPC/2015); (iii) não se concebe a confissão do Poder Público, quando presente o “interesse público” (art. 392, CPC/2015); (iv) em certos casos, há o reexame necessário de decisões contrárias à Fazenda Pública e suas autarquias e fundações (art. 496, I e II, CPC/2015) – e assim por diante.

Ao lado dessas prerrogativas de indisponibilidade, põem-se ainda outras em favor da Fazenda, também destinadas a eliminar dificuldades de sua atuação em juízo: (v) a prerrogativa dos prazos dilatados (prazos em dobro para recorrer e contestar – art. 188, CPC/2015); (vi) o regime de execução por precatórios (CF, art. 100, e CPC/2015, arts. 534, 535 e 910); (vii) o poder para a formação unilateral de título executivo, mediante inscrição em dívida ativa – executável mediante via própria, a execução fiscal (Lei 6.830/1980); (viii) dispensa de caução em ação

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Dell' azione nascente dal contrato preliminar. In: *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*. 3ª ed. reimp. Milão: Giuffrè, 1993, p. 110, vol. I.

rescisória (art. 968, § 1º, CPC/2015); (ix) dispensa de adiantamento de custas (art. 91, CPC/2015) etc.

Atualmente, há uma tendência de crítica e mitigação desses mecanismos. A ideia é de que tais regras estão se tornando anacrônicas, na medida em que a Fazenda Pública hoje desfruta de adequados quadros incumbidos de sua defesa em juízo, estando eles sujeitos a suficientes mecanismos internos de fiscalização e controle. O regime de prerrogativas processuais perdura como um voto de desconfiança do Poder Público em seus próprios agentes. Por isso, no julgamento da liminar em ação direta de inconstitucionalidade em que se suspendeu a regra da Medida Provisória pela qual o Executivo pretendia dobrar o prazo para a propositura de rescisória pela Fazenda, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, de passagem indicou que já se fazia oportuna também a revisão das demais regras estabelecidas de prazo dilatado (ADI 1.753, DJU. 12.06.98). O reexame necessário, por sua vez, está sendo progressivamente mitigado (v.g., MP 2.102-31/2001, art. 12; Lei 10.353/2001, que deu nova redação ao art. 475 do CPC/73; Lei 10.259/2001, art. 13, par. ún.; e, agora, o art. 496, do CPC/2015).

Mas por ora permanece vigente esse regime, e especialmente das quatro primeiras prerrogativas acima citadas pode-se extrair um princípio de indisponibilidade *processual* – e não necessariamente material – das posições da Fazenda em juízo. Essa indisponibilidade *processual* pode ser definida nos seguintes termos: não é dado ao agente incumbido da defesa do interesse público indiretamente dispor de bens abrangidos por tal interesse, através de sua simples inércia no curso do processo.

6.2. O dever de a Administração cumprir suas obrigações permanece depois de instaurado o processo judicial

O mesmo princípio pelo qual o processo tem de refletir de modo fiel aquilo que deveria legitimamente ocorrer no direito material gera ainda uma segunda decorrência.

Como visto, as relações de direito público, como regra, não exigem necessariamente a constituição de um processo judicial para que direitos e deveres dela derivados sejam cumpridos (itens 3 e 4, acima).

A instauração de um processo judicial não interfere nessa diretriz.

As situações antes mencionadas, que poderiam ser espontaneamente resolvidas extrajudicialmente, continuam podendo ser igualmente compostas, dispensando-se decisão judicial, *mesmo depois de instaurado o processo*.

As obrigações que eram efetivamente devidas, e que por isso o ente público tinha de cumprir fora e antes do processo, continuam tendo de ser observados mesmo depois de instaurado o processo. Isso vale igualmente quando a Administração litiga como autora ou como ré; vale quando ela formula uma pretensão indevida ou quando resiste a uma pretensão alheia que é legítima.

Sustentar o contrário – sustentar que, uma vez instaurado o processo, o Estado não teria mais o dever de reconhecer que está errado – significaria imaginar que a litispendência imuniza a Administração de seu dever maior, de submeter-se à lega-

lidade. Significaria supor que o processo, fenômeno eminentemente instrumental, teria o condão jurídico-material de mudar os parâmetros de legalidade, os critérios do correto agir público.

É por isso que, mesmo com um processo em curso, *permanece a possibilidade de o ente público reconhecer sua falta de razão e pôr fim ao litígio*. Mais do que possibilidade, a Administração tem o *dever* de agir assim.

O agente público tem o dever de agir dessa forma pelas mesmas razões que lhe impunham proceder assim fora e antes do processo: atendimento do interesse público primário, o respeito à legalidade e à moralidade administrativa.

A esses fundamentos, acrescenta-se outro: cabe ao agente público procurar mitigar os prejuízos que a Administração sofreria com a derrota judicial.

Retomem-se os exemplos aludidos anteriormente, do reequilíbrio contratual e da indenização por ato ilícito. É fácil constatar, nesses casos, as vantagens legítimas que podem ser obtidas pelo Poder Público quando desde logo se dispõe a compor a situação devida. Por exemplo, nos casos de reequilíbrio de equação, a composição espontânea, mediante ajuste entre a Administração e o particular, muitas vezes lhe permite redimensionar os encargos contratuais, em vez de ter de arcar com o pagamento de quantias para o contratado. Ou seja, em vez de reequilibrar pagando, reequilibra-se remodulando as obrigações do contratado. Do mesmo modo, quando reconhece que uma indenização é devida e a paga espontaneamente, a Administração pode eventualmente ajustar com o adversário um parcelamento ou uma dispensa de honorários.

Nesses casos, estará havendo algum modo de ajuste consensual em juízo, sem que se possa dizer que tenha havido *renúncia* a algum interesse legítimo, a algum direito efetivamente existente, da Administração Pública.

Então, tem-se nesses casos uma forma de composição em juízo. Há mesmo o reconhecimento de direito alheio – o que não é desautorizado pelo princípio geral da indisponibilidade do interesse público. A Administração não estará dispondo de um direito seu, mas apenas cumprindo deveres que lhe cabem. E poderá fazer isso mediante um acordo, um ajuste, com o adversário.

E a celebração desse ajuste implicará a extinção do processo judicial (art. 487, CPC/2015) ou a redução do seu objeto (art. 354, par. ún), na medida em que resolva a totalidade ou uma parte, respectivamente, da “lide”⁸

7. A EVENTUAL RENÚNCIA A DIREITOS PELO PARTICULAR, NA COMPOSIÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO

Mas tal constatação traz à tona a seguinte dúvida: é legítimo o particular que tem razão renunciar, nessa composição, ao seu direito ou a uma parte dos seus

⁸ Tratando da repercussão do acordo sobre o processo judicial, vide SILVA, Almiro do Couto e. “Transação e Administração Pública – Irrevogabilidade – Regime jurídico”. *Revista de Direito Público*, vol. 18, n. 73, 1985, p. 84-94 e; BORGES, Alice Maria Gonzales. “Contrato administrativo – Correção monetária e juros de mora sobre pagamentos em atraso – Transação – Parcelamento da dívida”. *Boletim de Direito Administrativo*, vol. 12, n. 11, 1996, p. 741-750.

direitos (p. ex., abrindo mão das verbas de sucumbência, aceitando um parcelamento etc.)?

Em primeiro lugar, considere-se que, por vezes, nem mesmo haverá propriamente uma renúncia do particular. Mais uma vez, cite-se como exemplo o reequilíbrio contratual, em que o particular, em vez de ser ressarcido em dinheiro, tem suas obrigações contratuais reduzidas ou postergadas.

De qualquer modo, eventuais concessões que o particular faça à Administração, em tais casos, obviamente não esbarrarão em nenhum óbice de indisponibilidade, pois as suas posições, nas relações obrigacionais com a Administração, são disponíveis.

Poder-se-ia cogitar, isso sim, é de ofensa ao princípio da moralidade e da boa-fé, por parte da Administração, quando esta passa a usar tal expediente de modo reiterado e sistemático para aviltar os direitos dos particulares. Vale dizer, é censurável a eventual postura da Administração de inicialmente resistir ao cumprimento de suas obrigações, embora desde logo sabedora da sua falta de razão, apenas para mais adiante obter uma composição com parcial renúncia a direitos pelo particular.

Mas essa constatação não afasta o cabimento de composições envolvendo os entes públicos. Apenas comprova a necessidade de reprimir de modo rigoroso o descumprimento de obrigações pela Administração. Reputar que o desvio de finalidade é a regra geral e proibir por isso a composição direta pelas partes equivaleria a tomar a patologia por normalidade. O desvio deve ser combatido, e não transformado em padrão, em premissa para outras conclusões.

8. LIMITES E CONDICIONANTES À COMPOSIÇÃO EM EXAME

Então, esse argumento não é um limite à possibilidade da composição de que se está cogitando. Mas existem, sim, algumas condicionantes e limitações a esse tipo de composição. São limites e condições que devem ser observados até para que se evitem fraudes, desvios e abusos:

(1º) é necessário prévio processo administrativo, no qual a Administração constate objetivamente que não tem razão quanto à posição que está defendendo em juízo. Na esfera federal, o Decreto presidencial de nº 4.250, de maio de 2002, entre outras disposições, estabelece que, se no momento da reunião de subsídios para a elaboração de uma defesa em juízo, o órgão administrativo verificar a plausibilidade da tese do particular, ele tem o dever de promover a imediata abertura de um processo administrativo para verificar se é o caso de reconhecimento de procedência da pretensão do adversário (art. 5º, par. ún., inciso I);

(2º) a composição em questão depende de expressa autorização da autoridade administrativa que teria competência para o cumprimento espontâneo da obrigação em questão (ou seja, não pode a composição ocorrer por ato autônomo do procurador que atua no processo judicial);

(3º) a composição não ficará necessariamente imune ao controle desenvolvido pelos órgãos incumbidos de fiscalizar a Administração (Tribunal de Contas, Poder Legislativo...);

(4º) deve-se respeitar o princípio da isonomia: há casos em que particulares estão todos em idêntica situação de conflito com a Administração, exatamente pelos mesmos fundamentos, e, tendo, portanto, a mesma razão. Nessa hipótese, não é possível a Administração “selecionar” arbitrariamente apenas alguns deles para a composição. Se todos estão na mesma situação e todos têm o mesmo grau de razão, a composição deve ser ofertada a todos. Nesses casos, cabe inclusive um ato geral regulando as condições da composição;

(5º) relacionado com esse limite anterior, há ainda outro: diz respeito aos casos em que já há condenação judicial transitada em julgado que se submete a regime dos precatórios (condenação ao pagamento de quantia). Nessa hipótese, a expressa previsão constitucional de respeito à ordem de preferência dos precatórios impede que a Fazenda Pública, sem a observância de parâmetros isonômicos, aleatoriamente opte pelo espontâneo cumprimento de determinadas condenações. Isso significaria violar a ordem dos precatórios.

9. TRANSAÇÃO PROPRIAMENTE DITA

Note-se que a hipótese até aqui examinada não envolve absolutamente renúncia da Administração a um direito que legitimamente detenha. Trata-se de composição naqueles casos em que se constata o acerto total ou parcial da posição do adversário. E isso – diferentemente da renúncia – independe de lei autorizadora.

Cabe mais um exemplo, para diferenciar a autocomposição nos casos em que a Fazenda constata que não tem razão daqueles outros casos em que autocomposição se dá com verdadeira renúncia, que depende de lei. Na execução fiscal, para cancelar a inscrição em dívida ativa ou substituí-la por outra em valor menor, mesmo no curso da execução, basta o Fisco constatar que errou na inscrição original, ou seja, basta averiguar que está cobrando algo indevido. Já para propriamente anistiar, perdoar uma dívida fiscal efetivamente devida, o Fisco depende de prévia lei que o autorize a tanto.

As composições que envolvam verdadeira renúncia, se e quando couberem, dependerão – essas sim – de autorização legislativa.

Porém, a autorização legislativa não precisa ser específica, pontual para cada caso. Muitas vezes, a depender dos valores constitucionais que a justificam, a autorização pode ser dada através de parâmetros gerais.

Aliás, na esfera federal, as principais autorizações legislativas para transações propriamente ditas – i.e., envolvendo inclusive renúncia a direitos – são autorizações razoavelmente genéricas.

Assim, a Lei 9.469/1997 estabeleceu parâmetros dentro dos quais os entes federais poderiam celebrar acordos (art. 1º). A Lei 13.140/2015, deu nova redação aos arts. 1º e 2º da Lei 9.469, em certa medida, flexibilizando tais balizas (p. ex., eliminou-se a exclusão das regras autorizadoras de transação relativamente aos litígios que versassem sobre imóveis, antes prevista no § 2º do art. 1º). Foram também eliminados os limites de valor fixados diretamente na lei – remetendo-se tal definição a atos regulamentares. Em tese, isso é positivo, pois permite a mais frequente atualização desses valores, impedindo que se tornem defasados ou mesmo irrisórios. Viabiliza-se

também uma definição mais diferenciada de limites, conforme as diferentes modalidades de litígio. Contudo, o inconveniente do novo sistema está em que ele fica a depender da existência da efetiva regulamentação.

No fim de 2015, a AGU suspendeu a realização de acordos (E-mail Circular PGU-2015/018, de 29.12.2015), por uma suposta falta de regulamentação – adotando a (criticável) premissa de que as regulamentações anteriores não seriam transitóriamente aproveitáveis.

Ficavam excluídas de tal suspensão apenas as transações realizadas nos limites previstos na Lei dos Juizados Especiais (Lei 10.259/01), que autoriza transações propriamente ditas em causas de até 60 salários-mínimos (art. 3º c/c art. 10 – a Portaria 109/2007 do Advogado Geral da União regula as condições dentro das quais os advogados da União e procuradores federais podem e devem fazer acordos nesses casos).

Em maio de 2016, a AGU expediu novo E-mail Circular (PGU-2016/022), autorizando a celebração de acordos com base na regulamentação já antes vigente, notadamente a Portaria PGU 02/2014 – mas impôs que tais transações fiquem condicionadas à incidência da regulamentação superveniente (o que, por óbvio, pode desestimular acordos enquanto não sobrevém a nova regulamentação).

10. ARBITRAGEM E PODER PÚBLICO ⁹

Discutia-se, na época da versão original deste artigo, se era cabível a arbitragem envolvendo a Administração Pública. A dúvida se punha porque a Lei de Arbitragem, até a edição da Lei 13.129/2015, limitava o processo arbitral aos litígios “*patrimoniais disponíveis*”, sem tratar expressamente da convenção de arbitragem pela Administração Pública (Lei 9.307/1996, art. 1º).

A Lei 13.129/2015 alterou a Lei 9.307/1996, para, entre outras mudanças, expressamente prever que “*a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. A mudança, em si mesma, pouco esclareceu, pois permanece a pergunta ao significado de “*direitos patrimoniais disponíveis*”.

10.1. O requisito da “disponibilidade”

Para respondê-la deve-se retomar a distinção das duas acepções de “indisponibilidade” originadas propriamente do direito material, acima vistas:

- na primeira delas, a “indisponibilidade” põe-se como vedação à renúncia de um direito existente (item 2);

⁹ Remete-se a três textos anteriores: TALAMINI, Eduardo. “Cabimento de arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 4, 2005, p. 44-64; TALAMINI, Eduardo. “Arbitragem e parceria público-privada”. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (org.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 333-358; e “Arbitragem e Administração Pública no direito brasileiro”. *Revista Brasileira da Advocacia*, vol. 9, 2018, p. 19-40.

- na segunda, a “indisponibilidade” configura-se como proibição de espontaneamente se reconhecer que não se tem razão e se submeter voluntariamente ao direito alheio: apenas a Jurisdição poderá dizer quem tem razão e aplicar as conseqüências jurídicas cabíveis. Essa hipótese é melhor definida como sendo de “necessariedade de intervenção jurisdicional” ou indisponibilidade da pretensão de tutela judicial (itens 4 e 5).

Reitere-se: apenas a “indisponibilidade” na primeira dessas duas acepções em regra incide – e dentro de certos limites – sobre as relações de direito público propriamente ditas. Na segunda acepção, a “indisponibilidade” é excepcional inclusive no âmbito do direito administrativo. Limita-se, no direito público e no direito privado, a casos específicos, tais como aqueles antes mencionados. O princípio geral – repita-se – é o de que o Poder Público tem o dever de cumprir obrigações e respeitar direitos alheios independentemente de intervenção jurisdicional.

E é apenas essa segunda acepção da “indisponibilidade” que tem relevo para a aferição do cabimento da arbitragem.

Como se disse, cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. Se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo.

Esse é o significado razoável da regra do art. 1º da Lei 9.307/1996, quando alude ao cabimento da arbitragem “*para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. Na arbitragem, não se dispõe sobre o direito material, mas sobre o modo de composição do conflito. O objeto de disponibilidade é a pretensão de tutela judicial. É um negócio processual, e não substancial. Logo, o pressuposto de disponibilidade está igualmente no plano processual.

Aliás, a norma do art. 852 do Código Civil, mais recente do que a Lei de Arbitragem, foi mais clara ao definir por exclusão o campo objetivo de aplicabilidade da arbitragem: ficam de fora as “*questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial*”. Obviamente, a expressão “questões de estado” nada tem a ver com “questões de direito público”. Refere-se a *status* jurídico: estado familiar (*status familiae*), estado de cidadania (*status civitatis*) e o estado de liberdade (*status libertatis*). Vale dizer: matérias que se enquadram na acepção de “indisponibilidade” ora examinada.

Trata-se da única interpretação compatível não só com os princípios que nor-teiam a atuação pública, mas também com a função da arbitragem e os princípios que a inspiram.

Não é possível pretender invocar a primeira acepção de “indisponibilidade” há pouco referida para assim negar o cabimento da arbitragem envolvendo o Poder Público. Não é viável afirmar que, na medida em que o agente público não pode renunciar a direitos que a Administração detém, que na medida em que ele não

pode abrir mão de posições jurídicas públicas, não poderia tampouco submeter os litígios da Administração ao processo arbitral. Sustentar isso implica ignorar o regime jurídico da arbitragem, bem como desprezar o regime de direito público.

Isso porque, por um lado, a arbitragem não é aposta, jogo de azar. Quem remete a solução de sua causa ao processo arbitral não a está submetendo ao “cara-ou-coroa” nem à “roleta-russa”. Está buscando uma composição para o conflito em um processo pautado em parâmetros objetivos quanto ao seu desenvolvimento e ao conteúdo de suas decisões; um processo em consonância com as garantias do *due process of law*; um processo em que os julgadores devem ser imparciais e respondem penalmente, como agentes públicos, se não o forem (Lei 9.307/1996, arts. 17, 20, 21, § 2º, 26, II, 32...). E o respeito a todas essas garantias é controlável pelo Judiciário – pois apenas não cabe ação judicial para rever o mérito do julgamento do árbitro, mas cabe para controlar todos os aspectos do devido processo legal e da validade da arbitragem (Lei 9.307/1996, art. 33).

Portanto, ao se submeter uma pretensão ao juízo arbitral não se está renunciando a ela, não se está abrindo mão do direito material que eventualmente existe. Apenas se está abdicando do direito de obter do Judiciário a solução para a questão. Mas isso também ocorre quando a solução é obtida diretamente pelas partes sem ingressar em Juízo – o que, reitere-se, é em regra possível também nas relações de direito público.

Em segundo lugar, o princípio da isonomia não autoriza interpretação diferente. Não há fator diferencial que justifique tratamento discriminatório à Administração Pública nessa hipótese. Os aspectos que legitimam a arbitragem em qualquer outro caso também estão presentes quando a Administração está envolvida em um conflito. Não se justifica, portanto, interpretação restritiva da regra autorizadora da arbitragem.

Por fim, não se ignora haver a possibilidade de a Administração vir a ser derrotada na arbitragem. Mas, mesmo quando isso ocorrer, não terá havido nenhuma renúncia ou ato de disposição por parte da Administração. Significará apenas que ela não tinha razão quanto ao que pretendia. Portanto, sua derrota no processo arbitral não representará afronta ou menoscabo ao interesse público. Simplesmente, o interesse público não estará presente. Se não há direito em favor da Administração, não há que se falar em interesse público. Ou melhor, o interesse público não estará presente *em favor* da Administração.

Em suma, no que tange ao requisito da “disponibilidade do direito”, a diretriz para o cabimento da arbitragem envolvendo a Administração Pública é sempre essa: cabe arbitragem toda vez que a matéria envolvida for do tipo que possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo.

10.2. O requisito da patrimonialidade

A outra baliza para a arbitrabilidade objetiva é o caráter patrimonial do direito em disputa. Há parcial sobreposição entre esse parâmetro e o da indisponibilidade: alguns interesses jurídicos cujo reconhecimento e satisfação exigem necessariamente a intervenção do juiz revestem-se de caráter não-patrimonial. Outros, porém, embo-

ra “disponíveis” na acepção acima destacada, não se revestem de patrimonialidade – o que basta para afastar-lhes a arbitragem. Trata-se de uma opção do legislador infraconstitucional: não seria inviável que, respeitados os casos de necessidade da intervenção judicial, a lei tornasse arbitráveis inclusive litígios não-patrimoniais.

De todo modo, o requisito em questão põe-se em termos bastante amplos e flexíveis. O interesse tem caráter patrimonial não apenas quando seu objeto diretamente se reveste de valor econômico. A patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico.¹⁰

10.3. Síntese

Portanto, podem ser objeto de arbitragem todas as questões que versem sobre interesses eminentemente patrimoniais (i.e., cujo objeto tenha cunho econômico ou cujo inadimplemento possa ser reparado, compensando ou combatido por medidas com conteúdo econômico) cujo conflito poderia ser resolvido diretamente pelas partes, independentemente de ingresso em juízo.

O exemplo disso está no uso da arbitragem para a solução de disputas acerca do reequilíbrio da equação econômico-financeira nos contratos administrativos. A recomposição da equação é matéria que pode ser resolvida entre as partes, sem ter de recorrer ao Judiciário. A Administração não apenas tem a possibilidade, como tem o dever de, sempre que constatar o desequilíbrio da equação, promover sua recomposição independentemente de ingresso em juízo. Trata-se de entendimento absolutamente pacífico na doutrina e na jurisprudência. Portanto, esse é um tipo de questão que pode ser resolvida em processo arbitral.

10.4. Panorama doutrinário e jurisprudencial

Vem se firmando o entendimento de que é admissível o emprego da arbitragem em conflitos que envolvem interesses patrimoniais da Administração Pública.

Na doutrina brasileira, há marcante tendência nesse sentido.¹¹

¹⁰ Sobre a noção de “patrimonialidade”, vide: COSTA, Almeida. *Direito das Obrigações*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 63-66; VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 7ª ed. Coimbra: Almedida, 1991, vol. 1, p. 102-107; VARELA, Antunes. *Direito das Obrigações: conceito, estrutura e funções da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidade das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. I, p. 90-94; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, vol. II, p. 2-6; GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 20-21; LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, vol. II, p. 23-25; FILHO, Marçal Justen. *Sujeição passiva tributária*. Belém: CEJUP, 1986, p. 79-80.

¹¹ TÁCITO, Caio. “Arbitragem nos litígios administrativos”. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 210, 1997, p. 114-115; DALLARI, Adilson. “Arbitragem na concessão de serviço público”. *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 13, 1996, p. 8-9; GRAU, Eros Roberto. “Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória”. *Revista de Direito Bancário*, vol. 18, 2002, p. 401; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Arbitragem nos contratos administrativos”. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 209, 1997, p. 89; SZKLAROWSKY, Leon Frejda. “A arbitragem e a Administração Pública”, disponível em <https://jus.com.br/artigos/469/a-arbitragem->

Na jurisprudência, há célebre julgado do Supremo Tribunal Federal, no “caso Lage”.¹² Reconheceu-se a legitimidade da arbitragem. É bem verdade que naquele caso o processo arbitral amparava-se em uma específica autorização legislativa, veiculada em Decreto-lei. Sob esse prisma, tal decisão não serve como precedente em prol da admissão genérica da arbitragem envolvendo a Administração. Mas na ocasião o Supremo Tribunal enfrentou pelo menos dois aspectos de grande relevância geral: (a) reputou constitucional o Decreto-lei no ponto em que previu a arbitragem. Nesse sentido, trata-se de precedente relevante para o exame da constitucionalidade de textos legais que expressamente prevêm a arbitragem para a solução de litígios de caráter público, como é o caso do art. 11, III, da Lei 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs); (b) considerou também não haver inconstitucionalidade no caráter irrecorrível da sentença arbitral. Esse aspecto não é de menor importância. O cotejo entre o processo arbitral e o processo judicial permite concluir que há razoável correspondência no que tange às garantias processuais, exceto nesse ponto: em regra, não há duplo grau na arbitragem. Portanto, a única censura que se poderia pretender formular ao processo arbitral no que tange às garantias do devido processo fica assim superada: o Supremo reconheceu ser legítima não apenas a irrecorribilidade das decisões em si mesma – orientação hoje assente naquela Corte – como também a vedação de reexame do julgamento pelo Judiciário.

Na versão original deste texto, narrava-se que então recentemente, em pelo menos duas oportunidades o Judiciário havia reconhecido a possibilidade de arbitragem envolvendo a Administração em divergências contratuais de cunho econômico, mesmo sem haver específica lei autorizadora. A primeira dessas decisões, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, foi relatada pela hoje Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi.¹³ A outra foi proferida pelo extinto Tribunal de Alçada do Paraná, confirmando sentença de primeiro grau, no “caso Compagás”.¹⁴ Ambas versavam sobre reequilíbrio de equação contratual.

O caso Compagás chegou posteriormente ao STJ, que confirmou a orientação adotada nos graus de jurisdição anteriores, em acórdão bastante completo e

-e-a-administracao-publica, acesso em 04.05.2016; WALD, Arnaldo. “Arbitragem e os contratos administrativos”, divulgado na internet: www.camarabra.com.br/wald.htm; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 52 e ss.; GRINOVER, Ada Pellegrini. “Arbitragem e prestação de serviços públicos”. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 233, 2003, p. 377 e ss.; CALMON, Eliana. “A arbitragem internacional entre entes públicos”. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, vol. 6, 2002, p. 66; FILHO, Cláudio Valença. “Arbitragem e contratos administrativos”. *Revista de Direito Bancário*, vol. 8, 2000, p. 373; LEMES, Selma. “Arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?”, disponível em http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf, acesso em 04.05.2016; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. “A arbitragem e a nova contratualização administrativa”. In: GUIMARÃES, Edgar (org.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao prof. Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 273 e ss.

¹² STF, Pleno, AI 52.181, rel. Min. BILAC PINTO, j. 14.11.1973, DJ 15.02.1974, v. RTJ 68/382.

¹³ TJDFT, Conselho Especial, MS 1998.002003066-9, rel. Des. NANCY ANDRIGHI, j. 18.05.1999, DJ 18.08.1999, v. *Revista Brasileira de Direito Bancário*, vol. 8, 2000, p. 359.

¹⁴ TAPR, 7ª Câmara Cível, AC 247.646-0, rel. Des. LAURO LAERTES DE OLIVEIRA, j. 11.02.2004, DJ 20.02.2004.

didático.¹⁵ Antes de confirmar a orientação do TJPR no caso Compagás, o STJ proferiu outros julgamentos favoráveis à arbitragem envolvendo a Administração Pública.¹⁶

Convém atentar para o exato conteúdo de cada julgado sobre o tema. Em outro precedente bastante conhecido, no “caso El Paso”, o Judiciário rejeitou o desenvolvimento de arbitragem envolvendo uma sociedade de economia mista. A magistrada prolatora da decisão liminar e da sentença nesse caso é a mesma que proferiu – e na mesma época – a sentença no “caso Compagás”.¹⁷ Do cotejo entre as duas decisões extrai-se que: (a) no “caso Compagás”, reputou-se tratar-se de conflito eminentemente patrimonial, que poderia até ser composto diretamente entre as partes – cabendo, então, a arbitragem; (b) no “caso El Paso”, reputou-se inválida a previsão contratual de uma arbitragem a desenvolver-se perante uma câmara arbitral fora do território nacional – o que ofenderia o art. 55, § 2º da Lei 8.666/1993. Ou seja, a censura não foi propriamente à arbitragem, mas ao deslocamento da competência para o exterior. Pode-se discordar da avaliação feita nesse segundo caso. Mas o dado fundamental é o de que, ao menos em suas premissas teóricas, a decisão no “caso El Paso” não constituiu um precedente no sentido da recusa generalizada da arbitragem envolvendo a Administração.

O Tribunal de Contas da União também já se pronunciou pela admissibilidade da arbitragem em contratos administrativos. Trata-se da Decisão 188/95 (Processo TC 006.098/93-2), que consiste em importante precedente sobre essa matéria. Naquela oportunidade, em reexame de decisão anterior, admitiu-se a arbitragem em contrato de concessão (inequivocamente sujeito às regras de direito público), apenas com a ressalva de que não fossem incluídas “cláusulas que não observem estritamente o princípio da legalidade e a indisponibilidade do interesse público”.

11. NEGÓCIOS PROCESSUAIS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Código de Processo Civil de 2015 inova ao consagrar negócios jurídicos atípicos. Negócios jurídicos típicos sempre houve (cláusula de eleição de foro, cláusula de inversão do ônus da prova, suspensão convencional do processo etc.). O novo diploma confere às partes um poder geral de redefinir o procedimento ou de alterar a gama de posições jurídicas processuais.

O pressuposto objetivo genérico para celebração de convenções processuais é a aptidão de o “direito” submeter-se a “autocomposição” (CPC/2015, art. 190, *caput*).

Mas o termo aqui deve ser corretamente compreendido – na linha do que antes se disse acerca dos possíveis significados de (in)disponibilidade. Causa que comporta autocomposição não é apenas e exclusivamente aquela que envolva direito

¹⁵ REsp 904.813, 3ª T., rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 20.10.2011, DJe 28.02.2012.

¹⁶ REsp 612.439, 2ª T., rel. Min. J. OTÁVIO NORONHA, j. 25.10.2005, DJU 14.09.2006; REsp 606.345, 2ª T., rel. Min. NORONHA, j. 17.05.2007, DJe 08.06.2007; AgRg no MS 11.308, 1ª S., rel. Min. LUIZ FUX, j. 28.06.2006, DJU 14.08.2006; MS 11.308, 1ª S., rel. Min. LUIZ FUX, j. 09.04.2008, DJe 19.05.2008.

¹⁷ Ambas estão publicadas na *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 2, 2004, p. 304 e ss. e 312 e ss.

material disponível. Certamente, causas que envolvem direitos materiais disponíveis comportam autocomposição. Mas não somente elas.

Como já se viu, nem sempre a autocomposição é atingida por meio de um ato de renúncia a pretensões e direitos (o que pressupõe disponibilidade do direito material). Por vezes, a autocomposição é reflexo da constatação, pelo sujeito envolvido no litígio, de que ele não tem razão, total ou parcialmente, naquilo em que vinha pretendendo. Toda vez que alguém constata que sua posição é insubsistente no conflito, em princípio, é possível (e desejável pelo ordenamento) que chegue a uma composição com o adversário. Apenas muito excepcionalmente o ordenamento veda que alguém que constata não ter razão componha-se com a parte contrária. Nesses casos excepcionais – reitere-se – há indisponibilidade não do direito material, mas da pretensão de tutela judicial: é obrigatório submeter a causa ao Judiciário.

Em suma, autocomposição abrange *qualquer modalidade de solução extrajudicial do litígio*.

Assim, causas que envolvem a Administração Pública em regra comportam autocomposição (mediante regular processo administrativo), inclusive as fiscais (processo administrativo fiscal). Nesses casos, cumpre-se o requisito geral objetivo para a celebração de negócios jurídicos processuais.

Requisitos adicionais podem ser impostos, a depender do ato ou posição jurídico-processual a respeito de que se pretenda convencionar. Por exemplo, nas causas que admitam autocomposição, em regra as partes podem celebrar negócio jurídico prevendo julgamento em um único grau de jurisdição – suprimindo, portanto, o cabimento de apelação. Mas essa modalidade de negócio processual submete-se a um requisito específico: ela não será admissível em causas que se submetem ao duplo grau obrigatório (remessa ou reexame necessário – CPC/2015, art. 496).

12. AÇÃO MONITÓRIA E FAZENDA PÚBLICA

A possibilidade de ação monitoria contra a Fazenda Pública também é questão a se resolver tomando em conta o sentido e os limites da indisponibilidade do interesse público.

Tal procedimento especial reveste-se de duas especiais peculiaridades que suscitaram controvérsia, em doutrina e jurisprudência, quanto à possibilidade de seu emprego perante o Poder Público: (1^a) o réu recebe *initio litis* uma decisão judicial (amparada em cognição sumária) que o incentiva a cumprir a obrigação, ofertando-lhe isenção de custas e honorários reduzidos em caso de pronto cumprimento (art. 701, *caput* e § 1º, CPC/2015). Discute-se se o cumprimento espontâneo desse comando pela Fazenda Pública não seria uma afronta à “indisponibilidade do interesse público”; (2^a) em caso de não-cumprimento e não-oposição de embargos em quinze dias, a decisão inicial transforma-se em título executivo judicial, prosseguindo o processo na forma executiva (arts. 701, § 2º, e 702, § 8º, CPC/2015). Questiona-se se seria aplicável tal consequência contra a Fazenda Pública, quando os agentes incumbidos de sua defesa permanecessem inertes.

É admissível a ação monitória contra a Fazenda Pública. É o que tenho sustentado desde a primeira edição de meu livro sobre a tutela monitória – fazendo apenas uma ressalva.¹⁸

O cumprimento espontâneo do mandado monitório, naqueles casos em que a Fazenda ré constata não proceder a sua postura de inadimplemento, é perfeitamente possível. Nesse momento, ainda não há *condenação* da Fazenda Pública. O mandado monitório é uma última oportunidade que se dá ao réu para pagar, antes ainda da formação do título executivo. Portanto, o cumprimento do mandado pela Fazenda não viola o regime dos precatórios. Então, se a Administração sabe que não tem razão, sabe que deve, convém que ela cumpra o mandado monitório – inclusive porque isso lhe trará uma vantagem, que é a isenção de custas e o pagamento de honorários em menor percentual. Obviamente, valem aqui todos os limites e condições antes mencionados: processo administrativo interno, autoridade administrativa competente etc. (item 7, acima).

Mas, por outro lado, se não houver cumprimento do mandado nem oposição de embargos pela Fazenda Pública, não será possível a automática e direta formação do título executivo judicial, como previsto literalmente na disciplina da monitória.

Afinal, se no processo comum de conhecimento não se dá o efeito principal da revelia contra a Fazenda Pública; se a Fazenda Pública não tem o ônus de impugnar especificadamente fato a fato da inicial, para que estes não se presumam verdadeiros; se não se concebe a confissão da Fazenda Pública – e assim por diante; enfim, se não se admitem essas decorrências no processo comum de conhecimento (item 6.1, acima), não seria coerente, dentro do sistema, que se tolerasse contra a Fazenda consequência ainda mais grave da inércia do réu no procedimento monitório: que é a automática formação de “título executivo”.

Então, na hipótese de a Fazenda não pagar nem embargar, tem de ser adotada solução semelhante à que deu o Ministro CARLOS MARIO para a questão das execuções contra a Fazenda com base em título extrajudicial. Em vários acórdãos unânimes do extinto Tribunal Federal de Recursos, de que o Ministro CARLOS MARIO foi relator, admitiu-se execução fundada em título extrajudicial contra a Fazenda – mas com a ressalva de que, não havendo embargos à execução, o juiz, mesmo assim, deveria proferir uma sentença (em princípio não prevista no procedimento), que se sujeitaria ao reexame necessário (*nos casos em que coubesse reexame*), e, só depois, seria requisitado o pagamento, por intermédio do presidente do Tribunal.¹⁹ Em 2004, já no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Carlos Mário voltou a adotar esse entendimento ao tratar da execução contra a Fazenda fundada em título extrajudicial, tendo sido unanimemente acompanhado pela 2ª Turma daquela Corte.²⁰

A mesma solução pode ser transportada para a monitória contra a Fazenda Pública. Se não houver embargos ao mandado, não se formará automaticamente o

¹⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória*. São Paulo: RT, 1998, p. 153-155. Em sua segunda edição (RT, 2001), v. p. 179-182 e p. 368-369.

¹⁹ RTFR 156/189; RTFR 147/187.

²⁰ STF, 2ª T., AgRg no RE 421.233, rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 15.06.2004, DJ 06.06.2004.

título executivo. Cumprirá ao juiz proferir uma sentença (não prevista no procedimento monitório) e submetê-la, quando for o caso, ao duplo grau obrigatório.

Essa solução já havia sido implicitamente adotada no acórdão que o Superior Tribunal de Justiça proferiu no REsp 196.580.²¹ Em tal precedente, o Superior Tribunal aceitou a monitória contra a Fazenda, mas ressaltou – mediante uma referência doutrinária – que incidiriam todas as salvaguardas processuais em prol do Poder Público, inclusive o reexame necessário. Entendeu ser viável o cumprimento espontâneo do mandado, naqueles casos em que a Fazenda ré constata não proceder a sua postura de inadimplemento – o que no acórdão foi qualificado como “*relatividade*” da indisponibilidade do interesse público. Em julgados posteriores, aquela Corte adotou de modo ainda mais explícito a solução aqui preconizada: admitiu o emprego da ação monitória, mas expressamente indicou que, se não houver embargos, não caberá a formação automática do título executivo.²²

Mas, sob a égide do Código anterior, a questão jamais se pacificou plenamente: havia mais julgados do Superior Tribunal de Justiça admitindo a monitória contra a Fazenda (por vezes, sem a limitação acima destacada) –²³ e outros tantos que a rejeitavam.²⁴

Seja como for, não fazia sentido – era puro formalismo, puro fetiche – ficar discutindo se cabia ou não monitória contra a Fazenda nos casos em que essa efetivamente já havia embargado o mandado monitório. Afinal, quando o réu embarga, tem-se mero procedimento comum (art. 702, *caput* e §§ 1º, 5º, 6º e 9º, CPC/2015) – ou seja, daí para a frente não há diferença em relação a uma ação comum de conhecimento. Então, se a Fazenda embargou, não teve prejuízo – e não há porque pretender discutir a questão.

O Código de Processo Civil de 2015 adotou a solução intermediária preconizada neste texto e em meus escritos anteriores. Expressamente previu o cabimento da ação monitória contra a Fazenda Pública (art. 700, § 6º). Mas igualmente estabeleceu a significativa ressalva, no sentido de que a não oposição de embargos à ação monitória pela Fazenda Pública não importará sempre a automática formação do título executivo judicial, dependendo tal eficácia do reexame necessário, nos limites em que vigora esse mecanismo (art. 701, § 4º).

13. ENCERRAMENTO

Como afirmado no início, o prefixo entre parênteses não passa de provocação. O problema não está na *indisponibilidade*. Não se contesta que o interesse público,

²¹ STJ, 4ª T., REsp 196.580, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 17.10.2000, DJ 18.12.2000.

²² STJ, 1ª T., REsp 281.483, rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, rel. p/ acórdão Min. JOSÉ DELGADO, j. 06.08.2002, DJ 07.10.2002; STJ, 1ª T., REsp 631.773, rel. Min. JOSÉ DELGADO, j. 01.06.2004, DJ 09.08.2004.

²³ STJ, 1ª T., REsp 535.533, rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. 02.10.2003, DJU 28.10.2003; STJ, 1ª TURMA, AgRg no REsp 249.559, rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, j. 28.09.2004, DJU 03.11.2004; STJ, 1ª T., REsp 596.981, rel. Min. LUIZ FUX, j. 13.04.2004, DJ 17.05.2004; STJ, 1ª T., REsp 603.859, rel. Min. LUIZ FUX, j. 01.06.2004, DJ 28.06.2004; STJ, 1ª T., REsp 215.526, rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, rel. p/ acórdão Min. LUIZ FUX, j. 11.06.2002, DJ 07.10.2002.

²⁴ STJ, 1ª T., REsp 197.605, rel. Min. JOSÉ DELGADO, rel. p/ acórdão Min. MILTON LUIZ PEREIRA, j. 14.11.2000, DJ 18.06.2001; STJ, 2ª T., REsp 202.277, rel. Min. FRANCIULLI NETTO, j. 11.05.2004, DJU 06.09.2004; STJ, 2ª T., REsp 603.799, rel. Min. FRANCIULLI NETTO, j. 08.06.2004, DJU 06.09.2004; STJ, 2ª T., REsp 252.875, rel. Min. FRANCIULLI NETTO, j. 1º.06.2004, DJU 06.09.2004.