



UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

RODRIGO TENÓRIO TAVARES DE MELO

**O CONTROLE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS DA FAZENDA
PÚBLICA: da liberdade de negociação à preservação do interesse público**

RECIFE

2018

RODRIGO TENÓRIO TAVARES DE MELO

**O CONTROLE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS DA FAZENDA
PÚBLICA: da liberdade de negociação à preservação do interesse público**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia

Coorientador: Prof. Dr. José Mário Wanderley Gomes Neto

RECIFE

2018

RODRIGO TENÓRIO TAVARES DE MELO

O CONTROLE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS DA FAZENDA

PÚBLICA: da liberdade de negociação à preservação do interesse público

Dissertação submetida à Comissão Examinadora abaixo designada, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, por intermédio do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (Área de Concentração: Direito, Processo e Cidadania / Linha de Pesquisa: Processo, Hermenêutica e Efetividade dos Direitos).

Defesa Pública: Recife, 31 / 08 / 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia
Orientador – Presidente (UNICAP)

Profa. Dra. Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega
Examinadora Interna (UNICAP)

Prof. Dr. João Hélio de Farias Moraes Coutinho
Examinador Interno (UNICAP)

Prof. Dr. Francisco Antônio de Barros e Silva Neto
Examinador Externo (UFPE)

À minha esposa, Gabriela, pelo
companheirismo, pelo amor e por ser essa
pessoa tão mais madura do que eu.

Aos meus pais, Clélio e Berenice, por tudo que
lutaram por mim e pelo meu irmão.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à minha esposa, Gabriela Luna, pelo apoio incondicional na construção desta dissertação. Agradeço, inclusive, pela leitura final do trabalho e pelas observações. Se eu fui até o fim é porque você, garota, muito me incentivou. Obrigado!

Agradeço demais também aos meus pais, Clélio Sá e Berenice Tenório, que sempre investiram na minha educação e na de meu irmão sem nunca questionarem escolhas realizadas. Muito obrigado!

Agradeço também ao meu irmão, Cleber Tenório, pelo amigo que sempre foi e que agora constrói uma bela família com a sua esposa, Isaura, e seus filhos, meus sobrinhos, Benício, João e Júlia.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Lúcio Grassi, pela paciência e por nunca ter me pressionado em nenhum momento, deixando-me livre para desenvolver meu trabalho sem nenhum tipo de amarra.

Agradeço imensamente ao meu coorientador, Prof. Dr. José Mário, que teve toda a paciência do mundo de ler o trabalho, de criticá-lo, de incentivá-lo (com as várias indicações de livros e textos, além dos empréstimos de obras do seu acervo) e pelas diversas sugestões dadas, as quais foram devidamente acolhidas; e por ser esse grande pesquisador que é, com toda a técnica metodológica, apaixonado pelo que faz e sem nenhum receio de repassar conhecimento para os seus alunos. Valeu, meu irmão!

A todos os professores com quem eu tive o prazer de cursar as disciplinas do Mestrado: Profa. Dra. Virgínia Colares, Prof. Dr. Sérgio Torres, Prof. Dr. Lúcio Grassi, Prof. Dr. Hélio Ourém e Prof. Dr. João Paulo Allain.

Agradeço a todos os colegas da 12ª Turma do Mestrado, principalmente às pessoas de Gustavo Oliveira e de Steel Rodrigues, amigos que fiz. Amizade essa que espero que se transmute numa amizade duradoura.

Agradeço também a todos os incentivadores do desenvolvimento desta dissertação, cujo apoio foi muito importante para que eu chegasse ao fim. Como foram muitos, destaco dois dos mais representativos. Assim sendo, agradeço a Alexandre Vasconcelos e à Anselma

Nunes, que muito me incentivaram.

Da mesma forma, agradeço ao Prof. Dr. Paulo Rosenblatt e ao Prof. MSc. Antônio Carlos F. de Souza Júnior, pelo apoio inicial.

Agradeço a todos que fazem as bibliotecas das quais me nutri de conhecimento. Assim sendo, agradeço às Bibliotecas da UNICAP, da PGE/PE, do TRF/5 e do TJPE. Devo agradecer também a quem faz esses instrumentos modernos e espetaculares, que são o Scielo e o Google Acadêmico.

Assim como agradeço também a todos os autores que foram citados no presente trabalho. Posso dizer que esta dissertação foi construída “sobre o ombro de gigantes”. Em razão disso, destaco que as imperfeições existentes no texto, sem dúvida, podem ser colocadas sob a minha única e exclusiva responsabilidade. Os autores mencionados não têm nenhuma culpa pelos descuidos, omissões e lapsos.

Agradeço aos amigos que cederam textos de sua autoria, cuja leitura muito me ajudou na construção desta dissertação. Agradeço, assim, a Silvano Flumignan e a Francisco Barros por isso.

Agradeço à Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco (PGE/PE), da qual tenho a honra de fazer parte, pela possibilidade que me concede de praticar o direito quotidianamente. Sem essa prática, esta dissertação não existiria. É da junção dessa prática com a teoria que a fundamenta que o presente trabalho foi forjado.

Por fim, agradeço aos Professores que aceitaram participar da banca de defesa pública, os quais muito me honraram com a presença e com as observações realizadas. Portanto, agradeço aos Professores Doutores Theresa Nóbrega, João Hélio Coutinho e Francisco Barros.

Muito obrigado a todos!

“Nossa ignorância é tanto mais densa quanto mais necessária é a liberdade de pesquisa. Sabem disto os cientistas. Sabem-no os historiadores, os juristas e os juízes, para os quais a instituição da liberdade da prova é fundamental para o pleno conhecimento dos fatos. Sabem-no, em suma, todos aqueles cujo trabalho específico consiste na difícil busca da verdade. É inegável que uma das razões pelas quais a verdade é às vezes difícil está precisamente no uso e no abuso do segredo.” (BOBBIO, 2015, p. 80)

RESUMO

Como ocorre o controle dos negócios jurídicos processuais realizados pela Fazenda Pública, tendo em vista os limites que devem ser observados para a preservação do interesse público? Para responder a essa questão, discute-se a ideia de interesse público, sua supremacia e indisponibilidade, além da possibilidade de negociação que tenha por objeto esse mesmo interesse público. Na mesma medida, desenvolve-se um debate acerca dos negócios processuais da Fazenda Pública, seus limites e possibilidades, além do controle necessário que esse tipo de convenção deve ter quando envolve questões relativas à Administração Pública e ao interesse público. Quanto à metodologia, procede-se, de início, a uma pesquisa e revisão de literatura, com o objetivo de apresentar os conceitos gerais das teorias concernentes ao interesse público, aos negócios processuais e ao controle na Administração Pública. Após, efetua-se um estudo de caso, que tem por objetivo analisar um negócio processual concretamente realizado pela Fazenda Pública, comparando-o criticamente com a teoria de base desenvolvida. Por fim, após o término da análise, chega-se à conclusão de que se mostra necessário um maior desenvolvimento das regras pertinentes à negociação processual de interesse público, tendo em vista o campo restritivo maior em que está inserida a Administração Pública, diferentemente da maior liberdade no campo privado, apresentando-se ainda recomendações para um melhor controle.

Palavras-chave: Fazenda Pública. Negócios Jurídicos Processuais. Interesse Público. Controle. Limitações à Negociação.

ABSTRACT

How occurs the control of procedural contracts closed by Public Administration, whereas must be observed the limits about public interest? To answer that question, firstly, it is discussed the ideas about public interest and satellit questions, such as the possibility of public interest's negotiation. After, it is developed a debate about procedural contracts in public administration, its limits and possibilities, besides the kind of control must exists in these contracts. In regard to methodology, it is adopted bibliographical research and review, to aim a development of the theories about the theme. Afterwards, with use of case study research techniques, its analised a procedural contract accomplished by Public Administration, make a comparison between it and the theory initially developed. Finally, it is verified that the procedural contracts closed by Public Administration needs some kind of increase of the rules that already exists, in view of the difference between public and private negotiations, considering the plenty of restrictions that the public area is conditioned. On account of that, it is showed recomendations for a better control.

Keywords: Public Administration. Procedural Contracts. Public Interest. Control. Limits to Negotiation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. INTERESSE PÚBLICO: DA INDISPONIBILIDADE À NEGOCIAÇÃO	17
1.1. Definição de interesse público.....	17
1.2. Da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.....	40
1.3. Da indisponibilidade à possível disponibilidade do interesse público. Negociação do interesse público?	45
1.4. O interesse público como objeto de negociações no processo civil.....	54
2. DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA.....	59
2.1. Indisponibilidade e disponibilidade processuais. (In)disponibilidade material e (in)disponibilidade processual.....	59
2.1.1. Da indisponibilidade dos atos praticados pela Fazenda Pública no processo civil brasileiro: negociação que envolva o interesse público e sua relação com os atos processuais.....	68
2.2. Dos fatos jurídicos aos negócios jurídicos. Dos fatos jurídicos processuais.....	71
2.3. Negócios jurídicos processuais: conceito, características e seu regramento no CPC/2015.....	78
2.4. Negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública.....	89
2.4.1. Características específicas, possibilidades e limites.	89
3. DO CONTROLE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA.....	103
3.1. Controle dos negócios jurídicos processuais (em geral e da Fazenda Pública). O papel do juiz.....	103
3.2. Interesse público, Estado Democrático de Direito e controle da Administração Pública.	110
3.3. O controle dos atos da Administração Pública. A função da transparência.	118
3.4. O controle dos negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública.	133
3.4.1. O papel dos órgãos de controle da Administração Pública.....	140
3.4.2. O controle judicial.....	141
4. ANÁLISE DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS IN CONCRETO.....	147
4.1. Negócios jurídicos processuais celebrados pela Fazenda Pública: análise de um caso concreto.....	147
4.1.1. Metodologia.....	148
4.1.2. Análise do caso concreto.....	154
4.2. Aplicação da teoria a casos hipotéticos de negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública.	188
CONCLUSÃO: Necessidade de parâmetros de atuação para a Fazenda Pública, de modo a possibilitar um controle efetivo de seus negócios jurídicos processuais.	192
REFERÊNCIAS	195
ANEXOS.....	213

INTRODUÇÃO

Após longa tramitação, o atual Código de Processo Civil (CPC/2015) foi sancionado pela Presidência da República em 16/03/2015, tendo entrado em vigor em 18/03/2016. Assim, esse CPC/2015 (Lei 13.105/2015) revogou o Código de Processo Civil de 1973, o qual vigorou por mais de 40 (quarenta) anos, modificando bastante o processo civil no Brasil.

Dentre as grandes novidades desse diploma legal (e elas são muitas) está a ideia da cooperação (ou participação) entre as partes e o juiz, com o objetivo de se obter, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º, CPC/2015).

O processo civil, com o atual código, deixa de ser um processo eminentemente egoístico, onde, muitas vezes, a) o autor não se preocupa com qualquer nulidade existente, desde que obtenha a tutela judicial pretendida; b) o réu alega tudo que puder, mesmo que a alegação seja das mais absurdas, com o objetivo apenas de criar entraves ao andamento do processo e prejudicar a obtenção do direito do autor; c) por fim, o juiz não assegura um verdadeiro devido processo legal às partes, já que tem por meta apenas a produção quantitativa de sentenças.

Com a nova legislação, pretende-se acabar com as ideias de “processo civil do autor”, “processo civil do réu” ou “processo civil do juiz”. Os 02 (dois) primeiros partem da noção de que o processo deve ser conduzido no interesse único das partes, as quais seriam responsáveis por todos os atos do processo aptos à resolução da lide, principalmente os atos de prova. Assim, não caberia ao juiz pretender a produção de provas que não tenham sido requeridas pelas partes, ou seja, seria um julgador preso ao desejo das partes, não importando se a causa não está apta para ser julgada.

Já o que se chama de “processo civil do juiz” tem relação com o processo em que a figura central seria o magistrado: o juiz teria poderes quase que absolutos em relação aos demais sujeitos do processo, pois manejaria o procedimento da forma que bem entendesse. É o caso, por exemplo, das chamadas decisões surpresas, nas quais os juízes surpreendem as partes pondo fim ao processo sem ter dado chance a elas de discutir uma determinada questão com mais profundidade. Profundidade essa que, a depender do caso, faz-se necessária.

Portanto, o regime instaurado pela nova norma processual tenta abolir essas ideias com a construção de um processo civil democrático, onde todos os sujeitos do processo tenham o mesmo poder de influência no andamento processual. Além do mais, a forma que o processo tramita interessa a todos os sujeitos processuais e não apenas a uma das figuras da

relação processual.

E é do interesse de todos porque todos os sujeitos processuais poderão contribuir com a razoável duração do processo, de modo a que o litígio seja resolvido o mais rápido possível, resguardado, por óbvio, o devido processo legal. E o interesse maior é sempre a tutela jurisdicional.

É por isso que o novel diploma traz dentre suas normas fundamentais a *cooperação* (art. 6º), a *boa-fé objetiva* (art. 5º) e a *paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório* (art. 7º).

Para tornar efetivas essas normas fundamentais, foi espriado pelo código uma série de dispositivos que têm por objetivo pôr em prática aqueles fundamentos do novo processo constitucional-democrático.

Alguns desses dispositivos trazem, exatamente, a regulação dos chamados 'negócios jurídicos processuais'. Os principais são os arts. 190, 191 e 200, do CPC/2015, os quais têm por fundamento a ideia de um processo civil cooperativo/comparticipativo, no qual reina a boa-fé, em que é assegurado a todos paridade e, por fim, a possibilidade de obter em prazo razoável a tutela judicial (art. 4º, CPC/2015).

Por meio dos negócios jurídicos processuais é permitido aos sujeitos processuais realizar mudanças no procedimento, flexibilizando-o a ponto de torná-lo mais consentâneo com a especificidade da causa e com a busca da tutela jurídica pretendida (art. 190, primeira parte, CPC/2015). Por exemplo, a calendarização do procedimento (art. 191). Uma outra permissão que é conferida às partes, por intermédio dos negócios jurídicos processuais, é a possibilidade de haver convenção quanto aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (art. 190, parte final, CPC/2015).

Assim, o novo diploma processual traz uma maior amplitude quanto à possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais. Não é que não fosse possível a realização de negócios processuais sob o manto do CPC de 1973, mas havia muitas ressalvas quanto a isso. O CPC/2015, portanto, disciplina a possibilidade de negócios jurídicos típicos (art. 357, §§ 2º e 3º, art. 471, dentre outros) e de negócios atípicos (art. 190).

Quanto aos negócios processuais, o CPC/2015 traz algumas restrições referente à possibilidade de negócios jurídicos (art. 190). São elas: a) as partes devem ser plenamente capazes; b) o negócio jurídico deve versar sobre processo em que estejam em questão direitos que admitam autocomposição.

Se for considerado que a cooperação (comparticipação) e a efetividade do processo

são 02 (dois) dos pilares do novo código, o negócio jurídico processual passa a ser das principais figuras de colocação em prática desses fundamentos. E só por isso ele se mostra um objeto de análise dos mais importantes para os estudos de Direito Processual Civil. E importante nas suas mais diversas vertentes. A que nos interessa é a utilização dos negócios jurídicos processuais no âmbito dos processos que envolvem a Fazenda Pública.

A Fazenda Pública é um dos principais contendores do Brasil, se não o principal. Isso segundo o CNJ, a partir de pesquisas realizadas nos anos de 2011¹ e de 2012². Na lista dos 100 (cem) maiores litigantes nacionais, alguns dos entes componentes da Fazenda Pública (INSS, Fazenda Nacional e União) ocupavam a 1ª (primeira), a 3ª (terceira) e a 4ª (quarta) posições.

No restante da lista dos 100 (cem), os entes aos quais pode ser dada a alcunha de Fazenda Pública aparecem em vários momentos. O Estado de Pernambuco, por exemplo, está em 33º lugar (Fazenda Pública) e em 42º lugar (Estado em causas não fazendárias). Ainda na pesquisa, vê-se que os setores públicos federal, estadual e municipal estão entre os 05 (cinco) maiores litigantes. Sejam como autores das ações, sejam como réus.

Diante dessa alta litigiosidade do Poder Público, as novidades trazidas pelo novel Código de Processo Civil podem se mostrar de suma importância para tornar a Justiça brasileira mais efetiva na prestação da tutela judicial. Assim como podem se mostrar essenciais para a defesa efetiva do próprio interesse público e para a implementação de políticas públicas as mais diversas.

Se o Estado brasileiro está presente em grande parte dos processos que tramitam no país e se esses mesmos processos não são resolvidos em um tempo hábil, então a Fazenda Pública dá a impressão de ter uma grande parcela de culpa na não efetividade da Justiça Nacional. Dessa forma, as inovações trazidas pelo CPC/2015 com o objetivo de destravar o andamento dos processos devem ser analisadas com a meta de serem efetivamente utilizadas pelo Poder Público. Dentre essas inovações está exatamente a possibilidade de utilização dos negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública.

Portanto, o que move este trabalho é saber até que ponto a Fazenda Pública pode utilizar o instituto do negócio jurídico processual. Qual a amplitude que ela teria, considerando a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, o qual deve ser defendido pelo Poder Público. Diante disso, mostra-se essencial discutir as possibilidades de negociação da Fazenda e os limites aos quais ela está adstrita. E como consequência disso é

¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa sobre os 100 maiores litigantes (2011)**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2018.

² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa sobre os 100 maiores litigantes**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20121030-06.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2018.

necessário que sejam analisadas também questões referentes ao controle da Administração Pública, suas características, espécies e formas de efetivação, de maneira a que se debata como aplicar esse controle às negociações processuais da Fazenda Pública.

Daí o motivo da pergunta derivada do problema de pesquisa: *Como ocorre o controle dos negócios jurídicos processuais realizados pela Fazenda Pública, tendo em vista os limites que devem ser observados para a preservação do interesse público?*

Para responder a essa questão, é necessário ressaltar que tal discussão deve sempre ter em mente a importância dos princípios constitucionais regedores da Administração Pública (art. 37 e seguintes, Constituição Federal). Portanto, o uso do negócio jurídico processual pela Fazenda Pública trará, em todos os momentos, discussões envolvendo a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, no mínimo. Assim como se mostrará fundamental a análise do negócio processual à luz dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Por conta dessas restrições advindas da Constituição e do ordenamento como um todo é que a análise deve ser travada também no âmbito do controle da Administração Pública e de suas consequências para os negócios processuais que venham a ter por objeto o interesse público. Daí a importância de discutir a utilização dos negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública.

Como já dito, o Poder Público é parte em uma grande quantidade de processos. Tornar esses processos mais dinâmicos é essencial para uma verdadeira efetividade da justiça. O negócio jurídico processual é um instituto que dá mostras de ser bastante útil para a busca dessa tutela efetiva. Entretanto, a utilização desses negócios pela Fazenda Pública pode esbarrar em princípios fundamentais regedores da Administração Pública.

Como se observa, então, a discussão em baila mostra-se indispensável para tentar entender esse (s) problema (s) em relação à administração da justiça, à própria Administração Pública, à efetividade social do CPC/2015 e, principalmente, à sociedade, que depende das políticas públicas postas em exercício pelo Poder Público.

Então, a meta deste trabalho é descrever e analisar as condições específicas que devem pautar a conduta da Administração Pública na realização de negócios processuais, dando-se especial ênfase ao controle dessa negociação, principalmente considerando as restrições decorrentes da supremacia e da indisponibilidade de interesse público.

Quanto ao caráter metodológico, inicialmente é realizada uma revisão da literatura concernente ao tema, com o objetivo de criar uma base teórica acerca do controle dos negócios processuais da Fazenda Pública.

Assim sendo, passa-se, de início, pela divergência doutrinária e jurisprudencial quanto

à definição de interesse público, fazendo-se quanto a ele um contraponto entre as noções clássica (BANDEIRA DE MELLO, 2015; DI PIETRO; RIBEIRO, 2010) e mais moderna (BINEMBOJM, 2006; JUSTEN FILHO, 2006; HAEBERLIN, 2017), para se chegar numa ideia de interesse público e de como ele pode ser objeto de possíveis negociações.

É revista também a literatura quanto à teoria do fato jurídico (negócio jurídico, inclusive), tendo por base a doutrina de Pontes de Miranda (1954, 1970) e de Mello (2011), com o propósito de atingir a discussão sobre os negócios jurídicos processuais (NOGUEIRA, 2016; CABRAL, 2016), principalmente quando aos efetivados pela Fazenda Pública (BARREIROS, 2016).

Por fim, faz-se a revisão concernente ao controle da Administração Pública e sua extensão aos negócios processuais. Para tanto, procura-se apresentar de que modo esse controle pode se desenvolver (BANDEIRA DE MELLO, 2015; FREITAS, 2013; NOBRE JÚNIOR, 2002), principalmente o controle judicial no processo (ATAÍDE JR. *et alii*, 2015; MORAES, 1999).

Construída essa base teórica, passa-se à análise de um caso concreto. Esse caso foi pinçado de uma negociação processual efetivada por determinado ente público em processo específico. Para analisá-lo, utiliza-se da técnica denominada estudo de caso (YIN, 2001). Assim sendo, o caso é estudado e cotejado com a teoria de base, a partir de parâmetros postos *a priori* no texto.

Para atingir tais objetivos, o trabalho, como observado, é dividido em 02 (duas) partes. Uma primeira, eminentemente teórica, por meio da qual procurou-se dissertar a respeito das teorias acerca do interesse público, de sua indisponibilidade e de sua negociação, além das teorias acerca dos negócios processuais da Fazenda Pública e do controle da Administração Pública aplicada a esses negócios. Já na segunda parte, procurou-se direcioná-lo para um viés mais prático, com a análise de um negócio processual concretamente efetivado por um ente público. Essa primeira parte foi desenvolvida nos 03 (três) primeiros capítulos. A segunda parte, no quarto e último capítulo.

No primeiro capítulo, é debatida a definição de interesse público e os princípios dele decorrentes (a supremacia e a indisponibilidade). Derivado disso, disserta-se acerca dos negócios que tenham por objeto o interesse público, principalmente no processo civil.

No segundo capítulo, descreve-se a teoria subjacente aos negócios jurídicos em geral e de sua aplicação no âmbito processual, dando-se especial destaque aqueles em que a Fazenda Pública venha a fazer parte.

No terceiro capítulo, analisa-se o controle da Administração Pública em geral e sua

aplicação ao controle dos negócios processuais, destacando-se o papel dos vários órgãos controladores e o papel de controlador do juiz, tendo em vista a sua função de dirigir o processo (art. 139, CPC/2015).

No quarto e último capítulo, faz-se o estudo de caso, o qual toma por objeto um negócio processual efetivamente concretizado pela Fazenda Pública e o analisa em cotejo com a teoria desenvolvida nos capítulos anteriores.

Assim sendo, pretende-se a seguir desenvolver o tema não apenas em seu viés teórico, mas também prático, de modo a possibilitar uma análise mais ampla e concreta da questão, procurando-se conceber, ao final, algumas recomendações possíveis para que os negócios processuais sejam efetivados com mais segurança jurídica pela Fazenda Pública.

1. INTERESSE PÚBLICO: DA INDISPONIBILIDADE À NEGOCIAÇÃO

1.1. *Definição de interesse público*

Neste primeiro item, busca-se desenvolver uma (s) possível (eis) definição (ões) de interesse público a partir do que foi construído pela literatura jurídica sobre o tema. E mostra-se essencial ao presente trabalho tal delimitação de significado, tendo em vista que a sua compreensão será basilar para a construção da tese que ora se pretende. E basilar porque o trabalho estará permeado de debates que envolvem o interesse público, considerando que é papel da Fazenda Pública assegurar a sua preservação (CUNHA, 2013, p. 33).

Deve ser destacado, contudo, que não se pretende obter um conceito de interesse público, ou seja, que interesse público é isso ou aquilo. Conceito como afirmação acerca da essencialidade de algo. Não. O que se pretende é uma mera definição, no sentido de delimitar texto e contexto do que vem a ser interesse público. Portanto, o objetivo é “explicar o sentido”, delimitar as significações possíveis de interesse público, quais suas características específicas, ou seja, o que pode ser compreendido como interesse público.

De todo modo, definir o que vem a ser interesse público não é tarefa das mais fáceis. Isso pode ser observado, por exemplo, no dia a dia dos Tribunais brasileiros, os quais divergem quanto à existência ou não de interesse público em casos muitas vezes semelhantes.

A título de ilustração, o Supremo Tribunal Federal, órgão judicial que tem por função uniformizar a interpretação acerca da Constituição Federal, por seu Plenário, em julgamento do Recurso Extraordinário 630.733/DF, julgado em 2013 no regime da Repercussão Geral³, fixou a tese de que, em concursos públicos, os candidatos não podem opor circunstâncias pessoais para a remarcação de provas, com o objetivo de possibilitar uma segunda chamada de determinada etapa da seleção.

E concluiu o STF naquele julgado não poder haver tal direito em remarcar a data das provas em razão de a Administração Pública, ao realizar um concurso, dever ter em conta o interesse público, o qual será atendido se a seleção for feita com “transparência,

³ O regime da repercussão geral consiste no julgamento de Recurso Extraordinário cujas questões constitucionais sejam relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, e que ultrapassem os interesses subjetivos do processo (art. 1.035, § 1º, CPC/15). Por serem relevantes essas questões, outros processos que tenham o mesmo tema em discussão serão suspensos até o julgamento do RE (art. 1.035, § 5º, CPC/15). Uma vez decidido o RE sob o regime da Repercussão Geral, os demais processos suspensos (e os processos vindouros também) terão que ser decididos no mesmo sentido que julgado pelo STF (art. 1.030, I, a e II, CPC/15).

impessoalidade e igualdade, com o menor custo para os cofres públicos”.

Sublinha ainda o STF, no voto do relator do RE, Ministro Gilmar Mendes, que não pode haver a movimentação de toda a máquina administrativa, com o adiamento de uma etapa do concurso, em prol de um ou de alguns poucos candidatos, por eventualidades meramente pessoais. Ainda destacou que permitir a remarcação de um teste causaria “tumulto e dispêndio desnecessário para a Administração”, o que, em termos mais precisos, iria de encontro ao interesse público, tanto que o relator afirma que a proibição por edital da possibilidade de remarcação de etapa de concurso por problemas pessoais de candidato “confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público.”

Assim, vê-se que nesse caso específico o STF definiu o que pode ser considerado de interesse público, a saber, a manutenção das etapas do concurso na forma como definida no edital, sem privilegiar determinado candidato em razão de problemas pessoais. Diante disso, não privilegiado nenhum candidato da forma como posta no caso o interesse público estaria preservado. Interesse público nesse caso seria a atenção à isonomia/impessoalidade entre todos os candidatos da seleção e a manutenção do percurso do concurso como modo de evitar gastos desnecessários para a Administração Pública.

Com base nesse precedente, os Tribunais do país, como deve ser, têm aplicado esse entendimento a casos semelhantes. Foi o que fez o Tribunal de Justiça de Pernambuco, o qual na Apelação 319942-8, julgada em 2016, por meio de sua 3ª Câmara de Direito Público, decidiu que determinada candidata gestante não teria direito a uma segunda chamada de determinada etapa do concurso público em que inscrita em razão de, caso fosse assegurado a ela esse direito, estariam feridos os princípios da isonomia e da supremacia do interesse público. E assim decidiu por tomar por base, de forma expressa, o que fixado no RE 630.733/DF acima citado.

Só para que fique claro, nesse caso específico julgado pelo TJPE a candidata não poderia participar de determinada etapa do concurso na data marcada em razão do seu estado gravídico. Por isso, requereu uma segunda chamada da prova, pedido o qual foi negado.

Contudo, no fim de 2017 (mês de novembro), o mesmo STF, no RE 1.058.333/PR, reconheceu a repercussão geral a um caso em que se discute a possibilidade de remarcação de etapa de concurso devido a uma determinada candidata estar gestante. Esse Tribunal, por meio de seu Plenário, entendeu não se aplicar no caso o RE 630.733/DF mais acima

destacado. E assim entendeu porque aqui estaria em jogo não o tumulto a ser provocado ao concurso e à Administração, mas sim a dignidade humana da mulher e o acesso isonômico aos cargos públicos diante de uma condição natural da mulher, a gravidez.

É destacado pelo relator daquele recurso, Min. Luiz Fux, que possa ser que tal medida, a remarcação da etapa em razão da gravidez da candidata, atenda ao princípio da eficiência, “especificamente no caso de concurso público”, e que ela poderia promover “o interesse legítimo da Administração Pública de selecionar os candidatos mais bem qualificados”, já que permitir o adiamento de etapas do concurso em razão da gestação garantiria um aumento na competitividade do certame.

Como se observa, o interesse público aqui consistiria em garantir a participação ampla de candidatos no certame, tendo em vista a possibilidade de a Administração Pública poder contar com um maior leque de concorrentes, sem que as condições naturais de cada um deles sejam um empecilho. Permitindo-se, assim, a remarcação de etapas do concurso.

Ressalte-se que apesar de ter havido apenas decisão quanto à repercussão geral do debate travado no RE acima citado, não tendo sido debatido o mérito, vê-se claramente um indicativo de decisão no voto do relator e, até mesmo, na conclusão pelo Plenário da existência de repercussão geral. Principalmente, quando o próprio relator traz à baila precedentes do próprio STF no sentido de não aplicar o precedente do RE 630.733/DF no caso de candidatas gestantes.

Portanto, vê-se que apesar de os casos dos dois REs serem bastante semelhantes o STF definiu interesse público de formas diversas. De início, o interesse público consistiria em permitir que o concurso público seguisse os seus trâmites sem paradas. E com isso estar-se-ia evitado o benefício do adiamento das provas a determinado candidato. Após, o mesmo STF afirma que permitir que um candidato participe de uma segunda chamada de etapa de concurso já realizada não feriria, ao menos de início, o interesse público. Na verdade, esse estaria sendo assegurado, já que permitiria a participação de uma gama maior de candidatos, ou seja, a Administração teria uma maior possibilidade de escolha de candidatos mais qualificados.

E realizar a definição de interesse público é complexa não apenas na jurisprudência. Na verdade, a sua complexidade é tamanha a ponto de produzir também sérias discussões acadêmicas (BANDEIRA DE MELLO, 2014; BINEMBOJM, 2006; CARVALHO FILHO, 2008; HAEBERLIN, 2017, dentre outros). Assim, traz-se mais abaixo o entendimento

doutrinário diverso acerca do interesse público. Antes, porém, mostra-se necessário fazer uma digressão a conceitos próximos de interesse público, os quais precisam ser fixados para que não se os confundam com o próprio interesse público.

São eles: bem comum, vontade da maioria e vontade geral. São conceitos muito próximos, mas nem por isso idênticos. Na verdade, eles não se confundem. Assim como bem comum e interesse público também não se confundem, como será adiante melhor explicitado. Pode-se dizer que bem comum é o fim útil, necessário e desejado por uma determinada sociedade em dado tempo e espaço, enquanto vontade da maioria e vontade geral seriam a forma de alcançá-lo.

O bem comum concerniria ao acordo racional de “todas as pessoas” acerca de determinada vontade comum (SCHUMPETER, 2014, p. 5275⁴). Então, quanto a esse fim (o bem comum), abstratamente considerado, não haveria uma divergência, mas sim quanto a sua extensão e à forma de alcançá-lo (SCHUMPETER, 2014, p. 5279). E assim o é porque cada membro da sociedade tem a sua própria ideia do que é o bom e do que é o ruim e, a partir disso, do que vem a ser o bem comum (SCHUMPETER, 2014, p. 5271-5279).

Em razão disso, torna-se difícil efetivar a construção do que vem a ser o bem comum, tendo em vista que as sociedades costumam ser compostas de uma população grande e diversa. Assim, não há como cada indivíduo discutir um com o outro acerca da definição do bem comum. Daí a necessidade de que se existam assembleias (parlamentos) para tais decisões (SCHUMPETER, 2014, p. 5286).

Diante disso, apesar de o bem comum ser do interesse de todos, o alcance do que ele vem a ser não é simples. Daí a necessidade de se ter procedimentos para o seu atingimento. É quando se introduz as ideias de vontade da maioria e de vontade geral. Por óbvio, as ideias de bem comum, vontade geral e vontade da maioria surgem a partir da noção de uma sociedade baseada na lei e na igualdade. Já que antes o que predominava era a vontade individual do soberano (BOBBIO, 2004, p. 115-116).

Vontade geral é uma construção atribuída ao filósofo Jean-Jacques Rousseau, o qual entendia que existiria uma vontade particular e oposta a ela uma vontade geral. Na sua visão, a vontade geral não é a vontade de todos (pensa-se que aqui poder-se-ia incluir a ideia de vontade da maioria também), já que essa última teria um caráter mais quantitativo enquanto aquela seria mais qualitativa e, devido a isso, atingiria o interesse (o bem) comum

⁴ Essa numeração alta é relativa à página correspondente à versão e-book do livro.

(KOMPARATO, 1998, p. 42).

Quanto a esse caráter quantitativo para a obtenção de uma vontade comum, Schumpeter (2014, p. 5317) destaca que quem adota essa noção peca por achar que existiria um bem comum único e determinável discernível para todos os componentes do meio social, como se fosse possível atingir a “alma do povo”.

Para Rousseau, a vontade geral teria por objetivo a utilidade pública e viria a ser a soma das diferenças das vontades particulares, desde que dessas vontades particulares fossem retiradas aquelas que “reciprocamente se destroem” (ROUSSEAU, [20--], p. 241-250). Seria algo como um consenso a partir das diferenças⁵. Mas o ideal seria que essas diferenças fossem pequenas, de modo a que a vontade geral fosse mais precisa. A partir do momento em que as diferenças fossem muitas, o resultado não seria tão geral, o que atingiria o sucesso da deliberação enquanto vontade geral. E isso poderia levar a algo pior, uma diferença específica poderia se tornar tão grande que se tornaria única. E, assim acontecendo, deixaria de existir a vontade geral. Haveria apenas uma “opinião particular” (ROUSSEAU, [20--], p. 245-250).

Segundo Komparato (1998, p. 42), em Rousseau a vontade geral seria a própria lei e estaria vinculada “não à vontade da maioria mas à razão objetiva”. Quanto a essa ideia, é preciso notar que a vontade geral rousseauiana estaria num “plano abstrato, que não se reduz aos interesses particulares” e que, na verdade, seria um “guia da ação coletiva” (LEISTER; CHIAPPIN, 2014, p. 285-294).

Quanto a esse “guia da ação coletiva”, pode-se dizer que Rousseau considerava que quando a vontade geral se sobrepõe, a coletividade se considera como um corpo único, sem interesses que se contradigam, apesar de poderem ser diversos. Mas esses interesses não se autoexcluem. E que em um Estado em que a vontade geral prevalece, e por isso mesmo o bem comum, as leis não precisam ser numerosas. Ao contrário, se a vontade geral não prevalecer, o que se teria seriam apenas interesse(s) particular(es). E, nesse caso, a vontade geral deixaria de existir? Para Rousseau, a resposta é negativa, já que a vontade geral seria “constante, inalterável e pura”. Nesse momento, ela apenas estaria encoberta pelas vaidades pessoais dos indivíduos componentes da sociedade (ROUSSEAU, [20--], p. 923-945⁶).

Pensa-se que apesar de Rousseau ter sido inovador na sua construção teórica de “vontade geral” (LEISTER; CHIAPPIN, 2014, p. 285-294), a sua noção, ao fim e ao cabo,

⁵ Rousseau afirmava que a vontade geral concerniria ao bem comum e a vontade de todos à soma de vontades particulares; mas se fosse tirado dessas “vontades as que em menor ou maior grau reciprocamente se destroem”, sobraria como soma das diferenças a vontade geral (ROUSSEAU, [20--], p. 241-245).

⁶ Essa numeração alta é relativa à página corresponde à versão e-book do livro.

não foge muito da crítica posta por Schumpeter acima destacada. Continua-se com a vontade geral a tentativa de se encontrar a “alma do povo”.

É interessante notar que na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual tem certa influência de Rousseau (BOBBIO, 2004, p. 125), é disposto pelo seu art. 6º que “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação”.

Já a vontade da maioria, como o próprio nome já antecipa, seria a vontade construída a partir da decisão tomada por uma ampla maioria⁷. Quer dizer, nem todos os componentes da sociedade concordam acerca do que vem a ser o bem comum, mas a maioria sim. Segundo Bobbio (2004, p. 115), esse princípio da maioria “é a regra fundamental de decisão democrática” e que a sua obtenção é feita de maneira quantitativa, tendo em vista que a sociedade não é um corpo orgânico, mas uma soma de indivíduos.

Vê-se, com isso, que Bobbio pensa de forma contrária a Rousseau, mas isso não significa que aquele considere, só por conta da defesa do método quantitativo, a sociedade menos complexa do que acharia Schumpeter por exemplo (BOBBIO, 2017, p. 54; SCHUMPETER, 2014). A vontade da maioria, contudo, tem seus problemas, no que denomina de “tirania da maioria” (BOBBIO, 2017, p. 76 e 83), tendo em vista que suas decisões podem nunca abarcar os anseios das minorias existentes na sociedade.

Realizada essa digressão acerca das noções de bem comum, vontade geral e vontade da maioria, passa-se agora a discutir mais de perto a noção de interesse público, inclusive no que concerne a sua ligação com a ideia de bem comum.

Haeberlin destaca que durante muito tempo foi debatida a ideia de “bem comum”⁸,

⁷ Essa ideia de vontade da maioria está hoje muito ligada às chamadas democracias representativas, cujos representantes eleitos estariam no congresso a representar os diferentes setores da sociedade. Daí o porquê de concernir à vontade da maioria. Mas nem sempre democracia e vontade da maioria representavam efetivamente a maioria da sociedade. Na verdade, a democracia representativa de hoje é muito diversa da democracia grega, por exemplo. Democracia que surgiu, exatamente, na Grécia. A democracia grega, que, de certa forma, correspondia à vontade da maioria, não era do tipo representativa, mas sim assemblear (DAHL, 2001, p. 117-118). E também não correspondia à vontade da maioria como ela é concebida hoje, tendo em vista que quem participava da assembleia eram apenas alguns gregos (mulheres, escravos, dentre outros não participavam), os quais seriam, com efeito, os verdadeiros cidadãos para a época (DAHL, 2001, p. 117-118). Na verdade, existiram diversos tipos de democracia na história, da grega à atual. E a atual, segundo Dahl (2001, p. 100-104) deveria se chamar de poliarquia (que significa, em grego, “governo de muitos”) ou democracia poliárquica. A poliarquia consistiria na “democracia representativa moderna” ou na “democracia em grande escala”, a qual seria composta necessariamente de 06 instituições para assim ser classificada, quais sejam: funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações; e cidadania inclusiva. Para maiores detalhes, DAHL, 2001, p. 97-113).

⁸ Oliveira, P. informa que a ideia de “bem comum” desenvolveu-se na Idade Média e tinha como fundamento a existência de uma comunidade política, na qual o objetivo era satisfazer os interesses dessa mesma

termo esse que caiu em desuso e se passou a utilizar “interesse público”. Ainda segundo ele, “bem comum” passou a ser trabalhado pela Teoria do Estado e “interesse público” pelo Direito do Estado, apesar de, na sua visão, haver sinonímia entre os vocábulos (HAEBERLIN, 2017, p. 36-41).

Seja bem comum ou interesse público, a questão é que a noção de interesse público está intimamente ligada com a de interesse privado, tendo em vista ser uma dicotomia clássica no direito (BOBBIO, 2005, p. 13-31). Em termos gerais, sendo um interesse juridicamente qualificado, ou ele é público ou é privado. Como bem destacado por Bobbio (2005, p. 13), os termos de uma dicotomia estão sempre se condicionando reciprocamente, até porque “o interesse público determina-se imediatamente em relação e em contraste com o interesse privado e vice-versa” (BOBBIO, 2005, p. 13). Obviamente, a divisão entre os dois não é precisa, tendo em vista a zona de penumbra existente (BRILHANTE, 2015, p. 60-61; RIBEIRO, 2010), conforme será demonstrado mais abaixo.

De toda forma, não há como falar em interesse público sem tecer algumas palavras acerca do interesse privado. O interesse privado juridicamente qualificado vem a ser o que se denomina de direito privado, o qual concerne, basicamente, à ordenação acerca da família, da propriedade, do contrato e dos testamentos (BOBBIO, 2005, p. 21-24). Já o interesse público qualificado pelo direito é direito público, o qual concerne à regulação do Estado e de seus temas satélites (política, Administração Pública, Constituição etc.).

Bobbio (2005, p. 27-28) alerta, contudo, que nem sempre o que é público é “aberto ao público” e nem sempre prepondera o segredo apenas no privado. Assim, pode ser de interesse público manter um segredo, por incrível que pareça. Deve ser ressaltado, de outra banda, que o interesse público na república não se coaduna com o segredo, mas com o público “aberto ao público” (BOBBIO, 2005, p. 28). Isso fica claro em trechos da Constituição e da legislação infraconstitucional, os quais serão, inclusive, destacados mais abaixo, tendo em vista que o Brasil tem como forma de governo a república (arts. 1º a 4º, da CF/88).

Essa correlação do público com o privado é tão intensa que muitas vezes é complexo definir o que vem a ser de interesse público e o que vem a ser de interesse privado. Às vezes, um interesse que, de início, parece privado, mostra-se público. E o contrário também é verdadeiro, um interesse que se mostra público inicialmente e que na verdade é privado.

comunidade (OLIVEIRA, P., 2015, p. 92). Essa noção é muito próxima daquelas comunidades antigas descritas por Coulanges (2009), talvez em razão da forte presença nesse período da Igreja, ou seja, retorna-se, guardadas as devidas proporções, à religião. A seguir, ficará mais clara essa alusão a essas comunidades antigas.

Um exemplo da primeira situação seria um caso em que uma pessoa necessita de um medicamento específico para o seu tratamento de saúde, mas que por não ter condições de arcar com os seus custos requer que o Estado o forneça. De início, trata-se de um interesse privado, já que concerne à esfera privada do particular. Refere-se a sua saúde em particular. Mas a partir do momento em que o Estado que irá fornecer esse medicamento essa questão passa a ser de interesse público, já que diz respeito ao sistema de saúde do Estado (custos, por exemplo).

Um exemplo da segunda situação seria a hipótese em que determinado ente político determina a desapropriação de um imóvel para a instalação de um complexo fabril que irá beneficiar aquele local gerando empregos, renda, pagamento de tributos etc. De início, interesse público por completo. Contudo, depois descobre-se que essa desapropriação foi feita para beneficiar amigo ou parente próximo do gestor do ente político. Nesse momento, não existe mais interesse público na desapropriação, mas mero interesse privado⁹.

Segundo Bandeira de Mello (2014, p. 59-62), o interesse público teria íntima ligação com os interesses individuais, já que, apesar de não ser uma soma desses, aquele seria uma dimensão pública desses últimos. Assim, o interesse público seria o produto resultante do conjunto de interesses que os indivíduos teriam na qualidade de partícipes de uma dada sociedade (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 62). Portanto, existiriam os interesses particulares de cada indivíduo, ou seja, concernentes a sua esfera privada. E existiriam os interesses públicos de cada indivíduo. O conjunto desses interesses públicos de cada indivíduo resultaria no interesse público de todos.

Esse mesmo autor ressalta que esse conceito de interesse público é lógico-jurídico, mas que a definição do que venha a ser de interesse público corresponde a um conceito jurídico-positivo, já que ele será delineado nas estruturas do sistema normativo. De preferência, pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais dela derivadas (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 68).

Destaca Bandeira de Mello (2014, p. 66), ainda, que esse interesse público não é semelhante ao interesse do Estado, mas vem antes dele. Na verdade, o Estado é um fautor¹⁰ do interesse público (CUNHA, 2013, p. 33). Cunha, no mesmo toar de Bandeira de Mello, assevera que o interesse público é o “interesse de que todos compartilham”, identificando-se

⁹ Obviamente, o interesse público persiste no âmbito da penalização (administrativa, civil e penal) do gestor, assim como no primeiro caso persiste o interesse privado em relação ao paciente que busca o fornecimento do medicamento.

¹⁰ O autor utiliza essa expressão no sentido de que o Estado é um promotor/defensor do interesse público.

com a noção de bem comum e com a ideia de que público é aquele interesse que “se refere aos beneficiários da atividade administrativa, e não aos entes que a exercem.” (CUNHA, 2013, p. 32-33).

Di Pietro chega a qualificar o interesse público como princípio, destacando que ele está previsto expressamente na Lei 9.784/99¹¹ (DI PIETRO, 2004, p. 70-71). Em outro texto de sua lavra, essa mesma administrativista vai afirmar que o conceito de interesse público pode ser determinado ou indeterminado, a depender do ramo do direito em que atue, do setor de atuação do Estado (“saúde, educação, justiça, segurança, transportes”) e do instituto analisado - um contrato administrativo, uma licitação etc. (DI PIETRO, 2010, p. 98). Para explicar essa ideia, Di Pietro traz como exemplo, dentre outros, da possibilidade de determinação do que venha a ser interesse público, a “rescisão unilateral de um contrato administrativo que cause danos ao meio ambiente, ao consumidor ou ao patrimônio público”. Ela afirma que nessas hipóteses não haveria como não considerar como determinado o interesse público (DI PIETRO, 2010, p.98).

Borges (2011, p. 10) afirma que o interesse público é a soma de interesses individuais coincidentes (da maioria) “em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores”. Ao que parece, essa autora faz uma confusão entre bem comum e interesse público, tendo em vista que nem sempre o bem comum se torna interesse público, conforme vem sendo debatido neste capítulo. Ademais, ela acaba simplificando demais a ideia tanto de bem comum, que está implícito em seu texto, como a de interesse público, considerando que interesses individuais coincidentes não são tão simples de serem construídos, ante a complexidade da vida em sociedade.

Por sua vez, Martins, F. (2000, p. 63-66) diferencia interesse público de interesse social. Para esse autor, interesse público estaria mais próximo da função do Estado de atender as necessidades da coletividade, enquanto o interesse social diria respeito à preservação do bem comum (MARTINS, F., 2000, p. 63-64). Apesar dessa divisão realizada pelo doutrinador, não ficam muito claras quais seriam as características que diferenciariam os dois tipos de interesses.

Já para Ribeiro, o alcance do termo interesse público seria o que está positivado no ordenamento jurídico, tanto por regras como por princípios. Categoricamente, ele diz: “Sendo

¹¹ Eis a redação do dispositivo da lei mencionada: Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

direto: o 'interesse' é público quando é 'direito'" (RIBEIRO, 2010, p. 117). Essa noção de interesse público também é muito ampla, tal qual a de Borges acima citada. A diferença é que o autor se apega ao que posto pelo direito positivado, já que considera que o interesse só é público quando direito for. Contudo, tal assertiva pode fazer com que um interesse se torne público sem o ser. Para ilustrar, destaca-se novamente o exemplo acima empregado acerca da desapropriação por falsos interesses públicos.

Entende-se o que o autor está querendo dizer (sabe-se que ele não é um legalista), mas a forma como está construído o conceito de interesse público pode ser muito perigosa. Um administrador público de má-fé, por exemplo, poderia considerar que tudo que está positivado é de interesse público, mesmo que inconstitucional. E, dessa forma, não se poderia nem declarar a inconstitucionalidade de determinado ato normativo por violação ao interesse público, já que o que disciplinado por esse mesmo ato já seria, *a priori*, de interesse público¹².

De forma contrária, Justen Filho vai afirmar que não existe um interesse público, mas interesses públicos (2016, p. 52). Assim entende porque os direitos subjetivos fundamentais constitucionalmente assegurados também consistiriam em interesse público. Diante disso, o chamado interesse público não teria conteúdo, seria vazio, tendo em vista que a avaliação do que venha a ser o interesse público só se faz por meio da análise do caso concreto (JUSTEN FILHO, 2016, p. 55; 59). Afirma ainda que interesse público não se confunde com o interesse do Estado, nem com o interesse da sociedade, nem com o interesse da totalidade dos sujeitos privados e nem com o interesse da maioria (JUSTEN FILHO, 2016, p. 55-57).

Nesse mesmo sentido, Binbenojm (2006, p. 81-86) disserta que não há um interesse público apriorístico, mas que ele seria o “resultado final” de um “jogo de ponderações”, tendo em vista que, a depender das circunstâncias fáticas, “ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial de interesses individuais.” (BINENBOJM, 2006, p. 86). Assim entende porque o Estado Democrático de Direito brasileiro atual seria um “Estado de ponderação”, considerando que o aplicador do direito não pode perder de vista os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados (BINENBOJM, 2006, p. 86-124).

Mais recentemente, outro autor que pretende uma definição abstrata de interesse

¹² O STF, no julgamento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) n.º 388 julgou inconstitucional determinado ato normativo (Res. 72/2011, do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual permitia que membros do Ministério Público pudessem ocupar cargos públicos fora do âmbito da Instituição), por violação ao interesse público. Destacou ainda que a ADPF tem dentre os seus pressupostos de admissão a “relevância do interesse público”. A ADPF tem por “objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental” (art. 1º, da Lei n.º 9.882/99 e art. 102, § 1º, da Constituição Federal).

público é Haeberlin (2017), mas de modo diverso da “escola tradicional” referida mais acima. Ele pretende construir um conceito de “interesse público em si”, tomando por base metodológica a crítica transcendental de Kant, ou seja, com o objetivo de uma conceituação universal de interesse público. Interesse público como um “juízo sintético *a priori*” (HAEBERLIN, 2017). Com base numa “teoria da justiça”, mas também com inspiração na construção teórica do contrato social de Rousseau, afirma não ser possível realizar uma conceituação apenas jurídica de interesse público, devendo ser efetivada também uma conceituação humanística.

Como se observa dos doutrinadores acima, eles se digladiam entre a possibilidade de definição abstrata de interesse público e a de definição apenas nos casos concretos. Trata-se de debate importante, o qual será melhor destrinchado mais abaixo. Continue-se, contudo.

Por sua vez, Hachem (2011, p. 59-110) faz algo parecido com uma teoria eclética do interesse público, englobando aspectos das 02 (duas) teses destacadas acima, quando ressalta que existiriam 02 (duas) noções jurídicas de interesse público, quais sejam, o interesse público em sentido amplo e o interesse público em sentido estrito. A primeira noção abarcaria todos os direitos subjetivos e interesses legítimos constitucionalmente assegurados. Assim, faria parte dessa categoria os interesses gerais da coletividade e os interesses específicos individuais ou, até mesmo, coletivos.

Esse autor ressalta que o interesse público em sentido amplo é aquele assegurado objetivamente pelo ordenamento e a partir da Constituição, seguindo com a sua regulamentação pelas leis infraconstitucionais. Assim, a Administração deve atuar conforme o que previsto na legislação, devendo ser observada a “finalidade subjacente à norma”. O não desvio dessa finalidade seria o que o autor denomina de condição negativa de validade dos atos administrativos (HACHEM, 2011, p. 59-110).

Já o interesse público em sentido estrito seria o interesse geral da coletividade. Esse interesse, diferentemente da sua noção em sentido amplo, só pode ser observado concretamente, nas atuações diárias da Administração Pública. Quer dizer, a Administração, ao concretizar os seus atos, realizará o interesse público se, diante de uma situação fática, sobrepor esse interesse a interesses outros, desde que de forma devidamente motivada. Mas só assim poderá proceder caso esse interesse público seja descrito numa norma jurídica, tanto de forma explícita (expressa alusão ao termo “interesse público” ou sinônimos) como implícita - por meio de uma competência discricionária (HACHEM, 2011, p. 59-110).

Essa dissensão quanto à definição, seja na jurisprudência seja na doutrina (principalmente, nessa última), acontece porque, em grande parte, interesse público enquadra-se na categoria jurídica dos conceitos jurídicos indeterminados (BORGES, 2011; BRILHANTE, 2015, p. 59-60; DI PIETRO, 2010; RIBEIRO, 2010, p. 103-119).

Quanto a isso, destaque-se que o conceito jurídico indeterminado é um tipo de conceito aberto (LORENZETTI, 2010, p. 172-174), mas essa abertura não consiste numa discricionariedade a ser utilizada como anteparo para soluções arbitrárias (CAMBI, 2011, p. 82-83). De forma equivocada, essa abertura costuma provocar na seara jurídica soluções, muitas vezes, *contra legem*, sob o argumento da ponderação de interesses por meio dos princípios da proporcionalidade/razoabilidade. Na verdade, tais soluções não passam de subjetivismos e arbitrariedades, utilizando-se do conceito aberto ao seu bel-prazer, sob um falso critério de ponderação. É o que Streck (2013) denomina de “decido conforme minha consciência” ou “solipsismo judicial”.

Contudo, Lorenzetti (2010, p. 173) afirma que, apesar de ser um conceito aberto, ele não chega a ser um princípio jurídico. É, na verdade, “uma norma jurídica que estabelece um critério para uma multiplicidade de situações fáticas”, mas que não é concreta e sim abstrata (LORENZETTI, 2010, p. 173). E essa abertura dos conceitos jurídicos indeterminados faz com que eles sejam adaptáveis a mudanças históricas e valorativas (LORENZETTI, 2010, p. 173).

A maior existência de conceitos abertos na legislação (seja na Constituição seja nas leis infraconstitucionais) deriva da percepção de que limitar o direito ao texto da lei não seria suficiente para abarcar todos os acontecimentos da vida real. Haveria, assim, a necessidade de dar uma margem maior de discricionariedade ao decisor¹³ para a solução dos casos (ENGISCH, 2008, p. 205-208). Discricionariedade essa, entretanto, que tem como ponto de partida o próprio texto legal, o qual sempre deverá servir como parâmetro para a solução a ser proferida, já que dessa forma possibilita-se um maior controle das decisões (HASSEMER, 2009, p. 281-301). Esse último autor também destaca a importância da doutrina e da jurisprudência para a tomada de decisões, juntamente com os parâmetros do texto legal. Nesse trabalho conjunto entre lei, doutrina e jurisprudência ter-se-ia o que Hassemer denomina de “vinculação à lei”, que no fundo significa maior possibilidade de controle de decisões, como

¹³ Utiliza-se o termo “decisor” por ser mais amplo do que “jugador/juiz”. Tal escolha deriva do fato de que em direito não apenas é o juiz quem decide, mas também o advogado, o promotor, o procurador e outros operadores. Isso porque decidir não vem a ser apenas o proferimento de uma sentença, mas sim a construção de uma norma. É nesse sentido, portanto, que se utiliza o termo decisão.

acima destacado (HASSEMER, 2009, p. 281-301).

Engisch (2008, p. 208-210) afirma que os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”. Seriam conceitos em que o decisor teria um “espaço livre” para chegar à solução, ou seja, teria um leque de “alternativas diferentes de decisão”. No caso, seria a própria lei que proporcionaria tal leque de alternativas (ENGISCH, 2008, p. 218-219).

Segundo ainda esse autor (ENGISCH, 2008, p. 219),

Se confrontarmos a possibilidade ou liberdade de escolha com o critério da pluralidade de sentidos, apenas faremos ressaltar que aquela possibilidade de escolha aparece encastada na indumentária linguística de um conceito indeterminado (p. ex., interesse público) que pode ser entendido e aplicado de maneiras diferentes.

Vê-se, muitas vezes, uma dificuldade do decisor em definir com precisão qual o conteúdo de determinado conceito jurídico indeterminado, como, por exemplo, em algumas decisões do STF, exatamente pela amplitude do conceito. Nas ADCs¹⁴ 29 e 30 e ADI¹⁵ 4578, as quais tiveram por objeto a constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010 (denominada popularmente de “Lei da Ficha Limpa”), que definiu novas hipóteses de inelegibilidade, o STF não preencheu o conteúdo do conceito “vida pregressa”, constante do art. 14, § 9^o¹⁶, da Constituição Federal de 1988, tendo alegado que tal preenchimento caberia ao Poder Legislativo. O órgão legiferante, contudo, ao que se sabe, não preencheu até o momento esse conteúdo, o que, muito provavelmente, vai demorar muito a ocorrer. Ou, até mesmo, não ocorrerá.

Em outros casos, porém, o próprio STF preenche o conteúdo dos conceitos jurídicos indeterminados. Pode-se ver isso claramente nas hipóteses de extradição de estrangeiro quando o STF analisa o conteúdo do conceito de “razões ponderáveis” aptas a gerarem a recusa à extradição (vide Reclamação 11243, Extradição 1405, Extradição 1382, dentre outros).

Conclui-se com isso que não há muitos critérios, ao menos por parte do próprio STF, para definir o conteúdo de determinado conceito indeterminado. Na verdade, ao que parece, existe uma seletividade na escolha do que vai e do que não vai ser preenchido. Muitas vezes,

¹⁴ Ação Declaratória de Constitucionalidade.

¹⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade.

¹⁶ Art. 14. § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

escolhas essas pautadas nos custos decisórios, ou seja, quais e de que tamanho serão as consequências de determinada decisão. Trata-se, assim, de um sopesamento amplamente discricionário. O grande problema disso tudo é que esse preenchimento se torna arbitrário, já que a amplitude constante da indeterminação do conceito torna-se maior, tendo em vista que o seu conteúdo poderá ou não ser preenchido.

Assim, percebe-se como definir o conteúdo de um conceito jurídico indeterminado é complexo, até mesmo para um Órgão que deveria ser o principal definidor de entendimentos uniformes no país, o Supremo Tribunal Federal. Isso deriva, mais uma vez, da fluidez dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, cujo conteúdo é de difícil apreensão. Contudo, apesar dessa abertura, os critérios de preenchimento de conteúdo do conceito indeterminado também não pode ser fluida. Se assim o for, estar-se-á diante de um quadro em branco, onde tudo pode ser escrito. Passa-se, verdadeiramente, da discricionariedade para a arbitrariedade, como já destacado acima.

Quanto à essa complexidade, Just (2009, p. 241), de forma incisiva, afirma que “todo termo contido na lei é, ao menos potencialmente, indeterminado”, seja por “uma característica semântica intrínseca” seja por “uma problematização contextual e pragmática”. Ao que parece, na visão do autor, interesse público seria um conceito jurídico indeterminado em razão de sua “característica semântica intrínseca”¹⁷.

Daí porque o problema na conceituação/definição do que é o interesse público, tendo provocado sérias discussões doutrinárias. Contudo, essa dificuldade não retira a importância de se tentar definir interesse público. Ou melhor, os contornos do que viria a ser interesse público.

Por sua vez, Brilhante (2015, p. 60-61), baseado em Phillip Heck e em Karl Engisch, vai afirmar que em relação aos conceitos jurídicos indeterminados existe uma “zona de certeza positiva”, ou seja, sabe-se o que ele é, e uma “zona de certeza negativa”, ou seja, sabe-se o que ele não é; e a indeterminação consistiria na “zona de penumbra”. Assim, segundo esse autor, seria necessário asseverar o que não é interesse público e que tal conclusão seria importante para a definição *in concreto* desse conceito jurídico indeterminado (BRILHANTE, 2015, p. 61-64).

Ribeiro, que atribui essa mesma ideia à doutrina de Sainz Moreno, segue no mesmo sentido e entende ser importante definir o que não é interesse público, já que, segundo ele, “é

¹⁷ Esse autor fala em “interesse nacional” e não em interesse público, mas aquela expressão parece ser utilizada como um sinônimo dessa última.

possível, sem dificuldades, chegar-se a um consenso do que não é, e com o complemento dado pela situação posta, ao que, naquele caso, é o interesse público” (RIBEIRO, 2010, p. 114-118).

Diante disso, seria de interesse público, por exemplo, fornecer um medicamento fora da lista oficial do Sistema Único de Saúde (SUS)? Ou o interesse público consistiria exatamente em fornecer esse medicamento, já que seria efetivado o direito à saúde do particular, que também é de interesse público? O Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), a título de ilustração, já concluiu que fornecer um medicamento fora da lista do SUS não fere o interesse público, tendo em vista que a finalidade do Estado seria garantir o bem-estar dos cidadãos¹⁸.

Contudo, esse mesmo TJPE já decidiu que não se pode, a bem do interesse público, deferir-se de forma indiscriminada todo e qualquer medicamento requisitado¹⁹. Mas como fazer essa escolha? O que vem a ser deferir de forma indiscriminada? Assim sendo, como verificar se é de interesse público ou não fornecer determinado medicamento? Tal escolha, da forma como colocada, não seria muito aberta, a ponto de poder prejudicar ao mesmo tempo o direito à saúde do cidadão e o interesse público do Estado em resguardar o seu patrimônio e o equilíbrio do sistema de saúde?

E o interessante é notar que essas decisões díspares entre si ocorrem a partir da utilização de um mesmo conceito, qual seja, o de interesse público. E assim o é tanto para conceder como para negar o medicamento. Isso é mais uma demonstração da fluidez do que vem a ser interesse público e a necessidade de defini-lo melhor, ou seja, de tornar claras as características que o contornam. Por isso que se torna difícil ponderar e decidir com base nesse mesmo interesse público.

Como sopesar, por exemplo, se é de interesse público perdoar dívidas tributárias de determinada pessoa jurídica de modo a que ela permaneça estável economicamente e possa manter os empregos em determinado município, cuja economia gira em torno dessa mesma sociedade empresária? É de interesse público realizar desapropriação de imóveis situados em área social e economicamente suscetível para a construção de uma praça de lazer e esportes?

¹⁸ Agravo na Apelação/Reexame Necessário n.º 311677-4, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luiz Carlos Figueiredo, julgado em 05/06/2014, publicado em 13/06/2014; Apelação n.º 401824-2, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Jorge Américo Pereira de Lira, julgado em 10/05/2016, publicado em 20/05/2016; Agravo Regimental no Mandado de Segurança n.º 393460-1, Grupo de Câmaras de Direito Público, Rel. Des. Jorge Américo Pereira de Lira, julgado em 07/10/2015, publicado em 15/10/2015; dentre outros.

¹⁹ Mandado de Segurança n.º 330532-2, Grupo de Câmaras de Direito Público, Rel. Des. Alfredo Sérgio Magalhães Jambo, julgado em 18/11/2015, publicado em 10/12/2015.

São questões complexas. Não muitos fáceis de serem resolvidas. No entanto, é preciso ter em mente todas essas questões (e muitas outras) para preencher o conteúdo do que vem a ser interesse público, tendo em vista o seu caráter de conceito jurídico indeterminado. E assim o é também no que concerne à existência ou não de interesse público na realização de negócios jurídicos processuais, conforme será melhor debatido mais adiante.

Ao que se percebe, vê-se que o conceito jurídico indeterminado, sendo o interesse público uma de suas *espécies*, mostra-se problemático em sua definição abstrata, devendo ser observado a sua aplicação prática (*in concreto*). Mas também essa definição de interesse público na prática também se mostra problemática, já que dá azo a possíveis arbitrariedades e a casuísmos desarrazoados. Essa questão é exatamente o que provoca dissensão na doutrina administrativista atual (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 59-70; CARVALHO FILHO, 2010, p. 67-84; BINEMBOJM, 2006, p. 81-124; JUSTEN FILHO, 2014, p. 52-59).

Esses dois últimos autores defendem que não há como definir interesse público *a priori*, mas apenas diante do caso concreto num exercício de ponderação, tendo em vista os interesses privados do outro lado, que podem, em verdade, ser calcados em direitos fundamentais (BINEMBOJM, 2006, p. 81-124; JUSTEN FILHO, 2014, p. 52-59). Já a doutrina mais tradicional (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 59-70; CARVALHO FILHO, 2010, p. 67-84) defende a completa e necessária conceituação abstrata dos contornos do que vem a ser interesse público.

Na verdade, essa discussão parece ser um pouco inócua, tendo em vista que diante de tudo que já se construiu na filosofia da linguagem (STRECK, 2013; CARVALHO, 2013) não há mais possibilidade de vir a se discutir um conceito *in abstracto* ou *in concreto* unicamente. Daí porque Just afirma que todo conceito é potencialmente indeterminado (2009, p. 241). E isso porque para a construção de determinado conceito faz-se necessário que seja observado o caminho da semiótica, ou seja, a sintática, a semântica e a pragmática (CARVALHO, 2013, p.155-209). E assim o é também para o que vem a ser interesse público.

Para esclarecer, o que se diz é que para definir interesse público é preciso observar a sua conceituação *in abstracto* (sintática e semântica) e *in concreto* (pragmática). Quer dizer, elas não podem ser separadas. Devem, portanto, ser observadas conjuntamente (CARVALHO, 2013, p. 184-192).

Assim, para que haja uma definição mais precisa de interesse público é necessário que o intérprete observe os aspectos sintáticos, semânticos e pragmáticos para chegar ao sentido

do termo. Diante disso, é preciso observar a relação dessa norma com outras normas do sistema (a constitucionalidade, por exemplo), o conteúdo possível naquele dado tempo e espaço (por exemplo, qual o sentido daquelas palavras que fazem parte do enunciado prescritivo – sentido comum e, principalmente, técnico) e qual o sentido ou sentidos utilizados no dia a dia (o uso da linguagem técnica) da aplicação do direito (CARVALHO, 2013, p. 184-192). Diante disso, pode-se dizer que não existe um sentido correto, mas vários sentidos, devendo ser aplicado aquele que mais se coaduna com o sistema jurídico dentro daquele dado espaço e tempo.

Portanto, de início, para que se defina interesse público é necessário que se observe como essa categoria está inserida no ordenamento jurídico, ou seja, como as normas se relacionam no sistema quando dispõem acerca de interesse público. Para começar é necessário que se verifique como ele está disposto na Constituição. Após, em algumas leis administrativas esparsas.

Na Constituição Federal de 1988, o termo “interesse público” é mencionado 16 (dezesseis) vezes, além de outras ocasiões em que é feita alusão a ele com termos sinônimos²⁰. O primeiro dispositivo a mencioná-lo expressamente é o art. 19, I, o qual dispõe que é proibido ao Estado brasileiro²¹ manter relações de dependência ou aliança com igrejas, salvo se for caso de uma colaboração de interesse público, na forma da lei.

Já no art. 37, IX, está disposto que a Administração Pública deve realizar concurso para a contratação de seu pessoal (art. 37, II), mas a necessidade temporária de excepcional interesse público poderá permitir a contratação por tempo determinado, conforme disposto na lei. Na verdade, se esse art. 37 for observado mais de perto perceber-se-á que a alusão ao interesse público ocorre a todo momento. Em primeiro lugar, porque é nesse dispositivo que estão as regras constitucionais acerca da Administração Pública. Em segundo lugar, porque os princípios descritos como fundamentos da Administração (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) têm por meta principal exatamente a preservação do interesse público, mesmo que de forma implícita (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 98).

O art. 57, § 6º, II dispõe que haverá convocação extraordinária do Congresso Nacional no caso de interesse público relevante. O art. 66, § 1º, por sua vez, normatiza que o Presidente

²⁰ Interesse social, por exemplo, aparece 07 (sete) vezes (art. 5º, XXIV, XXIX e LX; art. 184, dentre outros). Interesse coletivo, 02 (duas) vezes (art. 5º, XXXIII e art. 173). Pode-se até considerar que interesse público e interesse social/coletivo são conceitos diversos um do outro, mas da forma como estão dispostos na Constituição pensa-se que eles foram utilizados como sinônimos.

²¹ Por Estado brasileiro, entenda-se União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

da República poderá vetar projeto de lei contrário ao interesse público. Já o art. 93, VIII ordena que só por maioria absoluta é que o magistrado poderá ser afastado de seu cargo por motivo de interesse público. Interesse público esse que ressalva a garantia de inamovibilidade do juiz (art. 95, II)²². No art. 93, IX está disposto que os julgamentos do Poder Judiciário devem ser públicos e suas decisões motivadas, podendo a publicidade ser restringida no caso de preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo, desde que não haja prejuízo ao interesse público à informação.

Apesar de não se ter citado todos os artigos da Constituição que dispõem acerca do interesse público, percebe-se nesses poucos citados que o legislador constituinte teve muito cuidado na sua utilização expressa, vinculando-o muitas vezes a regulamentações legais e a hipóteses singulares, de modo a que ele não seja bradado a torto e a direito. Exatamente para que não se o utilize de forma banal, demonstrando sua importância para o Estado e, principalmente, para a sociedade.

Destaque-se que a própria Constituição dispõe que dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está a promoção do bem de todos (art. 3º, IV), que nada mais é que o interesse público. E com base no interesse público é que a Administração Pública deverá obedecer aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (art. 37, *caput*). E assim deverá agir em toda sua atuação administrativa, inclusive no que concerne aos negócios jurídicos processuais que venha a avançar.

Com base nesses fundamentos constitucionais é que o legislador infraconstitucional deve produzir as leis regentes. Assim, por óbvio, essas leis devem dispor acerca do interesse público da mesma forma que a Constituição Federal o faz, já que se assim não o fizer estará rompendo com a ordem do sistema, ante a sua inconstitucionalidade. Para exemplificar com uma lei infraconstitucional, cita-se a Lei n.º 12.527/2011, a qual dispõe acerca do acesso a informações na Administração Pública brasileira. Ressalte-se que o destaque dado a essa lei não é aleatório, considerando que mais a frente será realçada a importância da transparência nos negócios jurídicos processuais, sendo a regulamentação do acesso à informação de suma importância para a efetivação dessa transparência.²³

Nessa lei há algumas disposições que expressamente dispõem acerca do interesse público, como, por exemplo, o art. 3º, II, que determina que as informações de interesse

²² Nesse mesmo sentido, agora quanto aos membros do Ministério Público, o art. 128, § 5º, I, b, CF/88.

²³ Essa lei será melhor analisada no capítulo 3 desta dissertação.

público devem ser divulgadas, independentemente de solicitações, estando disponíveis em local de fácil acesso (art. 8º). O acesso, inclusive, não pode ser dificultado pela Administração Pública (art. 10). E a negativa de acesso a informações de interesse público devem ser informadas a órgãos de controle (art. 18, § 2º). E se determinada informação necessitar de sigilo em razão de segurança da sociedade e/ou do Estado, a Administração deverá classificar o grau de sigilo de acordo com o interesse público da informação e utilizado o critério menos restritivo possível (art. 24, § 5º).

Como se observa, as disposições legais acerca do interesse público são sempre redigidas de maneira ciosa, com o objetivo de manter a noção de que é um interesse da conta de todos da sociedade, devendo o Estado preservá-lo a todo momento, até quando o sigilo é necessário. Pelo que se vê da legislação constitucional e infraconstitucional, o interesse público é a base da Administração Pública, do Estado Constitucional e da própria sociedade brasileira.

Postas essas questões, passa-se a discutir a semântica do termo interesse público, ou seja, seu possível conteúdo no tempo e no espaço. Já se fez isso de certa forma por meio da análise jurisprudencial acima realizada. Agora, porém, a atenção será conferida à doutrina.

A ideia de interesse público não é nova (CUNHA, 2013, p. 31; SALDANHA, 1986). Ao menos, desde os gregos e romanos que se tem uma noção do que vem a ser um *ethos* público e um *ethos* privado (SALDANHA, 1986, p. 13). Esse autor, inclusive, descreve de forma sucinta e precisa como teria ocorrido essa “noção”, *verbis*:

O emergir da noção de coisa pública terá implicado, no caso grego, uma valorização do viver em público. No caso romano, terá implicado uma passagem do *domus* à *civitas*, através de nuances e de ampliações de significados: tanto nuances na semântica daqueles dois termos latinos, como na compreensão da ordem privada e da pública. Com os romanos, que tiveram para tudo isso uma profunda e eficiente sensibilidade, completou-se a ideia da coisa pública com a da ordem pública, e a ambas as ideias acompanhou o Direito (SALDANHA, 1986, p. 18).

Vê-se, portanto, que o homem tem consciência da diferença público/privado há bastante tempo. No caso grego, “houve a absorção do indivíduo pela *polis*” e no romano, havia a “presença basilar do Estado na vida romana” (SALDANHA, 1986, p. 18). É verdade, entretanto, que o público não surgiu com as primeiras sociedades. Pode-se dizer que as sociedades mais arcaicas eram eminentemente privadas, ao menos as gregas e romanas (COULANGES, 2009). Isso porque elas surgiram como famílias, passaram a ser frátrias/curas (várias famílias juntas), tribos (diversas frátrias em conjunto) e, finalmente, cidade

(COULANGES, 2009, p. 51-150), que seria o estágio final para a publicização. Ressalte-se, contudo, que o principal elo entre os componentes desses “ajuntamentos” era a religião, ou seja, pode-se dizer que a primeira noção de interesse público era a de compartilhamento e defesa da religião do grupo, fosse ele uma família, uma frátria, uma tribo ou, enfim, uma cidade (COULANGES, 2009). Um interesse público frágil, é verdade, já que calcado na defesa de interesses meramente privados. Mais um interesse egoístico de grupo do que o interesse público que se conhece hoje.

Mas, com o caminhar da história, a noção de público avança e se descola da religião, tornando-se um conceito vinculado ao cidadão, à cidadania. Apesar de que na Grécia e em Roma essa cidadania estivesse mais vinculada ao homem (SALDANHA, 1986, p. 17). Coulanges (2009, p. 332-336) chega a afirmar que a “coisa pública” vem a substituir a “velha religião”. É nesse momento que o “interesse público” propriamente dito nasceria (COULANGES, 2009, p. 332-336).

Não obstante isso, pode-se afirmar que a construção que se tem hoje de interesse público foi desenvolvida “durante o Estado Social de Direito, quando houve um crescimento substancial do papel do Estado na sociedade²⁴” (OLIVEIRA, P., 2015, p. 92-93).

Ressalte-se que não se está aqui a fazer um escorço histórico, mas apenas a delimitar as bases do que vem a ser interesse público. Assim, o único objetivo foi fixar inicialmente o conteúdo dessa categoria.

Como destacado mais acima no texto, para se entender interesse público é necessário adentrar na discussão público/privado. Nessa confusão público-privado, costuma-se entender que o público é o “que está fora” e o privado é o “que está dentro” (SALDANHA, 1986, p. 23), “mas o privado não está propriamente dentro do público. A ambas as noções é possível atribuir um fora e um dentro.” (SALDANHA, 1986, p. 23). O que esse autor quer dizer é que no público estaria o coletivo e no privado, o particular. Contudo, como acima exemplificado, nem sempre é possível fazer uma conclusão à primeira vista de que algo representa o interesse público e de que algo representa o privado. Daí a necessidade de uma definição sintática, semântica e pragmática do que “vem a ser” o interesse público.

Entretanto, faz-se necessária essa distinção entre a dimensão privada e a pública,

²⁴ É preciso, ressaltar, todavia, que a “noção atual” de cidadão surgiu no Estado Liberal com os burgueses (SALDANHA, 1986, p. 19). Obviamente, que essa noção sofreu modificações em razão dos eventos nos séculos XIX e XX (SALDANHA, 1986, p. 19). Saldanha vai afirmar que “um dos pontos de partida da organização político-social contemporânea se encontra no conceito de ordem pública”, fixado pela Revolução Francesa (SALDANHA, 1986, p. 24).

considerando que, nas palavras de Saldanha, apesar dos extremismos privados (Estado mínimo) ou públicos (Estado totalitário), “sem o espaço público, porém, não teria sido historicamente possível a implantação da república nem da democracia moderna (nem do parlamentarismo), nem a vigência da opinião pública, nem a racionalização da ordem jurídica.” (SALDANHA, 1986, p. 39)

Esse problema de confundir-se o interesse público com o privado é bastante comum no contexto brasileiro. Na verdade, no Brasil o que se percebe é uma pouca ideia da dimensão pública, existindo um forte privatismo voltado ao personalismo, o qual costuma se espriar no domínio público (SALDANHA, 1986, p. 27-29), sendo explicitação clara do patrimonialismo brasileiro, o qual costuma provocar a confusão comum entre público e privado, levando ao extremo da corrupção.

Deve-se dizer, contudo, que essa característica brasileira não aponta para a não existência de um interesse público, mas sim que isso é uma patologia, sendo necessário diferenciá-la do instituto interesse público (RIBEIRO, 2010, p. 105). E, em concreto, como pôde ser observado do que consta do ordenamento jurídico brasileiro e da própria doutrina administrativista a noção de interesse público é muito diversa desse vil personalismo da prática arcaica brasileira.

De toda forma, essa discussão público/privado é muito ampla e neste item foi feito apenas um voo panorâmico sobre o assunto, o qual será melhor delineado no próximo item, quando será discutida a supremacia do interesse público sobre o privado. Remete-se o leitor para lá.

Ainda na definição do conteúdo de interesse público, há quem considere importante definir o que é interesse e o que é público. Oliveira, P. (2015, p. 93), com base em Hector Jorge Escola, afirma que o interesse público pode “ser conceituado como o valor preponderante para o conjunto de membros de uma sociedade”, tendo em vista que interesse “seria o valor ou importância que tem uma coisa ou um bem para uma pessoa ou grupo de pessoas” e público seria “tudo aquilo que interessa ao Estado ou comunidade”.

Há quem considere se tratar de análise obrigatória (a definição entre o que é interesse e o que é público) para qualquer debate acerca do interesse público (HAEBERLIN, 2017, p. 95-97). De início, seria necessário fazer uma análise do que seria interesse no direito objetivo e no direito subjetivo. No direito objetivo, o interesse seria as causas/os motivos para a criação de determinada lei. No direito subjetivo, interesse seria o fim que se persegue, ou mais

precisamente, a consecução desse fim. Interesse, assim, fundindo o seu entendimento para o direito objetivo e para o direito subjetivo, seria “o nexo tendente a adir a um sujeito o bem que ele estima” (HAEBERLIN, 2017, p. 97-106).

Esse bem a que se estima é exatamente o que Escola denomina de “valor ou importância” (OLIVEIRA, P., 2015, p. 93) que é atribuído a determinado bem por uma pessoa ou um grupo de pessoas, ou seja, é aquilo que mais se tem por consideração. São conceitos doutrinários próximos, portanto. O interesse, assim, teria a função de ser um elo entre o sujeito e o bem capaz de satisfazê-lo (MARTINS FILHO, 2000, p. 35).

Quanto à noção de público, ou seja, a adjetivação do interesse, Haeberlin (2017, p. 106-114) aduz que é necessário analisar a noção de direito público. Direito público seria aquele que regula o Estado em suas atuações e em seus fins, devendo-se ter em conta que o público do interesse concerne a uma “ideia de racionalidade pública”, já que o Estado não pode se “contrapor à razão”. Esse autor ressalta de forma categórica que não existe Estado sem finalidade. Em suma, um Estado não pautado em fins não seria um Estado (HAEBERLIN, 2017, p. 113, 137-138). Fins esses que podem ser os mais diversos e ter os mais diferentes fundamentos. Os fins do Estado podem ser os fins do soberano, da Igreja, de um pequeno grupo que detém o poder, da maioria (que pode atingi-lo de forma democrática ou não) etc. (BOBBIO, 2005).

Quanto à noção de público, pode-se dizer também que ele teria relação com o que diz respeito à comunidade, sendo o interesse público “a relação entre a sociedade e o bem comum que ela almeja” (MARTINS FILHO, 2000, p. 36).

O público consagra-se no interesse para a ele agregar um mútuo que polariza uma determinada totalidade de pessoas (consideradas ou na sua individualidade, ou na sua totalidade, ou – num patamar ótimo – na superação da relação parte-todo) segundo seus fins. O Estado – nem parte, nem todo – é antes um ente criado e dotado de poderes para organizar esse mútuo, não para dele participar, contanto que o faça na racionalidade dos fins constitucionais e, mais ainda, pré-constitucionais, na medida em que uma Constituição é sempre carecedora de uma teoria da justiça que lhe é anterior. (HAEBERLIN, 2017, p. 114)

E essa totalidade de pessoas mencionada pelo autor traz à baila a questão acerca de como um interesse se torna público a ponto de querereres parciais se tornarem um querer comum. Pensa-se que se está diante novamente do debate interesses privado e público. Como já ressaltado, esse tema será melhor discutido adiante.

Haeberlin (2017, p. 65-73) ainda destaca que há doutrinadores que entendem que o interesse público vai ser diverso a depender dos modelos de Estado e de democracia que se

têm. Realmente, o interesse público numa República tende a ser diferente do existente numa Monarquia. O mesmo pode ser dito do interesse público num Estado Totalitário ou num Estado Democrático de Direito. Daí a importância de se observar o texto constitucional, como acima destacado.

Diante do exposto, pensa-se ser suficiente o que se trouxe até aqui acerca do conteúdo semântico de interesse público a partir da doutrina. Viu-se os vários contornos que envolvem o interesse público, desde a ideia de ser um fim do Estado e da Administração Pública até a sua relação íntima com os interesses privados, sendo essencial para a sua fixação saber o que não é interesse público de modo algum para que se consiga enxergar se ao que resta pode-se conferir a denominação de interesse público. Se não uma fixação precisa, ao menos uma fixação possível.

Por fim, após ter sido destacado um pouco do que pode ser o conteúdo semântico do interesse público, seria o caso de destacar a pragmática. Na verdade, pode-se afirmar que a pragmática já vem sendo debatida desde o início deste tópico. Isso porque ela concerne ao uso que se faz do termo por aqueles que chamamos de decisores e também pelo que fixado pelos doutrinadores. Trata-se do contexto em que empregado o termo “interesse público”. Assim, no tópico inteiro tratou-se do uso que faz a jurisprudência e os doutrinadores. Portanto, analisada a pragmática, até porque mostra-se muito difícil separar sintática, semântica e pragmática. Se tal divisão existe, é apenas para fins didáticos.

No mais, como ressaltado de início, não se pretendeu conceituar interesse público, mas apenas realçar os seus contornos principais. De toda forma, pode-se dizer que definir interesse público consiste em analisá-lo a partir de seu texto e contexto. O texto consubstanciado no que normatizado pelo sistema, qual seja, pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais. Mas não só. Deve-se ter em conta também o texto da norma construída pelos decisores a partir do contexto e também o texto construído a partir da teoria acerca da norma, ou seja, pela doutrina. Por fim, é necessário ter em mente também o contexto, ou seja, o espaço e tempo em que inserido o interesse público.

Quanto a esse último, no caso brasileiro atual, não se pode perder de vista que a definição de interesse público deve estar intimamente ligada com o que vem a ser o Estado constitucional brasileiro atual, um Estado Democrático de Direito enquanto República. Quer dizer, um Estado no qual o “poder emana do povo” (art. 1º, Parágrafo único, CF/88), que tem por um de seus fundamentos a cidadania (art. 1º, II, CF/88), pautado na legalidade (art. 5º e

37, CF/88), na impessoalidade e na publicidade/transparência (art. 37, CF/88), dentre outros, e, principalmente, no respeito aos direitos e garantias fundamentais. Atender a esses preceitos é tornar efetivo o interesse público. Não fazê-lo, é negar respeito ao interesse público.

Portanto, considera-se que são esses os contornos que envolvem a aplicação do interesse público, os quais devem ser observados para que se diga: 'isto é o interesse público'. Por tudo isso que um simples conceito não é suficiente para abarcar todas essas questões. Seria mais um conceito dentre tantos outros. Em razão disso que aqui se propôs uma definição, que não alcança a essência, pois tarefa de difícil deslinde, mas que alcança o entorno dessa essência. E é a partir do entorno que se chega ao núcleo, ou melhor dizendo, não há como chegar ao núcleo sem passar por esse entorno.

Feitas tais considerações, passa-se a seguir ao estudo de dois princípios vinculados ao interesse público, quais sejam, a supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade. O seu estudo não é vão, tendo em vista que as suas características atingem diretamente a ideia que se tem e que se constrói de interesse público e, por conseguinte, atingem as negociações que venham a envolver esse mesmo interesse público. Siga-se com o estudo, portanto.

1.2. Da supremacia e da indisponibilidade do interesse público

A partir do debate acerca do interesse público, prossegue-se com o estudo de 02 (dois) princípios dele decorrentes, o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade do interesse público. São considerados princípios basilares do Estado e da atuação da Administração Pública. É exatamente aqui que se expande a discussão público/privado.

Bandeira de Mello (2014, p. 70-90) afirma que esses 02 (dois) princípios constituem o conteúdo do regime jurídico-administrativo. Diz que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado “proclama a superioridade do interesse da coletividade” e que ele mesmo é uma condição de sobrevivência e garantia do interesse particular (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 70). Quanto ao da indisponibilidade, afirma que por ser o interesse público um interesse qualificado ele não está à “livre disposição de quem quer que seja”, nem da própria Administração Pública, a qual apenas tem o papel de curadora desse interesse (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 76).

No que concerne à supremacia do interesse público, Bandeira de Mello assevera que decorrem 03 (três) consequências, quais sejam: a) a conferência de privilégios atribuídos aos

órgãos da Administração Pública, por exemplo, presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; b) a supremacia desses mesmos órgãos no trato com os particulares, podendo a Administração Pública constituir obrigações de forma unilateral ou, também, podendo revogar/anular os próprios atos no exercício da chamada autotutela; e c) a existência de restrições/sujeições na realização da função pública, tendo em vista que o Estado não é livre para agir da forma que bem quiser, tanto que para contratar tem que fazer concurso, licitação etc. (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 70-76).

Quanto à indisponibilidade, esse mesmo doutrinador disserta que as consequências desse princípio são as seguintes: a) a submissão à legalidade; b) a obrigatoriedade de desempenhar a atividade pública, não podendo a Administração descontinuar o serviço público; c) o controle administrativo sobre os atos da Administração em geral, principalmente os entes da administração indireta (a hierarquia na administração direta também é uma das consequências); d) a isonomia dos administrados; e) a publicidade do agir administrativo por meio de “transparência na atividade administrativa”²⁵; f) a inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos, ou seja, a Administração não pode se desfazer de seus direitos, nem ninguém pode retirá-los, já que conferidos por lei; e g) a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 76-90).

Apesar da importância desses 02 (dois) princípios, considerados basilares da Administração Pública, não há na Constituição Federal de 1988 qualquer menção a eles. Menção expressa, por óbvio. Bandeira de Mello (2014, p. 98-102), em doutrina acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, afirma não haver a necessidade de existir tal disposição constitucional, considerando que se trata de princípio implícito inerente a qualquer sociedade.

Assim, apesar desses princípios não constarem expressamente do texto da Constituição, pode-se construí-los a partir de dispositivos expressos do texto constitucional, os quais dispõem acerca da chamada função administrativa, ou seja, o atuar da Administração Pública predisposto a um fim (BANDEIRA DE MELLO, 2014).

Um exemplo claro de supremacia do interesse público sobre o privado é a previsão da possibilidade da desapropriação e de uso (requisição administrativa) pelo Estado de propriedades privadas (art. 5º, XXIV e XXV, CF/88, respectivamente), apesar de a propriedade ser um direito individual garantido constitucionalmente (art. 5º, XXII, CF/88).

Já um exemplo explícito de indisponibilidade do interesse público é a necessidade de

²⁵ Essa ideia da transparência enquanto efetivação da publicidade por parte da Administração Pública será melhor debatido adiante no Capítulo 3.

que as contratações da Administração Pública (obras, serviços, compras e alienações) se efetivem por meio de processo de licitação pública, mediante a qual deverá ser assegurada a igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, XXI, CF/88). É exatamente por não poder atuar da forma como bem entender que a Administração deve realizar licitação antes da efetivação de contratos administrativos.

Percebe-se que a partir desses dispositivos pode-se chegar à conclusão tanto da supremacia do interesse público sobre o privado quanto da indisponibilidade desse mesmo interesse público pela Administração Pública.

É de se dizer que os chamados princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público não são uma carta em branco para que a Administração Pública possa fazer o que bem entender. Não se trata de um privilégio da Administração, mas de uma norma constitucional direcionada ao controle das atividades públicas (OSÓRIO, 2000, p. 89).

Na verdade, eles são fundamentos basilares para a efetivação da função administrativa, ou seja, a Administração deve atuar sempre em busca do interesse público. E também fundamentos para a efetivação do controle dessa mesma função administrativa, isto é, o controle da função toma por base se a Administração não foi além do que lhe era permitido. Quer dizer, se o interesse público foi ou não atingido em seus fins. Se foi ou não efetivado.

Poder-se-ia até dizer que a supremacia do interesse público estaria mais próxima da efetivação da função administrativa, ante o seu caráter de dispor à Administração Pública instrumentos aptos a tornar exequível a função administrativa. Isso pode ser bem visto nas consequências desse princípio, as quais foram acima dispostas.

No que concerne à indisponibilidade, esse princípio estaria mais próximo do controle da atividade administrativa, já que ele possibilita que o órgão de controle tenha parâmetros para analisar se o interesse público foi ou não atendido por determinado atuar da Administração Pública. Vê-se isso também a partir das consequências mais acima alinhadas, principalmente as que concernem ao respeito à legalidade, à isonomia e à publicidade dos atos administrativos (art. 37, da Constituição Federal).

O que acontece a esses 02 (dois) princípios é o mesmo que ocorre à definição de conteúdo do interesse público, ou seja, a fluidez desse conceito. E assim se sucede porque, por óbvio, eles (os princípios) dizem respeito exatamente ao interesse público. Em outras palavras, é necessário distinguir o que é de interesse público e o que não é, para, conseqüentemente, definir em que grau ocorre a supremacia e a indisponibilidade desse

mesmo interesse público²⁶.

Agora, esses princípios não podem ser vistos de forma isolada, até porque se implicam reciprocamente. Na verdade, poderia até se chegar à conclusão de que o interesse público só é indisponível em razão de sua supremacia sobre o interesse privado (OSÓRIO, 2000, p. 93-94).

Ressalte-se, ademais, que a supremacia do interesse público, assim como a sua indisponibilidade, devem ser buscadas dentro da forma como foram construídas no ordenamento jurídico pátrio, da mesma forma como destacado em relação à definição de interesse público²⁷. Quer dizer, um conteúdo pautado num regime jurídico posto (GABARDO, 2017, p. 97-98). Na verdade, esses princípios teriam dentre as suas funções inseridas no sistema jurídico a de facilitar a “promoção dos objetivos republicanos do artigo 3º da Constituição de 1988.” (GABARDO, 2017, p. 103).

Postas essas premissas, mais uma vez, repita-se, vê-se claramente, na análise desses 02 (dois) princípios, a imbricação público/privado, principalmente porque o Direito Administrativo foi construído de forma meio bipolar: de um lado, a proteção aos direitos do indivíduo e do outro, a restrição desses mesmos direitos em prol da satisfação de interesses públicos (DI PIETRO, 2010, p. 93).

Exemplos dessa bipolaridade, vê-se a todo momento na legislação. Da mesma forma que o ordenamento jurídico dispõe acerca do Mandado de Segurança como instrumento hábil para garantia de um determinado direito fundamental, também prevê o *pedido de suspensão* em prol do Estado. Da mesma forma que garante a propriedade privada, prevê a possibilidade de desapropriação dessa mesma propriedade, cuja perda deverá ser indenizada. Assim como ao mesmo tempo em que prevê a arrecadação de tributos por parte do Estado, garante aos particulares direitos de proteção ao contribuinte.

É muito em razão dessa “bipolaridade” que esses princípios vêm, ultimamente, sofrendo algumas críticas quanto ao seu *status* de dogma. Dos dois quem sofreu as principais críticas foi o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

A partir dos anos 2000, o princípio da supremacia do interesse público começou a sofrer uma série de críticas. A primeira delas, já destacada anteriormente, qual seja, a impossibilidade de conceituação precisa do que vem a ser o interesse público, devendo esse ser substituído pela expressão interesses coletivos (JUSTEN FILHO, 2016, p. 50-59). A segunda, de que nem sempre existe uma supremacia do interesse público sobre o privado,

²⁶ Quanto à essa questão da fluidez, Cf. o item 1.1 acima.

²⁷ Quanto à definição de interesse público, Cf. o item 1.1 acima.

principalmente quando esse último concerne a direitos fundamentais (BINEMBOJM, 2006; JUSTEN FILHO, 2016; SCHIER, 2004).

Essa nova doutrina defende que a partir da Constituição Federal de 1988 não se pode mais falar de forma abstrata acerca de uma supremacia do interesse público sobre o privado, devendo esse ser observado apenas na análise dos casos concretos. Nessa análise, pode-se concluir tanto pela supremacia do interesse público como pela “supremacia” do interesse privado, a partir de juízo de ponderações com o objetivo de efetivar os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados (BINEMBOJM, 2006, p.81-124).

Dentre esses doutrinadores, há quem defenda, inclusive, que os direitos subjetivos, que foram assim dispostos pelo ordenamento jurídico, devem prevalecer quando em conflito com um pretense interesse público. Esse último só prevaleceria se o mesmo ordenamento que assegurou o direito subjetivo limitasse esse direito em razão do interesse público (JUSTEN FILHO, 2016, p. 54).

Assim entendem em razão de considerarem que o princípio da supremacia do interesse público sempre foi utilizado como um anteparo para o uso arbitrário do poder pela Administração Pública (BINEMBOJM, 2006, p. 87-94). Com base nessa mesma ideia, Schier (2004, p. 88), inclusive, vai afirmar que a utilização do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado ocorre como “uma espécie de cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais.”

Em crítica à essa desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, os defensores da tese clássica vão afirmar que nunca negaram a importância da preservação e efetivação dos direitos fundamentais (OSÓRIO, 2000, p. 80-84). E que, na verdade, essa nova doutrina está definindo o doente (o interesse público e sua supremacia) a partir da doença - uso arbitrário da supremacia do interesse público (RIBEIRO, 2010, p. 105; GABARDO, 2017, p. 115-116).

Há quem defenda, inclusive, que por meio da supremacia do interesse público sobre o privado pode haver, quando da realização do interesse público, a proteção de bens e interesses individuais (BANDEIRA DE MELLO, 2014, P. 69). Assim, a preservação desse clássico princípio não faria com que o interesse privado seja mingüado.

Outro autor defende que essa desconstrução é, na verdade, expressão da “mentalidade anti-estatista contemporânea” (GABARDO, 2017, p. 104). Esse mesmo autor defende que o interesse privado pode se sobrepor ao interesse público, já que a supremacia desse último não é invencível. Mas isso é uma exceção, principalmente porque, segundo ele, os interesses públicos e privados não estão no mesmo nível de hierarquia normativa e axiológica. Contudo,

pode ser de interesse público “defender, garantir e concretizar interesses privados” (GABARDO, 2017, p. 108-111).

Em uma terceira via, Haerberlin (2017, p. 175-180) afirma que não é possível nem a defesa de uma supremacia do interesse público nem de uma supremacia do interesse privado, mas sim de uma dialética entre ambos. Quer dizer, considerando que o interesse público e o privado se imbricam mutuamente, como parece considerar toda a doutrina administrativista sem exceção, não poderia haver a supremacia de nenhum desses interesses. Se a dialética entre esses interesses se impõe não haveria motivo para se falar em supremacia, já que o fim do Estado seria exatamente o ponto de equilíbrio entre as supremacias (do interesse público e dos direitos fundamentais), onde ambas se anulariam.

Tais polêmicas demonstram a complexidade do tema. De toda forma, pensa-se que se aplica à construção do conteúdo da supremacia do interesse público a mesma ideia construída acerca da definição de interesse público. Quer dizer, que se mostra essencial a construção sintática, semântica e pragmática do princípio.

De certa forma, as construções doutrinárias acima destacadas muito ajudam no desenvolvimento do que vem a ser essa tal supremacia (e o próprio interesse público). Assim, apesar de opostas, elas se complementam. Por isso, pensa-se que Haerberlin (2017) pode ter razão quando afirma que melhor que a supremacia entre os interesses é tornar como o cerne da questão a dialética entre eles.

Assim, evita-se as discórdias doutrinárias e centra-se no que é verdadeiramente útil, a efetivação do interesse público constitucionalmente assegurado, seja como consecução do interesse da coletividade seja como consecução dos direitos fundamentais.

Por fim, no que concerne à releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público, remete-se o leitor ao próximo item, tendo em vista que esse debate específico necessita de um tópico próprio, haja vista ter ele íntima relação com o tema do presente estudo, qual seja, a (in)disponibilidade do interesse público e os negócios jurídicos processuais a serem avençados pela Administração Pública.

1.3. Da indisponibilidade à possível disponibilidade do interesse público. Negociação do interesse público?

Da mesma forma que o princípio da supremacia do interesse público, o da indisponibilidade do interesse público também vem sofrendo algumas releituras. Releitura

essa que concerne ao alcance da indisponibilidade, ou seja, o debate centra-se no questionamento de até onde o interesse público é indisponível.

Pode-se dizer que esse debate acerca da releitura da indisponibilidade, ao menos no Brasil, teve início quando da promulgação da Lei n.º 9.307/96, a qual normatizou o instituto da arbitragem, já que a partir dessa lei os administrativistas começaram a se questionar se seria ou não possível a realização de arbitragem por parte da Administração Pública (MOREIRA NETO, 1997; TÁCITO, 1997; GRAU, 2002; SUNDFELD; CÂMARA, 2008).

Como já destacado anteriormente²⁸, a indisponibilidade é um dos princípios-base do regime jurídico administrativo (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 70-90) e como o interesse público é qualificado constitucional e legalmente ele não pode estar à mercê de quem quer que seja, nem do administrador que irá geri-lo. Esse último, enquanto (re)presentante da Administração Pública é apenas um protetor, um curador do interesse público (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 76).

Como o interesse público tem clara ligação com uma finalidade precípua, o Estado, por meio de sua Administração Pública não pode dele dispor de forma livre, como se esse interesse fosse de sua propriedade. É um dever do Estado gerir e defender esse interesse público. Daí ele ser indisponível (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 76-77).

A Administração Pública, enquanto executora das funções de interesse público atribuídas ao Estado, não pode dispor de bens, serviços, atribuições, dentre outros, da forma que bem quiser. Assim, os bens públicos não podem ser alienados sem qualquer justificativa, os serviços públicos não podem deixar de ser prestados porque a Administração afirma não ser de seu interesse prestá-los, assim como não pode afirmar que não quer determinada atribuição e que ela será efetivada por outrem.

Diante disso, a Administração Pública não pode dispor de bens públicos sem lei que o permita e sem um interesse público devidamente justificado (art. 17, Lei n.º 8.666/93²⁹ e arts. 100 e 101, do Código Civil de 2002)³⁰. E assim o é porque esses bens estão afetados para a prestação das próprias atividades da Administração Pública, as quais devem ter por objetivo o interesse público. E uma vez desafetados devem ser alienados na forma como a lei vier a

²⁸ Cf. item 1.2 acima.

²⁹Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

³⁰Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

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

dispor (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 939-941).

Também não é permitido que os serviços públicos não sejam prestados. Eles devem ser prestados obrigatoriamente, tendo em vista que se esses serviços existem, ou seja, se eles são previstos pelo legislador, é porque eles são voltados à realização de benefícios à população. E só isso já é uma razão de interesse público. Daí o motivo de o Estado dever prestar os serviços de saúde, de educação, de energia, de fornecimento de gás, de previdência social, de correios, telefone, transporte coletivo, dentre outros (arts. 21, 25, 30 e 175, da Constituição Federal).

Ressalte-se que quando se afirma que o Estado deverá prestar os serviços públicos não se está dizendo que só o Estado, por meio de sua Administração Pública, prestará esses serviços. Não. Esses serviços podem ser prestados por meio de concessão, permissão ou autorização (Lei 8.987/95). Contudo, o Estado é obrigado a promover e a disciplinar essa prestação dos serviços (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 705-706)³¹.

Ademais, o Estado também não pode dispor de determinadas atribuições a ele conferidas pelo ordenamento jurídico. O art. 145 e seguintes da Constituição Federal, por exemplo, dispõe que o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) poderá instituir tributos das mais variadas espécies (impostos, taxas, contribuições etc.). Com tal atribuição “em mãos”, o Estado não pode delegá-la a terceiros ou renunciá-la. O titular é ele e ele que deve executá-la no momento que bem lhe aprouver (CARRAZZA, 2015, p. 771-797).

Uma outra atribuição do Estado é o exercício do poder de polícia³², tendo o dever de executá-lo. Até porque o Estado não pode deixar de, em prol do interesse público, regular e limitar determinadas atividades privadas que venham a, ao menos potencialmente, trazer riscos à coletividade. Assim, ele não pode dispor do exercício desse poder de polícia.

Todas essas situações elencadas são hipóteses de indisponibilidade do interesse público. Em razão dessa indisponibilidade, é que a Administração Pública, no cumprimento de sua função administrativa, está sujeita a determinadas consequências, como também já destacado mais acima³³. Assim, ela está adstrita ao cumprimento da legalidade, a obrigatoriamente desenvolver a atividade pública, à preservação da isonomia dos

³¹ Há serviços que só podem ser prestados pelo Estado. Por exemplo, só a União pode prestar o serviço postal e o correio aéreo nacional – art. 21, X, da Constituição Federal (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 712-713).

³² O poder de polícia consiste, segundo Bandeira de Mello (2015, p. 861), na “atividade da Administração Pública [...] de condicionar [...] a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção [...] a fim de conformar-lhe os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.”

³³ Cf. item 1.2.

administrados, a tornar público os seus atos, a não poder renunciar seus direitos, dentre outros (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 76-90).

Diante disso, é necessário que a Administração Pública cumpra sua função administrativa dentro dos parâmetros definidos em lei, nem vá além nem fique aquém do que disposto na legislação. Isso porque é um dever do Administrador Público cumprir com o que ordenado em lei e na forma como prescrita nesse mesmo diploma legal. Assim, se na lei está normatizado que determinado serviço público deve ser prestado, ele efetivamente deve ser posto em prática. A Administração não tem a liberdade de querer ou não prestá-lo.

Da mesma forma, no cumprimento desse serviço público a Administração não pode privilegiar determinada pessoa em detrimento de outra, pois se assim agir estará malferindo a isonomia entre os administrados. Ademais, esses atos administrativos devem ser da ciência de todos. Devem ser públicos, portanto.

Por conta de todas essas restrições, é que o interesse público foi considerado por muito tempo indisponível de forma absoluta, sem exceções. Quer dizer, não teria como a Administração Pública dispor de modo algum de qualquer coisa que circundasse o interesse público, tivesse com ele ligação direta ou indireta.

Com isso em vista e muito a partir da análise da lei de arbitragem acima citada, a doutrina administrativista começou a suscitar questões acerca dessa indisponibilidade amplamente restritiva do interesse público.

Em primeiro lugar, defendem os doutrinadores que o interesse público deve ser observado sob 02 (dois) aspectos, quais sejam, o interesse público primário e o interesse público secundário (MOREIRA NETO, 1997; TÁCITO, 1997; GRAU, 2002; SUNDFELD; CÂMARA, 2008).

O interesse público primário seria o interesse público propriamente dito, ou seja, aquele que tem por finalidade o bem-estar da coletividade. Concerne exatamente ao interesse público que a todo momento vem se discutindo no presente trabalho. Já o interesse público secundário seria o interesse próprio da Administração Pública enquanto sujeito de direitos.

[...] o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob primas extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá

defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 66)

Assim, o interesse público secundário seria aquele que atende, ao menos de início, apenas os anseios da própria Administração Pública. Contudo, como destacado na citação acima realizada, esses anseios da Administração não podem ser contrários aos anseios da coletividade enquanto interesse público primário. Portanto, para a consecução do interesse público secundário a Administração deve sempre ter em vista, em primeiro lugar, a obtenção e efetivação do interesse público primário.

Essa divisão do interesse público primário e secundário serve exatamente para evitar abusos por parte da Administração Pública (OLIVEIRA, P., 2015, p. 98), como o aumento abusivo de tributos apenas com objetivos arrecadatórios e sem se preocupar com as normas de garantia do contribuinte, a criação de cargos em comissão apenas para alocar os amigos do gestor de momento etc. Devendo ser ressaltado, mais uma vez, que o interesse público secundário não pode se sobrepor nem se divorciar do primário.

A partição interesse público primário e interesse público secundário traz à tona novamente a questão da bipolaridade do Direito Administrativo (DI PIETRO, 2010, p. 93)³⁴. É exatamente em razão dessa característica desse ramo do direito (de um lado, proteção dos direitos do indivíduo e de outro, restrição desses mesmos direitos em prol da satisfação de interesses públicos) que faz com que ocorra divergências acerca da utilização correta do interesse público secundário, ou seja, se esse efetivamente está sendo realizado em atenção ao primário.

Para deixar esse raciocínio claro, traz-se novamente um exemplo mais acima citado. Diz-se acima fazer parte dessa bipolaridade ter-se no ordenamento normas que disciplinam a arrecadação de tributos por parte do Estado e, de outro lado, normas que dispõem acerca das garantias dos direitos dos contribuintes. Assim, de modo a atingir o equilíbrio entre esses objetivos do Estado, tendo em vista que a garantia também é função do dito Estado, debate-se se o interesse público secundário está ou não prejudicando o interesse público primário.

Esclarece-se ainda mais. O Estado necessita arrecadar tributos, já que é com essa receita que efetiva as políticas públicas (saúde, educação etc.). Mas arrecadar é interesse público secundário, já que o primário é a utilização do que arrecadado em prol das políticas públicas. Contudo, se o Estado se utiliza de todo e qualquer meio (vexatório, por exemplo)

³⁴ Quanto à essa questão, Cf. item 1.2 acima.

para atingir o objetivo de arrecadar mais e mais de forma efetiva, ele não estará atingindo, de forma positiva, o interesse público primário. Na verdade, passará a ser violação desse último, tendo em vista que também é interesse público primário o respeito às garantias do contribuinte. E também seria violação se o que arrecadado não fosse utilizado para a efetivação das políticas públicas. Vê-se, dessa forma, como se desenvolve a denominada bipolaridade também em relação aos interesses públicos primários e secundários.

Devido a essa separação entre interesse público primário e secundário é que se considera ser possível dispor do interesse público, ou seja, proceder a uma negociação que envolva o interesse público. De modo mais preciso, a indisponibilidade concerniria ao interesse público primário, sendo o secundário negociável, disponível (MOREIRA NETO, 1997; TÁCITO, 1997; GRAU, 2002; SUNDFELD; CÂMARA, 2008).

Deste modo, seria equivocados considerar absoluta a indisponibilidade do interesse público, já que indisponível só seria aquele interesse público propriamente dito, o primário. O secundário, que envolve direitos patrimoniais, é disponível e, portanto, negociável. Agora, ele só pode ser negociado na medida em que o objetivo for atingir o interesse público primário (GRAU, 2002, p. 141-148).

Como os interesses públicos secundários são instrumentais e seu único objetivo deve ser o atingimento do interesse público primário (MOREIRA NETO, 1997, p. 84), eles não podem ser engessados e não serem levados à negociação. A provável existência de uma restrição ampla assim faria com que a Administração Pública não tivesse a maleabilidade necessária para a consecução do interesse público primário.

Então, se o interesse puder ser quantificado monetariamente, ou seja, se tiver “expressão patrimonial”, então ele é disponível. E assim o é porque deve ter por objetivo “[...] dotar a Administração e seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado” (MOREIRA NETO, 1997, p. 85).

A título de exemplo, a prestação de serviço público é interesse público primário e sua concretização é indisponível. Quer dizer, o Estado não tem a escolha de prestar ou não o serviço. Ele é obrigado a prestar³⁵. Portanto, isso não está disponível à Administração Pública. Mas a forma como esse serviço público é posto em prática pode ser negociada. Disponível, portanto. Diante disso, “preço, condições de pagamento, cronograma de investimento,

³⁵ De forma direta ou por concessão, permissão ou autorização, como destacado mais acima neste mesmo item 1.3.

financiamentos” que tenham relação com o interesse público indisponível podem ser negociados (SUNDFELD; CÂMARA, 2008, p. 125).

Ressalte-se, ademais, que a prestação de serviço público pode ocorrer tanto de forma gratuita como de forma onerosa. Há, inclusive, aqueles serviços públicos que só podem ser prestados de forma gratuita, como a educação, por exemplo, caso seja prestada por estabelecimento oficial (art. 206, IV, da Constituição Federal). Os onerosos serão remunerados, em regra, ou por taxa ou por preço público³⁶. Ambos podem ser negociados. A negociação que envolva taxa é mais rígida, já que depende de lei (art. 171, do CTN). A negociação quanto ao preço público é mais maleável, inclusive com a possibilidade de a tarifa poder ser revisada e reajustada (arts. 9º a 13 e 18, VIII, da Lei n.º 8.987/95). Isso porque tanto taxa como preço público (tarifa) se classificam como interesse público secundário.

Logo, não se trata de uma negociação do interesse público. Ele continua indisponível. O que é disponível é, como destacado, o interesse público secundário, o qual tem por função ser um meio de atingimento do verdadeiro interesse público, o primário. A negociação, na verdade, envolve o interesse público, mas não o atinge de forma direta. No máximo, de forma indireta. Diante disso, não se trata de renúncia ao interesse público. Muito pelo contrário.

Entretanto, é preciso que seja ressaltado que essa disponibilidade, mesmo sendo do interesse público secundário, não pode ser ao bel-prazer da Administração Pública. Por óbvio, ela deve observar a legalidade, a igualdade, a publicidade, a moralidade e outras normas constantes das legislações regentes, mesmo em se tratando de disposição do interesse público secundário.

Ademais, deve-se sublinhar que persistir na indisponibilidade cega, sem maleabilidade, pode acarretar efeito contrário ao que se pretende com esse engessamento. Quer dizer, no lugar de se preservar o interesse público, prejudica-o. Muitas vezes, a negociação acerca de um interesse público é muito mais útil para que seu objetivo seja atingido do que persistir no dogma de que a indisponibilidade é absoluta.

Por exemplo, poderia ser muito melhor transacionar para efetivar a arrecadação de determinado tributo do que passar anos e não recebê-lo, já que sem esse acordo nada seria arrecadado. E com o recebimento do valor relativo ao tributo a Administração Pública pode

³⁶ Existe uma discussão grande acerca de que em que tipos de serviço será cobrado taxa e em quais será cobrado preço público. Há quem defenda que a taxa deve ser a remuneração nos casos de serviço públicos de utilização compulsória (coleta domiciliar de lixo, fornecimento de água etc.), enquanto que os de utilização facultativa (telefone, gás etc.) seriam cobrados mediante preço público (CARRAZZA, 2015, p. 634-636). De outra banda, o STJ tem entendimento de que mesmo um serviço de utilização obrigatória como o fornecimento de água pode ser remunerado por preço público (JUSTEN FILHO, 2016, p. 612).

concretizar políticas públicas. Sem o recebimento, pela não realização do acordo, além de não concretizar essas mesmas políticas públicas a Administração ainda vai gastar mais dinheiro para a recuperação do tributo³⁷.

Agora, como já destacado mais acima, a negociação a ser realizada pela Administração Pública não é livre, sem nenhum tipo de ressalva. É preciso que esses acordos tenham por objetivo “viabilizar a implementação de políticas públicas”, que “não invadam a esfera do irrenunciável”, além de ter sempre em vista que a legalidade, a probidade, a impessoalidade, a transparência, a possibilidade de controle devem reger a negociação (FREITAS, 2017, p. 28).

A Administração Pública não pode fugir do que disposto na lei ou, mais precisamente, do campo da juridicidade - aí incluídos, além das leis em geral, a Constituição, com as suas regras e princípios (FREITAS, 2017, p. 35). Há quem considere, inclusive, que a legalidade é devidamente respeitada quando a Administração realiza negócios de toda espécie, tendo em vista que, como a criação do direito não se limita à lei, a autorregulação seria um tipo de criação do direito e, por isso mesmo, não dependeria de uma “prévia e expressa autorização legal”. Deveria haver apenas a autorização legal para que o agente público tenha a possibilidade de atuar de forma consensual (NEVES; FERREIRA FILHO, 2017, p. 62-63).

Esse pensamento, ao menos de início, parece ser perigoso, tendo em vista que, apesar de o conteúdo do negócio poder ser discricionário (no sentido de o Administrador analisar se é mais viável entrar em consenso ou não), ele não pode ser arbitrário. Pensa-se que é necessário que esteja disposto na lei os parâmetros necessários para que ocorra uma negociação por parte da Administração Pública. Ela não pode correr solta.

Além disso, a probidade nos negócios também é essencial, sob pena de o agente público ser enquadrado nos termos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92). Para ser probo, é necessário que esse agente respeite a legalidade, a moralidade, a impessoalidade (sem privilégios de qualquer tipo), a publicidade (por meio da transparência, de modo a que o seu ato seja passível de controle), dentre outros princípios que regem a atuação administrativa.

Esses limites, de outra banda, não podem ser uma amarra burocrática do agente público para não efetivar nenhuma solução consensual (FREITAS, 2017, p. 39-43). Desde que

³⁷ O custo médio de uma execução fiscal proposta pela União é, segundo o Instituto de Pesquisas Aplicadas (IPEA) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em estudo que abrangeu os anos de 2009 a 2011, de R\$ 5.606,67, com o tempo médio de trâmite processual de 09 anos, 09 meses e 16 dias e com a chance de êxito (recuperação integral do crédito) de, mais ou menos, 25,8% das execuções (MAZZEI; SIGNORELLI; GERIGE NETO, 2013). Portanto, muito tempo para pouca efetividade.

respeitados os limites, a negociação é possível. E esses limites não são um entrave a mais para a consecução dos negócios. Eles devem servir, na verdade, muito mais como um guia no caminho para a construção de um acordo dentro dos parâmetros normativos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, favorecendo, assim, a realização do interesse público. Assim, não se trata de uma disputa entre a legalidade e a eficiência (NEVES; FERREIRA FILHO, 2017), mas sim de uma atuação eficiente dentro da legalidade.

Um exemplo disso é a possibilidade de transação para a recuperação de crédito tributário (art. 171, do CTN). Há casos em que se não fosse realizado um acordo muito provavelmente não se conseguiria recuperar os tributos devidos pelos particulares. Assim, seria mais eficiente realizar a transação do que prosseguir nos caminhos naturais de cobrança do crédito (a propositura de uma execução fiscal, p. ex.). Contudo, como na transação ocorrem concessões mútuas (ambos os lados perdem e ganham um pouco), há a necessidade de que esse acordo em âmbito tributário não se caracterize como uma renúncia de receitas, o que iria de encontro ao que disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 14, da Lei Complementar n.º 101/2000). Assim, faz-se mister que a transação seja realizada de acordo com o que disposto, por exemplo, na LC 101/2000³⁸ (OLIVEIRA, P., 2015, p. 162-166). Faz-se, portanto, um negócio que concretiza a eficiência, mas que também respeita a legalidade.

Quanto ao que é irrenunciável, Freitas (2017, p. 32) destaca, a título de ilustração, que não pode haver acordos acerca de alteração de áreas ambientais, de matéria reservada à lei, de questões que devem ter intervenção obrigatória do Estado-juiz. O irrenunciável ficaria, segundo destacado acima, no campo do interesse público primário. Apesar de poder haver uma dificuldade em separar o interesse público primário do secundário (NEVES; FERREIRA FILHO, 2017, p. 57-60), pensa-se que essa divisão é útil para facilitar ao Administrador Público concluir o que pode e o que não pode ser negociado.

Por último, é preciso destacar que, desde que dentro dos limites acima referenciados, a Administração Pública tem autonomia e discricionariedade para tomar a decisão quanto a avançar ou não determinado acordo. Diante disso, quando do controle judicial do ato administrativo autorizativo da solução consensual, o mérito (conveniência e oportunidade do acordo) da solução discricionária não poderá ser objeto desse controle. O que poderá (na verdade, deverá) ser controlado é se o acordo observou a legalidade ampla consubstanciada na ideia acima referenciada de juridicidade (NEVES; FERREIRA FILHO, 2017, p. 71-72).

³⁸ Portanto, a decisão pela transação deveria vir, ao menos, acompanhada da estimativa de impacto no orçamento e estar de acordo com a lei de diretrizes orçamentárias (art. 14, da LC 101/2000).

Postas essas premissas, é preciso destacar algumas hipóteses previstas na legislação de negociações envolvendo o interesse público.

O Decreto-Lei n.º 3.365/41, que disciplina as desapropriações por utilidade pública, prevê (art. 10) que a desapropriação poderá ser efetivada mediante acordo entre a Administração Pública, que declarou a utilidade pública da propriedade, e o proprietário, que terá seu bem desapropriado.

A Lei 13.448/2017, que estabelece diretrizes para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, dispõe que nos casos de relicitação do objeto do contrato de parceria as partes envolvidas entrarão em acordo, ocorrendo a extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de um novo ajuste negocial (arts. 13 e 14 c/c art. 4º, III).

A Lei 8.666/93, que rege as licitações públicas, dispõe que os contratos administrativos poderão ser alterados, em algumas de suas cláusulas (como a que dispõe acerca do equilíbrio econômico-financeiro), por acordo das partes (art. 65, II).

Vê-se, assim, que a legislação dispõe acerca de várias hipóteses em que pode haver negociações que envolvem o interesse público. Com isso em vista e considerando que o objetivo do presente trabalho é analisar, de forma mais específica, os negócios jurídicos processuais que venham a ser avençados pela Administração Pública, passa-se a tratar no próximo item acerca das negociações no processo civil que tenham como objeto o interesse público.

1.4. O interesse público como objeto de negociações no processo civil.

Como destacado no item acima, a possibilidade de uma Administração Pública consensual é mais interessante do que uma Administração Pública com fulcro no litígio. E, como será demonstrado abaixo, a judicialização de matérias que envolvem o interesse público (primário ou secundário) ocorre em larga escala.

A Fazenda Pública é um dos principais contendores do Brasil, se não o principal. Isso segundo o CNJ, a partir de pesquisas realizadas nos anos de 2011³⁹ e de 2012⁴⁰. Na lista dos

³⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa sobre os 100 maiores litigantes (2011)**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2018.

⁴⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa sobre os 100 maiores litigantes**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20121030-06.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2018.

100 (cem) maiores litigantes nacionais, alguns dos entes componentes da Fazenda Pública (INSS, Fazenda Nacional e União) ocupavam a 1ª (primeira), a 3ª (terceira) e a 4ª (quarta) posições.

No restante da lista dos 100 (cem), os entes aos quais pode ser dada a alcunha de Fazenda Pública aparecem em vários momentos. O Estado de Pernambuco, por exemplo, está em 33º lugar (Fazenda Pública) e em 42º lugar (Estado em causas não fazendárias). Ainda na pesquisa, vê-se que os setores públicos federal, estadual e municipal estão entre os 05 (cinco) maiores litigantes. Sejam como autores das ações, sejam como réus.

No Justiça em Números 2017 (ano-base 2016)⁴¹, consta que o tempo médio de tramitação de uma execução fiscal é de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses, quando o tempo médio de uma não fiscal é de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses. E as execuções fiscais representam 75% (setenta e cinco por cento) do estoque dos processos de execução e 38% dos processos em geral, com mais de 30 (trinta) milhões de processos pendentes. No Tribunal de Justiça de Pernambuco, por exemplo, existem mais de 800 (oitocentas) mil execuções fiscais. No Tribunal Regional Federal da 5ª Região, mais de 300 (trezentas) mil.

Ainda nessa mesma pesquisa, vê-se que vários dos assuntos mais demandados concernem à Administração Pública. Na Justiça estadual, o terceiro assunto mais demandado tem relação com Direito Tributário. Na Federal (que é basicamente uma Justiça das causas da Administração Pública Federal), os assuntos mais demandados são de Direito Previdenciário, Direito Tributário e Direito Administrativo e Público em geral. Quando faz-se um recorte apenas quanto às varas, vê-se que na esfera estadual o assunto mais demandado diz respeito ao Direito Tributário.

Assim, vê-se que a Administração Pública demanda e é demandada com bastante frequência, sendo responsável por boa parte dos processos em tramitação na Justiça brasileira. Diante disso, mostra-se interessante, e até mesmo estratégico (FREITAS, 2017, p. 31), que a Administração passe a se conter mais em relação à processualização de suas demandas, procurando prevenir a judicialização e, até mesmo, finalizar de forma mais rápida as já judicializadas.

Essa possibilidade de chegar-se a um consenso pode ser mais importante para a

⁴¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2018. Ressalte-se que não há dados ainda do ano de 2017. Por isso, tomou-se como parâmetro o ano de 2016.

consecução do interesse público do que a manutenção de um litígio, tendo em vista que aquele poderá refletir melhor o princípio da eficiência do que esse último (VOLPI, 2011, p. 156). Na verdade, pode acontecer de que em relação à determinada matéria já exista precedentes do Judiciário contrários à tese do Estado, sendo a manutenção do processo apenas uma forma de retardar algo que a Administração, de toda forma, terá de arcar com os custos mais para frente.

Manter um processo inviável além de ser um contrassenso é uma medida antieconômica, já que quanto mais o tempo passa maiores serão os custos em manter o processo ativo e em cumprir com o que será determinado judicialmente, já que a chance de êxito é próxima de zero. Como bem ressalta Freitas (2017, p. 31), é necessário que a Administração Pública note “a relevância estratégica de promover uma saída organizada dos jogos administrativos de soma zero, que retroalimentam a espiral onerosa da litigiosidade”.

Quanto à solução consensual, é preciso destacar que nem sempre haverá renúncia de um direito por parte da Administração Pública. Pode ser verdadeiramente apenas um caso em que a continuidade do litígio é inútil, tendo em vista que haveria uma grande probabilidade de o resultado do processo ser desfavorável à Fazenda Pública. Contudo, é necessário que se tenha em mente que nem tudo é renunciável (material ou processualmente), considerando que o bem jurídico em disputa pode ser indisponível - interesse público primário (SPENGLER; WRASSE, 2017, p. 80-81).

Na verdade, no momento em que a Administração Pública perceber que em determinado caso não adianta prosseguir o litígio ela estará agindo de acordo com a legalidade, com a eficiência, com a boa-fé (TALAMINI; FRANZONI, 2017, p. 20-21) e com todos os cânones regentes de uma boa administração pública (FREITAS, 2009).

Quanto à essa solução consensual, existem hoje vários meios processuais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para atingimento desse objetivo. Os mais importantes são: a arbitragem, a mediação, a conciliação e os negócios jurídicos processuais.

A arbitragem é disciplinada de forma minuciosa no ordenamento brasileiro a partir da Lei n.º 9.307/96. Desde essa época se discute acerca da possibilidade ou não de a Administração Pública resolver seus problemas por meio da arbitragem. Contudo, a polêmica sempre foi grande em razão da indisponibilidade do interesse público e do fato de que a lei dispunha que a arbitragem tem como objeto “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” - art. 1º, da Lei da Arbitragem (MOREIRA NETO, 1997; TÁCITO, 1997;

GRAU, 2002; SUNDFELD; CÂMARA, 2008).

Desde 2015, porém, essa polêmica arrefeceu em razão da promulgação da Lei n.º 13.129/2015, a qual modificou a Lei da Arbitragem para acrescentar um § 1º ao art. 1º acima mencionado, no qual agora está disposto que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁴². Quer dizer, concerniria à arbitragem referente às questões que viessem a envolver o interesse público secundário. O § 3º do art. 2º da Lei ainda dispõe que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”. Como se observa, está-se diante dos limites que devem existir nas convenções que envolvem o interesse público. Como a Administração Pública deve observar a legalidade, não pode haver arbitragem por equidade, devendo, obrigatoriamente, ser de direito (TALAMINI; FRANZONI, 2017, p. 20-21). E não pode haver também sigilo, devendo ser pública.

A partir do CPC/2015, também há uma forte política de favorecimento da utilização dos chamados meios alternativos de resolução de conflitos na Administração Pública, dentre os quais, principalmente, a mediação e a conciliação. No art. 174, do CPC/2015, está disposto que os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) deverão criar câmaras de mediação e conciliação⁴³.

Após o CPC, foi promulgada a Lei n.º 13.140/2015, a qual trouxe um maior detalhamento na utilização da mediação e da conciliação no âmbito da Administração Pública (arts. 32 a 40). Essa lei, por exemplo, dispôs que não pode ser objeto de mediação e conciliação “as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo” (art. 32, § 4º). Dispôs ainda que pode ser objeto de mediação e conciliação “a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares” (art. 32, § 5º) e que a advocacia pública poderá instaurar “procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos” (art. 33, Parágrafo único).

Por fim, um outro meio processual existente é a possibilidade de a Administração Pública se utilizar dos negócios jurídicos processuais. Esses negócios estão espalhados pelo

⁴² O Estado de Pernambuco, inclusive, promulgou lei (Lei estadual n.º 15.627/2015) que dispõe acerca da “adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado e entidades da Administração Indireta sejam partes”.

⁴³ O CPC/2015 dispõe que a conciliação deve ser utilizada quando não houver vínculo anterior entre as partes, sendo papel do conciliador propor soluções para o litígio (art. 165, § 2º). Já a mediação deve ser utilizada nos casos em que já houver vínculo anterior entre as partes, sendo papel do mediador apenas auxiliar os interessados a compreender as questões e interesses em conflito (art. 165, § 3º).

Código de Processo Civil de 2015 (art. 191 – calendário processual; art. 357, § 2º – delimitação consensual das questões de fato e de direito; art. 471 – escolha do perito pelas partes, dentre outros), além do fato desse diploma legislativo ter inovado com a regulação dos chamados negócios jurídicos processuais atípicos (art. 190, CPC/2015), tendo os sujeitos processuais uma maior amplitude nessa negociação.

Diante disso, a utilização dos negócios jurídicos processuais pela Administração Pública mostra-se como um mecanismo interessante para a resolução mais rápida e eficiente dos conflitos surgidos com os particulares, sendo também uma forma de preservar o interesse público. Considerando o que se disse acerca da Administração Pública consensual, os negócios jurídicos processuais se mostram um meio que pode se tornar eficaz na resolução de problemas que envolvam o interesse público, de forma que o Poder Público adote “uma postura mais flexível, paritária e dialógica com o particular” (BARREIROS, 2017, p. 92-94).

Ademais, a utilização de meios para resolução consensual na Administração Pública, dentre os quais os negócios jurídicos processuais, mostra-se urgente, tendo em vista o momento atual dos conflitos administrativos perante o Poder Judiciário. Como apresentada acima, a situação é caótica, tendo em vista os muitos processos em tramitação (inclusive, a demora nesse trâmite), sendo boa parte deles referentes a causas que envolvem a Administração Pública e, por conseguinte, ao menos de início, o interesse público.

Vê-se, assim, que existem várias maneiras de a Administração efetivar negócios referentes ao interesse público. Dentre os quais, como já destacado, os negócios jurídicos processuais. É esse tipo de negociação que interessa ao presente trabalho. Assim, afasta-se do objeto deste trabalho qualquer discussão referente aos negócios que envolvam questões materiais. O foco do presente trabalho serão os negócios concernentes aos processos em que a Administração Pública, no papel de Fazenda Pública, atua.

Antes de adentrar no próximo capítulo, porém, é preciso ressaltar que a partir de todo esse debate de renúncia de um direito e indisponibilidade desse mesmo direito referentes à Administração Pública, surgem algumas questões importantes, quais sejam: as características postas para a indisponibilidade material são as mesmas para a processual? E a divisão interesse público primário (em tese, indisponível) e interesse público secundário (em tese, disponível, por ser economicamente aferível) são válidas para o processo? De forma mais precisa, são válidas nos negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública? São exatamente esses questionamentos que irão pautar os debates do capítulo 2.

2. DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA⁴⁴.

2.1. *Indisponibilidade e disponibilidade processuais. (In)disponibilidade material e (in)disponibilidade processual.*

Após realizada, no capítulo anterior, discussão acerca da indisponibilidade do interesse público e, também, disponibilidade desse mesmo interesse, inclusive no processo, passa-se a debater agora, de forma mais específica, a indisponibilidade e a disponibilidade processuais. Analisa-se ainda como ocorre a relação entre indisponibilidade processual e material, ou seja, se uma tem influência sobre a outra, ou não. Quer dizer, a indisponibilidade material leva à indisponibilidade processual?

Esse questionamento, em suma, é continuação do “gancho” deixado no fim do capítulo anterior, no qual foi questionado se as características relativas à indisponibilidade material também atingem a indisponibilidade processual? E mais, considerando-se essa relação dicotômica indisponibilidade processual/material, se a diferença interesse público primário e interesse público secundário é válida para o processo? Em suma, essas indisponibilidades são independentes ou interdependentes? Para analisar essas questões, contudo, faz-se mister que se caminhe pelos meandros da indisponibilidade/disponibilidade processual.

É premissa fundamental em direito processual que o processo desenvolve-se por meio do procedimento⁴⁵. Por isso mesmo, processo é maior que procedimento. Como já dito, é por intermédio do procedimento que o processo se movimenta, sendo o processo a combinação de procedimento, de situações jurídico-processuais (a principal delas, a relação processual) e das regras relativas ao devido processo legal (contraditório, ampla defesa, isonomia, cooperação dentre outros)⁴⁶.

Procedimento é o arcabouço de atos normativamente previstos para o desenrolar do processo aptos a desembocarem no objetivo final, qual seja, o provimento judicial (que terá por função conceder o bem da vida a quem de direito). E se o processo se exercita por meio

⁴⁴ Fazenda Pública é o termo que se utiliza para a atuação do Estado em juízo e abrange todas as pessoas de direito público – União, Estados, Municípios, Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações (CUNHA, 2013, p. 15).

⁴⁵ Quando se fala em processo, está-se falando em processo judicial.

⁴⁶ A doutrina destaca que processo tem uma série de acepções: a) método de criação de normas jurídicas (processo legislativo, p. ex.), ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica – conjunto das relações jurídicas entre os sujeitos processuais (DIDIER JR., 2015, p. 30-33); b) sistema de técnicas jurídico-processuais, método de trabalho para o exercício da jurisdição, da ação e da defesa e o processo na prática do dia a dia do fórum (DINAMARCO, 2017, p. 23-25), dentre outras. A ideia de processo acima posta é basicamente uma mescla de todas essas.

do procedimento, esse último se move por meio dos atos processuais. É por meio desses últimos que os sujeitos do processo se movimentam. Assim, autor, réu, juiz, perito, serventuários agem por meio dos atos processuais (DINAMARCO, 2017, p. 25-26).

Esses atos processuais, por sua vez, serão executados por aqueles que estiverem inseridos em determinada situação jurídica processual - uma qualidade processual, um poder processual ou uma relação jurídica processual (NOGUEIRA, 2010, p. 762-767). Assim sendo, um sujeito que tenha legitimidade de estar em juízo poderá propor uma ação por meio da efetivação de um ato processual denominado de “petição inicial”; o réu dessa mesma ação, uma vez citado, estará investido de um poder (“ônus”) de contestá-la e, a partir desse momento (com a citação), estar-se-á diante de uma relação jurídico-processual⁴⁷.

Contudo, esses atos processuais produzidos e componentes de determinado procedimento não são, assim como o próprio procedimento, exercitáveis de forma aleatória ou meramente discricionária. Eles devem seguir toda uma sequência normativa processual, tanto prevista no Código de Processo Civil e em outras leis esparsas como, e principalmente, na Constituição Federal. Assim, no processo deve ser assegurado o devido processo legal, devendo obrigatoriamente, sob pena de nulidade, haver contraditório, ampla defesa, isonomia, publicidade, boa-fé, cooperação e outras consequências advindas do devido processo legal.

Daí porque se considera que o processo é o procedimento, juntamente com todas as situações jurídicas processuais nele ocorrentes, inclusive e principalmente a relação jurídica processual, e em conjunto também com as normas do devido processo legal.

A título de esclarecimento, é preciso ressaltar que não se pode confundir o processo com as situações jurídico-processuais, principalmente a relação processual (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 8), nem com o procedimento. As situações jurídico-processuais são as consequências da constatação de determinado fato jurídico processual (NOGUEIRA, 2010), como a relação processual que se forma como efeito do ato jurídico processual petição inicial (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 9-10 e 419-422).

Assim, os fatos jurídicos processuais levam a situações jurídicas processuais que levam, novamente, a fatos jurídicos processuais - em regra, atos processuais (DINAMARCO, 2017, p. 25-28 e 31-32; NOGUEIRA, 2010, p. 762-767). Portanto, investido na situação jurídico processual de legitimado a estar em juízo - derivada da “ação de direito processual” (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 419-422; NOGUEIRA, 2010, p. 762-767), o autor

⁴⁷ Sobre as espécies de situações jurídicas processuais e de que no processo não existe apenas uma relação jurídica processual, cf. NOGUEIRA, 2010, p. 749-769.

propõe a ação (ato processual). Forma-se, com isso, a relação jurídico processual, que tem por objeto a tutela jurisdicional (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 8-12; DINAMARCO, 2017, p. 245-246; GOUVEIA FILHO, 2016, p. 257-258). Após, surge uma nova situação processual, qual seja, o poder processual conferido ao juiz para admitir ou não a demanda, cuja decisão será um novo ato processual. Admitida e determinada a citação, passa-se ao chamamento do réu ao processo com a sua citação, quando estará angularizada a relação processual (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 419-425). Uma vez citado (ato processual), estará o réu investido em outra situação jurídica processual, que o qualificará para a apresentação de defesa - ato processual (AVELINO, 2015, p. 226).

Como se observa, existe no processo um caminhar sequencial de fatos jurídicos processuais (atos processuais, em regra) e de situações jurídico-processuais, um se sucedendo ao outro, até que se chegue ao objetivo final do processo, ou seja, à tutela jurisdicional. Essa ordem sequencial se faz por meio de um caminho, que é o procedimento. É o procedimento que confere aos atos processuais uma estrutura de sistema (DINAMARCO, 2017, p. 515-516), já que será no interior daquele que os atos do processo irão se desenvolver.

Assim sendo, as normas que regulam o procedimento disporão acerca da ordem e da sequência dos atos processuais.

A coordenação de atividades contida nas normas do procedimento é integrada por quatro elementos, a saber, (a) a indicação dos atos a realizar, (b) a determinação da forma de que cada deles um se revestirá, (c) o estabelecimento da ordem sequencial a ser observada entre eles e (d) a diversificação estrutural entre diversos ou muitos conjuntos de atividades e a destinação dos modelos assim instituídos às diferentes espécies de tutela jurisdicional postulada (a pluralidade dos procedimentos existentes em uma ordem jurídica – comum, especiais etc.). (DINAMARCO, 2017, p. 516)

E tudo isso é exercido (atos processuais ocorridos em um determinado procedimento, em razão de situações jurídico-processuais dos sujeitos do processo) de acordo com a normativa processual disposta nas leis processuais e na Constituição Federal, o que podemos denominar de devido processo legal ou de ordem pública processual (GRECO, 2011, p. 726).

Portanto, sendo o processo a “soma” de procedimento, situações jurídicas processuais e devido processo legal, não pode o seu desenvolvimento ocorrer sem quaisquer critérios. E é por esses critérios serem definidos normativamente que se discute acerca da flexibilidade ou não (disponibilidade/indisponibilidade) do procedimento, assim como das situações jurídico-processuais e das normas derivadas do devido processo legal. E essa disponibilidade/indisponibilidade é efetivada exatamente por meio de atos processuais.

A tradição do direito processual civil brasileiro é que o procedimento seja rígido (DINAMARCO, 2017, p. 526-528; GIANNICO, 2007, p. 31-33) e que, em razão dessa rigidez, existam mais normas cogentes que dispositivas (GAJARDONI, 2007, p. 96). Por isso mesmo, prevaleceria uma indisponibilidade processual em lugar de uma disponibilidade processual. Diz-se tradicionalmente rígido em razão de o sistema processual brasileiro⁴⁸ ter por característica uma distribuição dos atos processuais em fases e pelo uso da preclusão como mecanismo de impedimento ao retrocesso do processo (DINAMARCO, 2017, p. 526-528; GIANNICO, 2007, p. 31-33).

Portanto, dentro de um procedimento, seja ele qual for, haverá sempre um encadeamento de atos. Um ato seguindo-se a outro ato, dentro do caminho normativamente traçado (p. ex., petição inicial, despacho inicial, citação, contestação, réplica, saneamento, instrução, sentença, recurso e por aí vai). Assim sendo, “os atos processuais precisam, então, ser praticados observando-se a ordem previamente estabelecida para que o resultado final possa ser alcançado” (CÂMARA, 2016, p. 25-26).

E esses atos vão sendo praticados sem a possibilidade de a eles se retornar, exatamente para que se evite retrocessos no processo. O processo só pode dar marcha a ré se houver alguma nulidade que venha a prejudicar alguma das partes (art. 282, CPC/2015). Esse não retorno ao ato⁴⁹ já praticado ocorre em razão da chamada preclusão. O instituto da preclusão consiste na perda ou na extinção de uma prerrogativa processual por parte dos sujeitos da relação processual, mais especificamente em relação aos seus ônus (GIANNICO, 2007, p. 42-56).

Chiovenda (2002, p. 450) destacava que

a preclusão é um instituto geral com frequentes aplicações no processo e consistente na perda duma faculdade processual por se haverem tocado os extremos fixados pela lei para o exercício dessa faculdade no processo ou numa fase do processo.

Quer dizer, ocorre preclusão quando a parte investida em determinada situação jurídica processual para a prática de determinado ato não o pratica ocasionando consequências processuais. Por exemplo, o ônus de contestar. O réu tem a possibilidade de apresentar a sua

⁴⁸ Aqui se refere única e exclusivamente ao processo civil, apesar de essas características poderem existir também em outros tipos de processo.

⁴⁹ Quando se faz menção ao retorno da prática do ato não se está dizendo que se praticará o mesmo ato já praticado, da mesma forma que praticado. Obviamente que não. O que se quer dizer é que o ato que deveria ter sido praticado, foi efetivado de forma inválida e em razão disso deve ser, agora, praticado de forma válida. Claro também que esse “retorno” só ocorrerá se a nulidade do ato tiver ocasionado prejuízo a qualquer das partes (arts. 276 a 283, CPC/2015).

defesa por meio da contestação, mas acaba não produzindo tal contestação. A consequência dessa não defesa será a revelia, presumindo-se verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor (art. 344, CPC/2015).

Essa preclusão pode ser temporal, consumativa ou lógica. A temporal ocorre quando determinado ato não é praticado dentro de um tempo previsto. A consumativa, quando um ato é praticado e, em razão disso, não pode ser praticado novamente ou de outra forma. Por fim, a lógica ocorre quando se quer realizar um ato contraditório a outro ato anteriormente praticado (GIANNICO, 2007, p. 115-120).

Assim, a rigidez do processo civil brasileiro concerniria ao fato de, em primeiro lugar, o procedimento estar normativamente delineado, com a previsão dos atos processuais a serem realizados e, em segundo lugar, com a existência da preclusão, por aplicação da qual um ato já efetivado não pode ser novamente praticado.

Além disso, é preciso acrescentar que há atos que são necessariamente obrigatórios dentro de um processo. Assim como há outros que são eventuais. Logo, há atos que são indispensáveis (DINAMARCO, 2017, p. 516-517), tais como a petição inicial (com ela se inicia a demanda), a sentença (ato que concede a tutela jurisdicional ao interessado), a citação (para a angularização da relação jurídico-processual), dentre outros. Mas há atos não obrigatórios, como, por exemplo, a requisição de uma audiência por uma das partes no curso do processo, o ato de recorrer, dentre outros.

Diante dessa tendência à rigidez do sistema processual civil brasileiro (GAJARDONI, 2007, p. 95), estar-se-ia diante de um sistema processual onde a indisponibilidade prevaleceria, principalmente no que concerne a formas e prazos (hoje mais flexíveis, é verdade), tendo em vista as normas processuais serem de ordem pública e cogentes (GAJARDONI, 2007, p. 96)⁵⁰.

Pensa-se que essa tendência à rigidez não se modificou completamente com o Código de Processo Civil de 2015. Dir-se-ia que ela se amainou. Principalmente, diante das possibilidades previstas para a flexibilização do processo tanto pelo lado das partes (art. 190, CPC/2015) como pelo lado do juiz (art. 139, IV e VI, CPC/2015).

Quando se afirma que o sistema processual civil brasileiro é tendente à rigidez (GAJARDONI, 2007, p. 95), isso não quer dizer que não exista uma possibilidade de

⁵⁰ Apesar do texto em referência ter sido escrito com base nos sistema processual do CPC de 1973, pensa-se que ele ainda é aplicável ao sistema do CPC de 2015, desde que realizadas as observações necessárias, conforme será melhor explicitado adiante.

flexibilização do procedimento. O que se quer dizer é que ele não chega a ser um sistema flácido, solto, no qual a todo momento os sujeitos do processo teriam que indicar qual o próximo ato a ser praticado, sem quaisquer critérios, podendo haver, inclusive, formalidades desproporcionais e prejuízo à igualdade (GAJARDONI, 2007, p. 94-95) e à cooperação.

Contudo, a flexibilização do processo não pode ocasionar uma balbúrdia processual. Apesar de os negócios jurídicos processuais permitirem que os sujeitos processuais negociem acerca de categorias processuais, de situações jurídicas processuais e do próprio procedimento, essa negociação não é acriteriosa, tanto que os negócios processuais atípicos têm os seus requisitos para existirem, serem válidos e terem eficácia (art. 190, CPC-2015). Da mesma forma, as flexibilizações postas pelo juiz não devem ser efetivadas de modo arbitrário (art. 139, CPC/2015).

Por isso mesmo que num negócio processual não pode ser estipulado que determinada causa que tem por juiz natural um juiz de 1º grau seja de logo apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Não pode porque é necessário que se obedeça um mínimo de sequência lógica dos atos processuais. Ao menos, aqueles dispostos em normas cogentes (NOGUEIRA, 2016, p. 161). No exemplo destacado, a competência absoluta.

Ademais, a flexibilidade não permite que a todo momento ocorram retrocessos processuais, retornando-se a atos já praticados. Ela deve respeitar, ao menos, o formalismo processual (NOGUEIRA, 2016, p. 162-163). Esse formalismo processual consiste no uso das formas do processo para o atingimento das finalidades do processo, qual seja, a concessão da tutela judicial, sem

[...] o entorpecimento do rigor formal processual, materialmente determinado, por um formalismo de forma sem conteúdo. A esse ângulo visual, as prescrições formais devem ser sempre apreciadas conforme sua finalidade e sentido razoável, evitando-se todo exagero das exigências de forma” (OLIVEIRA, C., 2006, p. 76).

Assim, vê-se que mesmo com as flexibilidades que existem no sistema processual ele ainda tende, mesmo o de 2015, à rigidez, ao menos no que concerne aos seus pontos essenciais: sequência lógica dos atos e preclusão⁵¹.⁵² Não se trata, por óbvio, de uma rigidez adequada do formalismo irracional, mas de uma rigidez que “[...] não pode dispensar a definição

⁵¹ Greco (2011, p. 727-728) destaca que dentre os limites dos atos de disposição das partes estão: a) a continuidade do processo sem retrocessos; b) o direito adquirido decorrente da prática ou omissão do ato pela parte; e c) a preclusão temporal ou consumativa.

⁵² É preciso destacar que a preclusão diferida nos casos em que não cabe agravo de instrumento (art. 1.015, CPC/2015) não infirma essa conclusão, tendo em vista que se a matéria não for alegada em preliminar de apelação ou de contrarrazões de apelação ela também precluirá (art. 1.009, § 1º, CPC/2015).

suficientemente precisa dos modos como o processo se faz.” (DINAMARCO, 2017, p. 30).

Diante disso, parece haver ainda no sistema brasileiro uma maior indisponibilidade do que uma disponibilidade processual, mesmo no CPC/2015. Isso não implica que os sujeitos processuais não tenham um campo amplo para se movimentar no processo. Eles o têm. Vide, por exemplo, os diversos negócios jurídicos processuais típicos e atípicos. Assim, não se trata de uma indisponibilidade absoluta.

Talvez seja mais uma indisponibilidade relativa ou, em outros termos, mas significando a mesma coisa, uma disponibilidade com restrições. E, na verdade, essa característica (disponibilidade com restrições, como os negócios jurídicos processuais) não é própria desse código de processo atual, já que o de 1973 já a tinha (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 87-98). Muito provavelmente, o mérito do CPC/2015 tenha sido uma melhor sistematização da questão, como será destacado ao longo deste capítulo.

Essa necessária indisponibilidade concerne a uma precisão de um mínimo de formalidade a presidir todo o processo, tendo por objetivo garantir uma maior previsibilidade e segurança jurídica (GAJARDONI, 2007, p. 99-100). Assim, são indisponíveis a boa-fé no processo, o contraditório, a cooperação, a não-surpresa, a publicidade, a eficiência, a isonomia entre as partes, dentre outros.

Para a consecução dessas indisponibilidades, portanto, é necessário, a) quanto à isonomia e contraditório, por exemplo, que o juiz nomeie curador especial ao réu revel citado fictamente (art. 72, II, CPC/2015); b) quanto à boa-fé, devem as partes, dentre outras coisas, não formular pretensão destituída de fundamento (art. 77, II, CPC/2015); c) quanto à publicidade, os atos processuais devem, em regra, ser públicos (art. 189, CPC/2015); d) quanto à cooperação e não-surpresa, não pode o juiz proferir decisão acerca de fato novo sem der dado oportunidade às partes de se manifestarem (art. 493, Parágrafo único, CPC/2015), dentre outras hipóteses.

No entanto, apesar da existência dessa indisponibilidade, existe, como já ressaltado, um campo de disponibilidade processual, inclusive com a prática de verdadeiros atos prejudiciais à parte e de atos com conteúdo decisório a produzir efeitos jurídicos na marcha processual (GRECO, 2011, p. 721). A parte pode, por exemplo, não contestar. Trata-se de uma disposição processual prejudicial ao réu, tendo em vista, como já ressaltado, que, por consequência, haverá a constatação da revelia e de suas consequências (art. 344, CPC/2015).

Essa disposição processual pode ocorrer tanto em relação a questões substantivas (uma

transação), como em relação a questões especificamente processuais (a não apresentação de uma contestação, p. ex.), mas que por se referirem a um processo em particular podem ser denominadas de disponibilidades processuais (GRECO, 2011, p. 722)⁵³.

Na verdade, as disposições processuais existem desde o momento inicial do processo. A petição inicial é um ato de disposição processual, tendo em vista que o autor fixa o objeto litigioso do processo nos exatos termos em que entende possível (GRECO, 2011, p. 724), assim como o réu também poderá dispor processualmente em sua contestação (com a não alegação de incompetência relativa, por exemplo).

Além dessas 02 (duas), existem várias outras disposições no processo, como, por exemplo, as possibilidades de desistir da ação, de reconhecer a procedência do pedido, de renunciar à pretensão, de renunciar e desistir de recurso, dentre várias outras hipóteses.

Postas essas questões, retorna-se àquelas perguntas realizadas mais acima, que podem ser resumidas a uma: a indisponibilidade material tem efeito sobre a indisponibilidade processual? No caso específico do que discutido nesse processo, a indisponibilidade quanto ao interesse público primário e a disponibilidade quanto ao interesse público secundário ocasiona a (in)disponibilidade processual da Administração Pública quando atua em juízo?

É assente na doutrina a separação entre relação jurídica⁵⁴ de direito material e relação jurídica de direito processual. E assim o é pelo fato de cada uma delas ter um objeto diverso. Na de direito material, um bem, um fazer, uma abstenção etc. Na processual, a tutela jurisdicional (PONTES DE MIRANDA, 2001, p. 8-12; DINAMARCO, 2017, p. 245-246; GOUVEIA FILHO, 2016, p. 257-258).

Assim, considerando que são objetos distintos, não há realmente como se considerar que as relações são as mesmas. Diante disso, uma relação de compra e venda é uma relação de direito material, porque tem por objeto, de um lado, a entrega de um bem e de outro, o recebimento de um valor por esse bem. Uma vez que esse bem não for entregue e o comprador vier a propor uma ação, ter-se-á aqui uma relação jurídica de direito processual, consistente na busca pela tutela jurisdicional. Portanto, essas relações são diversas.

Com isso em mente, pode-se dizer que a (in)disponibilidade material não tem

⁵³ Nogueira (2016, p. 64-66) destaca que todo negócio jurídico processual, como de resto todo fato jurídico processual, só assim pode ser denominado se se referir a um procedimento específico.

⁵⁴ Relação jurídica é um consequente (efeito) de um antecedente (fato jurídico). Ocorrido determinado fato no mundo fenomênico, o qual está no suporte fático de determinada norma jurídica, tem-se o fato jurídico. Existente o fato jurídico, por consequência surgirá uma relação jurídica (desde que prevista no consequente da norma), em razão da qual existirá um vínculo entre dois sujeitos, estando um em situação de vantagem em face do outro. Sobre isso, Cf. GOUVEIA FILHO, 2016.

necessariamente qualquer influência sobre a (in)disponibilidade processual. E pela diferença entre interesse público primário e interesse público secundário ser de direito material, ela também não teria qualquer relação com a (in)disponibilidade processual.

Nogueira (2016, p. 161), por exemplo, afirma “[...] ser indiferente ao autorregramento da vontade no processo a disponibilidade ou não do direito subjetivo substancial do objeto do litígio.” E assevera que

Quanto à questão da disponibilidade do direito material posto em juízo, é preciso ponderar ser, ao menos em tese, possível cogitar de negócios processuais mesmo quando o litígio verse sobre direitos indisponíveis, pois à base do negócio estão situações jurídicas processuais. A disposição de um poder processual não resulta automaticamente a disposição da situação jurídica substancial posta em litígio. (NOGUEIRA, 2016, p. 161)

É verdade que não necessariamente a disposição de um direito processual faz com que ocorra a disposição do direito material, até porque pode acontecer de que para a obtenção/preservação do direito material seja necessário a disposição de um direito processual. E pode ser, inclusive, que a não disposição processual leve a um prejuízo maior do que se houvesse essa mesma disposição.

No caso da Fazenda Pública, pode ser que acerca do interesse por ela defendido já exista um precedente vinculante em sentido contrário. Numa situação dessas a manutenção do processo só iria adiar o cumprimento de uma obrigação, a qual em razão da demora se mostraria, quando do cumprimento, antieconômica (BRILHANTE, 2015, p. 87-125).

Apesar disso tudo, pensa-se que a (in)disponibilidade material influencia, mesmo que indiretamente, a (in)disponibilidade processual. Diante disso, não existe processo oco, sem um “direito material processualizado” (DIDIER JR., 2015, p. 38). Existe uma ligação clara entre direito material e processo. O objeto do processo é o direito material arguido em juízo em razão de alguma lesão ou ameaça de lesão e a tutela jurisdicional será concedida ou não exatamente em relação ao direito material. Assim, a relação entre eles deve ser encarada como complementar, como circular (DIDIER JR., 2015, p. 39).

Portanto, não se pode dizer de forma categórica que as (in)disponibilidades material e processual são estanques. Não o são. Elas podem se influenciar mutuamente. Não se está dizendo, longe disso, que a (in)disponibilidade material leva à (in)disponibilidade processual ou vice-versa. Está-se a afirmar apenas que não se pode desconsiderar-se no processo uma possível indisponibilidade material.

Assim, parece ser de suma importância também para o processo a diferença entre interesse público primário e secundário no que concerne às causas que venham a envolver a Fazenda Pública. São questões de direito material que podem influenciar direta ou indiretamente o processo. E “[...] por vezes as peculiaridades do direito substancial impactarão os requisitos de validade dos acordos sobre o processo e também seus limites” (CABRAL, 2016, p. 251).

Destarte, dispor de um ato processual numa causa que envolva a Fazenda Pública pode trazer uma série de consequências para a consecução do interesse público, objetivo principal da Administração Pública. Não é que o titular do direito indisponível não possa praticar atos de disposição processual, mas é que essa disposição não pode ser prejudicial à tutela daquele direito indisponível (GRECO, 2011, p. 725).

Portanto, se uma disposição processual a ser realizada pela Fazenda Pública trazer, por consequência, prejuízo ao interesse público ela não poderá ser realizada. Assim, a diferença interesse público primário (indisponível) e interesse público secundário (disponível) é também de suma importância para a Administração (Fazenda) Pública em seus atos de disposição processual. Trata-se de um critério que não pode ser esquecido nas disposições. Assim também nos negócios jurídicos processuais (claro exemplo de disposição processual) que venham a ser efetivados pela Fazenda Pública, os quais serão melhor estudados mais abaixo. Em razão dessa influência (in)disponibilidade processual/(in)disponibilidade material é que o ordenamento traz um feixe de normas processuais específicas para a atuação da Fazenda Pública em juízo. É o que será detalhado no próximo item.

2.1.1. Da indisponibilidade dos atos praticados pela Fazenda Pública no processo civil brasileiro: negociação que envolva o interesse público e sua relação com os atos processuais.

No processo civil brasileiro, a Fazenda Pública tem uma série de prerrogativas, seja quanto aos prazos seja quanto à eficácia de decisões proferidas contra ela. E essas prerrogativas existem exatamente em razão de a Fazenda Pública ter por papel a defesa do interesse público – art. 182, CPC/2015 (CUNHA, 2013, p. 33-37), que interessa a toda a coletividade (NERY JR., 2013, p. 119).

Além disso, diz-se que como são muitas as causas que envolvem esse mesmo interesse público os advogados públicos não têm como escolher em qual causa atuar, devendo exercer

seu munus em todas. Não fosse isso suficiente, ainda existe a dificuldade em se obter informações acerca da matéria discutida no processo de forma rápida, tendo em vista todos os trâmites internos da Administração. Daí o porquê dessas prerrogativas (NERY JR., 2013, p. 113-120).

Dentre as prerrogativas previstas no CPC/2015 estão: a) critérios de fixação de honorários de modo diverso aos de demandas onde só tenham particulares (art. 85, §§ 3º, 4º e 5º, CPC/2015); b) o pagamento ao final de despesas processuais (art. 91, CPC/2015); c) a possibilidade de a perícia poder ser realizada por entidade pública e a necessidade de previsão orçamentária para o pagamento antecipado de honorários periciais (art. 91, §§ 1º e 2º, CPC/2015); d) o prazo em dobro para qualquer manifestação processual, cuja contagem só terá início a partir da intimação pessoal do advogado público (art. 183, CPC/2015); e) a remessa necessária da sentença proferida contra a Fazenda (art. 495, CPC/2015); f) um procedimento com regras específicas para a execução contra a Fazenda Pública (arts. 534 e 910, CPC/2015), dentre outras regras. Destaque-se, contudo, que nem todas essas prerrogativas são necessariamente indisponíveis (TALAMINI, 2017, p. 88-89).

Todas essas prerrogativas, porém, não significam engessamento da Fazenda Pública nos processos em que atue. Ademais, essas prerrogativas não podem ser utilizadas como uma burocracia sem propósito (BRILHANTE, 2015, p. 127-150). Na verdade, elas devem ser utilizadas sempre devendo ter em mente que o fim de todas essas regras é a defesa do interesse público. A partir do momento em que a manutenção de uma prerrogativa dessa tiver efeito contrário, ou seja, malferir o interesse público, principalmente o primário, a Fazenda deverá perceber que um ato de disposição processual não levará necessariamente a um ato de disposição material.

Contudo, como já destacado acima, é preciso ter em mente sempre a ligação (in)disponibilidade material/(in)disponibilidade processual. Não se trata de não dispor acerca do que envolve o interesse público, mas dispor de forma cautelosa e criteriosa. Em razão disso, há quem entenda (BARREIROS, 2016, p. 338-349) que a Fazenda Pública só pode proceder a disponibilidades processuais, por meio, por exemplo, dos negócios jurídicos processuais, concernentes às suas “prerrogativas relacionadas ao funcionamento da estrutura administrativa”. Assim, a Fazenda poderia efetivar, por exemplo, negócios relativos a prazos processuais e intimações processuais (BARREIROS, 2016, p. 345-349).

Não poderia, porém, dispor de pontos que digam respeito às “prerrogativas

relacionadas ao regime jurídico de direito material a que se sujeitam as pessoas jurídicas de direito público ou à própria natureza dessas” (BARREIROS, 2016, p. 341-345). Assim, a Fazenda não poderia efetivar, por exemplo, negócios relacionados ao pagamento por precatório, à remessa necessária, às regras especiais para a fixação de honorários de sucumbência, dentre outras (BARREIROS, 2016, p. 341-345).

Essa divisão posta por Barreiros (2016) entre o que é passível de disponibilidade e o que não é encaixa-se perfeitamente à separação interesse público primário e interesse público secundário. Como pode ser observado, “prerrogativas relativas à estrutura administrativa” se relacionam com o interesse público secundário, daí porque a possibilidade de disponibilidade. Já as “prerrogativas relacionadas ao regime de direito material” concernem exatamente ao interesse público primário.

É interessante que ocorra essa separação porque disponibilidade no direito público não tem a mesma amplitude do direito privado, tendo em vista que naquele “[...] os bens envolvidos não tocam apenas os interesses dos particulares.” (CABRAL, 2016, p. 173). Trata-se, assim, de um tipo de disponibilidade parcial, da qual decorreriam “graus de (in)disponibilidade” (CABRAL, 2016, p. 156).

Ressalte-se que não se está a afirmar aqui que não possa vir a ocorrer negócios jurídicos processuais quanto a processos em que se estejam discutindo questões de interesse público primário, até porque essa negociação pode ser importante para o próprio interesse público. O que se está dizendo é que não pode haver negócios processuais que atinjam o interesse público primário de forma nefasta, tornando a sua tutela mais problemática do que verdadeiramente seria antes do negócio realizado.

Assim, por exemplo, num processo em que se discuta a responsabilidade civil do Estado face a um particular, pode ser realizado um negócio jurídico processual quanto ao perito a ser indicado, mas não quanto à forma de execução de uma possível indenização que o Estado venha a ser condenado, a qual deverá ser cobrada nos termos da execução contra a Fazenda Pública (art. 534 e segs, CPC/2015). Isso porque é necessário respeitar a sistemática do precatório e de sua ordem cronológica (art. 100, CF/88). Num outro exemplo, a Fazenda não poderia, em tese, efetivar negócios jurídicos processuais que modificassem as regras de fixação de honorários do § 3º do art. 85, CPC/2015, tendo em vista o escalonamento lá normatizado. Diante disso, não parece ser possível negociar que os honorários contra a Fazenda sejam fixados entre 10% e 20% em determinada causa, já que o CPC/2015 dispõe que os percentuais variam entre 1% e 20%. Uma mudança drástica assim iria de encontro ao próprio interesse público, considerando que oneraria a Fazenda mais do que o normal.

Portanto, é preciso que se fixe o seguinte: a) a Fazenda Pública tem prerrogativas processuais; b) essas prerrogativas não são completamente indisponíveis; c) mas as possíveis disponibilidades processuais dessas prerrogativas devem se ater ao contexto em que inseridas, ou seja, o advogado público, na sua atuação processual enquanto (re)presentante da Administração Pública, deve sempre observar os limites impostos pelas regras do interesse público em jogo.

Com isso em vista, pode-se passar a discutir de modo mais específico os negócios jurídicos processuais, devendo ser ressaltado que nos itens que se seguem será debatido com mais afinco os negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública, principalmente suas características e seus limites.

2.2. Dos fatos jurídicos aos negócios jurídicos. Dos fatos jurídicos processuais.

O mundo é composto de acontecimentos, os quais ao serem apropriados pelo homem se tornam fatos. Fatos são os eventos acontecidos no mundo fenomênico e descritos pelos seres humanos. Há fatos, porém, que interessam ao direito. São os fatos jurídicos, que assim se qualificam ao ingressarem no mundo jurídico (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 183). Nem tudo do fato, entretanto, ingressa no mundo jurídico, mas apenas aquilo que descrito no suporte (ou suposto) fático da norma (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 183).

Suporte fático, por sua vez, é a hipótese descrita na norma jurídica como suficiente para a qualificação de um fato como jurídico (MELLO, 2014, p. 81-111). Quer dizer, o fato jurídico é o que ficou da incidência da norma sobre o suporte fático⁵⁵ (PONTES DE MIRANDA, 1970a, p. 77).

A norma jurídica compõe-se, em suma, de antecedente e consequente (MELLO, 2014, p. 69 e 116). O antecedente é composto pela descrição hipotética de um fato que pode vir a ocorrer, ou seja, do suporte fático. Uma vez ocorrido, tem-se o fato jurídico. E a partir do momento que qualificado esse fato como jurídico ter-se-á a consequência da norma. No caso,

⁵⁵ Há quem entenda que essa incidência não é automática, mas sim decorrente da linguagem. Quer dizer, não é a mera ocorrência do suporte fático que faz com que o fato se qualifique como jurídico. É necessário uma linguagem jurídica competente, enunciada por um agente juridicamente qualificado, para que o fato, uma vez relatado, torne-se fato jurídico (CARVALHO, 2013; IVO, 2014). Pensa-se, contudo, que essa afirmativa não desqualifica a tese pontiana. Antes, porém, elas se complementam. Ao que parece, não há como descrever o fato jurídico que não seja por meio da linguagem. Contudo, não há como considerar que o fato não existiria se ele não tivesse sido vertido à linguagem jurídica. A questão é que a veiculação desses fatos é que se faz por meio da linguagem, de enunciados. Eles não são os próprios enunciados. O que vem a ser o próprio enunciado é a versão do fato ou “enunciado fato” (SILVA, 2015, p. 391-401). Não o fato. No mais, não se prosseguirá à discussão acerca da incidência, tendo em vista que o objetivo deste item é apenas a classificação dos fatos jurídicos (materiais e processuais).

seus efeitos (as situações jurídicas que decorrem do fato jurídico).

Para que esses fatos jurídicos existam juridicamente é preciso que os seus suportes fáticos estejam compostos de determinados elementos. São os elementos necessários e suficientes do suporte fático para que o fato jurídico se componha, exista (PONTES DE MIRANDA, 1970a, p. 78). É o que se chama de elementos nucleares, compostos de cerne e completante (MELLO, 2014, p. 93).

Sem esses elementos o fato jurídico não existe. O elemento cerne diz respeito àquele aspecto fático essencial que deve estar presente sempre, sob pena de inexistência do fato jurídico. O completante é um dado que pode constar ou não da norma, mas se constar é preciso que ele seja verificado, sob pena também de o fato não existir. Por exemplo, num negócio jurídico é elemento cerne do suporte fático a ocorrência de manifestação de vontade consciente. Assim, se ela não acontecer, o fato jurídico não existirá. Há negócios em que, além da manifestação de vontade, é necessária a entrega (tradição) de determinado bem. Trata-se de elemento completante. Caso ele não ocorra, o fato jurídico também não existirá (MELLO, 2014, p. 93-94).

Além dos elementos nucleares, que são essenciais, existem os elementos denominados de complementares, os quais se referem à perfectibilização dos elementos do suporte fático. A depender do que com eles aconteça, o fato jurídico será inválido ou ineficaz. São, assim, pressupostos de validade ou eficácia (MELLO, 2014, p. 96-97)⁵⁶. Exemplos de elemento complementar seriam a capacidade do sujeito, a licitude do objeto e o atendimento à forma prescrita em lei (MELLO, 2014, p. 96).

Há ainda o chamado elemento integrativo, que apesar de não compor o suporte fático, a ele se integra para que ocorra a produção de efeitos. Por exemplo, para que um *negócio jurídico real* seja eficaz é necessário o seu registro no Cartório de Imóveis; para que o crédito tributário se torne exigível é necessário que ocorra o lançamento etc. (MELLO, 2014, p. 97-103).

Em suma, a ausência de um elemento nuclear leva à inexistência do fato jurídico; de um elemento complementar, à invalidade ou ineficácia; e de um elemento integrativo, à ineficácia (MELLO, 2014, p. 103-107). Essas consequências concernem exatamente aos chamados planos do mundo jurídico (planos da existência, da validade e da eficácia). Com

⁵⁶ Esse mesmo autor destaca que não cabe falar de elementos complementares em relação ao fato jurídico *stricto sensu*, ao ato-fato jurídico e ao fato ilícito *lato sensu*, pois essas espécies não estariam sujeitas à invalidade ou ineficácia (MELLO, 2014, p. 96-97).

isso em vista, um fato jurídico pode a) existir, ser válido e eficaz; b) existir, ser válido e ineficaz; c) existir, ser inválido e eficaz; d) existir, ser inválido e ineficaz e e) não existir - não é fato jurídico, portanto (MELLO, 2014, p. 159-160; NOGUEIRA, 2016, p. 177).

Os fatos jurídicos podem ser classificados em lícitos e ilícitos. Como neste trabalho não serão analisados os ilícitos⁵⁷, os lícitos são classificados como: a) fatos jurídicos *stricto sensu*; b) atos-fatos jurídicos; c) atos jurídicos *lato sensu*, que se dividem em c.1) atos jurídicos *stricto sensu*; e c.2) negócios jurídicos (PONTES DE MIRANDA, 1954, 1970a e 1970b; MELLO, 2014, p. 166-277).

O fato jurídico *stricto sensu* é aquele em que no suporte fático do antecedente da norma jurídica consta apenas fatos da natureza, sem ser considerada a existência ou não de qualquer ato humano. Exemplos desse fato são o nascimento, a morte, o implemento de idade, a produção de frutos etc. (PONTES DE MIRANDA, 1954, p. 187; MELLO, 2014, p. 185).

O ato-fato jurídico é aquele em que no suporte fático consta uma situação de fato que ocorrerá por meio de um ato, não sendo considerado se esse ato é volitivo ou não. São exemplos: a caça, a pesca, o abandono de bem móvel, a tradição da posse etc. (MELLO, 2014, p. 188). “Os atos-fatos são atos humanos, em que não houve vontade, ou dos quais se não leva em conta o conteúdo de vontade, aptos, ou não, a serem suportes fáticos de regras jurídicas.” (PONTES DE MIRANDA, 1970a, p. 83).

O ato jurídico *lato sensu* é aquele em que no suporte fático consta uma conduta humana volitiva (ação ou omissão)⁵⁸, que tenha sido exteriorizada de forma consciente com o intuito de obter um resultado permitido em direito (MELLO, 2014, p. 198-208). Pode ser um ato jurídico *stricto sensu* ou um negócio jurídico.

O ato jurídico *stricto sensu* consiste no fato jurídico que tem no suporte fático do antecedente da norma um ato volitivo consciente sem a pretensão de constituir um negócio jurídico, já que a sua juridicidade e eficácia decorrem de lei (PONTES DE MIRANDA, 1970a, p. 83-84) e são invariáveis, “[...] não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas.” (MELLO, 2014, p. 220). São exemplos: a) o reconhecimento de paternidade; b) a quitação; c) a constituição de domicílio etc.

⁵⁷ Quanto aos fatos ilícitos, Cf. MELLO, 2011, p. 279-320.

⁵⁸ Segundo Pontes de Miranda (1970a, p. 78-79), “A exteriorização ou manifestação da vontade humana pode ser positiva, ou seja negativa (omissão), ainda que por negligência (esquecimento do ato ou da sua importância).”

Por sua vez, os negócios jurídicos consistem no fato jurídico cujo suporte fático está integrado de um ato volitivo consciente em que as pessoas definem, a partir do que a lei permite, a categoria jurídica e a “estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas” (MELLO, 2014, p. 245). Por meio do negócio jurídico, “[...] a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções [...], para tal poder fático de escolha supõe-se certo auto-regramento de vontade” (PONTES DE MIRANDA, 1970b, p. 3).

O chamado autorregramento da vontade

é o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades. Enquanto, a respeito de outras matérias, o espaço deixado à vontade fica por fora do direito, sem relevância para o direito; aqui, o espaço que se deixa à vontade é relevante para o direito. É interior, portanto, às linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes, como espaço em branco cercado pelas regras que o limitam (PONTES DE MIRANDA, 1970b, p. 54-55).

Os negócios jurídicos podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais. Nos unilaterais, há apenas uma manifestação de vontade, sendo exemplo desse tipo de negócio a renúncia de herança. Nos bilaterais, devem existir duas manifestações de vontade distintas, que devem ter reciprocidade, concordância e coincidência sobre o objeto do negócio, sendo exemplo os contratos em geral e os acordos. Por fim, nos plurilaterais existem mais de duas manifestações de vontade advindas de lados diferentes, mas que convergem para um fim comum, como, por exemplo, o contrato de constituição de sociedade (MELLO, 2014, p. 254-262).

Assim, para que os negócios jurídicos existam é necessário o preenchimento do seu suporte fático, ou seja, a existência de um ato de manifestação de vontade consciente com o intuito de definir, nos termos da lei, categoria jurídica e eficácia de determinadas relações jurídicas.

Além da sua existência, para que o negócio jurídico seja válido requer-se agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, do Código Civil). Os pressupostos de validade, em regra, são definidos em lei, segundo os critérios de cada sistema jurídico (MELLO, 1999, p. 17; AZEVEDO, 2002, p. 42-43). Os acima citados são os dispostos pelo sistema jurídico brasileiro. Contudo, a doutrina costuma acrescentar outros pressupostos, como a compatibilidade do objeto com a moral e que não exista nenhum problema referente à manifestação da vontade, principalmente em relação à consciência e à autenticidade do ato (MELLO, 1999, p. 17-18). Diz-se que a validade é a “qualidade de um negócio jurídico existente”, ou seja, de um negócio que esteja conforme o

direito (AZEVEDO, 2002, p. 41-42).

Por conseguinte, do negócio jurídico surge, como consequência jurídica, um tipo de situação jurídica específica (categoria eficaz⁵⁹), dentre as quais, a relação jurídica. Ressalte-se que, em regra, do negócio jurídico surgirá uma relação jurídica (PONTES DE MIRANDA, 1970b, p. 8-9)⁶⁰, mas não apenas, podendo surgir também outros tipos de situações jurídicas não relacionais (MELLO, 2007, p. 165).

Postas essas premissas acerca dos fatos jurídicos em geral e, principalmente, dos negócios jurídicos, passa-se agora a tecer alguns comentários acerca dos fatos jurídicos processuais. A teoria dos fatos jurídicos em geral pertence àquilo que se chama de teoria geral do direito, sendo uma noção lógico-jurídica aplicável a qualquer ramo do direito, inclusive ao direito processual civil, considerando-se, obviamente, as características dispostas pelo respectivo sistema jurídico em que inserido o ramo jurídico (NOGUEIRA, 2016, p. 27-28 e 39-42).

Agora, é necessário alertar que a utilização no direito processual civil da teoria dos fatos jurídicos não pode ocorrer sem critérios, tendo em vista as peculiaridades existentes no processo, como, por exemplo, uma autonomia individual muito menor que no direito privado (CABRAL, 2016, p. 44-45). Muitas dessas peculiaridades relativas ao direito processual civil, assim como a outros direitos enquadrados como de direito público, derivam “[...] da predominância do interesse público neles sempre presente” (MELLO, 2014, p. 213).

Algumas dessas peculiaridades são, por exemplo, que na interpretação do conteúdo desses fatos deve-se levar em conta o conteúdo da declaração expressa e não a intenção das partes; que no lugar de autorregramento da vontade deve-se ter em conta a legalidade do fato; que no lugar de agente capaz, fala-se em agente competente; a importância da publicidade, dentre outros (MELLO, 2014, p. 213-215)⁶¹.

Com isso em vista, tomando-se emprestado a classificação dos fatos jurídicos acima disposta, os fatos jurídicos processuais podem ser, considerando-se apenas os lícitos: a) fato jurídico *stricto sensu* processual; b) ato-fato jurídico processual; c) ato jurídico *stricto sensu* processual; e d) negócio jurídico processual (DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2013, p. 40-66; NOGUEIRA, 2016, p. 113-121; CABRAL⁶², 2016, p. 45-49).

⁵⁹ A categoria eficaz é toda espécie “de efeitos jurídicos encontráveis no direito; desde as mais elementares situações jurídicas às mais complexas relações jurídicas” (MELLO, 2007, p. 31).

⁶⁰ Pontes de Miranda (1970b, p. 8-9) afirma que “Todo negócio jurídico cria relação jurídica, constituindo, ou modificando, ou constituindo negativamente (extintividade) direitos, pretensões, ações, ou exceções.”

⁶¹ Essas peculiaridades serão melhor tratadas mais à frente neste trabalho. Cf. item 2.4 e capítulo 3.

⁶² Para esse autor em específico não existem atos-fatos jurídicos processuais, tendo em vista que, segundo ele, a

Antes de conceituar cada uma dessas espécies, porém, faz-se necessário sublinhar qual característica em específico faz um fato jurídico ser considerado processual⁶³.

Há quem considere que um fato jurídico para ser qualificado como processual é indispensável que ele produza efeitos sobre o processo (DINAMARCO, 2017, p. 555). E, mais especificamente, para que se qualifique um ato como processual seria necessário que, além da produção de efeitos sobre o processo, ele venha a ser praticado por um dos sujeitos processuais (DINAMARCO, 2017, 547-550).

Nogueira⁶⁴ (2016, p. 64-66) considera que o fato jurídico será processual se ele se referir a algum procedimento existente (ou, ao menos, contemporâneo ao fato). Assim, um fato jurídico ocorrido quando ainda não existe um processo/procedimento não poderia ser qualificado como processual, mesmo que sobre ele incida alguma norma processual. Seria, assim, um fato jurídico processual em potência, mas não um fato processual.

Por sua vez, Cabral (2016, p. 59-61) afirma que o fato jurídico para ser processual não necessita ser praticado em um processo nem precisa que seja efetivado por meio, necessariamente, dos sujeitos processuais. Ele pode ocorrer fora do processo e continuaria sendo processual mesmo que um processo/procedimento não venha a existir. Para esse autor, o fato processual deve ser assim qualificado de acordo com os seus efeitos (CABRAL, 2016, p. 62-68 e p. 250). Assim, processual é o fato jurídico apto a produzir efeitos em um dado processo, venha ele a existir ou não.

Analisadas essas 03 (três) teorias acerca da qualificação de um fato jurídico como processual, pensa-se que Cabral (2016) tem razão quando afirma que não há necessidade de haver um processo para que um fato seja qualificado como processual. Basta que ele se refira a um processo que possa vir a existir (não que exista necessariamente) e sobre o suporte fático tenha incidido uma norma processual (NOGUEIRA, 2016). E, devido a isso, surja as condições necessárias para a produção de efeitos num dado processo. Assim, uma cláusula de eleição de foro é um fato jurídico processual, mas pode ser que nunca venha a existir um processo sobre o qual essa cláusula surtiria efeitos. Um outro exemplo é o denominado “*pactum de non petendo*”, por meio do qual os interessados convencionam não discutir em juízo determinada questão por eles posta (COSTA E SILVA, 2015, p. 297-334). Nesse caso,

vontade é sempre relevante quando se trata de ato jurídico (CABRAL, 2016, p. 45-46, nota 10).

⁶³ Nesse ponto, serão destacadas apenas algumas teorias, escolhidas em razão de constarem de obras atuais sobre o tema e todas editadas já sob a vigência do CPC/2015.

⁶⁴ Esse autor faz uma digressão sobre a opinião de vários doutrinadores do processo civil acerca da processualidade de um fato jurídico. Para maiores detalhes, Cf. NOGUEIRA, 2016, p. 42-59).

nunca vai existir um processo. Mesmo assim trata-se de um fato jurídico processual.

Assim sendo, o fato jurídico processual é composto pelo binômio: a) incidência da norma processual em cujo suporte fático consta uma hipótese fática processual e b) a eficácia potencial sobre determinado processo. Ressalte-se que não se está definindo o fato jurídico processual pelos seus efeitos, mas sim a partir da construção da norma jurídica processual, em seu antecedente e consequente.

Postas essas premissas, passa-se às espécies de fatos jurídicos processuais, já mais acima destacadas.

O fato jurídico *stricto sensu* processual consiste em um fato jurídico *stricto sensu* quando processualizado, ou seja, um fato que sobre o seu suporte fático incidir uma norma processual. Em razão de um fato da natureza, ocorrido independentemente de um ato humano, existente no antecedente de uma norma processual, surge um fato processual o qual surtirá efeitos em um dado processo (NOGUEIRA, 2016, p. 113-116). No CPC/ 2015, existem vários exemplos: a) a morte, que ocasiona a sucessão das partes com a habilitação no processo dos seus sucessores (art. 110 c/c art. 687) e que ocasiona também a suspensão do processo (art. 313, I); b) uma calamidade pública, que pode ocasionar a prorrogação de prazos (art. 222, § 2º); c) uma moléstia que impossibilite o réu de ser citado (art. 245), dentre outras hipóteses.

Por sua vez, quando constatada uma situação de fato decorrente de um ato que tenha a aptidão, independentemente da vontade, de surtir efeitos em um dado processo está-se diante de um ato-fato jurídico processual. No processo, existem muitos atos-fatos, dentre os quais, podem ser enumerados: a) a revelia (art. 344, CPC/2015); b) o adiantamento das custas processuais; c) o preparo; d) a não interposição de um recurso, dentre outros (NOGUEIRA, 2016, p. 116-120).

Já no ato jurídico *stricto sensu* existe um ato humano decorrente de vontade, mas que não tem por objetivo a realização de um negócio jurídico processual, já que sua juridicidade e eficácia decorrem de lei (PONTES DE MIRANDA, 1970a, p. 83-84), sem possibilidade de os interessados avençarem qualquer acordo acerca de seus efeitos. Pode até haver a vontade de produzir efeitos, mas a sua constatação não é importante no caso. A maioria dos atos do processo são desse tipo. Por exemplo, a citação, a intimação, a penhora, dentre outros (NOGUEIRA, 2016, p. 120).

Por fim, o negócio jurídico processual, o qual por ser objeto principal do presente trabalho, será analisado com mais minúcia no próximo item. Destaque-se, apenas, que,

diferentemente dos fatos jurídicos processuais acima destacados, nos negócios jurídicos processuais mostra-se de suma importância o debate acerca do autorregramento da vontade (NOGUEIRA, 2016, p. 136-137), seus limites e possibilidades. Daí o porquê da importância desse tipo de fato jurídico processual específico e o motivo de sobre ele serem tecidas maiores considerações.

2.3. Negócios jurídicos processuais: conceito, características e seu regramento no CPC/2015.

O tema negócios jurídicos processuais não é de todo novo, nem no direito processual brasileiro e menos ainda no direito processual mundial (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p. 257). Na teoria processual estrangeira,

[a] noção de negócios processuais (*processrechtliche Verträge*) foi inicialmente dimensionada (na modernidade) pela pandectística alemã, com várias categorias de acordos entre as partes que poderiam gerar impactos no processo, como, exemplificativamente, pactos de exclusão de um grau de jurisdição e de exclusão de competência, relativas às regras de procedimento, de inversão do ônus da prova, entre outras, e seus limites em face da intervenção judicial. (THEODORO JUNIOR. *et al.*, 2015, p. 257-258).

Além de ter sido elaborada e desenvolvida na Alemanha do Século XIX (NOGUEIRA, 2015, p. 81), a teoria dos negócios jurídicos processuais foi muito discutida também na Itália (NOGUEIRA, 2015, p. 82-84), Inglaterra e, principalmente, na França (THEODORO JUNIOR. *et al.*, 2015, p. 272-278; ALMEIDA, 2015, p. 246-254).

No Brasil, a possibilidade de efetivação de negócios jurídicos processuais, referentes à flexibilização de procedimento, já era discutida (minimamente, é verdade) pela doutrina especializada na década de 80 do século passado (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 87-98).

Também não se pode dizer que o Código de Processo Civil recentemente revogado (Lei 5.869/1973) nunca tenha disposto acerca de hipóteses que pudessem ser tratadas como negócios jurídicos processuais. Cunha (2015, p. 42-43) elenca uma série de negócios jurídicos típicos existentes no CPC revogado. Dentre alguns por ele citados, pode-se destacar:

[...] c) acordo de eleição de foro (art. 111); [...] f) convenções sobre prazos dilatatórios (art. 181); [...] k) reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II); l) transação judicial (arts. 269, III, 475-N, III e V, e 794, III); [...] aa) administração de estabelecimento penhorado (art. 677, § 2º) (CUNHA, 2015, p. 42-43).

Assim, vê-se que não era por falta de regulamentação o não debate, ou até mesmo a

não utilização, dos negócios jurídicos processuais no Brasil. Talvez o que ocorresse em relação ao Código de Processo Civil de 1973 fosse o não disciplinamento específico acerca dos negócios processuais, como faz agora o CPC/2015 (Lei 13.105/2015) em seus arts. 190 e 191. Principalmente, no que concerne aos negócios jurídicos atípicos.

Como bem ressalta Barbosa Moreira (1984, p. 88), o que ocorreu com os negócios jurídicos processuais no CPC de 1973 é que a lei nunca se preocupou “[...] em fixar para semelhantes atos disciplina completa.” Agora, no CPC/2015, conforme será melhor detalhado adiante consta um dispositivo legal (art. 190) que disciplina os negócios jurídicos processuais atípicos, servindo também como uma normativa para os típicos. Contudo, como se verá, apesar de ter disciplinado de uma melhor forma do que no CPC de 1973, ainda se trata de uma disciplina muito aberta, a qual dá azo a muitas consequências, inclusive indesejadas.

Espera-se que esse novo regramento para os negócios processuais, principalmente os atípicos, não seja encarado como uma “fórmula mágica” (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 157), onde a partir dela tudo cabe e toda solução é possível. Há limites e eles devem ser observados, essencialmente quando a negociação venha a envolver matérias de interesse público.

Em outro ponto de seu texto, o autor acima citado deixa mais claro o seu entendimento, *verbis*:

Oportunamente se assinalou que a lei não contém a regulamentação exhaustiva sequer das convenções sobre matéria processual expressamente contempladas. Essa não é, aliás, uma peculiaridade do Código brasileiro: igual observação poderia fazer-se a propósito de qualquer outro ordenamento. Surge, então, a necessidade de suprir lacunas legais para fixar o regime a que se subordinam tais atos. (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 92).

Muito provavelmente, uma outra razão de se ter dado pouca importância aos negócios jurídicos processuais tenha sido o dogma do publicismo do Direito Processual Civil (REDONDO, 2015, p. 269-270). Com base nisso e em outro dogma (o da irrelevância da vontade no processo), habitualmente houve, no direito processual civil brasileiro, doutrinadores completamente contrários à possibilidade de realização de negócios jurídicos no processo civil (CUNHA, 2015, p. 34-38). Dentre eles, Dinamarco (2005, p. 342).

Outros doutrinadores, entretanto, sempre entenderam perfeitamente cabível a possibilidade de acordos sobre o procedimento com base no CPC de 1973 (CUNHA, 2015, p. 38-42). Dentre eles, Barbosa Moreira (1984, *passim*)⁶⁵.

⁶⁵ Há outros autores que entendem também que no CPC de 1973 era plenamente cabível a realização de negócios jurídicos processuais, inclusive atípicos. Cf. ATAÍDE JUNIOR, 2015, p. 393-423; CUNHA, 2015,

Diante desses dogmas acima citados, há autores, inclusive, que dizem que, para uma adequada aplicação/compreensão do CPC de 2015, faz-se mister “um rompimento radical” com o CPC de 1973 (REDONDO, 2015, p. 274-277).

Em contrapartida, com o CPC de 2015, que entrou em vigor em março de 2016, o negócio jurídico processual é colocado em outro patamar. Diz-se isso em razão de o novel diploma processual dar importância ímpar ao instituto, sendo ele desenvolvimento claro dos fundamentos do novo processo civil brasileiro (arts. 3º a 7º, CPC/2015).

Em seu dispositivo mais explícito, os negócios jurídicos processuais vêm assim regulados no CPC 2015:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Esse artigo traz o que alguns doutrinadores chamam de “cláusula geral de negociação” (DIDIER JR., 2015b, p. 24-25; NOGUEIRA, 2016, p. 227-228). Essa chamada “cláusula geral de negociação” não vem a ser apenas uma normativa dos negócios processuais atípicos, mas também uma diretiva normativa dos típicos, ou seja, aplica-se a todo e qualquer negócio jurídico processual. Trata-se de “um diálogo de duas vias entre a cláusula geral e os acordos típicos”, no qual aquela servirá como um norte interpretativo para esses últimos. E os negócios típicos terão por função alimentar “a concretização do conteúdo da cláusula geral” (CABRAL, 2016, p. 149).

Pela importância desse regramento prescrito no art. 190, CPC/2015, no decorrer do texto será discutida a sua relação com os limites do autorregramento da vontade privado e, principalmente, público, inclusive no que concerne à extensão desse mesmo autorregramento. Mostra-se necessário tal desenvolvimento para que não aconteça com esse dispositivo uma divinização a ponto de transformá-lo, como já destacado, numa “fórmula mágica” (BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 157).

Assim, ao que parece não pode mais ser dito que não há a possibilidade de existirem negócios jurídicos processuais no Direito Processual Civil brasileiro. Não só porque o Código regulamenta de forma mais ampla os negócios jurídicos, inclusive e, principalmente, no que

concerne aos negócios jurídicos atípicos, mas porque, como dizia Chiovenda (2002, p. 25), há um tipo de ato processual “a que indubitavelmente se pode reconhecer o caráter de negócios jurídicos, visto que o efeito, que produzem, se relaciona imediatamente, por lei, com a vontade das partes.”

Tanto é verdade essa nova importância dada aos negócios jurídicos processuais com a entrada em vigor do CPC/2015 que a doutrina especializada já fala em “Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil⁶⁶” (DIDIER JR., 2015b, p. 19-25; REDONDO, 2015, p. 273-274).

Segundo tal princípio,

[...] visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas. De modo mais simples, esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade. O direito de a parte, ora sozinha, ora com a outra e com o órgão jurisdicional, disciplinar juridicamente as suas condutas processuais é garantido por um conjunto de normas, subprincípios ou regras, espalhadas ao longo de todo o Código de Processo Civil. A vontade das partes é relevante e merece respeito. Há um verdadeiro microsistema de proteção do exercício livre da vontade no processo. (DIDIER JR., 2015b, p. 22-23)

Como se observa, os negócios jurídicos processuais são postos no CPC de 2015 como manifestação clara das normas fundamentais do novo processo civil brasileiro. Eles são desdobramentos desses fundamentos (arts. 3^{o67}, 4^{o68}, 5^{o69}, 6^{o70} e 7^{o71}, CPC/2015, principalmente).

O processo civil normatizado pelo CPC/2015 é baseado na ideia de cooperação/comparticipação e de boa-fé (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p. 82-92 e p. 183-

⁶⁶ Não é objeto deste trabalho a discussão se se trata efetivamente de um princípio ou não, mas pode-se dizer que esse epíteto “princípio” é utilizado sem quaisquer critérios no Brasil. Por isso, tem-se dúvidas se o respeito ao autorregramento da vontade é verdadeiramente um princípio. Contudo, repita-se, como essa questão não é objeto do presente estudo, deixa-se para esmiuçá-la em outra sede.

⁶⁷ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁶⁸ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

⁶⁹ Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

⁷⁰ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

⁷¹ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

240). Cooperação essa baseada nos seus 04 (quatro) deveres: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de consulta e dever de auxílio (GOUVEIA, 2006, p. 203-211).

Trata-se, basicamente, de observar o processo como um espaço de diálogo entre todos os sujeitos processuais (MITIDIERO, 2011, *passim*). Não é, obviamente, um *diálogo entre amigos*, mas deve ser, ao menos, um *diálogo entre adultos responsáveis*.

E essa responsabilidade necessária nesse diálogo é bem delineada por Gouveia:

Não podemos deixar de reconhecer a estreita ligação do princípio da cooperação com os princípios do devido processo legal, da boa-fé e do contraditório. O diálogo passa a ser estabelecido entre juiz e partes e o contraditório passa a envolver o direito de as partes influenciarem diretamente no processo decisório, podendo interferir e condicionar de forma eficaz a atuação dos demais sujeitos do processo. Não é qualquer decisão que “ponha fim ao conflito” que serve. Somente a decisão fruto do devido processo legal, no qual predomina a boa-fé, onde juiz e partes tenham tido a oportunidade de dialogar, interferindo estas no seu resultado final, estará legitimada pelo procedimento, para usar uma expressão de Luhmann. Não interessa ao sistema que qualquer decisão seja tomada, mas que o caso concreto seja decidido em um processo que permita a atuação e a participação direta de todos os seus agentes. (GOUVEIA, 2015, p. 08-09)

Portanto, a partir de 2016, vê-se a necessidade de o processo civil ser visto, realmente, com outros olhos, pois os fundamentos são outros. Trata-se de buscar um processo mais democrático, mais flexível e menos formalista (GOMES NETO; NOGUEIRA, 2008; OLIVEIRA, C., 2009, *passim*). E o negócio jurídico processual se mostra um instrumento bastante apto e proveitoso para a concreção desses fundamentos, desde que observados, obviamente, os seus limites⁷².

Os negócios jurídicos processuais são definidos pela doutrina especializada como sendo “o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.” (DIDIER JR., 2015a, p. 376-377; DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2013, p. 59-60).

Ainda segundo Didier Jr. e Nogueira (2013, p. 59-60), no “negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, do regramento jurídico para uma determinada situação.” Por sua vez, Braga (2007, p. 24), afirma que nos negócios processuais há “um poder de determinação e regramento da categoria jurídica e de seus resultados (como limites variados). Há vontade de praticar o ato e vontade de ingressar na categoria e produzir o resultado”.

Esses autores chegam à tal conclusão tomando por base o conceito de negócio jurídico em geral trazido por Mello (2011, p. 202-257), o qual já foi melhor destacado no item 2.2.

⁷² Quanto a esses limites, Cf. observações realizadas mais abaixo.

Assim, resumindo o que dito pelos doutrinadores acima, pode-se definir negócios jurídicos processuais como os fatos jurídicos em que, por meio de um ato de vontade, os interessados podem escolher uma categoria jurídica processual, a qual surtirá os efeitos (categoria eficaz) queridos (ou seja, esses efeitos também podem estar à disposição de escolha desses mesmos interessados) por aqueles sujeitos dentro do processo, venha ele a existir ou não. Quer dizer, são atos que determinados interessados praticam de forma voluntária para que produzam determinados efeitos legais que também são de seu interesse.

Por óbvio, tal ato voluntário decorre da lei, ou seja, a parte não pode praticar atos ao seu bel-prazer. O que ocorre é a que a lei elenca algumas opções jurídicas ao sujeito, o qual tem a possibilidade de escolher aquela que melhor apetece à situação que pretende atingir. Pontes de Miranda deixa isso muito claro quando afirma que

Só há efeitos jurídicos se a regra jurídica os determina, atribuindo-os ao fato jurídico. Nos negócios jurídicos, ainda quando esses efeitos são queridos pelo figurante, ou pelos figurantes, fora, portanto, dos que resultam de terem querido o negócio jurídico em si-mesmo, a vontade só produz efeitos se a regra jurídica o estabeleceu, isto é, se deixou no figurante ou figurante branco para auto-regramento. O branco, que a lei deixa, é interior ao negócio jurídico, de modo que é a lei mesma que estatui: “O que, no branco, deixado à autonomia da vontade, fôr querido tem eficácia”. Onde essa regra jurídica explícita ou implicitamente não existe, a vontade não tem efeitos. A vontade só tem efeitos porque é elemento de suporte fático que se torna fato jurídico e é esse que irradia eficácia. Fala-se de efeito da vontade por abreviação. O que há é efeito do negócio jurídico, ou do ato jurídico stricto sensu, ou do ato ilícito, em cujo suporte fático está a vontade. (PONTES DE MIRANDA, 1970b, p. 46)

Como se observa, a vontade e o seu autorregramento devem ser postos dentro dos limites legais. Mais ainda nos negócios jurídicos processuais (DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2013, p. 60). E a depender da margem de liberdade conferida pela lei aos sujeitos processuais, o negócio jurídico pode ser regido por normas cogentes – liberdade apenas para escolher a categoria jurídica - ou normas dispositivas - liberdade para optar por categorias jurídicas e pelos efeitos a serem irradiados (BRAGA, 2007, p. 12-13). Como diz o próprio Pontes de Miranda (1970b, p. 55-56), a “[...] chamada 'autonomia da vontade', o auto-regramento, não é mais do que 'o que ficou às pessoas'.”

Esse autorregramento da vontade no processo não deriva necessariamente do direito material, podendo ser concebido como uma soma do princípio dispositivo com o princípio do debate, no qual o primeiro desses princípios teria a função de estabelecer “a disponibilidade sobre a cognição e decisão a respeito do direito material” e o segundo, de atribuir “às partes autonomia para a condução do procedimento e lhes autoriza[r] abrir mão de direitos fundamentais processuais” (CABRAL, 2016, p. 139-143).

Contudo, apesar de o autorregramento processual não derivar, em essência, do autorregramento material, é preciso ressaltar mais uma vez, a influência circular (DIDIER JR., 2015, p. 39) entre eles. Assim, as limitações do direito material atingem o direito processual. É exatamente o caso dos processos que envolvem o interesse público defendido pela Administração Pública. A indisponibilidade desse interesse, em seus variados graus, é de suma importância para a constatação dos limites e possibilidades do autorregramento a ser realizado pela Fazenda Pública nos negócios jurídicos processuais que venha a participar.

Assim, pensa-se que, ao menos nos processos que envolvem o interesse público, não basta reduzir os limites do autorregramento processual ao formalismo processual⁷³ (NOGUEIRA, 2016, p. 162), devendo a Fazenda Pública estar atenta também aos limites decorrentes do direito material. Ataíde Júnior destaca que ante a amplitude de negócios jurídicos processuais que o CPC/2015 fez inserir no sistema jurídico brasileiro, faz-se necessário compatibilizar essa liberdade negocial com os processos que envolvem matérias de interesse público e que, muitas vezes, “podem repercutir para além dos limites subjetivos da causa” (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 402).

E os processualistas, em atenção ao CPC/2015, já vem indicando uma série de negócios jurídicos processuais possíveis (CUNHA, 2015, p. 50-56). São negócios jurídicos unilaterais, bilaterais e plurilaterais (CUNHA, 2015, p. 43-44; BRAGA, 2007, p. 26). Como já destacado anteriormente, os unilaterais são aqueles que têm apenas uma manifestação de vontade (p. ex., a renúncia ao direito de recorrer – art. 999, CPC/2015); os bilaterais, os que têm duas manifestações de vontade distintas (p. ex., a desistência da ação após a contestação⁷⁴ – art. 485, § 4º, CPC/2015); e os plurilaterais, nos quais existem mais de duas manifestações de vontade advindas de lados diferentes (p. ex., o ingresso em juízo do adquirente ou cessionário de coisa ou direito litigioso, sucedendo o alienante ou cedente – art. 109, § 1º, CPC/2015 (CUNHA, 2015, p. 44).

A doutrina também costuma classificar os negócios processuais em típicos, ou seja, previstos expressamente na legislação, e atípicos, quando não dispostos na lei de forma expressa (CABRAL, 2016; NOGUEIRA, 2016; CUNHA, 2015). De logo, é preciso deixar claro que a tipificação, ou seja, a disposição expressa do negócio processual em tipo legal específico não é garantia de validade do negócio. Assim, não é porque o negócio é previsto

⁷³ Nogueira (2016, p. 162) afirma que o chamado formalismo processual abrange “[...] 'a totalidade formal' do processo, no que se inserem não somente as formalidades, mas a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a organização do procedimento a fim de que suas finalidades essenciais sejam alcançadas.

⁷⁴ Cunha (2015, p. 44) afirma que esse tipo de negócio é típico bilateral e antes da contestação é típico unilateral.

em lei que ele pode ser avençado sem observância da situação em que empregado, principalmente no que concerne aos negócios processuais em que a Fazenda Pública for parte, conforme será debatido no próximo item.

Dentre os típicos constantes do CPC/2015, podem ser enumerados os seguintes: a) a fixação de calendário para a prática de atos processuais (art. 191); b) a suspensão do processo por convenção das partes (art. 313, II); c) delimitação consensual das questões de fato e de direito controvertidas no processo (art. 357, § 1º); d) a escolha em comum acordo do perito (art. 471), dentre outros.

Há também os negócios atípicos, tais como: a) pacto de impenhorabilidade; b) acordo para ampliação de prazos; c) dispensa consensual de assistente técnico; d) previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; e) redução de prazos processuais; f) pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; g) pacto de alteração de ordem de penhora; h) o estabelecimento da contagem dos prazos processuais em dias corridos, dentre vários outros (NOGUEIRA, 2016, p. 255-257).

Portanto, tais negócios têm por fundamento claro a ideia de um processo civil cooperativo/comparticipativo, no qual reina a boa-fé, em que é assegurado a todos paridade e, por fim, a possibilidade de obter em prazo razoável a tutela judicial, incluída aí a atividade satisfativa (art. 4º, CPC/15).

Por meio dos negócios jurídicos processuais é permitido aos interessados realizarem mudanças no procedimento, flexibilizando-o a ponto de torná-lo mais consentâneo com a especificidade da causa e com a busca da tutela jurídica pretendida (art. 190, primeira parte, CPC/15). Um dessas mudanças, por exemplo, pode ser uma modificação na forma de comunicação dos atos processuais.

Uma outra permissão que é conferida às partes, por intermédio dos negócios jurídicos processuais, é a possibilidade de haver convenção quanto aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (art. 190, parte final, CPC/15), ou seja, quanto às situações jurídicas processuais. Como, por exemplo, abdicar da interposição de um recurso.

São os exatos termos dos dispositivos legais que disciplinam a agora denominada “cláusula geral de negociação” acima já destacada. A partir de uma análise da redação legal, vê-se que a construção dos negócios jurídicos processuais também perpassa pelos 03 (três) planos do mundo jurídico (existência, validade e eficácia), como qualquer fato jurídico *lato sensu*.

Como sublinhado no item 2.2., para que o negócio jurídico exista é necessário que ele

contenha elementos necessários e suficientes do suporte fático contido no antecedente da norma jurídica. Quer dizer, os denominados elementos nucleares (MELLO, 2014, p. 93). No caso dos negócios jurídicos processuais, os elementos necessários e suficientes para que eles existam são a manifestação ou declaração consciente de vontade⁷⁵, um poder de autorregramento da categoria jurídica ou da categoria eficaz nos termos do que disposto no art. 190, CPC/2015 e a referência a um processo apto a existir ou já existente (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 398-399; NOGUEIRA, 2016, p. 180-181).

Essa manifestação ou declaração consciente de vontade são do tipo receptícias no processo, considerando que ela deve ser conhecida pelo destinatário (NOGUEIRA, 2016, p. 180). Ressalta esse mesmo autor, contudo, que os negócios jurídicos extraprocimentais (aqueles ocorridos antes da existência de um processo) ingressam no mundo jurídico independentemente do conhecimento da pessoa a quem a manifestação se destina (NOGUEIRA, 2016, p. 180).

Assim, diante de uma declaração de vontade referente a determinado processo, que tenha por fim a autorregulação do procedimento ou de situações jurídico-processuais (art. 190, CPC/2015), tem-se um negócio jurídico processual, com existência no mundo jurídico.

Mas não basta que ele exista, é necessário que ele seja válido. A validade dos negócios jurídicos processuais será de acordo com o que disposto na legislação processual, mas também com o que consta da legislação material que disciplina os negócios jurídicos em geral (art. 104 e seguintes, do Código Civil de 2002 - CC/02). Assim, para que seja válido o negócio jurídico deve ter: a) sujeito capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e c) forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, I, II e III, CC/02), além da necessidade de a manifestação de vontade ser isenta de vícios (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 398).

Contudo, é necessário que sejam realizadas as devidas adaptações desses requisitos de validade para o processo, inclusive com a utilização do que disposto no art. 190, CPC/2015. Esse dispositivo disciplina que quem pode efetivar negócios processuais são as partes plenamente capazes. Portanto, é preciso que o interessado em avançar um negócio jurídico processual tenha capacidade de ser parte e capacidade para estar em juízo (arts. 70-76, CPC/2015). E também, a depender da situação, faz-se necessária também a capacidade postulatória (NOGUEIRA, 2016, p. 181; CABRAL, 2016, p. 274-280).

A capacidade de ser parte significa estar apto a ser sujeito de direitos processuais,

⁷⁵ Segundo Nogueira (2016, p. 180), no processo, muito provavelmente, a vontade será sempre declarada, ante a “exigência de formalização da prática dos atos processuais em sentido amplo”.

enquanto a capacidade para estar em juízo concerne à possibilidade de atuar no processo, ou seja, poder exercitar situações jurídicas processuais por meio de atos do processo (CABRAL, 2016, p. 274-278). Já a capacidade postulatória é limitada aos advogados, os quais, contudo, nem sempre são necessários, mas em regra o são⁷⁶. Diante disso, os absoluta e relativamente incapazes podem avançar negócios jurídicos processuais, desde que devidamente representados/assistidos (NOGUEIRA, 2016, p. 236-237; CABRAL, 2016, p. 274-278). Ressalte-se que no caso da Fazenda Pública, ela será (re)presentada por seus advogados públicos (art. 75, I, II, III⁷⁷ e IV, CPC/2015)⁷⁸.

Destaque-se que a parte considerada vulnerável poderá celebrar negócios jurídicos processuais, desde que essa vulnerabilidade não seja manifesta (art. 190, Parágrafo único, parte final, CPC/2015), gritante a ponto de desequilibrar a relação processual (NOGUEIRA, 2016, p. 237-238). Cabral (2016, p. 327-328), por sua vez, ressalta que pode ser que o vulnerável abdique ou renuncie de alguma vantagem processual e que de início isso possa parecer inválido. Entretanto, se em razão do resultado da negociação o vulnerável seja claramente beneficiado e não tenha nenhum prejuízo, vê-se que o negócio nessa situação vem a ser válido.

Além do agente capaz, é necessário que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável. Ser o objeto lícito significa que o negócio processual não pode ser avançado contra norma processual cogente - competência absoluta, fundamentação, dentre outros (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 399). Assim, é necessário que se respeite o “formalismo processual” (NOGUEIRA, 2016, p. 181).

Além disso, é preciso que as convenções sobre o procedimento e sobre situações jurídico-processuais sejam apenas efetivadas quanto a “direitos que admitam autocomposição” (art. 190, CPC/2015). A doutrina costuma afirmar que não são sinônimos os “direitos que não admitem autocomposição” com direitos indisponíveis, tanto que a Fazenda Pública pode avançar negócios processuais acerca de interesses públicos inicialmente indisponíveis, até porque a indisponibilidade do direito material não necessariamente leva à do direito processual (NOGUEIRA, 2016, p. 234-236; CABRAL, 2016, p. 295-300). Esse debate, contudo, será travado com maior amplitude no item seguinte. Fixe-se apenas que se o direito não admite autocomposição sobre ele não poderá haver negócios jurídicos processuais.

Quanto à validade do negócio processual, faz-se necessário também que se respeite a

⁷⁶ O advogado para avançar negócios jurídicos processuais em nome da parte que representa necessita de poderes especiais conferidos pelo mandante, por meio de procuração específica (CUNHA, 2016, p. 58-59).

⁷⁷ Os municípios também podem ser representados pelos prefeitos (art. 75, III, CPC/2015).

⁷⁸ Esse tema da (re)representação será tratado com mais detalhes no item a seguir.

forma prescrita em lei. Assim, se a lei exige determinada forma, é necessário que o negócio processual siga essa forma. No entanto, a regra no processo é que a forma seja livre (art. 188, CPC/2015). E se existir forma pré-determinada, mas o resultado tiver preenchido a finalidade essencial, o negócio não será inválido (art. 188, parte final, CPC/2015).

Por fim, a manifestação de vontade deve ser isenta de vícios. Quanto ao controle dessa validade, entende-se perfeitamente possível a utilização dos dispositivos do Código Civil que tratam dos chamados vícios de consentimento (erro, dolo, coação, etc) e sociais (simulação, fraude contra credores) – arts. 138 a 184, CC/02. Contudo, é preciso observar que existe uma teoria de invalidades processuais e que existe uma regulação no CPC/2015 acerca das invalidades processuais - art. 276 a 283 (CABRAL, 2016, p. 283-286; NOGUEIRA, 2016, p. 163-171). De toda forma, a manifestação de vontade deve ser livre e informada (CABRAL, 2016, p. 280-286), ou seja, é necessário que as partes do negócio jurídico processual estejam cientes e conscientes do que está sendo posto em acordo e quais as possíveis consequências desse negócio. Se houver algum tipo de ausência de conhecimento quanto à totalidade do negócio processual, deverá ele ser considerado inválido, salvo se atingir os fins pretendidos.

Destaque-se que quem terá um papel muito importante no controle dessa validade será o juiz, conforme disposto no art. 190, Parágrafo único, CPC/2015. Entretanto, neste momento do trabalho não se descera a maiores detalhes desse controle judicial, o qual será melhor explorado no próximo capítulo.

Além da existência e da validade, o negócio processual deve ser eficaz. Em regra, os negócios jurídicos processuais produzem imediatamente a constituição, modificação e extinção de direitos processuais, salvo se a lei exigir um *plus*, como a homologação judicial no caso de desistência da ação. São os termos do art. 200, CPC/2015. Também nos negócios processuais pode, em razão de manifestação de vontade das próprias partes que o avençam, ser disposto que eles só surtirão efeitos após implementada alguma condição ou termo (NOGUEIRA, 2016, p. 183-185).

Enfim, o objetivo desse item foi trazer características gerais dos negócios jurídicos processuais e de seu disciplinamento no Código de Processo Civil atual. Feito isso, no próximo item essas premissas serão discutidas de forma mais específica quanto aos negócios jurídicos processuais em que a Fazenda Pública é parte, objeto principal do presente capítulo. Remete-se o leitor ao próximo item, portanto.

2.4. Negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública.

Acima, foram explicitadas as características dos negócios jurídicos processuais em geral. A partir de agora, passa-se a discutir especificamente os negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública. Será que existe alguma particularidade em relação a esses negócios processuais da Fazenda Pública? É o que será analisado a seguir.

2.4.1. Características específicas, possibilidades e limites.

Em razão da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, já amplamente discutidos no Capítulo 1 acima, há quem entenda que a Fazenda Pública não poderia avançar negócios jurídicos processuais (TARTUCE, 2015, p. 115). E isso porque o art. 190, CPC/15, dispõe que só pode haver negociação processual em processos que versem sobre “direitos que admitam autocomposição”.

Há, porém, quem entenda ser perfeitamente possível a realização de negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública (BARREIROS, 2016; TEIXEIRA, 2015, p. 173-182; CIANCI; MEGNA, 2015, p. 481-506; SANTOS, 2015, p. 507-519).

A grande polêmica quanto à possibilidade ou não de efetivação de negócios jurídicos processuais por parte da Fazenda Pública concerne à indisponibilidade do interesse público. Como o art. 190, CPC/2015 prescreve que só pode haver negócios processuais sobre direitos que admitam autocomposição, considera-se que as questões de interesse público são indisponíveis. E por isso mesmo não seriam negociáveis. Não é bem assim, porém.

Como vem sendo discutido no presente trabalho, podem haver negociações que envolvam o interesse público. A diferença é que elas têm restrições maiores que as de direito privado, por todos os motivos já antes elencados. Contudo, isso não quer dizer que a Fazenda Pública não possa realizar negócios jurídicos processuais. Até porque não se pode confundir direitos que admitam autocomposição com direitos disponíveis. E os indisponíveis com os que não admitem essa autocomposição (CABRAL, 2016, p. 295-302; NOGUEIRA, 2016, p. 234-236), apesar de muitas vezes um direito indisponível não admitir, realmente, em determinadas hipóteses, qualquer tipo de autocomposição⁷⁹.

Barreiros (2016, p. 250) destaca que todo direito disponível admite autocomposição,

⁷⁹ Na verdade, muitas vezes nem o direito disponível admite uma autocomposição. Como, por exemplo, numa diminuição de prazo que prejudique a ampla defesa e o contraditório. No caso do direito indisponível, não se mostra possível uma disposição processual que tenha por consequência, mesmo que indireta, uma renúncia de um direito material irrenunciável (CABRAL, 2016, p. 297-300).

mas nem todo direito autocomponível é disponível. Isso se dá também no que concerne aos negócios jurídicos processuais que tenham como partícipe a Fazenda Pública, tendo em vista que por meio dele pode ser que o interesse público seja resguardado de modo mais eficaz, como, por exemplo, se houver um fortalecimento de situações jurídico-processuais do ente público (NOGUEIRA, 2016, p. 235).

Como sublinhado mais acima, a indisponibilidade material não tem por consequência necessária a indisponibilidade processual. Assim, uma vez preservado o interesse público, pode haver a realização de negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública. Não poderá ser avençado, porém, quando o negócio atingir de forma negativa o direito material, dispondo de forma indireta desse último (CABRAL, 2016, p. 299). Esse autor afirma que “interesse público” não é um bom critério para se saber se um determinado direito é ou não indisponível e, por isso mesmo, negociável ou não, ante a sua vagueza (CABRAL, 2016, p. 300-302). Contudo, não há como concordar com tal conclusão, tendo em vista que a ideia de interesse público é essencial no que concerne às disposições que envolvem a Administração Pública, havendo sim critérios aptos a separar o joio do trigo, como a divisão em graus de interesse público (primário e secundário).

De toda forma, é preciso ressaltar que

[...] a circunstância de se admitir a celebração de negócios processuais em feitos cujo objeto verse sobre direitos indisponíveis não deverá implicar qualquer prejuízo a estes, já que a não afetação do direito material indisponível é componente da licitude do objeto do acordo processual. Assim, permitir-se-á a celebração de negócio processual em processos que versem sobre direitos indisponíveis quando o pacto não afetar o direito material (ex.: ampliação do tempo de sustentação oral) ou quando favorecer o titular do direito indisponível (ex.: redução do prazo de contestação da parte adversa). (BARREIROS, 2016, p. 252)

Assim sendo, a realização de negócios jurídicos processuais por parte da Fazenda Pública deve observar alguns limites. Diante disso, além da necessidade de serem observados os requisitos dos negócios jurídicos em geral (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei – art. 104, do Código Civil/02) e adaptados às características do processo conforme destacado no item 2.3 acima, haveria a precisão de a Fazenda ter em conta os requisitos de validade exigidos para todo ato administrativo (CIANCI; MEGNA, 2015, p. 495).

Barreiros (2016, p. 302-303), por meio de uma fusão dos requisitos dos negócios jurídicos em geral e dos requisitos dos atos administrativos, afirma que os requisitos de validade “[...] do ato administrativo que conduzirá à conclusão do negócio jurídico processual

pelo Poder Público” são:

a) a competência (requisito subjetivo de validade); b) a licitude, possibilidade, precisão e determinabilidade do objeto (requisitos objetivos de validade); c) a existência de motivo subjacente à prática do ato e que guarde com esse vínculo de pertinência lógica (também requisito objetivo de validade); d) a forma prevista ou não defesa em lei (requisito formal de validade) e; e) a finalidade de interesse público (requisito finalístico de validade). Além desses, destaca-se, ainda, a motivação do ato administrativo [...] (BARREIROS, 2016, P. 302-303).

Em resumo, é essencial que na formação do negócio jurídico processual pela Fazenda Pública sejam observados: a) o objeto da negociação, que deve ser adequado; b) a autoridade competente para negociar; c) a forma, que deve ser transparente e controlável; d) o motivo, que deve ser razoável; e) e a finalidade do acordo, a qual deve ser legítima (CIANCI; MEGNA, 2015, p. 495 e 502).

Assim deve ser para que seja possível a *accountability*⁸⁰ (possibilidade de controle a partir de uma prestação de contas) do processo de negociação (CIANCI; MEGNA, 2015, p. 502), tendo em vista os princípios regedores da Administração Pública, principalmente publicidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988). Essa possibilidade de controle a partir de uma prestação de contas é que será alvo de um desenvolvimento maior no próximo capítulo, ante a sua importância para o presente trabalho.

Quanto aos requisitos acima elencados, mostra-se importante destacar o relativo ao objeto da negociação. Como pode ser concluído do que descrito até agora acerca dos negócios jurídicos processuais, o objeto a ser transacionado nesse tipo de acordo refere-se, por óbvio, a questões concernentes ao processo (questões procedimentais ou questões relativas a situação/ posição processual – ônus, poderes, faculdades, deveres processuais – art. 190, CPC/15).

Assim sendo, o que a Fazenda Pública vai negociar são questões referentes aos processos em que inserida. E, como é praxe no Direito brasileiro, a Fazenda Pública tem uma série de prerrogativas processuais - prazos maiores, intimações pessoais, remessa necessária, dentre outras (CUNHA, 2013)⁸¹.

⁸⁰ A palavra de origem inglesa *accountability* costuma ser traduzida para o português como “responsabilização”, significando, em termos, a ideia de que alguém ou algum ente seja responsável pelos atos praticados e esteja apto a prestar contas desses mesmos atos, tanto no âmbito público como no privado (PINHO; SACRAMENTO, 2009, p. 1345-1347). Segundo ainda esses autores, *accountability* poderia ser resumido como “[...] a responsabilidade, a obrigação e a responsabilização de quem ocupa um cargo em prestar contas segundo os parâmetros da lei, estando envolvida a possibilidade de ônus, o que seria a pena para o não cumprimento dessa diretiva.” (PINHO; SACRAMENTO, 2009, p. 1348). No mais, ressalta-se que a *accountability* e suas consequências serão analisadas com mais vagar no Capítulo 3, para onde se remete o leitor.

⁸¹ Quanto a isso, Cf. item 2.1.1 acima.

Em razão disso, como já ressaltado anteriormente, há quem entenda que a Fazenda Pública só pode avençar negócios jurídicos processuais relativos às suas “prerrogativas relacionadas ao funcionamento da estrutura administrativa”. Assim, a Fazenda poderia efetivar, por exemplo, negócios relativos a prazos processuais e intimações processuais (BARREIROS, 2016, p. 338-349).

Não poderia, porém, realizar negócios relativos às “prerrogativas relacionadas ao regime jurídico de direito material a que se sujeitam as pessoas jurídicas de direito público ou à própria natureza dessas”. Assim, a Fazenda não poderia efetivar, por exemplo, negócios relacionados ao pagamento por precatório, à remessa necessária, às regras especiais para a fixação de honorários de sucumbência, dentre outras (BARREIROS, 2016, p. 341-345).

Pensa-se que essa divisão quanto ao objeto apto à negociação vem a ser muito útil para estipular quais negócios jurídicos processuais são possíveis quando se está diante da Fazenda Pública como sujeito processual. Principalmente, quando tem-se em conta a divisão entre interesse público primário e interesse público secundário, já tantas vezes discutida no presente texto.

Por isso, mostra-se interessante também considerar, quanto a esse objeto, o que disposto na Lei n.º 13.140/2015, que disciplina a utilização de mediação e conciliação pela Administração Pública. Esse diploma legislativo, em seus arts. 32 e 33 traz algumas balizas que podem ser úteis, *mutatis mutandis*, para os negócios jurídicos processuais em que a Fazenda Pública venha a fazer parte. Esses dispositivos prescrevem que não pode ser objeto de mediação e conciliação “as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo” (art. 32, § 4º) e que, em contrapartida, podem ser objeto “a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares” e questões referentes à prestação de serviços públicos (arts. 32, § 5º e 33, Parágrafo único, respectivamente).

Pensa-se que a disciplina da Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/96, com a alteração da Lei n.º 13.129/2015) quanto à Administração Pública também pode ser utilizada nas hipóteses de negócios jurídicos processuais, como a permissão para que a arbitragem se realize apenas “para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, § 1º) e o necessário respeito ao princípio da publicidade (art. 2º, § 3º).

Deve ser ressaltado, porém, que essa possibilidade para a Fazenda Pública efetuar negócios jurídicos processuais não se resume ao autorregramento da vontade (discrecionabilidade). É necessário que ele seja possível também no que concerne a sua

validade geral e específica. A validade geral concerne aos requisitos de validade dos negócios em geral e também dos requisitos de todo e qualquer ato administrativo, já acima destacados. A validade específica concerne ao caso concreto no qual o negócio jurídico processual será efetivado.

Logo, pode ser que o negócio jurídico processual preencha todos os requisitos de validade dos negócios em geral e os relativos aos atos administrativos, mas mesmo assim esse negócio não se mostre possível por ferir o interesse público *in concreto*. Pode até ser que o interesse público abstratamente considerado esteja sendo atendido, mas quando se passa à análise do interesse público no caso concreto vê-se que o negócio passa a não ser mais possível.

Por exemplo, a Fazenda Pública decide realizar em determinado processo calendarização processual, juntamente com a outra parte e com o juiz, para tornar o procedimento mais célere, reduzindo, em razão disso, todos os prazos processuais. Nesse negócio, foram observados todos os parâmetros legais, inclusive os requisitos gerais de validade, o que em tese favoreceria o interesse público, ante a concretização da eficiência administrativa para resolução de problemas junto ao cidadão e da celeridade processual. Contudo, em razão dessa redução de prazos, o ente público demandará maiores gastos do que verdadeiramente teria se seguisse o procedimento normal (comum) sem calendarização. Diante disso, considerando esse aumento de custo a Fazenda Pública não deveria efetivar o negócio processual, ante a inexistência de interesse público no caso concreto.

Assim, nem sempre a possibilidade abstrata de um negócio jurídico processual pela Fazenda Pública será uma possibilidade de efetivação concreta desse mesmo negócio.

Ressalte-se ainda que a Fazenda Pública só pode agir por meio do que permite a lei. É preciso respeitar a legalidade acima de tudo (CARVALHO FILHO, 2008, p. 17). Há a necessidade, portanto, de os negócios jurídicos processuais da Fazenda sempre observarem o que dispõe a lei regedora. No caso, a lei regedora é o próprio Código de Processo Civil de 2015, além da Constituição Federal e de leis administrativas esparsas. O melhor, entretanto, seria que cada ente público editasse uma lei que viesse a disciplinar de forma mais detalhada as possibilidades e limites acerca dos negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública.

Flumignan destaca que a regulamentação do negócio processual da Fazenda Pública é importante para que seja definida a capacidade negocial. Assim, seria interessante que nessa normatização fosse determinado “[...] quais negócios todo procurador poderá celebrar e quais exigem autorização de superior hierárquico. [...] é preciso também disciplinar a

responsabilidade e a apuração de eventuais más condutas” (FLUMIGNAN, 2018, p. 353-375)⁸².

Com o intuito de disciplinar a realização de negócios processuais, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editou, pensa-se que de modo pioneiro, a Portaria PGFN nº 360, de 13 de junho de 2018, já atualizada pela Portaria PGFN nº 515, de 20 de agosto de 2018, autorizando a realização de “modalidades específicas de negócio jurídico processual”. Por meio dessa Portaria, a PGFN autorizou a celebração de negócios processuais concernentes, de início, apenas ao cumprimento de decisões judiciais, à confecção ou conferência de cálculos, aos recursos (inclusive a sua desistência) e à forma de inclusão do crédito fiscal e FGTS em quadro geral de credores. Essas hipóteses constam do art. 1º da Portaria. Após, com a atualização feita por meio da nova Portaria acima mencionada, foram acrescidos negócios também quanto aos prazos processuais e à ordem de realização dos atos processuais, inclusive em relação à produção de provas.

No Parágrafo único desse artigo 1º, foram dispostas as hipóteses em que foi vedada a celebração de negócios processuais. Assim, não poderá o Procurador da Fazenda Nacional efetivar negócios processuais que dependam do cumprimento de outro órgão, que preveja penalidade pecuniária, que envolva qualquer disposição de direito material por parte da União (ressalvadas hipóteses específicas definidas em portarias da própria PGFN⁸³), que extrapole os limites definidos no CPC/2015 (arts. 190 e 191) e que gere custos adicionais à União.

Para uniformizar o procedimento, a Portaria dispõe (art. 2º) que os negócios processuais devem ser autorizados pelo Procurador-Chefe e poderão, facultativamente, ser submetidos à prévia homologação do órgão jurisdicional competente. Por fim, está disposto também que os negócios processuais celebrados serão compilados em página específica da intranet da PGFN.

Trata-se já de um avanço por parte da PGFN, a qual de modo correto disciplinou internamente os negócios processuais. Pode-se criticar as hipóteses muito restritivas de cabimento do negócio, mas ao menos a Procuradoria não deixou ao critério de cada procurador como fazer essa negociação. Apesar de ser muito restrita, a Portaria é um passo à frente para a uniformização da atuação do ente público.

Além do mais, um dos principais limites relativos à negociação processual envolvendo a Fazenda Pública vem a ser a necessidade de garantia de isonomia no tratamento com os administrados (BARREIROS, 2016, p. 319-338). Santos (2015, p. 514) afirma que a Fazenda

⁸² Mais abaixo será dado um maior destaque a essa questão.

⁸³ São as Portarias PGFN nº 502/2016 e 985/2016.

não poderia avançar negócios processuais com determinados particulares e, em outros casos idênticos, com outros particulares, não realizá-los. Isso, na sua visão, feriria de morte a isonomia e a impessoalidade.

Essa autora (2015, p. 513-517) ainda observa outros problemas, além da questão da isonomia, que também podem vir a surgir quando da realização de negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública. Tais questões, ainda segundo Santos (2015, p. 513-517), devem ser dirimidas para a aplicação das negociações processuais em ações envolvendo a Fazenda Pública. São elas: a) o volume de ações em que o Poder Público é parte e b) a autonomia funcional x uniformidade de atuação dos representantes da Fazenda Pública.

Quanto à primeira questão, a doutrinadora entende ser uma dificuldade prática, já que a Fazenda se faz presente em muitos processos e dificilmente abre mão de suas prerrogativas (SANTOS, 2015, p. 513). Contudo, pensa-se que a depender do negócio jurídico processual a ser avançado, essas prerrogativas podem ser dispostas, principalmente quando o objetivo for assegurar ainda mais a efetivação e preservação do interesse público.

O segundo ponto trazido concerne ao fato de que, como os representantes da Fazenda têm uma certa autonomia funcional, como ficaria a uniformidade de atuação desses mandatários legais, considerando que a flexibilização de procedimento pode trazer uma série de “tratamentos muito distintos quanto ao gerenciamento dos processos dentro de um mesmo órgão estatal”?! (SANTOS, 2015, p. 514-517). Quanto a esse último ponto, a doutrinadora diz que seria necessário, no mínimo, uma regulação interna da atuação dos Procuradores nos negócios jurídicos processuais da Fazenda (SANTOS, 2015, p. 515). Essa regulação é necessária principalmente se o advogado público não tiver competência para abdicar do direito material, o que levaria a uma limitação na avença de negócio processual (BARREIROS, 2016, p. 310-314).

Na verdade, esses 03 (três) problemas postos pela autora mencionada podem ser resumidos na necessária atuação uniforme da Administração Pública perante os seus administrados, os quais querem ver preservadas a segurança jurídica e a isonomia. Assim, a Fazenda Pública não pode, de início, avançar negócios jurídicos sem ter em mente o respeito ao interesse público. Não podem haver quaisquer “acordos que conduzam, ainda que indiretamente, a uma mutilação de verdadeiros direitos da Fazenda Pública, importando, deste modo, prejuízo ao erário.” (TEIXEIRA, 2015, p. 180)

Em razão do respeito a essa atuação uniforme, é preciso destacar que uma vez efetivado um negócio processual por um ente público, (re)representado nesse negócio por um determinado advogado público, não pode um outro advogado, sob os auspícios de sua

autonomia funcional, do mesmo corpo de (re)apresentação tentar desfazer esse negócio sob a alegação de não concordar com o caminho tomado. É necessário, assim, que haja uma certa “vinculação negocial” (FLUMIGNAN, 2018, p. 353-375) em relação aos demais componentes de representação judicial do ente público. Na verdade, não pode haver tal coisa pelo fato de o negócio processual ter sido realizado pelo Estado (o sujeito é o Estado) e não pelo advogado público (em nome desse). E o Estado deve garantir a proteção à confiança de seu administrado, principalmente quando entra em tratativas com esse.

Essa mesma Fazenda não pode avançar negócios jurídicos processuais sem observar a preservação da igualdade perante os administrados. Isso porque ela não pode tratar casos semelhantes de modo diverso (BARREIROS, 2016, p. 331-338). É preciso que a Fazenda garanta de alguma maneira um tratamento isonômico em relação aos administrados na sua atuação diária, inclusive no que concerne aos negócios jurídicos processuais.

Para atingir tal fim, de respeito à igualdade, há quem defenda que os negócios jurídicos processuais realizados pela Administração Pública sirvam como um precedente para essa mesma Administração (BARREIROS, 2016, p. 331-338). Isso com o objetivo de que casos similares sejam tratados isonomicamente. Um modo interessante de garantir essa isonomia é confrontar o caso paradigma de negócio processual (tido como precedente) com o caso novo, no qual o particular requer que seja realizado também um negócio processual, “[...] de modo a se apurar se os parâmetros de conduta guardam coerência entre si” (SILVA NETO, 2017, p. 174-175).

Destaque-se, inclusive, que pode-se dizer que o cidadão administrado, no Estado Constitucional brasileiro, tem um verdadeiro “direito fundamental à boa administração pública”, calcada, dentre outros aspectos, no “direito fundamental à administração pública isonômica ou imparcial, isto é, a que não pratica discriminação negativa de qualquer natureza.” (FREITAS, 2013, p. 26-27). Ademais, como ressalta Bandeira de Mello (2003, p. 23), a igualdade “visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual [...] contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos.”

Ressalte-se também, contudo, que esse tema, apesar de ser de suma importância para os negócios jurídicos que envolvem a Fazenda Pública, também preocupa no âmbito dos negócios jurídicos processuais entre particulares (YARSHELL, 2015, p. 68-69). Principalmente, no que concerne à igualdade processual, que também acaba atingindo a relação Fazenda (com tantas prerrogativas) e particular.

Diante disso, é preciso ter em vista a incidência do princípio da igualdade em relação a “negócios pré-processuais que dificultem o acesso equilibrado ao processo”, assim como em

relação a negócios realizados dentro do processo que venham a afetar o equilíbrio do feito (ABREU, 2015, p. 206-211).

Por último, é preciso deixar claro que ao avançar um negócio processual a Fazenda Pública precisa ter em conta que a solução negociada deve sempre ser consequência de uma deliberação de Estado, ou seja, com a meta de preservação do próprio Estado e do interesse público por esse defendido e não como uma solução decorrente de uma mera questão de governo. Os governos são menores que os Estados, tendo em vista que esses últimos tem tendência à permanência e aqueles são maiorias transitórias. Assim, é necessário que se garanta as políticas de Estado em detrimento das políticas meramente de governo. Também assim deve ser quanto aos negócios processuais da Fazenda Pública.

Postas essas premissas quanto à possibilidade de a Fazenda Pública realizar negócios jurídicos processuais, não se vê qualquer empecilho na utilização desses instrumentos em vários tipos de causas em que a Fazenda Pública seja parte. Claro que os vários limites acima descritos não podem ser olvidados. De toda maneira, pensa-se que os negócios jurídicos processuais podem ser de grande utilidade no processo tributário, por exemplo. Especialmente, no processo da execução fiscal.

No Fórum Nacional do Poder Público (2016), realizado por membros da advocacia pública, da advocacia privada e da magistratura, foram aprovados 02 (dois) enunciados acerca dos negócios jurídicos na execução fiscal. Veja-se:

9. (art. 190, Lei 13.105/15; art. 1º, Lei 6.830/80) A cláusula geral de negócio processual é aplicável à execução fiscal (Grupo: O novo CPC e a Execução Fiscal)

10. (art. 191, Lei 13.105/15) É possível a calendarização dos atos processuais em sede de execução fiscal e embargos. (Grupo: O novo CPC e a Execução Fiscal)

Da mesma forma que fixado nos enunciados acima, pensa-se ser plenamente possível a utilização dos negócios jurídicos processuais na execução fiscal. Megna (2017, p. 111) ressalta que

[...] não há indisponibilidade dos meros ritos processuais, desde que estes sejam substituídos por outros que também respeitem o devido processo legal, aplicável aos processos judiciais e administrativos (art. 5º, LIV e LV, da CF). Esta afirmação é corroborada pelo atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que 'a Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa, e não autoriza, por si, a insustentável conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição, ou utilização, de mecanismos de cobrança extrajudicial'.

Assim, o objetivo de se realizar negócios jurídicos processuais no âmbito da execução fiscal não é fazer com que a recuperação do crédito público inscrito em dívida ativa não seja

mais efetivada pelo procedimento da Lei n.º 6.830/80. Não é isso. O que se quer é que, por meio de modificações no procedimento da execução fiscal, a recuperação do crédito público se torne mais efetiva.

Agora, obviamente, ao se efetivar um acordo processual, faz-se necessário que se observe as características específicas da negociação efetivada pela Fazenda Pública. Portanto, na execução fiscal a Fazenda vai poder negociar questões relativas as suas prerrogativas processuais negociáveis (BARREIROS, 2016). Não há, contudo, como a Fazenda efetivar um negócio jurídico na execução fiscal que venha a prejudicar a recuperação do crédito, como, por exemplo, realizar um negócio em que em determinada execução fiscal não será possível a penhora de dinheiro (art. 11, I, da Lei n.º 6.830/80).

A efetivação do negócio jurídico processual pela Fazenda Pública, aqui inclusa a negociação na execução fiscal, deve ter por objetivo o respeito ao interesse público. Esse interesse público, no caso da execução fiscal, é atingido se o crédito público é recuperado sem sofrer nenhuma limitação em seu montante.

Agora, é preciso que esse tipo de negociação observe os princípios gerais da Administração Pública, como a impessoalidade, a moralidade e a publicidade. Por isso, o ideal é que se tenha uma lei específica autorizando o (re)presentante da Fazenda Pública a realizar negócios jurídicos processuais e que esses acordos sejam divulgados para que os administrados tomem conhecimento deles e de suas particularidades, até mesmo, se possível, antes de avençá-los (RENNER, 2017, p. 600-603).

Diante disso, passa-se a elencar uma série de negócios jurídicos possíveis nas execuções fiscais, que têm por objetivo torná-la mais efetiva na recuperação do crédito público.

Portanto, é possível que na execução fiscal sejam realizados negócios jurídicos processuais quanto: a) à realização da penhora, ou seja, que ela recaia primeiro sobre determinado bem que, apesar de ser líquido, não está elencado dentre os primeiros da lista do art. 11, da Lei n.º 6.830/80; b) quanto à avaliação do bem, ou seja, aceitando-se a estimativa feita pela outra parte - art. 871, I, CPC/15 (RENNER, 2017, p. 604) ou, até mesmo, caso a avaliação necessite de conhecimentos especializados, escolhendo-se o avaliador (art. 870, Parágrafo único c/c art. 471, CPC/15 e art. 13, § 2º, da Lei n.º 6.830/80) e; c) a possibilidade de emenda ou substituição da CDA mesmo após a decisão de primeira instância (art. 2º, § 8º, da Lei n.º 6.830/80).

Também pode haver negócios com o objetivo de: a) calendarizar o procedimento dos embargos (art. 191, CPC/15), fixando data para impugnação por parte da Fazenda, para as

fases da perícia, para a sentença etc e; b) fixar o ponto controvertido dos embargos (art. 357, § 2º, CPC/15).

Um acordo interessante é quanto à citação do executado, já que esse pode ser um contendor regular da Fazenda nas execuções fiscais e pode ter o interesse de que suas citações sejam sempre realizadas em determinado endereço ou no nome de determinado representante processual. Esse tipo de acordo seria prévio ao processo de execução fiscal, sendo permitido pelo art. 190, CPC/15. Claro que esse tipo de negócio só seria viável se o objetivo dele for facilitar a citação. Dificultando-a, a Fazenda não deve fazê-lo.

Pode ser realizado acordo também quanto à intimação da Fazenda, como, por exemplo, a possibilidade de essa intimação ser sempre por meio de publicação no lugar de ser sempre pessoal (art. 25, da Lei n.º 6.830/80)⁸⁴.

Quanto à penhora, pode ser efetivado negócio que tenha por objetivo permitir a constrição de bem absolutamente impenhorável, como um bem de família, por exemplo (RENNER, 2017, p. 609). Ou também quanto à impossibilidade de substituição de bem penhorado por ambas as partes (art. 15, Lei n.º 6.830/80). É também possível que as partes escolham que o leilão seja realizado por leiloeiro escolhido de forma consensual (art. 883, CPC/15).

Um outro acordo muito interessante visando a tornar a execução fiscal mais efetiva é a reunião de várias execuções contra o mesmo devedor (art. 28, Lei n.º 6.830/80), escolhendo um dos processos como processo-piloto, ou seja, nesse processo-piloto será dado prosseguimento conjunto a todas as execuções, inclusive com redistribuição dos processos ao Juízo da primeira distribuição (art. 28, Parágrafo único, Lei n.º 6.830/80).

A doutrina elenca outras possibilidades, como, por exemplo, a suspensão de atos expropriatórios na execução fiscal quando o executado tenha requerido compensação de um tributo pago a maior, ao menos “[...] até que sejam certificados/comprovados os valores pagos a maior pelo contribuinte, de modo que, ao final desta materialização, tornar-se-á possível o encontro de contas [...]” (DAL'COL; ABREU, 2016, p. 75-76).

Queiroz (2017, p. 505-506) defende ser possível a Fazenda Pública e o executado escolherem, de comum acordo, o percentual da penhora sobre o faturamento (art. 866, CPC/15), no lugar de ele ser fixado unilateralmente pelo juiz, já que dessa forma poderia haver a inviabilização da atividade empresarial, o que não é de interesse nem do executado nem da Fazenda Pública.

Há quem entenda (RENNER, 2017, p. 608), inclusive, ser possível negócio liberando

⁸⁴ A doutrina denomina esse tipo de negócio de “negócio processual coletivo” (CUNHA, 2016, p. 63).

o executado de, para apresentar embargos, ter que oferecer garantia (art. 16, § 1º, Lei n.º 6.830/80).

Assim, vê-se as várias possibilidades de utilização dos negócios jurídicos processuais no procedimento da execução fiscal. O objetivo de utilizá-los é fazer com que esse processo seja mais eficiente do que se mostra hoje. Ressalte-se, porém, que o uso dos negócios jurídicos processuais não é uma garantia dessa eficiência, mas se mostra como um novo caminho apto a trazer um incremento na recuperação dos créditos públicos inscritos em dívida ativa.

Mas não é apenas na execução fiscal que os negócios jurídicos processuais podem ser efetivados. Esclareça-se, entretanto, que o destaque dado a esse tipo de processo não foi sem propósito, tendo em vista que a grande maioria dos processos que têm a Fazenda Pública como parte são execuções fiscais. Como já destacado anteriormente, as execuções fiscais representavam em 2016, segundo a pesquisa Justiça em Números 2017 do CNJ, 38% (trinta e oito por cento) dos processos em geral e 75% (setenta e cinco por cento) dos processos de execução, com mais de 30 (trinta) milhões de processos pendentes. Só no Estado de Pernambuco, existem mais de 800 (oitocentas) mil execuções fiscais em trâmite na Justiça estadual e 300 (trezentas) mil na Justiça Federal⁸⁵.

Como dito, os negócios jurídicos processuais podem ser efetivados em outros processos que tenham a participação da Fazenda Pública. Portanto, cabem tanto nos procedimentos comuns em geral como nos diversos procedimentos especiais específicos existentes na legislação processual brasileira. Por exemplo, podem ser realizados negócios jurídicos processuais para a concretização de políticas públicas⁸⁶ (COSTA, 2012; GISMONDI, 2016). A execução de políticas públicas é muitas vezes problemática e complexa, tendo em vista que a Administração Pública precisa seguir todo um trâmite burocrático ao qual o Judiciário não está acostumado. Daí decorre o problema quanto à efetivação de políticas públicas cuja concretização tenha sido determinada pelo Judiciário.

Um exemplo muito comum é o fornecimento de medicamentos à população em geral. Tal serviço deve ser prestado, em tese, pela Administração Pública, mas acontece que muitos remédios não são fornecidos pelo Poder Público. Diante disso, as pessoas se socorrem ao Judiciário. E, em regra, esse mesmo Judiciário determina que o medicamento seja fornecido sob pena de multa ou de sequestro de montante na conta do ente público. A questão é que não

⁸⁵ Vide item 1.4 acima, no qual a pesquisa foi mais detalhada.

⁸⁶ “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as entidades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (BUCCI, 2002, p. 241)

há como o ente público cumprir tais determinações com a urgência necessária.

Como sublinha Costa (2012, p. 39), no momento em que é determinado judicialmente o fornecimento de um medicamento excepcional, o juiz não se atém para algumas consequências, como: a) se existe a disposição do medicamento no mercado nacional; b) se existe um fornecedor único ou não, já que deve ser assegurada a concorrência e impessoalidade; c) o fato de ter de haver uma troca de informações grande entre vários setores da Administração Pública (o órgão de assessoramento jurídico, a secretaria de saúde, a farmácia, o setor responsável por compras e licitações), dentre outros problemas mais.

Assim, de modo a tornar essa concretização de políticas públicas eficiente, mas sem sobrecarregar a Administração Pública, o juiz pode, em conjunto com as partes autora e ré, construir um cronograma de execuções dessas políticas (COSTA, 2012, p. 41) e só mediante o descumprimento do cronograma é que a Administração passaria a sofrer algum tipo de sanção. Hoje, por exemplo, pode ser utilizada a calendarização processual do art. 191, CPC/2015.

É preciso destacar, porém, que a execução é apenas uma das fases de concreção de políticas públicas. Portanto, pode ser que em relação a alguma das demais fases dessa concreção existam negócios processuais. O ciclo de políticas públicas é composto das seguintes fases: a) identificação do problema; b) formação da agenda (*agenda-setting*); c) formulação de alternativas e tomada de decisão; d) implementação; e e) avaliação e controle⁸⁷ (FREY, 2000, p. 226-229; SECCHI, 2012, p. 35).

Dessa forma, a execução de políticas públicas consistiria na fase da implementação, que costuma ser aquela em que mais o Judiciário exerce a sua tutela (o principal exemplo é a determinação de fornecimento de medicamentos). Daí o seu destaque. Contudo, sublinhe-se mais uma vez que pode haver processo judicial também em relação às demais fases, não existindo nada que impeça, ao menos de início, que negócios jurídicos processuais sejam avançados também em relação a esses outros momentos do ciclo de políticas públicas.

Além desses 02 (dois) campos importantíssimos de atuação processual da Fazenda Pública (execução fiscal e efetivação de políticas públicas), os negócios jurídicos processuais podem ser utilizados, como já dito inclusive, nos mais variados processos em que participante a Fazenda Pública. Por conseguinte, podem haver negócios jurídicos processuais na desapropriação (a escolha de um perito conjunto para a avaliação do imóvel a ser

⁸⁷ Nesse ciclo, um problema é identificado e definido, o qual poderá ou não ser inserido na agenda política de resolução por meio de uma determinada política pública. Após, vê-se quais opções existem aptas a efetivar a solução do problema, tomando-se, por conseguinte, a decisão que se considera adequada. Por fim, procede-se à implantação da política pública e, após, ao seu controle, avaliação e possível correção. São essas as etapas do ciclo das políticas públicas (FREY, 2000, p. 226-229).

desapropriado), em ações de responsabilidade civil do Estado (delimitação consensual da questão controversa), em ações propostas por servidores (suspensão do processo para uma negociação coletiva⁸⁸), ação de impugnação do edital de concurso (concordância do ente público e retificação do edital, com o acordo de nenhuma das partes arcarem com honorários sucumbenciais) etc.

Portanto, vê-se a importância dos negócios jurídicos processuais também para a Fazenda Pública, a qual pode utilizá-los para a efetivação do interesse público, devendo-se, entretanto, sempre ter em vista as possibilidades e limites para a negociação.

Uma vez consideradas as possibilidades e limites referentes ao poder de a Fazenda Pública efetivar negócios jurídicos processuais, é mais do que necessário que sobre essas negociações exerça-se um maior controle do que aquele exercido quanto aos negócios jurídicos processuais entre os particulares.

Ante o que foi exposto, é função da Administração Pública cumprir os objetivos de interesse público, delineados na Constituição Federal e nas legislações ordinárias. Assim, deve ela sempre perseguir o interesse público de modo a efetivá-lo e preservá-lo. Também deve ser assim nos processos judiciais em que atua. Portanto, ao avançar um negócio jurídico processual é preciso ter sempre em mente a ideia de indisponibilidade do interesse público, mesmo que essa indisponibilidade sofra gradações, da mais restritiva para a menos restritiva. Assim o é porque a Administração não pode negociar ao bel-prazer do administrador, sem quaisquer critérios. Eles existem e devem ser respeitados.

Para a verificação da observância desses critérios, é essencial que a Administração Pública passe por controles dos mais diversos tipos, de modo a assegurar a transparência de suas atuações e de modo a evitar atitudes que venham a ferir a impessoalidade, a moralidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, dentre outros princípios regedores do atuar administrativo.

Devido à importância desse controle dos atos da Administração, é que o próximo capítulo será dedicado à análise das formas de controle do ente administrativo, principalmente no que concerne aos negócios jurídicos processuais que venham a ser efetivados pela Fazenda Pública.

⁸⁸ O Estado de Pernambuco, por exemplo, editou a Lei n.º 16.281/2018, a qual instituiu no âmbito daquele estado-membro um programa de negociação coletiva permanente, a qual pode servir de motivo para a realização de um negócio jurídico processual no sentido de suspender o(s) processo(s) que envolva(m) servidor(es) que venha(m) a entabular(em) tratativas na mesa de negociação do programa.

3. DO CONTROLE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA.

3.1. Controle dos negócios jurídicos processuais (em geral e da Fazenda Pública). O papel do juiz.

Nos capítulos anteriores, foram destacadas as características específicas relativas aos negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública, tendo sido dada atenção especial quanto às possibilidades de negociação que tenham o interesse público em jogo e os limites que devem ser observados pela Administração Pública na efetivação desses negócios.

Muito em razão desses limites, que são essenciais para a preservação do interesse público, é que agora passa-se a debater a questão referente ao controle desses negócios jurídicos processuais realizados pela Fazenda Pública. Neste capítulo, desenvolver-se-á uma análise não apenas do controle processual dos negócios jurídicos processuais que tenham um ente público como interessado, mas também uma análise do controle da Administração Pública propriamente dita.

Assim, este capítulo oscilará entre questões que envolvem o direito processual civil e questões que envolvem o direito administrativo. É verdade que isso vem sendo feito em todo o trabalho, mas aqui essa *mudança de chave* acontecerá de forma mais constante. Destaque-se, contudo, que não se trata de um exame estanque desses dois ramos do direito, mas de um debate em que eles se interpenetram, como já deve ter ficado explícito durante a leitura dos dois capítulos anteriores.

Portanto, será aqui analisado como ocorre o controle da Administração Pública no Brasil e como ocorre esse mesmo controle diante dos negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública. Quanto a isso, será dada ênfase no controle efetivado por meio da transparência dos atos públicos. Antes, porém, é necessário que sejam delineados alguns pontos referentes ao controle dos negócios jurídicos processuais em geral, não apenas os que tenham os entes públicos como interessados, dando-se destaque especial quanto ao papel do juiz nesse controle. É o que se fará a partir de agora, iniciando-se o estudo do controle na Administração Pública a partir do próximo item.

O controle dos negócios jurídicos processuais concerne, em essência, à análise da validade da negociação e, num segundo momento, ao cumprimento dos negócios efetivados (CABRAL, 2016, p. 238-239). A validade do negócio jurídico processual perpassa pela

análise dos pressupostos acima já destacados⁸⁹, quais sejam: a) sujeito capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e c) forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, I, II e III, CC/02), além da necessidade de a manifestação de vontade ser isenta de vícios (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 398). Esses pressupostos são o objeto do controle de validade.

No caso específico do processo, devem ser constatados no negócio processual, conforme já sublinhado anteriormente⁹⁰ (ATAÍDE JÚNIOR, 2015): a) a capacidade de ser parte e a de estar em juízo, além da postulatória, a depender do caso; b) a necessidade de o objeto do negócio não ser norma cogente, devendo observar o chamado “formalismo processual” (NOGUEIRA, 2016, p. 181) e a possibilidade, ou não, de autocomposição dos direitos objeto da avença processual (art. 190, *caput*, CPC/2015); c) a forma exigida na lei processual, que em regra é livre (art. 188, CPC/2015). E caso exista forma pré-determinada essa deve ser obedecida. Mas se por meio do negócio processual tiver sido atingida a finalidade da norma, então não haverá qualquer invalidação, ante a inexistência de prejuízo (art. 188, parte final, CPC/2015); e d) a inexistência de vícios (erro, dolo, coação, simulação, dentre outros) na manifestação de vontade, a qual deve ser livre e consciente⁹¹.

Além desses, ainda existem os requisitos próprios dos negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública, os quais também foram desenvolvidos no capítulo anterior. Assim, deve ser observado o respeito aos requisitos de todo e qualquer ato administrativo, aos princípios regentes da Administração Pública (art. 37, CF/88) e, até mesmo, a requisitos específicos referentes ao interesse público *in concreto*⁹².

Portanto, é preciso que esses pressupostos estejam presentes no negócio jurídico processual para que ele seja considerado válido, sob pena de ser anulado. Para o controle dessa validade, o Código de Processo Civil de 2015 elegeu, conforme Parágrafo único do dispositivo legal que versa sobre a denominada *cláusula geral de negociação* (art. 190), o juiz como o sujeito com o papel principal de controle. Esse dispositivo está assim redigido:

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Como pode ser concluído do texto legal, o juiz tem o poder-dever de controlar a validade dos negócios jurídicos processuais. Apesar de o código destacar que o controle

⁸⁹ Cf. itens 2.3 e 2.4 acima.

⁹⁰ Cf. item 2.3 acima.

⁹¹ Todos esses pressupostos já foram desenvolvidos no item 2.3 acima.

⁹² Sobre todas essas questões, Cf. item 2.4 acima.

recairá sobre a validade das convenções realizadas de acordo com o art. 190, ou seja, nas situações atípicas, o juiz também deve realizar a fiscalização sobre as convenções típicas, tendo em vista que esse artigo tem a função de ser uma diretiva normativa de todo e qualquer negócio jurídico processual (CABRAL, 2016, p. 149), não importa se típico ou atípico⁹³.

Diante disso, o juiz realizará o controle de validade dos negócios jurídicos processuais, a eles recusando aplicação, tanto nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou naqueles em que uma das partes do negócio esteja em manifesta situação de vulnerabilidade. E esse controle pode tanto ser realizado de ofício como a partir de requerimento de um dos interessados do negócio processual.

A partir da leitura do dispositivo legal acima referido, surgem algumas questões relativas à extensão do papel do juiz no controle de validade dos negócios jurídicos processuais. O principal questionamento é se se trata de um controle prévio ou *a posteriori*. Assim sendo, pergunta-se: o negócio jurídico processual surtiria efeitos antes desse controle de validade realizado pelo juiz ou só depois do exame jurisdicional?

Essas perguntas surgem em razão daquilo que está disposto no art. 200, CPC/2015, o qual prescreve que “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”. Os negócios jurídicos processuais são, em regra, declarações unilaterais ou bilaterais de vontade. Portanto, no campo eficaz, eles produzem imediatamente, desde a declaração manifesta de vontade, a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, não sendo necessário o controle judicial prévio para tanto.

Há quem entenda, porém, que o juiz tem a função (o dever) de conferir validade e eficácia aos negócios jurídicos processuais, exercendo, portanto, um tipo de controle prévio homologatório (como uma “condição da eficácia endoprocessual do negócio”). Aos interessados caberia avançar o negócio processual e ao juiz caberia a validação e referendo dessa convenção processual (NERY JÚNIOR; NERY, 2016, p. 761-764). Pensa-se ser exagerado essa conclusão, principalmente em razão do que consta no art. 200, CPC/2015 acima citado.

Quando é necessária a manifestação judicial para validade e eficácia do ato processual, seja ele negócio ou não, o código dispõe expressamente (vide os casos de desistência da ação e de delimitação consensual das questões do processo – arts. 200, Parágrafo único e art. 357, § 2º, respectivamente). Nos demais casos, os efeitos são imediatos, cabendo ao juiz apenas o controle *a posteriori* de validade (CUNHA, 2016, p. 61).

⁹³ Quanto a essa questão, com maiores detalhes, Cf. item 2.3 acima.

E esse controle de validade não pode ir além da constatação ou não da existência dos pressupostos acima elencados. Não cabe ao juiz verificar a conveniência ou não do negócio (CUNHA, 2016, p. 55). Ademais, é preciso sempre ter em conta que os negócios processuais devem sempre ser observados a partir das normas processuais, mesmo que se utilize de critérios dispostos para as invalidades materiais (art. 104, CC/02). Assim, “não se deve invalidar o negócio processual se não houver prejuízo, se for possível aproveitá-lo ou se a finalidade for alcançada” (CUNHA, 2015, p. 55). Contudo, apesar da desnecessidade de homologação judicial para o surtimento de efeitos, os negócios processuais devem passar pelo crivo de validade do juiz, mesmo que seja posterior (GOUVEIA; GADELHA, 2016, p. 165-166). É por isso que se trata de um poder-dever do juiz.

Deve ser destacado que diante do princípio da cooperação (art. 6º, CPC/2015) e do da instrumentalidade das formas - art. 188, CPC/2015 (QUEIROZ, 2014, p. 704; ALMEIDA, 2014, p. 138-139 *apud* GOUVEIA, GADELHA, 2016, p. 165-166; CABRAL, 2016, p. 244), caso o juiz esteja defronte de hipótese de invalidação do negócio processual deve ele, antes de decretar a nulidade, intimar as partes interessadas na convenção para corrigirem, se possível, o vício.

Além da discussão acerca do controle prévio ou posterior dos negócios processuais pelo juiz, também discute-se se o juiz pode ser parte interveniente num negócio jurídico processual. E, além disso, se ele como interveniente poderia exercer um controle legítimo de validade do negócio do qual faz parte. Por exemplo, o juiz é parte no negócio processual denominado calendarização processual (art. 191, CPC/2015)?

Para Cabral (2016, p. 223-229) e Queiroz (2014, p. 701-704), a resposta é negativa. Esse segundo autor afirma que o juiz não é parte na negociação processual, tendo em vista que não haveria qualquer norma que estabelecesse o juiz como parte das convenções processuais, além da necessidade de esse sujeito processual dever ser imparcial, sendo inadequado considerá-lo como parte de um negócio (QUEIROZ, 2014, p. 701). Aquele outro autor afirma que o juiz não tem capacidade negocial, que ela não é própria da função jurisdicional. Só quem teria capacidade negocial seriam os sujeitos “[...] que tomam parte a favor de interesses”, já que o juiz não teria nenhum interesse próprio (CABRAL, 2016, p. 223-224).

Na visão desses doutrinadores, o juiz teria um outro papel, qual seja, o de controlador da validade dos negócios e de aplicador de normas jurídicas válidas (construídas nos negócios processuais), as quais vinculam o julgador, que, em último caso, deverá dar o devido

cumprimento da avença (CABRAL, 2016, p. 225-229 e 238-239; QUEIROZ, 2014, p. 701-702).

Há quem entenda, porém, que o juiz pode sim ser parte nos negócios jurídicos processuais, como na calendarização processual (ATAÍDE JÚNIOR *et alii*, 2015; AVELINO, 2015; CUNHA, 2016; NOGUEIRA, 2016). Para esses autores, a vontade judicial faria parte do núcleo do suporte fático do negócio jurídico processual, ou seja, sem a constatação dessa vontade o negócio nem existiria (NOGUEIRA, 2016, p. 232). Ataíde Júnior *et al.* (2015, p. 323), por sua vez, entendem que o juiz pode assumir várias funções diante de um negócio jurídico processual, quais sejam, ele pode ser um mero homologador do negócio, pode ser um codeclarante (parte) ou um aplicador da norma convencionada.

Quanto a essas funções, o juiz será, no mínimo, um aplicador da norma convencionada, devendo verificar a validade dessa norma antes de efetivar qualquer aplicação. Uma vez válida, deve o juiz “[...] observar tal norma de estrutura na produção das normas individuais, como sentenças, decisões interlocutórias etc.” (ATAÍDE JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 323). E a depender do negócio processual, o juiz será um homologador do negócio, caso a lei assim exija, ou um codeclarante (parte) se a lei prever a sua participação, tendo em vista que nesse último caso ele terá a sua esfera de domínio atingida (os seus poderes-deveres) pelo negócio processual (ATAÍDE JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 323-324).

Avelino (2015, p. 219-238) faz a distinção entre negócios processuais que influenciam e negócios que não influenciam situação jurídica titularizada pelo juiz. Os que não influenciam são aqueles negócios que não atingem a esfera jurídica do juiz, ou seja, aqueles que não dispõem nem sobre os poderes-deveres do juiz nem sobre obrigações convencionais a serem cumpridas pelo juiz. Nesses casos, o magistrado teria apenas a função de verificar a validade dos negócios processuais e, quando necessário, de homologar o negócio.

Já os que influenciam a esfera jurídica do juiz necessitam de que esse produza manifestação válida de vontade. Contudo, a capacidade negocial do juiz não seria decorrência do art. 190, CPC/2015, já que esse artigo se referiria apenas aos negócios atípicos entre partes, mas sim do princípio da adequação⁹⁴, o qual fundamentaria a capacidade do juiz quanto à efetivação de negócios atípicos (AVELINO, 2015, p. 235-236). Já a capacidade negocial quanto aos típicos decorreriam dos próprios dispositivos que disciplinam a participação do juiz no negócio tipificado.

⁹⁴ Esse princípio consistiria na necessidade de a prestação jurisdicional ser adequada à obtenção do direito objetivado pelas partes. Assim, o juiz, como protetor dessa tutela adequada, teria o dever de adaptar o procedimento quando necessário para a “plena efetividade da tutela estatal do direito material” (AVELINO, 2015, p. 236-238).

Do que traçado acima, pensa-se que não há como não dizer que o juiz em determinadas situações não é parte no negócio jurídico processual, tendo em vista que se algum poder-dever a ele conferido for atingido ou a ele for disposta alguma obrigação, haverá a necessidade de o juiz efetivamente participar da avença do negócio jurídico processual. É claro que o julgador não participa do negócio como defensor de um interesse. Isso cabe às partes. Mas as partes não podem tratar de questões referentes ao âmbito jurídico do magistrado sem a efetiva participação dele. Ademais, a participação do juiz no negócio não faz com que ocorra algum prejuízo no controle de validade desse mesmo negócio. Ao que parece, essa participação do magistrado em um negócio jurídico plurilateral já vem a ser um controle de validade desse mesmo negócio. Assim, o juiz pode sim ser parte de um negócio processual, típico ou atípico, mas ele também assume realmente outras funções, como as de homologador e controlador da validade do negócio. A depender, ele poderá assumir várias dessas funções em um único negócio processual.

Ademais, é preciso destacar que o juiz é também um administrador de sua unidade jurisdicional. Assim sendo, ele precisa participar de forma efetiva de negócios processuais que venham a atingir, de forma direta ou indireta, a gestão da vara. Portanto, nesses casos, ele não pode ser apenas um *validador*. Deve ser antes um participante efetivo do negócio (codeclarante).

Quanto ao controle de validade dos negócios jurídicos processuais, por fim, é necessário que o juiz, quando da decretação de nulidade, fundamente de forma específica e detalhada o porquê da invalidação (os vícios existentes, a sua insanabilidade etc.), tendo em vista que tornar inválido o negócio vai de encontro à “preferência normativa do sistema”, que é, ao contrário, a constatação da validade (CABRAL, 2016, p. 146). Apesar de que, acredita-se que a validação do negócio pelo magistrado também não pode ser, de todo modo, superficial.

Como já destacado acima, além do controle acerca da validade do negócio processual, existe também um controle quanto ao cumprimento ou não do negócio. Também cabe ao juiz esse controle, apesar de as partes poderem também arguir o descumprimento dos termos do negócio processual.

Costuma-se fazer uma diferença quanto à iniciativa para o controle do cumprimento do negócio, qual seja, se o juiz poderá agir de ofício ou somente mediante provocação. Há quem faça uma divisão quanto aos tipos de negócios processuais (CUNHA, 2016; CABRAL, 2016). Se o negócio processual realizado envolveu mudança de procedimento, então o juiz poderia atuar de ofício, já que é ele o condutor do procedimento (CUNHA, 2016, p. 62) e o

controle do cumprimento do negócio seria “[...] uma decorrência da juridicidade da regra convencional. Em um Estado de Direito, o juiz deve aplicar as normas jurídicas válidas.” (CABRAL, 2016, p. 238).

Já se o negócio tiver por objeto situações jurídicas processuais, então não caberia ao juiz de ofício o controle do seu cumprimento, mas apenas após o requerimento de alguma das partes. Haveria, caso não houvesse a alegação do descumprimento, “[...] uma omissão negocial, com revogação implícita do negócio” (CUNHA, 2016, p. 62). Cabral (2016, p. 243-246) afirma que nos negócios processuais acerca de situações processuais, as partes têm “maior liberdade para agir em seu próprio interesse” e, por isso mesmo, caberia a elas a alegação de descumprimento do negócio.

Há quem não faça, porém, qualquer diferença entre negócios processuais sobre procedimento e negócios processuais sobre situação jurídica processual, devendo em ambos os casos haver alegação da parte interessada quanto ao descumprimento. Não sendo possível, portanto, controle de ofício por parte do juiz (CORDEIRO, 2017, p. 213-215). Assim pensa porque se, em regra, não há necessidade de o juiz participar da conclusão do negócio, salvo alguns casos exigidos legalmente (homologação, por exemplo), também não haveria motivo para o juiz controlar de ofício o descumprimento dos negócios processuais.

Ao que parece, esses autores entendem que como existe o autorregramento da vontade quando do momento em que se avença o negócio processual, também existiria essa mesma liberdade no descumprimento desse negócio. E essa liberdade poderia ter uma gradação diferente a depender do objeto negociado (CUNHA, 2016; CABRAL, 2016); ou não ter qualquer gradação, com plena liberdade (CORDEIRO, 2017).

Pensa-se que não há muita razão de ser tanto na gradação como na liberdade plena. Explica-se. Na gradação, porque da mesma forma que dos negócios processuais acerca do procedimento decorrem normas jurídicas válidas a serem observadas pelo juiz também assim acontece com os negócios que têm as situações jurídicas como objeto. E a partir do momento que desses negócios decorrem normas jurídicas válidas, a liberdade negocial plena quanto ao descumprimento sofre restrições, tendo em vista que é necessário, como já dito, que o magistrado, e as partes, obviamente, respeitem essas normas jurídicas decorrentes.

Não se está defendendo que as partes não podem rever o negócio, mas o descumprimento é outra coisa. Não se pode confundir o descumprimento em âmbito material do descumprimento em âmbito processual. Nesse último, o juiz tem o dever de observar as normas de condução do processo, as quais concernem tanto ao procedimento como às

situações jurídicas processuais. Se assim não for, o processo se torna uma balbúrdia, ficando ao sabor dos desejos.

Portanto, se as partes negociarem acerca da não interposição de determinado recurso e esse recurso, mesmo assim, vier a ser interposto, deve o juiz (ou tribunal), de ofício, fazer o controle quanto ao cumprimento do negócio. Não no sentido de não receber o recurso, mas de intimar a outra parte, destacando que ela deverá se manifestar especificamente sobre o descumprimento do negócio. Caso a parte contrária apresente contrarrazões no sentido de relevar o descumprimento, então o recurso, caso preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, poderá ser admitido para julgamento. O que não pode é o juiz fazer de conta que não existe uma normativa advinda de um negócio processual realizado entre as partes.

Ressalte-se, por fim, que o descumprimento de um negócio jurídico processual pode ter as mais diversas consequências, tanto com a aplicação de multa por litigância de má-fé, como a busca de uma indenização por possíveis prejuízos que tenham decorrido do descumprimento, assim como também a exigência, pela outra parte, do cumprimento do negócio. Pode decorrer, inclusive, consequências que tenham sido avençadas no próprio negócio jurídico processual. Tudo isso porque o descumprimento pode acabar por atingir a boa-fé processual e a proibição ao comportamento contraditório e ao *venire contra factum proprium* (CORDEIRO, 2017, p. 182-194 e 215-247).

Postas essas questões gerais acerca do controle dos negócios jurídicos processuais, passa-se nos próximos itens ao debate acerca do controle dos atos da Administração Pública, principalmente no que concerne ao controle da celebração e do cumprimento de negócios processuais avençados pelos entes públicos. E será dado destaque especial ao controle pelo juiz dos negócios processuais da Fazenda Pública, precipuamente sobre a questão se esse controle ocorrerá apenas quanto aos requisitos processuais ou também quanto aos requisitos dos atos administrativos em geral. É o que será visto nos próximos itens.

3.2. Interesse público, Estado Democrático de Direito e controle da Administração Pública.

Desde o início deste trabalho, que se pisa e repisa que é função da Administração Pública a defesa do interesse público, em especial o interesse público primário (não descuidando, porém, de que o secundário também deve estar conforme o primário). E para defender esse interesse público não basta um papel passivo, reativo. A defesa do interesse público passa também pela ação em prol do interesse público, ou seja, com a efetivação de políticas públicas que executem em prol da sociedade o ansiado interesse público.

E esse cuidado com o interesse público também deve ocorrer quando a Administração Pública, enquanto Fazenda Pública, atua nos processos judiciais. Não necessariamente esse cuidado será concretizado por meio da defesa acriteriosa e irrazoável do direito da Administração. Muitas vezes, a defesa do interesse público perpassa pela possibilidade de pôr fim a um litígio ou de conduzir esse mesmo litígio de forma responsável. Com essa ideia, debateu-se, acima, a importância dos negócios jurídicos processuais dos quais a Fazenda Pública pode fazer parte, tendo sido, destacado, sublinhe-se, as possibilidades e, principalmente, os limites dessa negociação.

E é com fulcro nessas possibilidades e limites que se passa a discutir agora, de modo mais próximo, o controle dos atos da Administração Pública num Estado Democrático de Direito. Atos esses aos quais se pode incluir as negociações que tenham por derivação um negócio jurídico processual.

O Estado brasileiro, como pode ser observado no texto constitucional, é uma República, constituída em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF/88). Ambas as qualificações do Estado brasileiro (República e Estado Democrático de Direito) não devem ser vãs (ou não deveriam ser). Elas devem ser efetivadas/concretizadas. Para isso, o Estado brasileiro deve ser estruturado como uma democracia sob o manto da lei (Estado Democrático de Direito) e que deve sempre prestar contas à sociedade (povo) nele inserido (República).

E deve prestar contas porque, em primeiro lugar, é uma república democrática, ou seja, trata-se da coisa pública a todos compartilhada e não da coisa pública compartilhada por poucos. Assim, tudo que disser respeito à República Federativa do Brasil é da conta de todos e não apenas de uma elite (como é de hábito acontecer nas aristocracias) ou dos tecnocratas componentes da Administração Pública. É por ser do interesse de todos que se chama o interesse que o Estado deve defender de interesse público. E, em segundo lugar, porque é um Estado de Direito, ou seja, à lei (no sentido amplo de juridicidade) todos devem respeito.

Portanto, como o Estado se manifesta por meio dos atos da Administração Pública, os entes dela integrantes devem respeito à coisa pública (interesse público) e à legalidade de seus atos, já que não podem agir arbitrariamente. Como destaca Bobbio (2015, p. 29), “[a] democracia é idealmente o governo do poder visível, isto é, do governo cujos atos se desenrolam em público e sob o controle da opinião pública”. Assim, não pode haver atos administrativos (e decisões administrativas), quaisquer que sejam eles, que não sejam

controláveis, sindicáveis (FREITAS, 2009, p. 25). E assim o é porque se está diante da efetivação e defesa do interesse público, que, como a sua própria designação deixa claro, é do interesse de todos que compõem o Estado.

Quanto à legalidade, o Estado, por meio de sua Administração Pública, não pode ir além do que disposto nas leis que o regem (art. 37, CF/88). Leis essas que devem ser observadas de forma ampla. São as normas decorrentes de princípios e regras constitucionalmente previstos e ordinariamente regulamentados - por leis ordinárias, complementares etc. (FREITAS, 2013).

Ademais, a preservação da legalidade não serve apenas para regulamentar o aparato burocrático do exercício da função administrativa. Mais que isso. Serve como uma proteção ao cidadão administrado em face de possíveis arbitrariedades do gestor público (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 975). Daí porque o gestor deve seguir o que disposto na lei e ao cidadão cabe cobrar que as atuações daquele aconteçam dentro do campo da legalidade.

Diante disso, da mesma forma que a Administração Pública pode cobrar do cidadão deveres a ele impostos legalmente (o recolhimento de tributos, por exemplo), essa também possui deveres e obrigações em relação ao cidadão. Não apenas a efetivação essencial das políticas públicas, mas também um atuar ético e leal (NOBRE JÚNIOR, 2002), considerando que “[...] sem ética na produção e aplicação da lei, não há legalidade; sem legalidade, não há Estado [...], muito menos um Estado Democrático de Direito.” (SANTI, 2014, p. 170). É o que Freitas (2009) denomina de “direito fundamental à boa administração pública”.

Portanto, é necessário que numa República enquanto Estado Democrático de Direito os atos da Administração Pública venham a público, com o único objetivo de se mostrarem se estão, ou não, dentro da legalidade prevista, ou seja, que tenham sido praticados em prol do interesse público que deveriam assegurar. Assim, evita-se a opacidade do poder, a qual vem a ser, na verdade, a própria “negação da democracia” (BOBBIO, 2015, p. 35).

Por isso a necessidade de que a Administração Pública atue de boa-fé e procure executar uma gestão calcada na acima denominada “boa administração pública” (NOBRE JÚNIOR, 2002; FREITAS, 2009). É com esse objetivo em mente que se mostra necessária a efetivação do controle dos atos da Administração Pública. E como a decisão decorrente de uma negociação que resulta num negócio jurídico processual deriva de um ato da Administração Pública, deve haver quanto a esses uma sindicabilidade⁹⁵. Diante disso, devem

⁹⁵ Sindicabilidade aqui é empregada no sentido de “estar apto ao controle”, ou seja, que os atos da Administração Pública sejam efetivamente controláveis. Acerca desse emprego do termo sindicabilidade, Cf.

ser controláveis todos os momentos da negociação processual, da pré-celebração à sua efetivação, passando pela celebração. Quer-se com isso evitar possíveis omissões por parte da Administração Pública, as quais tornem seus atos sem quaisquer controles.

Essa denominada “boa administração pública” deve ser calcada, em essência, na transparência, na dialogicidade, na imparcialidade, na probidade, na prevenção de conflitos e na juridicidade (FREITAS, 2009, p. 22-23). Além de tudo isso deve sempre observar a boa-fé no seu atuar, de modo a evitar comportamentos abusivos e contraditórios (NOBRE JÚNIOR, 2002).

A ideia de transparência concerne à própria essência do ideal republicano e democrático, considerando que por se tratar da “coisa pública”, a gestão dela deve ser uma gestão, parafraseando Bobbio (2015, p. 40), do público e em público. Quer dizer, deve ser uma gestão voltada ao interesse público e disponível à sindicabilidade do público.

Pela sua importância, colaciona-se, *ipsis litteris*, observações desse teórico italiano:

Qualquer forma de poder oculto, ao tornar vão este direito, destrói um dos pilares em que se apoia o governo democrático. De resto, quem promove formas de poder oculto, e quem a elas adere, deseja precisamente isto: excluir suas próprias ações do controle democrático, não se submeter aos vínculos que toda constituição democrática impõe a quem detém o poder de tomar decisões que vinculem a todos os cidadãos. Pretende, eventualmente, controlar o Estado sem ser por ele controlado. No Estado despótico, o soberano vê sem ser visto. O ideal de toda forma de poder oculto é que o soberano, neste caso o governo democrático, que age à luz do sol, possa ser visto sem poder ver. (BOBBIO, 2009, p. 41)

Por meio da transparência preserva-se o interesse público, os direitos e garantias dos cidadãos, assim como o atuar administrativo e o atuar do próprio gestor público, o qual terá condições de demonstrar a forma de sua atuação, podendo evitar com isso, inclusive, pressões espúrias para que agisse de forma contrária ao interesse público. Portanto, é uma garantia do Estado, do cidadão e da própria Administração Pública (SANTI, 2014, p. 151-152)⁹⁶.

Já a dialogicidade no atuar da Administração Pública consiste no respeito ao devido processo legal, a partir do qual é garantido a todos a ampla defesa e o contraditório, além de dever ser respeitado pelo gestor público a motivação de todos os seus atos. Não apenas no que concerne aos atos discricionários, mas também em relação aos atos vinculados (FREITAS, 2009, p. 37-39).

No que concerne especificamente aos atos discricionários, não basta que a

FREITAS, 2009.

⁹⁶ Por sua importância para o controle da Administração Pública, serão tecidas maiores observações acerca da transparência no próximo item, para onde se remete o leitor.

Administração Pública afirme, de forma categórica, que atuou nos termos da discricionariedade posta por lei, ou seja, que optou por uma das alternativas legalmente previstas. É necessário mais que isso. É preciso que, diante da análise desse ato, fique constatada a razoabilidade do ato, não apenas no campo abstrato, mas principalmente no campo da concretude. Portanto, no ato discricionário deve ser encontrado o respeito às circunstâncias do caso e à finalidade da norma aplicada (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 991-992).

Daí que surge ao gestor público e à Administração Pública como um todo o claro dever de motivação/fundamentação de seus atos. Devem ser indicados todos os fundamentos de fato e de direito subjacentes ao ato administrativo praticado, tendo em vista que só assim é possível o controle do exercício da função administrativa. E isso serve tanto para os atos vinculados como para os discricionários. É por conta disso que os negócios jurídicos processuais efetivados pela Fazenda Pública também devem ser razoavelmente fundamentados, ou seja, que sejam construídos com fundamentos razoáveis. Se assim não se proceder, ou seja, se o atuar não for devidamente motivado, então o ato contém vícios, podendo ser alvo de anulação (FREITAS, 2009, p. 49-63).

Destaque-se que os juízos de conveniência e de oportunidade não são de todo controláveis, pois, senão, o controlador adentraria em campo que cabe muito mais ao administrador público. Contudo, como ressalta Freitas (2009, p. 51-52), são controláveis o demérito e a antijuridicidade dos motivos indicados pelo gestor. Quer dizer, não se trata de podar o administrador em suas decisões, mas verificar se essas decisões estão conforme ao interesse público constante na Constituição e na legislação ordinária.

Quanto a isso, é preciso que se relembre o que foi afirmado mais acima, quando lá foi dito que no caso dos negócios jurídicos processuais da fazenda pública, os quais adentram no vasto campo da discricionariedade por meio da denominação *autorregramento da vontade*, é preciso que se observe as validades genérica e específica. A genérica abarca os requisitos dos negócios jurídicos em geral e as dos atos administrativos. E a específica, a análise do atendimento do interesse público no caso concreto⁹⁷.

E assim deve ser porque a função do atuar discricionário consiste nas especificidades que só podem ser encontradas no dia a dia, sendo impossível ao legislador produzir uma norma que preveja todos os acontecimentos de forma abstrata. Daí a necessidade de o ato administrativo dever ser observado também de forma concreta. Trata-se de flexibilizar a ação

⁹⁷ Cf. item 2.4.1.

administrativa para que se encontre a solução mais adequada para o caso concreto (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 995-996)⁹⁸.

Diante disso, não pode ser admitida uma motivação qualquer para a prática do ato. É necessário que o administrador público apresente-a de forma convincente, baseada no interesse público abstrato e no concreto. Quer dizer, baseado no que disposto na Constituição Federal e nas leis ordinárias regentes e de acordo com a adequação ao caso concreto. Portanto, “[...] a liberdade do administrador não há de ser apenas política, mas constitucionalmente defensável” (FREITAS, 2009, p. 29).

Assim sendo, por exemplo, a Fazenda Pública poderia efetivar um negócio processual quanto à cobrança de um crédito que determinados particulares tenham, no sentido de que naqueles casos específicos, por uma particularidade única devidamente descrita na negociação, esse crédito não precisaria ser cobrado com base na Execução contra a Fazenda Pública (arts. 534 e 535, CPC/2015) e que seria de logo inserido na fila do precatório. Em tese, esse negócio não padeceria de nenhum vício, mas ao ser analisado no caso concreto vê-se que em nada ele diferiria de outros casos de outros particulares que, apesar de estarem em situação semelhante aos dos primeiros particulares, tiveram de seguir todo o trâmite legal da execução em face da fazenda pública. Diante de um caso desse, acaba por ocorrer um malferimento ao interesse público *in concreto*, consubstanciado no não atendimento à manutenção da isonomia substancial.

Por tudo isso, é que se exige que o gestor público explicita de forma clara e aprofundada as decisões administrativas tomadas, demonstrando-se de forma cabal os fundamentos de fato e de direito (FREITAS, 2013, p. 21). Assim também deve ser quanto aos negócios jurídicos processuais.

Além disso, é preciso que se preserve a imparcialidade (ou impessoalidade) e a probidade das atuações. Não podem haver decisões administrativas que visem a beneficiar interesses privados, em prejuízo ao interesse público a ser defendido. Do contrário, se assim se proceder, feridas estarão a imparcialidade e a probidade que os administradores públicos devem sempre guardar.

O exemplo acima destacado também fere a imparcialidade e a probidade, tendo em

⁹⁸ Esse autor afirma que a discricionariedade é “[...] a margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p.1000-1001).

vista que beneficia alguns em detrimento de outros na mesma situação. Além de ser anti-isonômica, tal ação fere também a probidade (moralidade) administrativa.

Tal discussão quanto à impessoalidade e à probidade da Administração traz à tona novamente debate travado no primeiro capítulo acima, relativo ao embate público/privado⁹⁹. A todo momento a Administração Pública vai estar diante dessa dicotomia e necessita produzir decisões administrativas que irão atingir, seja de forma direta ou de forma indireta, as esferas pública e privada. Há, porém, de sempre ter o devido cuidado nessas decisões, com o objetivo de preservar o interesse público, mas também sem prejudicar, de forma desnecessária, o interesse privado. Trata-se, verdadeiramente, de um exercício de equilíbrio.

Não obstante isso, é necessário decidir. Daí porque suas decisões devem ser devidamente motivadas e transparentes, com o objetivo de se evitar qualquer tipo de nulidade possível. Não devem fugir desse caminho também os negócios processuais que venham a ser efetivados pela Fazenda Pública.

Ressalte-se também que a impessoalidade e a probidade também devem ser preservadas no que concerne à separação entre as decisões de governo e as decisões de Estado. Nem sempre, como já ressaltado anteriormente¹⁰⁰, as decisões de governo são saudáveis ao Estado. Esse o motivo de que em qualquer decisão administrativa o gestor deve ter mais em mente a proteção do Estado, que se mostra com características de perenidade, do que servir de escudo de governos, que costumam ser transitórios e, muitas vezes, prejudiciais ao Estado.

Assim, cabe principalmente aos gestores de carreira demonstrarem ao governante de momento que determinada decisão administrativa não deve ser efetivada, em razão de ao passo que beneficia aquele governo pode acabar por prejudicar o Estado. Destaque-se, ademais, que no que concerne aos negócios jurídicos processuais os advogados públicos têm um papel fulcral nesse controle, o que será melhor detalhado mais abaixo.

Além disso, é necessário que a Administração Pública previna conflitos, sendo essencial diminuir as chances de litigiosidade da questão. Trata-se exatamente do que se vem discutindo a todo momento no presente trabalho, por meio dos denominados negócios jurídicos processuais. Se esses instrumentos não forem capazes de pôr fim ao processo, que, ao menos, eles sirvam para que o processo se desenvolva de forma mais eficaz. Senão, perderão o seu sentido.

⁹⁹ Cf. itens 1.1, 1.2 e 1.3.

¹⁰⁰ Cf. item 2.4.1.

Além do mais, é necessário que se observe o respeito à juridicidade no atuar da Administração Pública. Como já destacado, é essencial que a Administração, quando de suas decisões, esteja fundada nos princípios e regras constitucionais e na legislação ordinária (FREITAS, 2009).

Por fim, mas não menos importante, a observância da boa-fé. Quanto a isso, ressalte-se que o direito fundamental à “boa administração pública” perpassa exatamente pela atuação de boa-fé dessa mesma administração pública (NOBRE JÚNIOR, 2002). Esse autor destaca que:

[...] a boa-fé é valorada, também no direito administrativo, ora como padrão de conduta, a exigir dos sujeitos do vínculo jurídico atuação conforme à lealdade e à honestidade (boa-fé objetiva), ora como uma crença, errônea e escusável, de uma determinada situação (boa-fé subjetiva). (NOBRE JÚNIOR, 2002, p. 150-151)

Segundo esse autor, a noção objetiva de boa-fé tem grande valia na análise de atos e contratos administrativos, do procedimento administrativo, dos serviços públicos, dentre outros; enquanto a subjetiva seria de valia para a aplicação das sanções administrativas e relações do Estado com seus servidores (NOBRE JÚNIOR, 2002, p. 151).

Após fazer anotações acerca da disposição constitucional da boa-fé na Administração Pública brasileira, o mesmo autor destaca que a boa-fé tem íntima ligação com a segurança jurídica e que, em razão disso, devem todas as partes (Administração e cidadão) se comportarem de forma escorreita na cobrança de seus direitos e no cumprimento de seus deveres, tendo em vista a necessidade de respeito à confiança mútua no comportamento de cada parte (NOBRE JÚNIOR, 2002, p. 159).

De tal reflexão acaba-se por retornar ao que debatido mais acima¹⁰¹, quando da discussão acerca do descumprimento dos negócios jurídicos processuais. Lá foi destacado que deve ser evitado a atuação de má-fé de qualquer dos participantes da negociação, como, por exemplo, por meio de comportamentos contraditórios, já que isso acaba por atingir a boa-fé processual (CORDEIRO, 2017, p. 182-194 e 215-247). E que diante desses atos de má conduta podem surgir consequências as mais diversas, sejam legais (p. ex., multa por litigância de má-fé) sejam convencionais (p. ex., a previsão de uma indenização).

Com base nessas duas questões, vê-se que em alguns negócios jurídicos processuais celebrados pela Fazenda Pública podem ser atingidas não só a boa-fé processual, mas também a boa-fé no campo do direito administrativo. E que, por serem de âmbitos diversos, têm

¹⁰¹ Cf. item 3.1 acima.

consequências díspares. Mas consequências essas que irão atingir aquela parte que não seguiu a boa-fé necessária. No âmbito administrativo, por exemplo, caso o particular seja aquele que não cuidou da boa-fé como deveria, contra ele poderia haver uma sanção no sentido de proibir que ele efetivasse novos negócios processuais com aquele ente público respectivo, devendo ser observado, por óbvio, o grau de malferimento à boa-fé. Essa sanção poderia constar das próprias cláusulas do negócio processual avençado.

Vê-se, portanto, a importância da boa-fé e das consequências de seu descumprimento, tanto no âmbito do direito administrativo como no âmbito do direito processual. O atuar de todos, portanto, deve ser escorreito, tendo a Administração Pública até uma responsabilidade maior que o particular (SANTI, 2012, p. 170), devendo seus atos e decisões servirem como exemplos da retidão a ser observada na preservação e efetivação do interesse público.

Assim, com base na ideia de que a Administração Pública deve atuar de forma visível e de acordo com a legalidade ampla (juridicidade), com o objetivo de executar uma “boa administração pública”, é que se demonstra a necessidade do controle dos atos dessa mesma Administração, já que, infelizmente, equívocos e atos de má-fé ocorrem. Como eles ocorrem e prejudicam a preservação do interesse público, é preciso que sobre eles exista uma devida fiscalização. Daí a importância de se debater as formas de controle desses atos, inclusive no que concerne aos negócios jurídicos processuais. É o que será analisado no próximo item.

3.3. O controle dos atos da Administração Pública. A função da transparência.

Como debatido no item anterior, é função da Administração Pública a defesa e efetivação dos interesses públicos, devendo exercer tal tarefa de forma responsável e aberta, já que é da vontade de todos os componentes da sociedade que esses interesses sejam preservados nos termos do que disposto nas leis regentes (Constituição e leis ordinárias). Assim deve ser no Estado Democrático de Direito. E para que se verifique que a atuação da Administração Pública é idônea é que existe o controle de seus atos. Em razão disso, passa-se a debater as formas de controle desses atos.

Os atos administrativos podem sofrer controles internos e/ou externos. O controle interno decorre da própria Administração Pública, a qual pode rever e revogar/anular seus atos, desde que verifique a existência de atuações inoportunas/inconvenientes ou ilegítimas. Por sua vez, o controle externo é realizado por intervenientes que observam de fora o atuar da Administração. Vão desde os órgãos de controle tradicional (Tribunais de Contas e Poder

Judiciário, por exemplo), até o controle efetivado pelo cidadão-administrado, por meio do que se denomina de controle social ou participação popular (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 961-985; PEREZ, 2004).

Ressalte-se que o papel dos órgãos de controle não é ser o exercício de uma burocracia sobre outra burocracia, ou seja, um atuar, pautado na formalidade, com a cobrança de formalidades de um ente já burocrático. Não é isso. É mais que isso. Trata-se de analisar, com base nos fundamentos constitucional e legal, se a Administração Pública atingiu o seu desiderato de forma substancial e efetiva. Ou, nas palavras de Freitas (2013, p. 24), pode-se dizer que “[...] a missão dos controles consiste em gradativamente, reduzir a enorme distância entre ser e dever-ser”. Quer dizer, observar se houve a aproximação entre o ideal de interesse público e o efetivamente concretizado.

Trata-se, na verdade, de responder de forma efetiva àquela clássica pergunta: *quem vigia o vigilante?* Como a Administração Pública faz o papel do vigilante (no caso, ela vigia o interesse público), é necessário que a ela se ponha amarras (os controles) para que não se sinta propensa à atuação personalista e mesquinha, no lugar de prestar contas aos verdadeiros interessados no desenrolar de suas funções administrativas, quais sejam, os cidadãos administrados.

Como ressalta Bobbio (2015, p. 51), o vigilante fica propenso a, muitas vezes, por achar que suas decisões são iluminadas, “[...] subtrair-se do olhar do público no momento em que se tomam deliberações de interesse público e vestir uma máscara quando obrigado a se apresentar em público.”

Conseqüentemente, da mesma forma que o exercício da função administrativa deve estar fundada no que disposto na Constituição e nas demais leis infraconstitucionais, também a função de controle assim deve estar. Importante, portanto, que seja feita menção aos dispositivos constitucionais e legais que disciplinam o controle da Administração Pública.

A começar pela Constituição de 1988, constata-se que há disposições acerca tanto do controle externo como do controle interno (art. 70, *caput*, CF/88). Quanto ao controle interno, está disposto (art. 74, CF/88) que a Administração Pública, de forma integrada aos demais poderes, deverá manter sistema de controle interno, com diversos objetivos, estando dentre os principais: a) avaliar a execução dos programas de governo e dos orçamentos; b) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão administrativa; c) além de apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional, dentre outros.

Ademais, caso os responsáveis pelo controle interno verifiquem alguma irregularidade ou ilegalidade devem dar ciência ao Tribunal de Contas (art. 74, § 1º, CF/88).

Esse controle interno pode ser realizado tanto pelo próprio órgão no qual houve a produção do ato viciado, como por outro órgão da mesma Administração Pública. No âmbito da União, por exemplo, o controle será exercido em todos os níveis e em todos os órgãos, podendo ocorrer até mesmo por meio da chefia imediata (art. 13, Decreto-Lei n.º 200/1967), assim como pelo Ministro de Estado ao qual o órgão/ente da Administração é vinculado (arts. 19 e 20, Decreto-Lei n.º 200/1967). Com o objetivo de efetivar o que disposto no art. 74, § 1º, CF/88 acima mencionado, a União, por meio da Lei Federal n.º 10.180/2001, criou o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, com o objetivo de avaliar a ação governamental e a gestão dos administradores públicos.

Ainda no âmbito da União e do controle interno, existe um órgão específico para exercer a fiscalização, qual seja, a Controladoria-Geral da União (hoje qualificada como Ministério), que tem dentre suas várias funções: a) a defesa do patrimônio público, o controle interno, a auditoria pública, a correição, a prevenção e combate à corrupção, atividade de ouvidoria e a efetivação de medidas aptas a incrementar a transparência da gestão; b) a realização de inspeções e avocação de procedimentos e processos em curso na administração, para exame de sua regularidade, e proposição de providências ou correção de falhas; c) além de, dentre outras, a efetivação ou promoção da declaração de nulidade de procedimento ou processo administrativo e, se for o caso, da apuração imediata e regular dos fatos envolvidos nos autos e na nulidade declarada (art. 66, Lei Federal n.º 13.502/2017).

Ressalte-se que esse tipo de órgão não existe apenas na esfera federal, sendo também possível encontrá-lo nos âmbitos dos Estados-membros¹⁰² e dos Municípios¹⁰³. Tais controladorias são importantes, tendo em vista que se trata de órgãos internos voltados exclusivamente para o controle dos atos da Administração Pública. São órgãos que devem ter função muito mais preventiva do que repressiva, com o objetivo de assessorar o gestor público na execução correta da função administrativa.

Sublinhe-se, ademais, que vários órgãos da Administração Pública também têm as

¹⁰² O Estado de Pernambuco, por exemplo, instituiu a Secretaria da Controladoria Geral do Estado, que tem por função coordenar o Sistema de Controle Interno da administração pública estadual, promovendo a prevenção e o combate à corrupção, a defesa do patrimônio público, o fomento ao controle social, a melhoria da qualidade do gasto, o apoio ao controle externo etc. (art. 1º, XXV, da Lei estadual n.º 15.452/2015).

¹⁰³ O Município do Recife, por sua vez, também criou órgão denominado de Controladoria Geral do Município, o qual tem por função o auxílio ao Prefeito na defesa do patrimônio público, no controle interno, na prevenção e no combate à corrupção, no incremento da transparência da gestão e na racionalidade dos gastos públicos (art. 2º, da Lei municipal n.º 17.867/2013).

chamadas comissões de ética, as quais, em regra, têm por função verificar se o agente público tem atuado no padrão ético definido por regulamentação normativa interna, verificando, por exemplo, se houve atuação de boa-fé. Trata-se também de um tipo de controle interno, portanto.

Ainda quanto ao controle interno, é preciso fazer menção também ao que disposto na Lei Complementar 101/2000, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal. Essa lei fixa parâmetros que os gestores públicos devem seguir para manter em equilíbrio a gestão fiscal, evitando, por exemplo, gastos desnecessários e a renúncia de receitas essenciais ao Estado. Dentre suas normas, estão também aquelas relativas ao controle interno de cada Poder (executivo, incluso), que será também responsável pelo cumprimento das normas de responsabilidade fiscal (art. 59, LC 101/2000).

No que concerne ao controle externo, a Constituição Federal dispõe que ele será exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas (arts. 70 e 71, CF/88). Quando esse controle é exercido de forma exclusiva pelo Legislativo ele é denominado de “controle parlamentar direto” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 967-968), cabendo a esse Poder, por exemplo, a fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49, X, CF/88).

Já com o auxílio do Tribunal de Contas, que deve encaminhar de forma periódica relatório de suas atividades (art. 71, § 4º, CF/88), o controle terá por função, dentre outros papéis (art. 71 e incisos, CF/88): a) julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, além das contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (inciso II); b) realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (inciso IV); c) aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei (inciso VIII); d) assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade (inciso IX); e) sustar, se não atendido, a execução de ato impugnado (inciso X); e f) representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados (inciso XI).

É preciso destacar que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas. São os termos do § 2º do art. 74, da CF/88. Apesar de esse dispositivo se reportar especificamente ao

Tribunal de Contas, é preciso dizer que essas denúncias também podem ser direcionadas aos órgãos de controle interno, como as controladorias gerais, por exemplo. Assim, como, da mesma forma, eles podem se socorrer ao Poder Judiciário ou fazer denúncia ao Ministério Público.

Quanto ao controle realizado pelo cidadão, também denominado de controle popular ou controle social, há quem considere que ele se trata de norma inerente ao Estado Democrático de Direito (PEREZ, 2004, p. 71-76), sendo essencial, portanto, para a manutenção da estrutura constitucionalmente prevista. Diz-se que com esse tipo de controle tem-se uma maior transparência e legitimidade dos atos executados pela Administração Pública (PEREZ, 2004, p. 71-76). A Constituição Federal dispõe em vários momentos acerca da possibilidade de controle social, como, por exemplo, pode ser observado no art. 204, II, o qual prescreve que deverá haver controle da população das ações governamentais na área de assistência social.

Dentre as variadas possibilidades de participação popular, podem ser citados os conselhos, as comissões, os comitês participativos, as audiências públicas, as consultas públicas, o orçamento participativo, a ouvidoria pública, a enquete o referendo e o plebiscito administrativos, dentre vários outros (PEREZ, 2004, p. 97-109)¹⁰⁴.

Ainda no âmbito do controle externo e, na verdade, um dos tipos de controle mais utilizados, tem-se o chamado controle jurisdicional.

O controle por meio do Poder Judiciário é constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXV, CF/88) e permite a qualquer pessoa que o procure com o objetivo de proteger o interesse público contra atos da Administração Pública que venham a malferir esse mesmo interesse público. Diante disso, é necessário que se proponha uma ação específica para que o Poder Judiciário esteja apto a efetuar esse controle, tendo em vista que esse órgão não pode atuar se não for provocado. Assim, o Ministério Público, a Defensoria Pública, associações as mais diversas e o próprio cidadão podem propor ações com o objetivo de controle jurisdicional dos atos administrativos. Desde a propositura de um simples mandado de segurança até a de uma ação civil pública, passando pela ação popular, todas são aptas para a defesa do interesse público (art. 5º, CF/88).

Contudo, o chamado controle jurisdicional costuma levantar algumas questões. A principal dessas questões vem a ser a relativa aos limites desse controle. Quer dizer, até que

¹⁰⁴ Para maiores detalhes acerca dos instrumentos de controle popular, Cf. PEREZ, 2004.

ponto pode o Poder Judiciário rever atos advindos da Administração Pública? Trata-se de uma revisão de mera legalidade ou o juiz pode adentrar no mérito do ato administrativo? Pode o julgador decidir no lugar do administrador?

Uma outra questão importante para o controle jurisdicional é definir quais são os critérios a serem utilizados para o controle? Ou seja, quais são os parâmetros que o julgador deve observar para efetivar de forma escoreta o controle jurisdicional sem se transformar no próprio administrador público, tendo em vista que essa não é a sua função?

Como ressaltado, o controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário é previsto na Constituição Federal (art. 5º, XXXV). E essa previsão não é despropositada, tendo em vista que o Brasil é um Estado de Direito e deve sempre haver o controle dos atos que possam vir a ameaçar e lesionar direito, seja o de caráter individual seja o de caráter coletivo (MORAES, 1999, p. 104). Tal tarefa é múnus principal do Poder Judiciário. Daí o motivo de, caso provocado, ele não poder se omitir a se manifestar expressamente quanto à tutela requerida.

Agora é preciso que se destaque que a regra é que os atos administrativos, por óbvio, não violem o direito, atingindo negativamente, de forma direta ou indireta, o interesse público. Em tese, esse interesse deveria, na verdade, ser assegurado pela prática da função administrativa. Mas a partir do momento que ocorre esse malferimento, ou uma simples ameaça de lesão, mostra-se possível o controle jurisdicional. E esse controle servirá, se verificada a lesão ao interesse público, para nulificar o ato administrativo viciado. Não haverá, assim, necessariamente, a substituição desse ato por um válido (MORAES, 1999, p. 104).

E não necessariamente haverá essa substituição do ato inválido, porque não é tarefa do Judiciário providenciar essa substituição. É preciso destacar que o juízo de conveniência e oportunidade para a prática de determinado ato administrativo deve ser realizado pelo administrador público. Ao julgador caberá averiguar se esse juízo está ou não conforme ao direito. Como destaca Bandeira de Mello (2007, p. 27), “o Judiciário pratica, desde logo, o ato de inteligência da lei, interpretando-a e confrontando-a com o caso concreto, para aferir se foi bem ou mal aplicada.”

Assim, ao que parece, não poderia o juiz substituir um negócio jurídico processual avenuado pela Administração Pública considerado inválido por um outro que ele considere válido. Na verdade, não seria esse seu papel nem se ambas as partes do negócio processual

fossem particulares.

Diante disso, repita-se, cabe ao Poder Judiciário verificar se o ato praticado pela Administração Pública está conforme ao direito. Essa conformidade ao direito concerne ao fato de a prática do ato ter de estar de acordo com o que disposto na legislação ordinária permissiva da prática do ato. Se tal ato foi praticado é porque existe uma lei que permitiu a prática desse ato, considerando que a Administração Pública deve estar vinculada ao que disposto na lei (art. 37, CF/88). Mas não apenas isso. Além da conformidade à lei, é necessário que ele também esteja de acordo com as disposições constitucionais, sejam elas regras ou princípios (MORAES, 1999, p. 105-107).

Portanto, os parâmetros de controle do ato administrativo são a lei que fundamenta a prática do ato, ou seja, que fundamenta a competência do agente administrativo para praticar o ato que foi praticado e da forma como foi praticado, a Constituição e suas regras e princípios – legalidade, publicidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, isonomia, razoabilidade/proporcionalidade, dentre outros (MORAES, 1999, p. 106 e segs.). Deve haver, em suma, “[...] um controle aprofundado dos atos administrativos em face da teleologia da Constituição” (FREITAS, 2013, p. 25).

É a esse arcabouço normativo que o administrador público deve estar vinculado e é a ele novamente que deve voltar o juiz quando do controle do ato administrativo. O administrador deve sempre buscar a melhor solução possível para o alcance efetivo do interesse público perseguido. Como bem destaca Bandeira de Mello, a solução buscada deve ser a ótima. Nos chamados atos vinculados, o legislador já dispõe acerca da solução que ele considera ótima. Nos discricionários, cabe ao administrador público essa gestão quanto à excelência da solução escolhida, sem descurar, no entanto, dos limites legais e constitucionais (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 32-41).

E essa solução ótima, apesar de não poder ir além dos termos legais e constitucionais, também não pode estar distante de sua aplicação adequada e razoável no plano concreto. É que o ato administrativo praticado deve atender às características da norma abstrata e do fato *in concreto* (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 36; MORAES, 1999, p. 158-162; OHLWEILER, 2016, p. 32-33). Destaque-se que esse debate parece ser essencial também no campo dos negócios jurídicos processuais, já que esses, uma vez avançados pela Fazenda Pública, devem ser, ao menos, uma das soluções ótimas para o atingimento e preservação do interesse público.

Há quem destaque também que o ato administrativo pode ser contrário ao interesse público apenas quando cotejado com a norma em abstrato. Entretanto, quando analisado *in concreto* passa a estar em harmonia com esse mesmo interesse público (NOBRE JÚNIOR, 2002, p. 182). Daí a importância de nunca haver uma concentração de análise em apenas um dos âmbitos do ato administrativo. É necessário, assim, observá-lo abstrata e concretamente.

Portanto, se o administrador não encaminhou o seu dever-poder pela prática da solução excelente, tendo sido, na verdade, contrário tanto à única solução ótima como a todas as possíveis soluções ótimas, deverá o ato que praticou ser objeto de controle, já que desconforme ao direito. Essa desconformidade ao direito pode ocorrer de 02 (duas) formas, sendo que ambas têm o mesmo epíteto: desvio de poder (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 49 e segs.; NOBRE JÚNIOR, 2002, p. 167-168).

O desvio de poder pode ocorrer de 02 (duas) formas. Ou por má-fé, ou seja, a prática do ato se deu com objetivo de ir de encontro à norma. Ou por exercício equivocado da competência, ou seja, praticou-se um ato quando outro que deveria ter sido praticado no lugar (ou houve a efetivação de um ato que não poderia ser praticado). Ambos os casos, se constatados, levam ao controle e à anulabilidade dos atos (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 57-67). Esses vícios ferem a legalidade (ampla) e é quanto a essa questão específica que deve haver o controle jurisdicional. E não sobre o mérito (conveniência e oportunidade).

Contudo, no controle deve ser verificado se quanto ao mérito o administrador não tateou as raias da ilegalidade. Em razão disso, que deverão ser observados e analisados os motivos e causas do ato, de modo a que seja verificado se o ato administrativo praticado cumpriu ou não com a finalidade posta na norma (MORAES, 1999, p. 153-154). Por conta disso, que deverão ser analisados os pressupostos de fato e de direito (motivos) para a prática do ato e se a solução avençada se coaduna de forma adequada à finalidade legal, observando-se, portanto, seu nexos causal (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 86-98).

Pensa-se que não deve fugir desses parâmetros o controle dos negócios jurídicos processuais efetivados pela Fazenda Pública, podendo ser constatado também nesse âmbito algum tipo de desvio de poder¹⁰⁵.

Assim sendo, vê-se que o controle jurisdicional não deve se imiscuir no controle do ato administrativo, de forma a praticamente substituir o administrador, mas também não pode ser omissivo, a ponto de atos claramente desconformes ao direito serem perpetrados e

¹⁰⁵ Ante a sua particularidade, tal questão será discutida com maiores minúcias no próximo item.

perpetuados. E esse controle deve ocorrer tanto em relação aos atos vinculados como quanto aos discricionários, principalmente.

[Os] princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são perfeitamente compatíveis entre si, pois, quando da atividade não vinculada da Administração Pública, desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, na denominada “área de livre decisão” que lhe é reconhecida, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja à luz do princípio da legalidade, seja em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, de impessoalidade e da moralidade, seja por força do princípio constitucional da igualdade, ou dos princípios gerais de Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito (MORAES, 1999, p. 104-105)¹⁰⁶.

Assim, ao Judiciário cabe efetivar o controle de ampla legalidade dos atos administrativos, não descuidando de que deve ser observado na atuação da Administração Pública a existência do cumprimento da finalidade de interesse público delineada pela norma que serviu de base para a prática do ato. Ressalte-se que não se trata de um controle de forma apenas, mas principalmente de um controle de seu conteúdo (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 82)¹⁰⁷.

Não obstante tudo isso e como deve ter já ficado claro, deve ser sublinhado mais uma vez que essas espécies de controle não podem acontecer sem quaisquer critérios. Com fulcro nisso, que foi inserido recentemente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942), por meio da Lei Federal n.º 13.655/2018, os arts. 20 a 30. Esses artigos prescrevem diretivas normativas para que o controle, seja ele interno ou externo, pautese em soluções razoáveis e responsáveis.

Para isso, elegeu-se como principal parâmetro de controle a análise das consequências da decisão. Assim sendo, não pode haver decisão pelo órgão de controle que não observe as consequências práticas da solução posta pelo controlador (art. 20 e 21, do Decreto-Lei n.º 4.567/1942). Portanto, deverá o controlador observar “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo” (art. 22, do Decreto-Lei n.º 4.567/1942).

¹⁰⁶ Essa autora considera que existe uma diferença entre discricionariedade e indeterminação de conceitos (MORAES, 1999). Já Bandeira de Mello (2007), não faz qualquer diferença, considerando ambos os casos hipóteses de discricionariedade. Pela sua peculiaridade e especificidade, deixa-se de analisar tal discussão, remetendo o leitor àqueles livros.

¹⁰⁷ Quanto a isso, Bandeira de Mello (2007, p. 92) destaca que: “[...] ao Judiciário caberá, quando menos, verificar se a inteligência administrativa se manteve ou não dentro dos limites do razoável perante o caso concreto e fulminá-la sempre que se vislumbre ter havido uma imprópria qualificação dos motivos à face da lei, uma abusiva dilatação do sentido da norma, uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplicá-lo.”

A importância de ter que se observar as consequências do controle leva à necessidade de ter que se demonstrar “a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação do ato [...], inclusive em face das possíveis alternativas.” (art. 20, Parágrafo único, Decreto-Lei n.º 4.567/1942). Assim deve ser porque da mesma forma que a Administração Pública não pode tomar soluções irrazoáveis e desproporcionais, os órgãos de controle também não. Isso preserva o interesse público de ambos os lados, por parte do gestor público e por parte do controlador.

Ademais, pensa-se que essa observância das consequências das decisões tomadas concerne, mais uma vez repita-se, ao que já se chamou mais acima de interesse público concreto. Quer dizer, não basta analisar o interesse público abstratamente considerado. É essencial a todos observar as consequências concernentes ao interesse público concreto.

E o advogado público tem um papel fundamental nisso tudo. Como dispõe a Constituição Federal, a advocacia pública é função essencial à Justiça, sendo sua função principal auxiliar o Poder Executivo em atividades de consultoria e assessoramento jurídico, além da devida representação judicial (arts. 131 e 132, CF/88). Assim sendo, cabe ao advogado público assessorar a Administração Pública com o objetivo de demonstrar qual o caminho ou quais os caminhos possíveis dentro da constitucionalidade/legalidade para a consecução da função administrativa.

Portanto, se o advogado público estiver diante de um ato administrativo, cuja execução irá de encontro aos princípios de interesse público, deve ele assessorar o gestor público no sentido de que não deve tal ato ser praticado. Se for praticado, deverá o administrador público ser responsabilizado, principalmente se for de encontro à advertência posta pelo advogado público.

Também no caso de o advogado público estar diante de uma inconstitucionalidade/ilegalidade patente, deve ele atuar de modo a nulificar o ato administrativo viciado e, até mesmo, buscar, se necessária, alguma reparação para a Administração. Ressalte-se, ademais, que o advogado público não é advogado de governo, mas advogado do Estado. Deve, portanto, se necessário for, preservar o Estado em face de governos.

Esse tema específico do advogado público será mais uma vez tratado no item seguinte, acerca do controle dos negócios jurídicos processuais efetivados pela Fazenda Pública, principalmente no que concerne ao debate autonomia funcional x uniformidade de atuação da

Fazenda Pública (SANTOS, 2015, p. 513).

Uma vez descritas as formas de controle da Administração Pública e suas consequências, passa-se agora a dar atenção especial ao dever de transparência da gestão pública e qual a sua função na preservação do interesse público.

Como já dito mais acima, num Estado Democrático de Direito como o Brasileiro é mais do que necessária a garantia da transparência dos atos da Administração Pública. Tal necessidade de transparência por parte do Estado decorre da “democratização das relações de poder” (SARLET; MOLINARO, 2016, p. 11), fazendo surgir um direito ao cidadão de ser informado de tudo que acontece na esfera pública, tendo em vista que a todos interessa a preservação do interesse público.

Ao que parece, a transparência é a concreção do princípio da publicidade - art. 37, *caput*, CF/88 (BANDEIRA DE MELLO, 2014). É, portanto, por meio de atos de transparência que a Administração Pública efetiva a publicidade constitucionalmente assegurada. Pensa-se, inclusive, que a transparência não serve apenas para a efetivação do princípio da publicidade, mas também para os demais princípios da Administração Pública. Diz-se isso porque se acredita que não há como se efetivar qualquer controle acerca da legalidade, da isonomia (impessoalidade)¹⁰⁸, da moralidade, da boa-fé, da eficiência, da imparcialidade sem que haja uma clareza sobre a forma como tal ato administrativo fora praticado. Quanto a isso, Moraes (1999, p. 101) afirma que “[...] o princípio da publicidade, com o consectário dever de fundamentação das decisões administrativas viabiliza esse controle”. Daí porque ser essencial que se dê destaque à transparência.

Ohlweiler (2016, p. 28-29 e 31) destaca que a transparência na Administração Pública seria decorrência da constitucionalização do direito administrativo e da democratização do Estado, já que, por meio da Constituição garante-se ao cidadão participação na gestão da coisa pública e acesso amplo à informação de conteúdo público. E só com essa transparência que os atos da Administração Pública adquirem sua legitimidade, tendo em vista que, no mínimo, o ato opaco é suspeito de antijuridicidade (FREITAS, 2013, p. 77-78).

Não se está afirmando que não há atos da Administração Pública que não se tornem públicos. Eles existem, mas devem estar conformes ao que disposto pela Constituição Federal. Segundo o texto constitucional, apenas nas hipóteses em que estejam em jogo a

¹⁰⁸ Santi (2014, p. 168) afirma que: “A transparência prática da legalidade permite a prova e verificação da aplicação dos fatos descritos hipoteticamente na lei: sem prova da realização da aplicação da lei e do respectivo ato administrativo compromete-se a garantia do primado da igualdade.”

segurança do Estado e da sociedade é que o sigilo se mostra imprescindível (art. 5º, XXXIII, CF/88). Contudo, deve-se ressaltar, como faz Bobbio (2015, p. 74), que “[...] o segredo é admissível quando garante um interesse protegido pela Constituição sem prejudicar outros interesses igualmente garantidos (ou ao menos sem que se equilibrem os interesses).”

Nesse ponto, a lei de acesso à informação (Lei Federal n.º 12.527/2011), já referida anteriormente neste trabalho, dispõe que a publicidade é preceito geral e o sigilo, exceção (art. 3º, I) e que as informações de interesse público devem ser divulgadas sem necessidade de solicitação de qualquer tipo (art. 3º, II), ou seja, é dever da Administração Pública. Apenas nos casos definidos na Constituição Federal (art. 5º, XXXIII acima mencionado) que deve ser resguardado o sigilo. No caso, essa lei dispõe acerca das hipóteses que podem ser consideradas como sigilosas, de modo a proteger a segurança da sociedade ou do Estado (art. 23).

Em razão disso, são classificadas em 03 (três) níveis: ultrassecreta, secreta e reservada, mas que, apesar de assim serem qualificadas, não ficarão nesse estado para todo o sempre, devendo um dia vir a ser divulgadas (art. 24, § 1º). A ultrassecreta, em 25 anos; a secreta, em 15 (quinze) anos; e a reservada, em 05 (cinco) anos (art. 24, § 1º, I, II e III). Ultrapassados esses prazos, a informação será tornada acessível de forma automática (art. 24, § 4º).

Assim, cabe à Administração Pública assegurar a transparência das informações que detêm, permitindo o amplo acesso a elas (art. 6º), inclusive por meio da rede mundial de computadores (art. 8º, § 2º). Dentre outras obrigações, deve a Administração fornecer informações sobre o exercício de suas atividades, inclusive às relativas à sua política, organização e serviços (art. 7º, IV), assim como informações concernentes à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos (art. 7º, VI), dentre outros.

Essa Lei n.º 12.527/2011 dispõe a respeito de 02 (duas) formas de transparência: a) transparência passiva, quando a informação é tornada disponível a partir de uma solicitação; e b) a transparência ativa, quando a própria Administração Pública disponibiliza as informações (SARLET; MOLINARO, 2016, p. 19). Trata-se de uma conjunção dessas duas formas de transparência. De um lado, a própria Administração fornece as informações que entende pertinentes. De outro, os interessados solicitam informações que, não sendo sigilosas, deverão ser fornecidas pela Administração Pública. E, nesse último caso, parece ser interessante que a Administração, observando que existe um grande interesse sobre determinada informação,

deveria torná-la disponível de logo para todos, fazendo uma conversão da transparência passiva para a ativa.

Por tudo isso é que se mostra contraditório a existência de cláusulas de confidencialidade em contratos da Administração Pública. Essas cláusulas, por exemplo, muitas vezes são inseridas em contratos de obras de grande vulto. E até mesmo quando ocorre um litígio decorrente desse contrato, a arbitragem ocorre de forma confidencial. Uma vez que não estejam presentes as hipóteses constantes da Lei n.º 12.527/2011 (informação ultrassecreta, secreta e reservada), não há qualquer motivo para que seja mantida qualquer tipo de cláusula de confidencialidade.

Na verdade, essas cláusulas costumam ser dispostas nos contratos que envolvem o mundo empresarial, cujas corporações têm interesses em resguardar os seus segredos comerciais (uma fórmula, um negócio específico etc.). No mundo privado, realmente a liberdade é maior, mas isso não pode acontecer quando a Administração Pública estiver envolvida. Tanto é verdade que foi acrescentado na própria Lei da Arbitragem (Lei n.º 9.307/96) o § 3º ao art. 2º, dispondo que na arbitragem que envolva a administração pública deverá ser respeitado o princípio da publicidade.

Assim, não cabe em contratos que não envolvem questões de Estado o segredo. Deve haver, ao contrário, a ampla transparência. Da mesma forma deve ocorrer no caso dos negócios jurídicos processuais. Não cabe sigilo. A publicidade deve ser assegurada.

Como já dito, é essencial nos tempos atuais que a Administração Pública disponibilize na internet as informações que envolvam o interesse público, naquilo que hoje se denomina de *cibertransparência* (LIMBERGER, 2016). Essa autora afirma que a transparência é a conjugação do princípio da publicidade com o direito à informação e com o princípio democrático, o que demonstra a essencial precisão de os atos da Administração Pública se tornarem públicos, já que só dessa maneira mostra-se possível a efetivação do controle (LIMBERGER, 2016, p. 44).

A *cibertransparência* consiste no uso pela Administração Pública dos meios informáticos e da rede mundial de computadores para tornar disponível de modo mais fácil (quanto mais padronizada for a informação entre todas as esferas públicas melhor) e amplo (divulgações que sejam o mais detalhado possível) as informações de interesse público, permitindo o controle social e a fiscalização do gasto público (LIMBERGER, 2016, p. 47).

Deve ser ressaltado, ademais, que essa transparência a ser efetivada pela

Administração Pública não começa só a partir da divulgação do exercício de determinada atividade administrativa, mas sim a partir da construção do próprio ato administrativo. Ademais, se a divulgação propicia a transparência para o conhecimento do ato praticado, essa mesma transparência só se torna verdadeiramente efetiva com um movimento anterior, qual seja, a motivação do ato.

Diante disso, só com a motivação do ato administrativo é que é possível um controle efetivo. Se não existe motivação, ele já nasce viciado, devendo ser anulado. Assim, a motivação proporciona a transparência e possibilita o controle do ato. É necessário que a autoridade evidencie as razões de estar praticando determinado ato administrativo, ou seja, o porquê de tê-lo praticado (tanto o motivo como a forma). Devem ser aclaradas as razões de fato e de direito daquele exercício específico da função administrativa para que se compreenda se a finalidade de interesse público foi ou não alcançada (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 99).

Com a motivação do ato, observa-se se ele é adequado, pertinente, razoável, correto quanto à legalidade, veraz e se não viola qualquer princípio ou regra constitucional (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 99-105). Portanto, demonstra-se a importância da exigência de motivação do ato como requisito para tornar possível o controle e efetivar de forma plena a transparência do exercício administrativo na realização do interesse público.

Dessa junção transparência, controle e motivação deriva a importância do debate do conceito de *accountability* também na gestão pública. Como já destacado anteriormente, *accountability* concerne à ideia de um dever de prestação de contas por um determinado gestor, podendo a partir da análise dessa prestação de contas ser responsabilizado por possíveis vícios no seu atuar (PINHO; SACRAMENTO, 2009, p. 1345-1348).

Esse dever de prestar contas decorreria exatamente da obrigação do gestor público de ser transparente em seus atos, sendo responsável pela sua prática e divulgação. Concerniria, mais ou menos, à junção das transparências ativa e passiva (ROCHA, 2012, p. 91-92), já acima delineadas. Assim, *accountability* na Administração Pública diz respeito a uma necessária prestação de contas por parte do gestor com o objetivo de permitir o controle de seus atos não só pelos típicos órgãos de controle, mas também e principalmente pelo controle popular. E essa *accountability* se realiza exatamente por meio da efetiva transparência.

Mas a *accountability* vai além da mera transparência. Ela é a transparência e o controle em conjunto. Trata-se de “[...] um conjunto de processos, procedimentos e valores

atrelado a um ideal de responsabilização e de controle dos governos que se realiza nas condições de regimes políticos democráticos.” (FILGUEIRAS, 2011, p. 84)¹⁰⁹. Trata-se de uma forma de tornar o agente público responsável diante dos cidadãos (FILGUEIRAS, 2011, p. 88), legitimando a função administrativa que exerce.

Ressalte-se que a *accountability* pode ser observada sob 02 (duas) dimensões, uma vertical e uma horizontal. A vertical concerne à possibilidade de controle popular e a horizontal concerne ao controle exercido pelos órgãos de controle tradicionais (PINHO; SACRAMENTO, 2009, p. 1350-1351)¹¹⁰.

Especificamente quanto à *accountability* horizontal é preciso destacar que os órgãos nela classificados (Legislativo, Judiciário, Executivo, controladorias, tribunais de contas etc.) devem ter não apenas autoridade decorrente de lei, mas principalmente autonomia para fiscalizar e controlar as autoridades administrativas que venham a infringir objetivos de interesse público (O'DONNELL, 1998, p. 42-43). E, além disso, devem atuar de forma conjunta, numa rede de troca de informações mútuas, já que isolados perdem força e legitimidade. Trata-se do que O'Donnell (1998, p. 43 e 46) denomina de “redes de agências”¹¹¹.

Vê-se, assim, com esses conceitos a importância da transparência para a efetivação do controle dos atos da Administração Pública, tendo em vista que não há como efetivar de forma adequada esse controle sem uma transparência também adequada. Daí a necessidade da *accountability*.

Postos esses conceitos, observa-se também a sua importância para o controle dos negócios jurídicos processuais, os quais também devem ser tornados transparentes aos cidadãos pela Fazenda Pública que os realiza. É por isso que no próximo item será dedicada, finalmente, uma atenção especial à efetivação de controle desse chamados negócios processuais, da forma de controlar aos parâmetros de controle, tendo sempre por base as

¹⁰⁹ Apenas a título de conhecimento, esse autor faz uma diferença entre transparência e publicidade, considerando que essa última tem uma maior densidade normativa para a efetivação da *accountability* do que a transparência, a qual seria falha na separação das razões públicas e das não públicas referentes ao Estado, misturando o público e o privado. Tal fato ocasionaria um vazio normativo que teria por consequência uma *accountability* falha. Para um melhor entendimento sobre essa questão, Cf. FILGUEIRAS, 2011.

¹¹⁰ Para uma interessante análise acerca de alguns problemas decorrentes dessa dupla dimensão da *accountability*, Cf. GOMES NETO, 2009.

¹¹¹ O'Donnell (1998, p. 45-46) destaca que muitos chefes do executivo procuram podar a autonomia desses órgãos de controle, já que na visão deles esses órgão atrapalhariam a consecução dos objetivos traçados no plano de governo. E isso ocorre não necessariamente por má-fé do governante. Assim acontece porque, muitas vezes, o governante entende que a sua eleição fez com que ele passasse a ter um superpoder decorrente do mandato. É quando a *accountability* vertical interfere, mesmo que de modo indireto, na horizontal.

premissas levantadas neste tópico e nos anteriores.

Assim, demonstrados os tipos de controle da Administração Pública, passa-se no item a seguir a analisá-los mais especificamente à luz dos negócios jurídicos processuais que venham a ser avençados pela Fazenda Pública.

3.4. O controle dos negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública.

Postas as premissas acima, neste item será tratado, em específico, acerca do controle dos negócios jurídicos processuais em que a Fazenda Pública é parte. Apesar de mais acima ter sido dado um ou outro destaque quanto à aplicação das restrições que a Administração Pública deve observar em relação aos negócios jurídicos processuais, eles não foram precisamente detalhados. É o que será feito a partir de agora.

Como já ressaltado anteriormente, o controle dos negócios jurídicos processuais ocorre de 02 (duas) formas. Em primeiro lugar, um controle de validade. E em segundo lugar, um controle quanto ao cumprimento do próprio negócio. Ambos os controles deverão ser efetivados, tanto pelos contraentes, como pelo juiz (*a priori* ou *a posteriori*).

No caso dos negócios jurídicos processuais que venham a envolver a Fazenda Pública e, por consequência, via de regra, o interesse público, devem ser observados também essas 02 (duas) formas de controle, acrescentando-se apenas que esses controles poderão ser efetivados por pessoas/órgãos diversos dos contraentes e do juiz. O que muda, em grande medida, são os parâmetros de controle, que costumam ser em maior número e mais restritivos que os dos negócios processuais entre meros particulares.

O controle de validade tem por objetivo verificar o preenchimento dos pressupostos de validade do negócio jurídico processual efetivado pela Fazenda Pública, quais sejam, os requisitos dos negócios jurídicos em geral, os requisitos de todo e qualquer ato administrativo e a conformidade ao direito (respeito aos princípios e regras constitucionais e legais).

Como já outrora realçado, os requisitos dos negócios jurídicos em geral devem ser, por óbvio, adaptado às características do processo. Assim sendo, nos termos do que disposto no Código Civil (art. 104), a) o sujeito deve ter capacidade de ser parte e de estar em juízo; b) o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, não ferindo norma processual cogente e assegurando o respeito ao formalismo processual; c) a forma tem que ser aquela prevista em lei; d) e a manifestação de vontade não pode ser viciada (ATAÍDE JÚNIOR,

2015, p. 398)¹¹².

Além desses requisitos, como já dito, há que se ter o respeito também aos requisitos dos atos administrativos em geral, quais sejam: a) a competência do agente público, decorrente de lei; b) a adequação do objeto; c) o motivo, que deve ser congruente ao ato praticado; d) a forma e e) a finalidade de interesse público (BARREIROS, 2016, p. 302-303; CIANCI, MEGNA, 2015, p. 495 e 502).

Assim, para o controle dos negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública é necessário a junção desses 02 (dois) tipos de requisitos, dos negócios em geral e dos atos administrativos. Por conta de sua importância, colaciona-se mais uma vez a fusão desses requisitos efetuada por Barreiros (2016, p. 302-303):

a) a competência (requisito subjetivo de validade); b) a licitude, possibilidade, precisão e determinabilidade do objeto (requisitos objetivos de validade); c) a existência de motivo subjacente à prática do ato e que guarde com esse vínculo de pertinência lógica (também requisito objetivo de validade); d) a forma prevista ou não defesa em lei (requisito formal de validade) e; e) a finalidade de interesse público (requisito finalístico de validade). Além desses, destaca-se, ainda, a motivação do ato administrativo [...]

Diante disso, é essencial que o agente que venha a realizar o negócio jurídico processual tenha competência para tanto, de modo a não cometer qualquer tipo de desvio de poder. E uma das formas de desvio de poder é exatamente agir ou fora de sua competência ou além de sua competência (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 49 e segs.).

Muito provavelmente, como se trata de negócios jurídicos processuais, quem irá realizar essas negociações serão os componentes da representação jurídica da Fazenda Pública, ou seja, os advogados públicos em geral. Pode-se ressaltar apenas o caso dos municípios, cujos prefeitos também têm esse papel (art. 75, CPC/15)¹¹³.

Assim, é necessário que o advogado público tenha poderes para realizar tais negócios processuais. Pode até ser que, processualmente falando, ele os tenha, mas não quanto ao âmbito administrativo. Destaque-se que muitos dos órgãos de representação judicial têm normas internas (muitas vezes leis mesmos) acerca das possibilidades e limites que tem o advogado público para efetuar disposições processuais¹¹⁴. Portanto, se o (re)presentante

¹¹² Esse vício pode decorrer, por exemplo, em razão da incapacidade de compreensão de uma das partes (a título de ilustração, pode ocorrer uma incompreensão advinda de uma condição de analfabetismo da parte). Nesses casos, o negócio será inválido.

¹¹³ Isso pode ocorrer, principalmente, nos municípios em que não há uma procuradoria organizada. Nesses municípios são contratados, muitas vezes, escritórios de advocacia.

¹¹⁴ O Estado de Pernambuco, por exemplo, tem a Lei Complementar n.º 105/2007, a qual dispõe, dentre outras coisas, acerca de procedimentos a serem adotados para a dispensa de propositura ou desistência de ações

público age além desses limites ele pode sofrer algum tipo de sanção administrativa.

Há, por exemplo, hipóteses em que só com a autorização do Procurador Geral do ente político (re)presentado que os demais procuradores poderão efetivar uma determinada disposição processual¹¹⁵. Caso o advogado público venha a agir sem atentar para esse tipo de restrição o negócio jurídico processual pode ser objeto de anulação, tornando-o inválido.

Apesar da autonomia funcional que todo advogado tem, inclusive o público, o desenho institucional, legalmente disposto, deve ser observado, de modo a que se evite escolhas muito diversas entre os vários advogados públicos do ente. É necessário que haja uma uniformidade de posicionamento e de atuação. Evita-se, assim, decisões contraditórias sobre as mesmas situações (SANTOS, 2015, p. 514-517).

A uniformidade no tratamento dado aos casos pelo órgão de representação judicial da Fazenda Pública privilegia a segurança jurídica e a isonomia. É uma importante defesa para o cidadão-administrado, para o ente político e também para a advocacia pública. Daí porque Barreiros (2016, p. 331-338) defende que os negócios jurídicos processuais avençados sejam tidos como precedentes de casos semelhantes posteriores.

Portanto, o advogado público, observando o âmbito de sua competência administrativa e processual, verificando que o negócio jurídico processual é uma das soluções ótimas ou a única solução ótima para a preservação e consecução da finalidade de interesse público (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 32-36) deve, cercando-se de todo o cuidado necessário, optar pela negociação.

E para isso ele deve estar atento à validade *in abstracto* e *in concreto* do negócio jurídico processual. Como já dito, o interesse público deve ser analisado tanto no âmbito abstrato (legalidade ampla, que inclui Constituição e legislação ordinária) quanto no âmbito de sua concreção (a pragmática). Assim, evita-se um controle débil do cumprimento da função administrativa pela Administração Pública (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 36-41).

É por conta disso que ele deve estar atento ao objeto do negócio. É preciso que ele observe se o objeto é disponível. Ou, caso indisponível (o material, ao menos), que a negociação sirva para preservar ainda mais essa qualidade. No caso, como já reiterado algumas vezes, é preciso que se faça a diferença entre interesse público primário e secundário. Se primário, a negociação, de início, deve ser impedida. Se secundário, a negociação, de

judiciais, recursos e para a transação.

¹¹⁵ A LCE nº 105/2007 citada na nota anterior também é um exemplo quanto a essa hipótese.

início, será possível.

Contudo, como já sublinhado, pode ser que essas indisponibilidades se invertam, principalmente quando observado o negócio processual concretamente (NOBRE JÚNIOR, 2002, p. 182). Por exemplo, quanto ao interesse público primário, observa-se no caso concreto que esse será preservado com a disposição processual. Já no que concerne ao secundário, conclui-se, em análise concreta do negócio, que ele servirá apenas para infringir, de forma direta ou indireta, o interesse público primário.

Por isso que se mostra essencial a análise da validade em abstrato e em concreto dos negócios processuais, precipuamente os que envolvam o interesse público. Também se mostra importante a diferença entre “prerrogativas relacionadas ao funcionamento da estrutura administrativa”, que seriam negociáveis, e “prerrogativas relacionadas ao regime jurídico de direito material a que se sujeitam os entes públicos” (BARREIROS, 2016, p. 338-349). Por exemplo, não pode haver uma disposição processual que venha a prejudicar a recuperabilidade do crédito público ou que impeça, de alguma forma, a efetivação de uma política pública.

E o negócio processual deve guardar clara pertinência com o motivo de sua realização. Em primeiro lugar, se não houver um motivo adequado e inserido nas raias da razoabilidade a realização do negócio processual já se mostra inválida. Assim, deve haver um motivo e ele tem que ser razoável. Em segundo lugar, o negócio processual tem que guardar um nexo causal com esse motivo. Não se pode efetivar um negócio completamente apartado do motivo do qual ele se originou. Assim, esses motivos, que nada mais são do que pressupostos de fato e de direito, devem ser observados pelo agente público, principalmente se ele for decorrente de lei (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 85-105).

Quanto à forma, não necessariamente tem que existir uma forma específica para que o negócio processual seja realizado. A forma, em regra, é livre. Contudo, é necessário que o negociante tenha atenção à legalidade. Tanto em relação ao que consta na lei ordinária propriamente dita, como e principalmente o que consta da Constituição Federal (regras e princípios). Assim, deve-se respeito à legalidade ampla, à chamada juridicidade (FREITAS, 2013). Deve-se respeito, assim, também aos diversos princípios da administração pública (moralidade, eficiência, publicidade, impessoalidade, dentre outros).

É por conta disso que se acredita que o mais interessante seria que cada ente político regulamentasse, por meio de legislação própria, os requisitos para a efetivação de um negócio

processual que venha a envolver a Fazenda Pública. Apesar de em muito casos existirem leis específicas¹¹⁶ para as negociações de direito material que envolvem o interesse público, pensa-se que elas não são suficientes, considerando as especificidades dos negócios processuais.

Assim, mostra-se importante que cada ente edite sua própria lei regulamentando de forma específica e detalhada os negócios jurídicos processuais¹¹⁷. Não é que eles não possam ser realizados hoje. Claro que podem e o fundamento legal é o Código de Processo Civil, mas esse diploma trata das questões processuais do negócio. Contudo, os negócios que envolvem a Fazenda Pública não concernem única e exclusivamente a questões de processo. Ao contrário, envolvem muito mais questões administrativas e, até mesmo, constitucionais¹¹⁸. Daí a necessidade de que esses outros pontos sejam disciplinados pelos entes, além do campo meramente processual. Com isso, traz-se segurança jurídica ao administrado e à própria administração pública.

No que concerne à finalidade, essa deve ser de interesse público (MORAES, 1999; BANDEIRA DE MELLO, 2007). O negócio processual não pode ser realizado, absolutamente, para privilegiar interesses privados. O único objetivo deve ser a efetivação do interesse público primário. Por conta disso, que os negócios processuais devem ser deliberações de estado e não deliberações de governo. Nem sempre o que os governos desejam são de interesse da política de estado. Como já destacado algumas vezes, o estado é maior do que os governos.

Se os objetivos de governo e de estado foram idênticos, mais simples o controle por parte do advogado público. Contudo, se os interesses forem díspares o advogado necessita demonstrar que não pode efetivar determinado negócio processual, já que malferiria o interesse do estado, sendo seu objetivo principal defendê-lo.

Além disso, é necessário que seja assegurada a boa-fé na negociação (NOBRE JÚNIOR, 2002), tanto nas tratativas como na sua celebração, assim como também no seu cumprimento. Além do mais, da mesma forma que o particular não pode agir de má-fé, a Fazenda Pública também não. Já na discussão para fechar o negócio deve ser resguardada a

¹¹⁶ Como destacado na Nota 112 acima, no Estado de Pernambuco existe a Lei Complementar n.º 105/2007, a qual dispõe, dentre outras coisas, acerca de procedimentos a serem adotados para a dispensa de propositura ou desistência de ações judiciais, recursos e para a transação.

¹¹⁷ Como destacada mais acima, a PGFN editou Portaria (Portaria PGFN n.º 360/2018, atualizada pela Portaria PGFN n.º 515/2018) disciplinando os negócios processuais no seu âmbito de atuação. Apesar de ser muito restritiva, essa regulamentação já se mostra importante para que o advogado público possa realizar negociações de forma segura.

¹¹⁸ Há quem considere, como já destacado anteriormente, que “[...] é preciso também disciplinar a responsabilidade e a apuração de eventuais más condutas” (FLUMIGNAN, 2018, p. 353-375).

boa-fé. Assim, a Administração deve ser transparente e clara nas suas propostas, assim como a outra parte também. Da mesma forma, as cláusulas do negócio jurídico processual não podem ser dúbias a ponto de causar discórdias desnecessárias entre os contraentes. Quanto mais objetivas, melhor.

Ademais, a manifestação de vontade deve ocorrer sem nenhum tipo de vício (erro, dolo, coação etc.). A administração, por meio do uso de sua discricionariedade, deve demonstrar que a negociação atende ao interesse público e que não está agindo em razão de algum interesse viciado que, ao contrário, venha a prejudicar o interesse público.

E para que o controle ocorra a contento, faz-se mister que o negócio jurídico processual seja devidamente fundamentado/motivado, demonstrando o motivo de sua realização, ou seja, os fundamentos de fato e de direito e que ele tem adequação ao negócio efetivado, que o seu objeto é lícito e possível e que a finalidade de interesse público está sendo atingida. Se não ocorrer tal motivação ou se ela for de encontro à legalidade, o negócio deverá ser anulado (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 98-105; BARREIROS, 2016, p. 351-356).

Essa última autora destaca que, ao menos, a motivação siga na forma de *consideranda* do instrumento do negócio processual ou que a decisão administrativa pela negociação processual seja anexada ao termo do negócio (BARREIROS, 2016, p. 356).

Ademais, esse controle deverá ocorrer tanto em relação aos negócios típicos como aos atípicos, sem tirar nem pôr. O que deve ser ressaltado, contudo, é que a invalidade do negócio processual deve observar o sistema de invalidades processuais. Assim sendo, a invalidação só poderá ocorrer se ela, verdadeiramente, não tiver alcançado a finalidade de interesse público. Caso não tenha ocorrido nenhum prejuízo à Administração Pública, então o negócio deverá ser mantido. Exatamente por se tratar de um negócio processual.

Contudo, ao que parece, mesmo que não exista um problema processual, pode existir um problema administrativo, como, por exemplo, a usurpação de competência, que é um tipo de desvio de poder. Se determinado agente realiza um negócio processual, mas não tem competência para tanto, ele comete um ilícito administrativo e, caso seja a hipótese, poderá ser punido por tanto, mesmo que não exista um prejuízo processual. Sua atuação estaria enquadrada no art. 11, I, da Lei n.º 8.429/92 e poderia responder por ato de improbidade administrativa e suas respectivas penalidades (art. 12, III, da mesma lei).

Ressalte-se que, apesar de o prejuízo não existir, o que se procura evitar de tal ato é o

desvio de poder ocorrido, tendo em vista que a sua não punição poderia permitir ao agente cometer outros atos que, finalmente, viessem a atingir o patrimônio público, principalmente por entender que estava atribuído de uma supercompetência. Assim, a punição administrativa deve haver, assim como a judicial (decorrente da constatação do ato de improbidade administrativa).

Como já dito, além do controle de validade, existe também o controle quanto ao cumprimento do negócio. Como já ressaltado em outro momento deste trabalho, o descumprimento por qualquer das partes, assim também a Fazenda Pública, poderá ensejar consequências as mais diversas, processuais e administrativas, principalmente. Desde multa por litigância de má-fé até indenizações decorrentes de algum prejuízo que o descumprimento tenha causado. Assim como também pode existir consequências administrativas, como no caso do particular que não cumpre com o negócio e sofre a punição de não mais contratar com a Administração Pública, ante o malferimento, no mínimo, da boa-fé. Ressalte-se que essas consequências pelo descumprimento do negócio jurídico processual podem ser previstas no próprio termo do negócio.

Além de tudo isso, desde as tratativas do negócio processual até o momento de sua celebração, assim como também durante o seu cumprimento, deve ser garantida a máxima publicidade da negociação, tornando-a transparente. Assim, os vários negócios processuais que vão sendo avençados devem ser noticiados nos sítios eletrônicos dos órgãos de representação judicial, exatamente para garantir a *accountability* (LIMBERGER, 2016; O'DONNEL, 1998). A PGFN, por meio da Portaria PGFN 360/2018 (art. 3º), determinou que os negócios processuais efetivados sejam compilados na intranet da própria Procuradoria. Apesar de a compilação ser uma boa medida, ela não deveria se limitar à intranet. A exposição desses negócios era para ser na internet mesmo, exatamente pelos motivos já indicados acima.

Em determinados negócios processuais, inclusive, deverá ser dada ampla publicidade com a possibilidade de realização de audiências públicas e de manifestação de instituições interessadas em participar do debate acerca do negócio. Isso deveria acontecer, principalmente, nos casos de negócios processuais que envolvam, por exemplo, a execução de políticas públicas.

Um outro motivo de esses negócios deverem ser amplamente divulgados concernem ao fato de que, uma vez celebrados, eles devem servir como verdadeiros precedentes

administrativos, de modo a assegurar a segurança jurídica e a isonomia perante os cidadãos-administrados (BARREIROS, 2016, p. 319-338).

Ademais, como destaca Silva Neto (2017, p. 174), nos casos que envolvem a Fazenda Pública, “nem o cliente nem o patrono judicial têm direito ao segredo, pois a democracia exige a transparência de sua conduta.”

Esses são, em suma, as formas de controle e os parâmetros para um controle efetivo e em prol do interesse público, que devem sempre ser observados por todos que tenham o papel de fiscalização dos atos administrativos, desde os advogados públicos até o juiz, passando pelos tribunais de contas e outros órgãos de controle. Veja-se abaixo.

3.4.1. O papel dos órgãos de controle da Administração Pública.

No item 3.3, foram elencados os tipos de órgãos de controle e a função de cada um deles. Com base no que ali foi descrito, pensa-se que eles podem ser muito úteis também na fiscalização dos negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública.

A começar pelo próprio controle interno, os negócios jurídicos processuais podem ser alvo de inquirição perante os órgãos internos da Administração Pública. Na verdade, a análise realizada pelos próprios advogados públicos já é um início de controle. E esse controle deve seguir por meio das ouvidorias, das controladorias, as quais têm o objetivo de defender o patrimônio público.

Após, parte-se para o controle por parte dos órgãos externos, principalmente os tribunais de contas. Esses tribunais têm clara legitimidade de efetivar controle sobre os negócios processuais. Por óbvio, não se trata de um controle de âmbito processual, mas sim de um controle administrativo, principalmente quando o negócio processual tiver ocasionado sérios prejuízos à Administração Pública. Principalmente, em relação ao direito material.

Portanto, os Tribunais de Contas podem utilizar-se de todas aquelas suas funções constitucionalmente dispostas (arts. 70, 71 e 74, da CF/88). Ressalte-se que caso esse tribunal encontre alguma ilegalidade no negócio processual efetivado, e cabendo ainda correção, deverá comunicar ao órgão de representação judicial a necessidade de providenciar a regularização do negócio (art. 71, IX). Os Tribunais de Contas não poderão, contudo, por óbvio, ingressar no feito em que houve a convenção processual, caso a representação judicial do ente público nada faça. Poderá, em contrapartida, informar o problema ao Ministério

Público, o qual poderá ingressar na lide, já que é função dessa instituição também a defesa do patrimônio público e do interesse público primário (art. 129, II e III, da CF/88).

Ademais, o próprio Ministério Público pode dar início a investigações relativas a negócios processuais espúrios, que tenham malferido o interesse público primário. Não só pode, como é seu dever exercer tal tarefa (art. 129, III, CF/88). Inclusive, se for o caso, provocando o Poder Judiciário.

Também os cidadãos podem realizar esses controles (PEREZ, 2004), tanto provocando a advocacia pública, as corregedorias, as controladorias, como o Ministério Público, os tribunais de contas ou, até mesmo, participando de forma mais efetiva, comparecendo, por exemplo, em audiências públicas que tenham algum negócio processual sobre políticas públicas como tema.

Agora, repita-se o que já destacado mais acima, esses órgãos de controle precisam observar as consequências do negócio jurídico processual e do controle sobre esse negócio jurídico processual, nos termos do que agora disposto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), na alterações realizadas pela Lei n.º 13.655/2018. Assim, só podem tomar soluções que observem com cuidado e parcimônia as consequências jurídicas e administrativas que a invalidação (art. 20 e seguintes da LINDB), por exemplo, de um ato administrativo (um negócio jurídico processual) poderiam ocasionar ao próprio patrimônio e interesse públicos.

Por fim e pela sua importância, o controle jurisdicional dos negócios processuais será debatido no próximo tópico.

3.4.2. O controle judicial.

Como salientado no item 3.3 acima, ao Judiciário cabe efetivar o amplo controle dos atos administrativos, não deixando, porém, de verificar se, no cumprimento de sua função administrativa, o agente público observou e efetivou a finalidade de interesse público delineada pela norma que foi o fundamento de sua atuação (MORAES, 1999, p. 153-154). Quer dizer, ao Judiciário cabe um controle de forma e de conteúdo (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 82).

Foi sublinhado também que esse controle efetivado pelo juiz não adentra no mérito do ato administrativo, ou seja, não analisa se a solução encontrada pela Administração Pública

foi conveniente e oportuna. Verifica, na verdade, se quanto ao mérito o administrador público não adentrou no campo da ilegalidade. Observa se há verdadeira conexão entre o motivo indicado e o ato efetivamente concretizado. Analisa, assim, os pressupostos de fato e de direito, antecedentes lógicos do ato, e se a solução encontrada foi plausível.

Obviamente, faz também um controle mais direto, referente ao atendimento da legalidade ampla, ou seja, se houve o respeito às leis ordinárias e, principalmente, à Constituição Federal. Se foram observados os princípios regentes da Administração Pública (eficiência, publicidade, moralidade, impessoalidade, isonomia etc). Em suma, verifica se houve a preservação do interesse público.

Ressalte-se, todavia, que uma vez encontrando qualquer tipo de invalidade no ato administrativo, não cabe ao magistrado substituir esse ato viciado por um hígido. Seu papel é decretar a invalidade e não substituir o ato administrativo nulo. Esse papel de substituir o ato, se ainda possível, caberá necessariamente à Administração Pública (MORAES, 1999, p. 104). Não pode haver tal substituição pelo juiz exatamente por não ser função sua emitir um ato administrativo, mas sim do administrador público.

Tais características do controle jurisdicional dos atos administrativos e, principalmente, da discricionariedade administrativa também devem ser observadas no controle dos negócios processuais pelo juiz.

Além dessas especificidades referentes ao controle dos atos administrativos, é necessário também que se retorne ao que debatido no item 3.1. acima. Nesse item foi realizada a discussão acerca do papel do juiz nos negócios jurídicos processuais. Lá foi dito que o controle principal de validade no processo é aquele realizado pelo magistrado, sendo, na realidade, verdadeiro poder-dever do juiz.

Portanto, deve o julgador efetivar, por provocação ou de ofício, o controle de validade dos negócios jurídicos processuais, a eles recusando aplicação, nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que uma das partes do negócio esteja em manifesta situação de vulnerabilidade (art. 190, Parágrafo único, CPC/15).

Com base nisso, questionou-se a extensão do papel do juiz. Se se trataria de um controle prévio ou de um controle *a posteriori* e em que momento o negócio processual surtiria efeitos, se antes ou só depois do controle jurisdicional. Em razão disso, analisou-se o art. 200, CPC/2015, o qual dispõe que as declarações unilaterais e bilaterais de vontade, como os negócios jurídicos processuais, surtem efeitos desde logo.

E aí, foi inserida a discussão doutrinária acerca dessas questões, na qual alguns entendem pela necessidade de controle prévio pelo juiz (NERY JÚNIOR; NERY, 2016) e outros entendem que basta o controle *a posteriori* (CUNHA, 2016; GOUVEIA; GADELHA, 2016). Também foram analisadas as interpretações quanto ao papel do juiz, se mero homologador, se parte ou se aplicador da norma convencionada (ATAÍDE JÚNIOR *et alii*, 2015; AVELINO, 2015; CUNHA, 2016; NOGUEIRA, 2016; CABRAL, 2016).

Ao final, concluiu-se que o juiz pode assumir diversos papéis nos negócios jurídicos processuais, sendo o principal deles o de controlador da validade. E mesmo quando parte (codeclarante) no negócio, como na hipótese da calendarização processual, ele ao mesmo tempo efetua um controle de validade. Além disso, entendeu-se que é também função dele o controle do cumprimento do negócio, com todas as consequências daí decorrentes (já destrinchadas algumas vezes neste capítulo). Viu-se também a sua função homologatória (art. 200, Parágrafo único, CPC/2015). Considerou-se também acerca da possibilidade de todos esses controles poderem ser realizados de ofício e não apenas por mera provocação, apesar do chamado autorregramento da vontade.

Feitas essas lembranças acerca do controle jurisdicional dos atos administrativos e acerca desse mesmo controle sobre os negócios jurídicos processuais em geral, deve-se agora tecer alguns comentários sobre o controle jurisdicional dos negócios processuais a serem efetivados pela Fazenda Pública.

De início, deve ser logo ressaltado que não cabe ao magistrado a análise da conveniência e oportunidade do negócio processual realizado pela Fazenda Pública, mas apenas um controle de ampla legalidade. E que também não pode o juiz substituir um negócio processual inválido por outro que ele considere válido (SILVA NETO, 2017, p. 178-179). Essas não são suas tarefas, mas sim dos interessados realizadores do negócio processual. Ele não poderia fazer isso nem se o negócio fosse apenas entre particulares. Não pode no caso, principalmente, por envolver escolhas da Administração Pública.

Deve observar, porém, se o negócio não infringiu a ampla legalidade e os princípios da Administração Pública, nem o interesse público primário propriamente dito. Deve analisar também os fundamentos de fato e de direito do negócio processual e se eles (os motivos) se coadunam com a solução negocial encontrada. Ademais, deve verificar a motivação do negócio e se ela atende à finalidade de interesse público. Obviamente, deve analisar o preenchimento dos requisitos dos negócios jurídicos em geral e dos atos administrativos, além

de averiguar também o atendimento ao interesse público em seu aspecto abstrato e concreto.

O juiz, em sua decisão sobre a validade/invalidade do negócio processual, deve promover uma fundamentação qualificada, por meio da qual perpassa a análise minuciosa dos parâmetros de controle acima definidos. Essa fundamentação qualificada deve ocorrer principalmente na possível invalidação do negócio processual (CABRAL, 2016, p. 146).

Ademais, deve o magistrado em atendimento ao princípio da cooperação (art. 6º, CPC/2015) e do da instrumentalidade das formas – art. 188, CPC/2015 (QUEIROZ, 2014, p. 704; ALMEIDA, 2014, p. 138-139 *apud* GOUVEIA; GADELHA, 2016, p. 165-166; CABRAL, 2016, p. 244), antes de decretar a invalidade do negócio, intimar as partes do negócio para, caso possível, sanar o vício. A depender do vício, o saneamento talvez não seja possível, principalmente quando estiver malferido o interesse público primário.

No que concerne ao papel do juiz quanto aos negócios processuais em que a Fazenda Pública seja parte, efetivamente ele poderá assumir vários papéis. Codeclarante, nos casos de calendarização processual, por exemplo, que pode ser utilizado pela Fazenda nas hipóteses de execução de políticas públicas (COSTA, 2012). Aplicador da norma convencionada, já que terá que verificar o efetivo cumprimento do negócio processual, inclusive de ofício como já entendido mais acima. Homologador e, principalmente, o papel de controlar a validade.

Nesse último e principal papel, o juiz fará, de início, um controle *a posteriori*, tendo em vista o que disposto no art. 200, do CPC/2015, já acima citado. Entretanto, acredita-se que esse controle deveria ser *a priori*, principalmente tratando-se de negócios processuais em que a Fazenda Pública está envolvida. Por óbvio, esse controle prévio ocorrerá nos casos em que já exista um processo em tramitação. Haverá negócios processuais anteriores ao processo e até mesmo aqueles em que um processo não virá a existir¹¹⁹. Nessas hipóteses, não há como se falar em homologação judicial.

Esse controle prévio seria não apenas para a análise da validade, mas principalmente para conceder eficácia ao negócio, como uma verdadeira homologação. Acredita-se que esse prévio controle dá uma maior segurança ao advogado público, à própria Administração Pública, ao particular e a todos os cidadãos. O juiz teria também, juntamente com o agente público responsável pela negociação, o papel de controlar a preservação do interesse público primário.

Como dito, esse controle prévio do juiz no caso dos negócios processuais da Fazenda

¹¹⁹ Pode, por exemplo, ser realizado um negócio com a Administração Pública quanto ao foro competente e, em razão da inexistência de contenda, um processo nunca via a existir.

Pública não é automático, tendo em vista que a lei dispõe que a eficácia dos negócios é imediata (art. 200, CPC/2015). Entretanto, seria de grande valia que a Administração Pública sempre colocasse em seus negócios processuais uma cláusula acerca da necessidade de homologação por parte do juiz como condição de eficácia do negócio, o que é perfeitamente possível (CABRAL, 2016, p. 235-237).

Ainda mais, os entes públicos deveriam fazer constar tal exigência na lei que viesse a disciplinar o procedimento para a efetivação de negócios processuais por parte da Fazenda Pública. Como já ressaltado, essa disciplina normativa seria muito interessante para uma maior controle dos negócios, fixando parâmetros para a atuação do advogado público. Eis, portanto, as características do controle jurisdicional dos negócios jurídicos processuais que envolvem a Fazenda Pública.

Quanto à necessidade de homologação do negócio processual da Fazenda Pública pelo juiz, é preciso ressaltar que não se está afirmando nada contrário à ideia de autoexecutoriedade e exigibilidade dos atos administrativos (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 427-430). Sabe-se bem que os atos administrativos tem esses atributos. O que se denomina de *necessidade de homologação* vem a ser uma necessidade convencionalmente acertada, como cláusula do próprio negócio processual. Não se trata de uma homologação advinda de lei ou da essência do próprio negócio. Não é isso. Pensa-se que como o juiz tem um importante papel no controle do negócio processual avençado pela Fazenda Pública, o ente público não deveria se furtar em fazer questão dessa análise judicial. Isso traz segurança à Administração Pública e ao próprio agente público (representante processual).

Reitere-se: não é negação da autoexecutoriedade/exigibilidade do ato administrativo, mas de um *plus* ao controle do negócio processual. Como destacado acima, a eficácia dos negócios é imediata (art. 200, CPC/2015), salvo exceções. Contudo, a análise judicial, essencialmente quanto à validade do negócio, parece ser interessante, condicionando à essa análise a eficácia do negócio processual.

Exatamente nesse sentido, mostra-se a normatização realizada pela PGFN por meio da Portaria PGFN 360/2018, que em seu art. 2º, dispôs que os negócios processuais realizados pelos Procuradores da Fazenda Nacional poderão ser submetidos, de modo facultativo, à prévia homologação do órgão jurisdicional competente, salvo quando o juiz for partícipe do negócio. Tal medida, apesar de facultativa, demonstra que os advogados públicos percebem a importância do controle de validade por parte do juiz, fazendo com que o negócio só surta

efeitos após a homologação judicial. Pensa-se ser essa análise judicial de suma importância.

Por fim, deve ser destacado apenas que o Poder Judiciário pode ser provocado das mais diversas maneiras por terceiros que não os intervenientes dos negócios processuais. Como as negociações da Fazenda Pública envolvem temas relativos ao interesse público, pensa-se que podem ser utilizados todos aqueles instrumentos aptos à defesa do patrimônio público.

Assim, cabíveis a ação civil pública (Lei n.º 7.347/85), a ação popular (Lei n.º 4.717/65) e o mandado de segurança, individual ou coletivo (Lei n.º 12.016/2009). Quanto às duas primeiras, basta que o patrimônio tenha sido vilipendiado em decorrência do negócio processual. Na verdade, de forma mais rápida e sem necessidade de precisar propor essas ações, o Ministério Público poderia intervir no próprio processo em que convencionado o negócio, na figura de fiscal da ordem jurídica (arts. 176 a 181, do CPC/2015). Quanto à última ação, basta que um terceiro (ou terceiros), não participante do negócio, tenha sido atingido em seu direito líquido e certo.

Demonstrada a importância do controle jurisdicional quanto aos negócios processuais efetivados pela Fazenda Pública, tem-se, por fim, construída a teoria para o entendimento do fenômeno objeto desta dissertação, pelo que, passa-se, no próximo capítulo, à análise de negócios processuais efetivados na prática do processo pela Fazenda Pública.

4. ANÁLISE DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS *IN CONCRETO*.

Uma vez apresentados os conceitos gerais da teoria acerca dos negócios jurídicos processuais que envolvem a Fazenda Pública e do seu controle, passa-se agora à pragmática dessas convenções processuais. Em razão disso, será efetivada uma análise de casos. A análise será dividida, basicamente, em 02 (duas) partes. Na primeira e principal, será analisado um caso concreto de negócio processual em que a Fazenda Pública foi parte. No segundo momento, serão analisados alguns exemplos (hipotéticos) de negócios jurídicos processuais possíveis.

4.1. Negócios jurídicos processuais celebrados pela Fazenda Pública: análise de um caso concreto.

A escolha do caso concreto que será analisado neste tópico decorreu de sua importância no atual momento. Apesar de o negócio jurídico processual não ser qualquer novidade no sistema jurídico brasileiro, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, como já debatido mais acima, novos ares a esse instituto¹²⁰. Em razão disso que tantos debates vêm sendo travados em torno desse tema¹²¹.

Como consequência disso, alguns negócios processuais vêm sendo, aos poucos, efetivados pelos interessados em utilizá-los, inclusive pela Fazenda Pública. Um dos primeiros casos em que a Fazenda Pública fez parte que se têm notícia foi realizado neste ano de 2018. Trata-se de negócio processual ajustado por 02 (dois) Estados-membros da Federação no bojo de uma ação de consignação em pagamento e que foi amplamente divulgado¹²². Cunha (2018) denominou tal caso com o sugestivo título de “Um importante precedente”. Foi exatamente esse caso que foi escolhido para ser aqui analisado.

Como se observa, a escolha do caso não foi aleatória. Em primeiro lugar, trata-se de um negócio processual efetivado pela Fazenda Pública. Em segundo lugar, foi avençado já sob a vigência do CPC/2015. Em terceiro e último lugar, trata-se de 01 (um) dos primeiros casos de negócio processual envolvendo a Fazenda Pública (CUNHA, 2018). Se não o primeiro. Por todos esses motivos e outros mais que serão destacados mais abaixo, é que esse

¹²⁰ Vide item 2.3 acima.

¹²¹ Vide as referências já trabalhadas nesta dissertação.

¹²² Divulgado nos sites das Procuradorias Gerais dos Estados de Pernambuco (<[http://www.pge.pe.gov.br/?1117_tjpe_homologa_acordo_entre_pernambuco_e_espirito_santo_para_resgate_de_r\\$100_milhoes_em_icms](http://www.pge.pe.gov.br/?1117_tjpe_homologa_acordo_entre_pernambuco_e_espirito_santo_para_resgate_de_r$100_milhoes_em_icms)>) e do Espírito Santo (<<https://pge.es.gov.br/Not%C3%ADcia/acordo-entre-es-e-pe-garante-r-50-mi-a-cada-estado>>). Acesso em: 25 jun. 2018.

caso se mostra paradigmático o suficiente para ser objeto da presente análise.

4.1.1. Metodologia.

Para a análise do caso concreto será utilizada a ferramenta de pesquisa denominada *estudo de caso*. Trata-se de instrumento útil para a pesquisa qualitativa que tem por objetivo a compreensão de fenômenos sociais complexos, permitindo-se por meio dele a realização de uma “[...] investigação para se preservar as características holísticas e significativas dos eventos da vida real” (YIN, 2001, p. 21). Stake (1998, p. 11) observa que o interesse em se estudar um caso é derivado da particularidade e da complexidade de um dado caso singular, com o objetivo de melhor compreendê-lo.

A pesquisa qualitativa é aquela que não tem por objetivo compreender relações causais ou comportamentos (como é o caso da quantitativa). Pelo contrário, tem-se, nessas hipóteses, como meta de pesquisa a análise a partir da compreensão do objeto: trata-se de compreender os significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes de dada realidade (MINAYO, 2007, p. 21-22). E é de grande importância que na pesquisa qualitativa o estudioso mantenha sempre em constância a sua atividade interpretativa (STAKE, 1998, p. 47)¹²³.

Como pôde ser observado durante todo este trabalho, o intuito do pesquisador foi a melhor compreensão dos negócios jurídicos processuais a serem efetivados pela Fazenda Pública e o controle dessa negociação. E esse tipo de pesquisa é qualitativa em razão da busca em compreender (juridicamente, principalmente) esse fenômeno denominado negócio jurídico processual.

Assim, a análise de um caso concreto de um negócio efetivamente realizado pela Fazenda Pública não poderia seguir outro caminho que não o da pesquisa qualitativa. E sendo qualitativa é necessário que se utilize ferramentas aptas a esse tipo de pesquisa. Uma delas é exatamente o denominado estudo de caso.

Um estudo de caso é uma investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto da vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não estão claramente definidos.

[...]

A investigação de estudo de caso enfrenta uma situação tecnicamente única em que haverá muito mais variáveis de interesse do que pontos de dados, e, como resultado, baseia-se em várias fontes de evidências, com os dados precisando convergir em

¹²³ Esse autor afirma que “a função da investigação qualitativa não é necessariamente a de traçar o mapa e conquistar o mundo, mas sim a de esclarecer a sua contemplação. Dos estudos qualitativos de casos se espera 'descrições abertas', 'compreensão mediante a experiência' e 'realidades múltiplas’”. (STAKE, 1998, p. 46).

forma de triângulo, e, como outro resultado, beneficia-se do desenvolvimento prévio de proposições teóricas para conduzir a coleta e a análise de dados. (YIN, 2001, p. 32-33)

No presente caso, com base nessa definição, o fenômeno contemporâneo seria o negócio jurídico processual realizado pela Fazenda Pública, analisado na prática (“contexto da vida real”). E por se tratar de algo “novo”¹²⁴ os seus limites não estão muito bem delineados, principalmente no que concerne à Fazenda Pública e às questões de interesse público. Esses limites podem se mostrar menos claros ainda quando da análise de um caso concreto, tendo em vista as vicissitudes do mundo real (“quando os limites entre o fenômeno e o contexto não estão claramente definidos”).

Pode-se dizer que o caso concreto a ser analisado é situação tecnicamente única, tendo em vista se tratar de um caso paradigma, ou seja, um caso decisivo para testar uma determinada teoria (YIN, 2001, p. 62). A teoria, a acima desenvolvida. O caso se mostra paradigma por 02 (dois) motivos. O primeiro, foi realizado após a vigência do CPC/2015 e, provavelmente, é um dos pioneiros a ter esse novo código processual como fundamento. O segundo, a sua ampla divulgação nos meios de comunicação (internet¹²⁵ e jornal impresso¹²⁶).

As várias fontes de evidência são exatamente a análise do termo do negócio processual efetivado, das audiências, das decisões judiciais e também das divulgações nos meios de comunicação. E, por fim, houve o desenvolvimento prévio de proposições teóricas, conforme pode ser observado nos capítulos anteriores dessa dissertação. Assim, vê-se que o estudo de caso é apto à análise do caso concreto escolhido para avaliação e compreensão.

Deve ser destacado que o estudo de caso pode ser efetivado tanto com casos múltiplos como com um caso único, como é o estudo aqui desenvolvido. Obviamente o estudo efetivado a partir de casos múltiplos é mais sólido do que o realizado a partir de um caso único (GIL, 2002, p. 55). Mas há situações em que não há outra solução que não seja a escolha de um caso único, devido a esse caso em específico ser decisivo, raro/extremo ou revelador (YIN, 2001, p. 61-64). Como já destacado, o caso presente se mostra paradigmático. Decisivo, nas palavras de Yin (2001, p. 61-64). Ademais, os propósitos do estudo de caso são os “[...] de

¹²⁴ “Novo” no sentido trazido pelo novo Código de Processo Civil e como sua teoria vem sendo desenvolvida pela doutrina especializada. Mas não novo no sentido de novidade, já que a possibilidade de negócios processuais já existia há bastante tempo (no mínimo, desde o CPC de 1973).

¹²⁵ Divulgado nos sites das Procuradorias Gerais dos Estados de Pernambuco ([http://www.pge.pe.gov.br/?1117_tjpe_homologa_acordo_entre_pernambuco_e_espirito_santo_para_resgate_de_r\\$100_milhoes_em_icms](http://www.pge.pe.gov.br/?1117_tjpe_homologa_acordo_entre_pernambuco_e_espirito_santo_para_resgate_de_r$100_milhoes_em_icms)) e do Espírito Santo (<https://pge.es.gov.br/Not%C3%ADcia/acordo-entre-es-e-pe-garante-r-50-mi-a-cada-estado>).

¹²⁶ Divulgado por meio de artigo de opinião no Jornal do Commercio, de 27/02/2018. O título desse artigo, inclusive, é bastante sugestivo: “Um importante precedente”.

proporcionar uma visão global do problema ou de identificar possíveis fatores que o influenciam ou são por ele influenciados” (GIL, 2002, p. 55).

Ressalte-se, ainda, que o estudo de caso único se mostra interessante para a pesquisa jurídica, tendo em vista as especificidades desse campo. Em regra, as pesquisas em direito tomam por objeto de estudo uma determinada instituição ou um determinado acontecimento (MACHADO, 2017, p. 377). São as chamadas “amostras de meio institucional” e “amostras de acontecimento”, as quais são típicas de amostragens por caso único (PIRES, 2008, p. 158 e ss. *apud* MACHADO, 2017, p. 377).

No caso presente, trata-se de uma mescla da amostra de meio institucional e da amostra de acontecimento, tendo em vista que será analisado determinado acontecimento (a realização de negócio processual por determinada Fazenda Pública) e também o procedimento da instituição que o efetivou. É em razão disso que Machado (2017, p. 378-381) afirma que é difícil distinguir esses 02 (dois) tipos de amostra, já que não há como analisar determinado acontecimento sem analisar também, de forma direta ou indireta, a instituição jurídica envolvida no evento.

Deve ser ressaltado para o estudo de caso, o desenvolvimento de uma teoria de base é de suma importância (YIN, 2001, p. 49), a qual tem por função servir como referencial teórico da pesquisa. Não há como analisar dados (o caso) sem haver uma teoria. É necessário que exista “uma plataforma teórica que aponte o que investigar, como demonstrar as proposições do estudo e que oriente a abordagem a aproximação com o fenômeno propriamente dito” (MARTINS, G., 2006, p. 18-21).

A teoria, ressaltado-se, pode ser observada a partir de 02 (dois) momentos. O primeiro já destacado, como uma base e um ponto de partida para a pesquisa empírica. E o segundo momento, como um objeto de teste da teoria. Nesse outro momento, o estudo de caso terá o propósito de determinar ou testar a teoria desenvolvida (YIN, 2001, p. 49; MACHADO, 2017, p. 385). É o que se pretende efetivar neste capítulo.

O estudo de caso pode ser exploratório, descritivo ou explanatório (YIN, 2001, p. 23)¹²⁷. A pesquisa exploratória tem por objetivo uma maior aproximação com o objeto de estudo no sentido de torná-lo mais claro, de aprimorar ideias e de constituir hipóteses (GIL, 2001, p. 41). Por sua vez, a pesquisa descritiva tem a função de descrever determinado fenômeno, estabelecendo relações entre variáveis as mais diversas (GIL, 2001, p. 42). Já a explanatória (ou explicativa) tem por meta “[...] identificar os fatores que determinam ou que

¹²⁷ Nada impede, porém, que seja realizada uma pesquisa que combine essas 03 (três) espécies, a depender da pergunta realizada.

contribuem para a ocorrência dos fenômenos [...] explica a razão, o porquê das coisas” (GIL, 2001, p. 42-43).

Pelas características do presente estudo, acredita-se que ele é adequado a um estudo de caso exploratório, tendo em vista que o objetivo é compreender de forma melhor os negócios jurídicos processuais avançados pela Fazenda Pública, aprimorando ideias sobre esse tema e constituindo hipóteses sobre os seus limites e possibilidades.

Como técnica para a coleta de dados e evidências, será utilizada a pesquisa documental. Esse tipo de pesquisa assemelha-se à pesquisa bibliográfica, mas, ao contrário dessa última, não se vale de material editado (MARTINS, G., 2006, p. 46) nem de material que já recebera um tratamento analítico (GIL, 2001, p. 45-46). No caso, o material a ser analisado será, como já dito mais acima, o termo do negócio jurídico processual, a petição em que ele foi tornado público e as decisões que o analisaram. Trata-se, assim, de documentos de “primeira mão” (GIL, 2001, p. 46), os quais serão analisados mais detidamente no presente trabalho.

Portanto, trata-se de um estudo de caso exploratório documental, ou seja, serão analisados documentos sobre o caso (MACHADO, 2017, p. 368). Tais documentos serão estudados a partir da teoria acima construída, cotejando-os. Portanto, será realizada uma análise comparativa entre o caso (a partir de seus documentos) e a teoria desenvolvida. Será analisado, a partir dos parâmetros elencados nos capítulos anteriores, se o negócio jurídico processual efetivado concretamente por determinada Fazenda Pública está adequado aos limites e possibilidades do negócio processual de interesse público acima desenvolvido.

Assim, a partir do problema de pesquisa (*Como ocorre o controle dos negócios jurídicos processuais realizados pela Fazenda Pública, tendo em vista os limites que devem ser observados para a preservação do interesse público?*) e do desenvolvimento da teoria acima delineada, o caso será analisado de forma específica e detalhada acerca de suas características, comparando-as com esse arcabouço teórico desenvolvido.

Para deixar mais claro como será efetivada a análise do caso concreto, ou seja, como será efetivado o cotejo acima mencionado, é preciso destacar os parâmetros que serão observados no estudo abaixo. Esses parâmetros servirão como um *checklist*, cuja presença ou não será verificada no caso concreto. E uma vez presentes ou não, será analisada qual as consequências daí provenientes.

Os parâmetros serão os seguintes (vide quadro 1 abaixo): a) o objeto do negócio processual (se envolve interesse público primário ou secundário); b) se presentes os requisitos dos negócios processuais em geral e os requisitos dos atos administrativos; c) a conformidade

ao direito (respeito aos princípios e regras constitucionais e legais); d) se a manifestação de vontade tem ou não algum vício; e) a motivação do negócio processual; f) se foi observado o interesse público *in abstracto* e *in concreto*; g) a clareza das cláusulas do negócio e o respeito à boa-fé; h) o cumprimento do negócio; i) a transparência e publicidade dada ao negócio; e j) se houve controle por parte do juiz e se ele foi *a priori* ou *a posteriori*.

Quadro 1: Parâmetros de Análise

PARÂMETROS DE ANÁLISE	EXPLICAÇÃO DOS PARÂMETROS
a) Objeto do Negócio Processual (NJP)	a.1) interesse público primário; a.2) interesse público secundário
b) Requisitos dos NJP e dos Atos administrativos	b.1) capacidade de ser parte e de estar em juízo / competência; b.2) licitude e determinabilidade do objeto / adequação; b.3) forma prevista em lei; b.4) existência de motivo para a prática do ato; b.5) finalidade de interesse público; b.6) manifestação de vontade não viciada
c) Conformidade ao direito	c.1) respeito aos princípios e regras constitucionais e legais (p. ex., moralidade, eficiência, publicidade, impessoalidade, dentre outros)
d) Vícios quanto à manifestação de vontade	d.1) ausência de erro, dolo, coação, dentre outros)
e) Motivação	e.1) NJP devidamente fundamentado/motivado (demonstração dos fundamentos de fato e de direito / adequação ao negócio avençado)
f) Observância do interesse público	f.1) interesse público <i>in abstracto</i> ; f.2) interesse público <i>in concreto</i>
g) Clareza das cláusulas do NJP e observância à boa-fé	g.1) cláusulas objetivas (inexistência de dubiedade); g.2) existência de boa-fé nas tratativas, na celebração e no cumprimento do NJP
h) Cumprimento do NJP	h.1) consequências processuais e administrativas decorrentes do descumprimento
i) Transparência e publicidade	i.1) máxima publicidade do NJP (transparência);

	i.2) <i>accountability</i>
j) Controle por parte do Juiz	j.1) controle <i>a priori</i> ou <i>a posteriori</i> ; j.2) controle de validade; j.3) controle quanto ao cumprimento do NJP

Fonte: *Elaboração do autor.*

Deve-se ressaltar, por fim, que como se trata de uma análise jurídica do caso, o estudo desse mesmo caso deve ser adaptado à realidade do direito. Como a construção teórica do direito, e principalmente do direito processual civil, é voltada para a prática, mostra-se interessante que a pesquisa no campo jurídico tenha também um objetivo de contribuir para a pragmática do direito. Assim, além de problematizar e analisar determinada questão, é importante que se construa uma “recomendação de ação prática” (PINTO JÚNIOR, 2018, p. 41).

[...] o estudo de caso pressupõe a avaliação crítica de uma solução já adotada, com sugestões de aprimoramento (proposições contrafáticas) ou de alargamento do campo de aplicação (proposições abrangentes) (MITCHELL G., 2004). Os dois percursos demandam uma conclusão propositiva.

[...]

O pesquisador deve organizar e completar a descrição fática, identificar as questões relevantes (estratégicas e jurídicas), analisar e avaliar criticamente, enunciar as lições apreendidas com potencial de generalização e propor aprimoramentos na solução adotada.

O estudo de caso combina bem com o modelo de pesquisa profissional. Isso porque propicia a abordagem integrada de aspectos estratégicos e jurídicos, assim como a discussão de questões dogmáticas devidamente contextualizadas (e não apenas no plano teórico-abstrato). Permite simultaneamente compreender a relevância do problema jurídico e a lógica da solução adotada. Possibilita ainda criticar com imparcialidade decisões judiciais ou administrativas, mostrando eventuais equívocos conceituais ou de percepção da realidade concreta, indicando caminhos alternativos. Trata-se de uma abordagem retrospectiva sobre uma situação real conflituosa, ou apenas problemática. A necessidade de contextualização fática impõe a conexão com a realidade. (PINTO JÚNIOR, 2018, p. 41-42)

Com base nessas premissas, será desenvolvido o estudo de caso da seguinte forma: a) de início, será descrito o caso, com todas as suas características; b) após, serão identificados os principais pontos relevantes (principalmente, as questões jurídicas); c) em seguida, serão analisadas as petições referentes ao negócio processual, o termo de negociação, os termos de audiência, as manifestações do Ministério Público e as decisões judiciais; d) concomitantemente à etapa anterior será efetivado o cotejo do caso concreto à teoria desenvolvida nos capítulos anteriores (com os parâmetros acima destacados); e e) por fim, será efetivada a recomendação de ação prática, propondo-se aprimoramentos na solução adotada no caso concreto (PINTO JÚNIOR, 2018).

Quanto a essas etapas, deve ser esclarecido apenas que será dada especial atenção ao

negócio processual propriamente dito e às decisões judiciais. E assim ocorrerá em razão do cerne do presente trabalho, qual seja, a análise dos limites e possibilidades de negociação processual por parte da Fazenda Pública, além do seu controle. Assim, o negócio processual propriamente dito e as decisões judiciais serão o que se denomina de “unidades de análise” do estudo de caso, ou seja, eles serão objeto de uma maior atenção no presente estudo (MACHADO, 2017, p. 373-377). Portanto, no tópico seguinte serão destacados o caso, o contexto em que inserido e as unidades de análise (MACHADO, 2017, p. 373-377; YIN, 2001, p. 43-46).

Apresentado o método, passa-se a seguir à análise efetiva do caso concreto.

4.1.2. Análise do caso concreto.

O caso concreto escolhido para análise foi extraído do Processo n.º 0004931-87.2015.8.17.2001, em trâmite na 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Recife, no Tribunal de Justiça de Pernambuco¹²⁸. Trata-se de uma Ação de Consignação em Pagamento, que tem por parte autora a Petróleo Brasileiro S/A. E por réus, os Estados de Alagoas, da Bahia, do Espírito Santo, de Pernambuco, do Rio de Janeiro e de Sergipe.

A autora propôs tal ação com o intuito de depositar judicialmente valores referentes a créditos tributários de ICMS (Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação). Como haveria, segundo a autora, uma dúvida quanto a quem seria o Estado sujeito ativo da relação jurídico-tributária, ela, com base no art. 164, III, do Código Tributário Nacional (CTN)¹²⁹, resolveu consignar em juízo os valores relativos ao tributo acima mencionado. Para tal consignação, a autora tomou por base também o que disposto no art. 895, do CPC de 1973¹³⁰ (hoje art. 547, CPC/ 2015¹³¹).

¹²⁸ Cf. principais peças processuais relativas ao negócio processual nos anexos à presente dissertação.

¹²⁹ **Art. 164. A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:**

I - de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;

II - de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal;

III - de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.

¹³⁰ Art. 895. Se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento, o autor requererá o depósito e a citação dos que o disputam para provarem o seu direito.

¹³¹ Art. 547. Se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento, o autor requererá o depósito e a citação dos possíveis titulares do crédito para provarem o seu direito.

A consignante alegou que estava sendo atuada em uma única operação de determinada mercadoria por 02 (dois) estados diferentes (pelo Estado de origem, que considerava, assim como a própria autora, que haveria uma mera operação interestadual; e pelo Estado de destino da mercadoria, que considerava que haveria duas operações, uma interestadual e uma interna). Diante disso, não estaria claro quem seria o sujeito ativo da relação tributária, como já ressaltado.

Devido a isso, após a propositura da ação e de autorização judicial, começou a efetuar depósitos em juízo relativos aos valores dos tributos incidentes sobre as operações relativas à circulação de mercadorias. Assim, a autora passou a realizar dois depósitos, um que ela denominou de ICMS-recuperável (referente à operação interna) e outro, de ICMS-não recuperável (referente à operação interestadual)¹³². E cada depósito desse também foi identificado de acordo com o Estado de origem¹³³.

Como esses depósitos vêm sendo realizados desde 2015, alguns dos Estados perceberam que, em razão da complexidade do mérito da demanda (existem várias anulatórias sobre a questão de fundo¹³⁴), não haveria qualquer previsão de solução do processo. E nesse tempo todo já haviam sido depositados mais de R\$ 100 milhões (em valores históricos) só com relação ao ICMS-não recuperável daqueles Estados em específico, ou seja, valores incontroversos em relação à consignante. Portanto, trata-se de quantia que não retornaria à autora, devendo, ao fim do processo, ser remetido ou para o Estado de destino ou para um dos Estados de origem réus da ação. E quando a quantia é incontroversa, é possível ao réu, que tenha alegado insuficiência do depósito, levantar, desde logo, a quantia incontroversa. São os termos do art. 545, *caput* e § 1º, do CPC/2015¹³⁵.

Com base nesse contexto fático e jurídico, 02 (dois) desses Estados (o Estado do Espírito Santo e o Estado de Pernambuco) decidiram avançar negócio jurídico processual, consistente exatamente no levantamento dessa parcela incontroversa (o denominado pela

¹³² A consignante denominou tal depósito como ICMS-recuperável, pois, caso sua tese seja a vitoriosa, ela irá levantar esses valores para si mesma. Já a denominação ICMS-não recuperável concerne ao fato de que não importa qual tese seja vitoriosa, os valores depositados a tal título não retornarão, em nenhuma hipótese, à consignante.

¹³³ A consignante abriu uma conta judicial para cada um dos Estados de Origem (Alagoas, Bahia, Espírito Santo, Rio de Janeiro e Sergipe).

¹³⁴ 0005905-27.2015.8.17.2001, 0003516-98.2017.8.17.2001, 0021601-69.2016.8.17.2001, 0001276-93.2015.8.17.0001 e 0056048-40.2014.8.17.0001.

¹³⁵ Art. 545. Alegada a insuficiência do depósito, é lícito ao autor completá-lo, em 10 (dez) dias, salvo se corresponder a prestação cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato.

§ 1º No caso do *caput*, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a consequente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida.

autora de ICMS-não recuperável). Para tanto, esses Estados tomaram por base o já citado art. 545, *caput* e § 1º, do CPC/2015 e requereram o levantamento do valor dito incontroverso (em torno de R\$ 100 milhões).

De início, esses entes políticos notificaram ao Juiz de 1º grau a realização do negócio processual acima mencionado por meio de petição conjunta¹³⁶. Nessa petição, é explicitada a discussão que envolve a ação consignatória (item 1) e em seguida são apresentadas as razões para a efetivação do negócio processual (item 2).

Nesse item 2¹³⁷, os Estados negociantes informam que só em relação às vendas de gás natural proveniente do Espírito Santo para Pernambuco foi depositada (até setembro de 2017) a quantia de R\$ 167.184.482,43 (cento e sessenta e sete milhões, cento e oitenta e quatro mil quatrocentos e oitenta e dois reais e quarenta e três centavos) e que, segundo esses entes políticos, consistiria em “receitas tributárias que deixaram de ser arrecadadas” e que poderiam ser utilizadas “para a realização de políticas públicas de interesse da população (como saúde, educação, segurança pública, moradia etc.”. Desse total, pretenderam levantar R\$ 100.544.063,92 (cem milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil e sessenta e três reais e noventa e dois centavos), que é o montante que a consignante considera como não-recuperável.

Afirmam ainda que não haveria consenso quanto à tese jurídica de fundo (a existência ou não da operação interna), mas que haveria consenso quanto ao levantamento dos valores depositados. Diante disso, tomaram por base o que disposto no art. 190, CPC/2015 c/c art. 200, CPC/ 2015, além do que disposto no art. 545, *caput* e § 1º, também do CPC/2015, para efetivar negócio processual, tendo em vista que os depósitos seriam insuficientes e que não haviam sido completados pela consignante, permitindo-se aos réus o levantamento desde logo da quantia depositada.

Nas palavras dos interessados no negócio processual¹³⁸,

O que se propõe, então, neste petitório, tendo em vista o disposto no *caput* do art. 190 do CPC-2015, é a modificação do procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, consistente na convenção, pelos peticionários, de que dividirão ao meio os valores atualmente depositados nos autos em seu favor para não precisarem aguardar o desfecho do processo para levantá-los, e de que os valores que em tese podem vir a ser levantados pela PETROBRÁS permanecerão vinculados ao feito como forma de possibilitar eventual ajuste de contas que se faça necessário ao final do seu processamento.

¹³⁶ Vide Anexo A a esta dissertação.

¹³⁷ Vide Anexo A a esta dissertação.

¹³⁸ Vide Anexo A a esta dissertação.

Os intervenientes (Estados do Espírito Santo e de Pernambuco) consideraram que por meio da realização desse negócio processual haveria um ajuste quanto ao procedimento e uma convenção quanto a uma faculdade processual. O ajuste quanto ao procedimento decorreria dos fatos de que a consignante não teria depositado os valores integrais assim considerados pelos intervenientes acima e de que pairaria dúvidas sobre quem teria a legitimidade para levantamento dos depósitos. Fatos esses que impediriam a fruição da faculdade do art. 545, § 1º, CPC/2015. Diante disso, entenderam por bem realizar negócio processual quanto à essa especificidade da causa.

A convenção quanto à faculdade consistiu exatamente na utilização da permissão do art. 545, § 1º, CPC/ 2015, qual seja, o levantamento do valor depositado (no caso, os depósitos denominados de ICMS-não recuperável), com a ressalva de que a discussão de mérito quanto a esses valores permaneceria. Quer dizer, as partes convenientes não estariam reconhecendo o direito uma da outra. Ressalte-se que do valor levantado, 50% (cinquenta por cento) ficaria com um Estado e 50% com o outro Estado.

Convencionaram também que a depender do resultado final do processo (ou seja, quem será considerado o titular das verbas depositadas), o Estado titular da tese vencedora terá o direito de ter de volta o crédito que fora partilhado com o Estado que teve a tese derrotada (os 50% restantes). Quanto a isso, destacaram no campo dos pedidos (item 3) que

b) que esse MM. Juízo, ao final da demanda, quando declarar a titularidade dos depósitos efetuados, explicitar as consequências da afirmação do direito de um dos Estados em detrimento do outro, o que implicará necessariamente a afirmação do direito de um dos Estados em detrimento do outro, o que implicará necessariamente a afirmação do direito do titular final do depósito de haver de volta a fração de seu crédito que tenha sido partilhado por força do presente ajuste, de maneira a que a respectiva decisão valha como título executivo judicial, para todos os efeitos, nos termos da legislação processual aplicável.

Por fim, destacaram que como o negócio processual concerniria ao levantamento daquilo que a consignante considerava como “não-recuperável”, não haveria a necessidade dela consignante participar da avença processual.

Uma vez levado o negócio processual ao conhecimento do juiz competente, o magistrado decidiu designar audiência com a participação dos intervenientes no negócio

processual e da consignante¹³⁹. Presentes todos os intimados para a audiência¹⁴⁰, a consignante esclareceu que o negócio processual entre os Estados do Espírito Santo e de Pernambuco não atingiria negativamente nenhum dos outros Estados réus da ação. De toda forma, o MM. Juiz suspendeu a audiência no intuito de que, em audiência de continuação, os Estados negociantes apresentassem uma proposta do negócio jurídico processual, especificado em cláusulas e “sem qualquer oposição da Petrobrás”.

Em atenção à determinação do juiz, os Estados intervenientes do negócio apresentaram nova petição¹⁴¹, em ratificação aos termos da primeira, tendo sido acrescido apenas que a Petrobrás, por meio de seu representante, não se opunha ao negócio processual avençado. Em razão disso, os negociantes requereram a homologação do negócio com a consequente liberação, via alvará, de 50% do valor depositado a título de ICMS-não recuperável ao Estado do Espírito Santo e de 50% ao Estado de Pernambuco.

Ainda em atendimento à determinação do magistrado, juntaram planilha dos valores depositados¹⁴² e ainda um termo de negócio processual especificado em cláusulas¹⁴³. Nesse termo de negócio jurídico processual, as intervenientes descreveram, por meio de *consideranda*, as características da avença processual, elencando seus motivos e razões, tendo concluído pela realização de negócio processual nos mesmos termos narrados na petição primeira acima destacada.

Em seguida, em continuação à audiência antes realizada¹⁴⁴, o Juiz determinou a intervenção do Ministério Público para manifestação acerca do negócio processual, tendo determinado também a expedição de ofício aos bancos em que depositados os valores para que fosse informado os montantes ali consignados.

O Ministério Público, por sua vez, manifestou-se no sentido de que não caberia a sua intervenção na análise do negócio processual¹⁴⁵, tendo em vista que não haveria no caso qualquer interesse da coletividade em jogo e que, segundo o que dispõe, o art. 178, Parágrafo único, CPC/2015, “a participação da Fazenda Pública não configuraria, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público”.

¹³⁹ Vide Anexo B a esta dissertação.

¹⁴⁰ Vide termo de audiência no Anexo B desta dissertação.

¹⁴¹ Vide Anexo C a esta dissertação.

¹⁴² Vide Anexo C a esta dissertação.

¹⁴³ Vide Anexo D a esta dissertação.

¹⁴⁴ Vide termo de audiência no Anexo E desta dissertação.

¹⁴⁵ Vide o Anexo F desta dissertação.

Em análise do negócio processual, o Juiz de 1º grau decidiu não o homologar¹⁴⁶. Elencou algumas razões para tanto: a) a não citação de todos os Estados réus, o que impossibilitou que eles se manifestassem sobre o negócio processual; b) a inexistência de permissão para o negócio na legislação tributária vigente; c) o impacto tributário decorrente da renúncia de receita quando da solução da lide; d) a homologação do negócio não ocasionaria o fim do processo e que poderia ocorrer tumulto processual, além do risco de um Estado não devolver ao outro a quantia que lhe caberia ao fim do processo; e e) não se saberia ao certo quanto caberia a cada Estado dos valores depositados.

Como consequência dessa decisão, os Estados do Espírito Santo e de Pernambuco interpuseram agravo de instrumento¹⁴⁷, com fulcro no art. 1.015, I e III, CPC/2015 (interpretação por analogia explicada nas razões do agravo¹⁴⁸), no intuito de reformar a decisão de 1º grau com o consequente reconhecimento de validade do negócio jurídico e com a conferição a esse de eficácia. As razões desse recurso basicamente repetiram os termos já postos na primeira petição e nas peças seguintes. De novo, apenas o rebatimento às justificativas postas pelo magistrado para negativa de homologação do negócio processual.

Nesse rebatimento, os Estados destacaram que não caberia ao Juiz a análise quanto a qualquer outra questão que não fosse a validade do negócio e que a invocação de qualquer outro motivo para negar eficácia ao negócio seria caso de “violação legal manifesta”. Foi realçado também que o negócio avençado em nada atingiria as esferas econômicas dos demais réus. Não haveria, portanto, necessidade da manifestação desses entes no negócio. Acresceu-se que não haveria no caso qualquer renúncia de receita, já que o objeto do negócio não estaria abarcado em quaisquer das hipóteses da LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Alegaram ainda que não existiria qualquer tumulto processual, mas sim a utilização de um instituto previsto no código processual civil de 2015 e que não haveria qualquer risco de não devolução de valores por qualquer um dos lados. Por fim, foi sublinhado que não haveria nem necessidade de homologação judicial do negócio, tendo em vista o que disposto no art. 200, CPC/2015 e que caberia apenas a determinação de expedição dos alvarás.

Em seguida, houve a manifestação do representante do MP no 2º grau, a qual seguiu os mesmos termos do representante do MP do 1º grau¹⁴⁹.

Finalmente, em análise do agravo de instrumento, o Desembargador relator proferiu

¹⁴⁶ Vide o Anexo G desta dissertação.

¹⁴⁷ Vide o Anexo H desta dissertação. Esse agravo recebeu outro número, qual seja: 0012427-54.2017.8.17.9000.

¹⁴⁸ Vide o Anexo H desta dissertação.

¹⁴⁹ Vide o Anexo I desta dissertação.

decisão terminativa¹⁵⁰, sem remessa ao colegiado. Nessa decisão, o relator considerou preenchidos todos os requisitos para a realização do negócio jurídico processual entre os Estados do Espírito Santo e de Pernambuco e resolveu homologá-lo, tendo determinado a expedição de alvarás para levantamento dos valores relativos ao denominado ICMS não-recuperável (50% para cada um dos Estados). A título de destaque, o Desembargador afirmou em sua decisão a existência de “inequívoco benefício econômico” decorrente do acordo.

A título ilustrativo, traz-se à colação as razões principais que fizeram o relator homologar o negócio processual¹⁵¹:

Forte nessas premissas, após cuidadosa análise da documentação que compõe os presentes autos, não vislumbro qualquer indício de nulidade no negócio jurídico processual firmado entre as fazendas públicas de Pernambuco e Espírito Santo, vez que, em primeiro lugar, a sociedade de economia mista cuidou de planilhar e segregar os valores que competem a cada unidade da federação, tendo efetuado os respectivos depósitos em contas judiciais individualizadas, evitando assim qualquer confusão de titularidade em relação aos Estados envolvidos em cada operação.

De outra banda, também não há que se falar em renúncia de receita tributária pelas fazendas públicas envolvidas ou em risco de tumulto processual, na medida em que nenhuma das partes abriu mão da tese jurídica relativa à titularidade do ICMS defendida em juízo, mas sim, bem ao reverso, explicitaram o intuito de persistir em litígio até o advento da decisão definitiva com trânsito em julgado, e, em homenagem à prudência que deve nortear o trato com recursos públicos, convencionaram expressamente a obrigação de realizar as eventuais compensações ao final do processo [...]

Os alvarás foram expedidos e as partes puderam levantar, cada uma, os seus 50% acordados. Já houve o trânsito em julgado nesse agravo de instrumento.

Descrito o caso, com as suas características principais, passa-se à segunda etapa do estudo de caso, qual seja, a identificação dos principais pontos relevantes (principalmente aqueles relativos às questões jurídicas).

Assim sendo, os pontos relevantes do caso em questão são: a) a possibilidade de efetivação de negócio processual; b) a efetiva realização de um negócio processual e c) o cumprimento dos requisitos para um negócio processual.

Esses pontos destacam a questão de que talvez não fosse possível a realização do negócio processual efetivado pela Fazenda Pública dos Estados em questão. Em segundo lugar, caso demonstrado a possibilidade do negócio, ainda pode ter acontecido de o negócio realizado não ter sido tecnicamente processual. Quer dizer, apesar de denominado “processual”, ele pode, na verdade, ser um negócio material. Em último lugar, caso

¹⁵⁰ Vide o Anexo J desta dissertação.

¹⁵¹ Vide o Anexo J desta dissertação.

efetivamente seja um negócio processual, pode ser que os requisitos do negócio não tenham sido preenchidos. E por conta disso talvez não fosse o caso realmente de homologá-lo.

Todas essas são questões principais que permearão as próximas 02 (duas) etapas do presente estudo de caso.

Assim, fixados os pontos relevantes, passa-se à análise do caso propriamente dita e desses pontos relevantes. Nessa análise, serão desenvolvidas 02 (duas) das etapas do estudo de caso acima descritas. Ao mesmo tempo em que serão analisadas as peças processuais (petições, decisões, termos e manifestações) concernentes ao negócio processual efetivado entre as Fazendas Públicas será efetivado o cotejo entre o caso concreto e a teoria desenvolvida nos capítulos anteriores.

Como já destacado no tópico anterior, as “unidades de análise” do presente estudo de caso serão o próprio negócio jurídico processual e as decisões judiciais proferidas em razão dele. E como já destacado essas são as chamadas “unidades de análise”¹⁵² em razão do cerne do presente trabalho, qual seja, a análise dos limites e possibilidades de negociação processual por parte da Fazenda Pública, além do seu controle.

Para tanto, as “unidades de análise” vão ser destrinchadas de acordo com os parâmetros mais acima fixados, os quais o foram inclusive por meio de tabela¹⁵³. Assim sendo, a seguir o negócio jurídico processual passa a ser analisado em comparação com os parâmetros já descritos.

a) objeto do negócio processual.

Para esse parâmetro, será analisado se no caso concreto poderia ser efetivado um negócio processual e se se trata realmente de uma avença desse tipo (tecnicamente processual). E será analisado, principalmente, qual o objeto do negócio, se concernente ao interesse público primário ou ao interesse público secundário.

Antes de adentrar ao caso propriamente dito, mostra-se interessante que sejam retomadas algumas considerações postas acerca da teoria desenvolvida nos capítulos anteriores¹⁵⁴.

Os negócios jurídicos processuais são fatos jurídicos em que, por meio de um ato de

¹⁵² Cf. item 4.1.1 acima.

¹⁵³ Cf. quadro 1 no item 4.1.1 acima.

¹⁵⁴ Cf. itens 2.3, 2.4.1 e 3.4 acima.

vontade, os interessados podem escolher uma categoria jurídica processual, a qual surtirá os efeitos (categoria eficaz) queridos (ou seja, esses efeitos também podem estar à disposição de escolha desses mesmos interessados) por aqueles sujeitos dentro do processo, venha ele a existir ou não. Quer dizer, são atos que determinados interessados praticam de forma voluntária para que produzam determinados efeitos legais que também são de seu interesse (BRAGA, 2007; DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2013; DIDIER JR., 2015a).

No caso dos negócios jurídicos processuais, foi ressaltado que os elementos necessários e suficientes para que eles existam são a manifestação ou declaração consciente de vontade, um poder de autorregramento da categoria jurídica ou da categoria eficaz nos termos do que disposto no art. 190, CPC/2015 e a referência a um processo apto a existir ou já existente (ATAÍDE JÚNIOR, 2015; NOGUEIRA, 2016).

Portanto, o objeto a ser transacionado nesse tipo de acordo refere-se, por óbvio, a questões concernentes ao processo (questões procedimentais ou questões relativas a situação/posição processual – ônus, poderes, faculdades, deveres processuais – art. 190, CPC/15).

Assim sendo, o que a Fazenda Pública vai negociar são questões referentes aos processos em que inserida. E, como é praxe no Direito brasileiro, a Fazenda Pública tem uma série de prerrogativas processuais - prazos maiores, intimações pessoais, remessa necessária, dentre outras (CUNHA, 2013).

Em razão disso, como já ressaltado anteriormente, há quem entenda (BARREIROS, 2016) que a Fazenda Pública só pode avançar negócios jurídicos processuais relativos às suas “prerrogativas relacionadas ao funcionamento da estrutura administrativa”. Assim, a Fazenda poderia efetivar, por exemplo, negócios relativos a prazos processuais e intimações processuais (BARREIROS, 2016).

Não poderia, porém, realizar negócios relativos às “prerrogativas relacionadas ao regime jurídico de direito material a que se sujeitam as pessoas jurídicas de direito público ou à própria natureza dessas” (BARREIROS, 2016). Assim, a Fazenda não poderia efetivar, por exemplo, negócios relacionados ao pagamento por precatório, à remessa necessária, às regras especiais para a fixação de honorários de sucumbência, dentre outras (BARREIROS, 2016).

Também não poderia haver uma disposição processual que viesse a prejudicar a recuperabilidade do crédito público ou que impedisse, de alguma forma, a efetivação de uma política pública, por exemplo.

Pensa-se que essa divisão quanto ao objeto apto à negociação vem a ser muito útil para estipular quais negócios jurídicos processuais são possíveis quando se está diante da Fazenda

Pública como sujeito processual. Principalmente, quando tem-se em conta a divisão entre interesse público primário e interesse público secundário, já tantas vezes discutida no presente texto.

É por conta disso que é necessário estar atento ao objeto do negócio. É preciso que se observe se o objeto é disponível. Ou, caso indisponível (o material, ao menos), que a negociação sirva para preservar ainda mais essa qualidade. No caso, como já reiterado algumas vezes, é preciso que se faça a diferença entre interesse público primário e secundário. Se primário, a negociação, de início, deve ser impedida. Se secundário, a negociação, de início, será possível.

No caso presente, ora analisado, as Fazendas Públicas dos Estados do Espírito Santo e de Pernambuco resolveram avançar negócio processual com o intuito de levantar determinada quantia de dinheiro depositada pela consignante. O intuito principal, com toda a certeza, foi efetivar a possibilidade desses entes políticos terem acesso ao montante depositado. Assim, de início, poderia parecer que não houve qualquer negócio processual. Tratar-se-ia, na verdade, de um negócio material. Uma transação propriamente dita.

Contudo, ao analisar os documentos¹⁵⁵ do negócio mais detidamente, vê-se que foi sim realizado um negócio processual. Destarte, os interessados trabalharam a forma para atingir o conteúdo. O negócio processual foi utilizado com o objetivo de se obter o material. Assim, a convenção efetivada pelas Fazendas têm tanto características processuais como materiais. Pensa-se que isso não é um problema, já que nada impede que o negócio seja misto (processual e material). Pode acontecer, inclusive, de um negócio ser completamente material, no qual consta apenas uma cláusula de negócio processual (CABRAL, 2016).

Quanto ao negócio processual propriamente dito, ele foi efetuado de forma voluntária - os Estados foram devidamente (re)presentados pelas respectivas Procuradorias¹⁵⁶, a partir da escolha de uma categoria jurídica (a faculdade do levantamento de quantia em razão da insuficiência do depósito efetivado pela consignante, disposto no art. 545, § 1º, CPC) e de uma categoria eficaz (o levantamento do dinheiro e a formação do título – a sentença – para restituição de um dos Estados pelo outro ao fim do processo). E tudo isso ocorreu com referência a um processo (a consignação em pagamento).

Assim, vê-se possível o negócio da forma como ele foi efetuado, podendo ele ser tecnicamente designado como processual, mesmo que com algumas características materiais.

¹⁵⁵ Vide anexos a esta dissertação.

¹⁵⁶ Essa questão será melhor analisada mais abaixo.

E o objeto negociado, de interesse público primário ou secundário? Pensa-se que secundário. Explica-se.

Como dito anteriormente, a realização de negócio processual pela Fazenda Pública deve sempre ter em conta o direito material, tendo em vista que esse não pode ser prejudicado nem indiretamente. Daí a importância da divisão interesse público primário e secundário. O primário, em regra, é indisponível. O secundário, passível à disponibilidade¹⁵⁷.

Do que se observa do negócio em questão, vê-se que não foi objeto dele questão concernente a interesse público primário (interesse público propriamente dito), mas sim referente a *interesse público secundário*. No caso, levantamento de quantia referente à arrecadação de tributo. Quantia essa cujo objetivo é a sua utilização “para a realização de políticas públicas de interesse da população (como saúde, educação, segurança pública, moradia etc.)¹⁵⁸”. Assim, trata-se do interesse público secundário em prol do primário.

No mais, se esse dinheiro a ser levantado será efetivamente utilizado para a consecução das políticas públicas, tal tarefa cabe aos órgãos de controle interno e externo já descritos no presente trabalho¹⁵⁹. Tal controle, acredita-se, não se trata de verificação do cumprimento do negócio processual, mas de fiscalização do gasto público, a cargo, por exemplo, dos Tribunais de Contas.

Diante disso, a possibilidade de levantamento da quantia não se mostra indisponível, assim como também não é indisponível a negociação quanto à faculdade ou não do levantamento. Como o levantamento é uma faculdade do réu, nos termos em que descrito no código processual (art. 545, § 1º, CPC/15), não há qualquer problema em os réus do caso ora analisado negociarem acerca dessa faculdade, até porque os valores depositados concerniam exatamente aos dois Estados negociantes.

Deve ser destacado, ademais, que não houve, como já ressaltado, qualquer negociação quanto a prerrogativas relacionadas ao regime jurídico de direito material, nem também, por estranho que pareça, a prerrogativas relativas ao funcionamento da estrutura administrativa. Na verdade, tratou-se de uma negociação relativa a uma prerrogativa ampla, disponível a qualquer sujeito processual que não necessariamente a Fazenda Pública. Como não houve qualquer malferimento a qualquer questão de interesse público, pensa-se que esse tipo de negócio pode ser realizado sem problemas.

¹⁵⁷ Cf. capítulo 1, principalmente e item 2.1.

¹⁵⁸ Vide o Anexo A desta dissertação.

¹⁵⁹ Cf. capítulo 3, principalmente.

Ademais, também não houve qualquer disposição processual apta a prejudicar a recuperabilidade do crédito público. Na verdade, as partes deixaram bem claro, nos termos de seu negócio processual, que nenhuma delas estava renunciando ao direito sobre que se fundava a ação, ou seja, quanto ao mérito elas foram intransigentes. Nenhum dos entes reconheceu o direito do outro: apenas se acertaram quanto à possibilidade de levantamento da quantia depositada, incontroversa em relação à consignante.

Ressalte-se, assim, que não houve, pelo que se observa dos termos do negócio processual, qualquer renúncia, direta ou indireta, à receita tributária. Assim, não procede esse argumento posto pelo juiz de 1º grau para negar a homologação ao negócio. Na verdade, as partes vão continuar discutindo a questão referente à *receita tributária* e o objetivo do negócio foi exatamente fazer adentrar aos cofres públicos essa receita.

Talvez o ponto mais questionável seja o referente à conclusão do negócio, na qual é disposto que ao final da demanda, a depender de quem seja declarado titular do depósito, se Espírito Santo ou se Pernambuco, o Estado perdedor terá de ressarcir os 50% por ele levantados, servindo a sentença como um título judicial. Contudo, em razão da particularidade da questão sua análise ocorrerá de forma mais detida no item 'f' abaixo.

Portanto, quanto ao objeto não se observa grandes problemas no negócio processual analisado.

b) requisitos dos negócios processuais e dos atos administrativos em geral.

Nesse segundo parâmetro de análise, foi definido que seria analisada a existência dos requisitos dos negócios processuais e dos atos administrativos em geral. Para isso, retoma-se questões desenvolvidas mais acima¹⁶⁰.

Como destacado, a realização de negócios jurídicos processuais por parte da Fazenda Pública deve observar alguns limites. Além da necessidade de serem observados os requisitos dos negócios jurídicos em geral (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei – art. 104, do Código Civil/02) e adaptados às características do processo, há de se ter em conta os requisitos de validade exigidos para todo ato administrativo (CIANCI; MEGNA, 2015).

Assim, os requisitos dos negócios jurídicos em geral devem ser, por óbvio, adaptados

¹⁶⁰ Cf. itens 2.4.1 e 3.4 acima.

às características do processo. Portanto, nos termos do que disposto no Código Civil (art. 104), a) o sujeito deve ter capacidade de ser parte e de estar em juízo; b) o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, não ferindo norma processual cogente e assegurando o respeito ao formalismo processual; c) a forma tem que ser aquela prevista em lei; d) e a manifestação de vontade não pode ser viciada (ATAÍDE JÚNIOR, 2015).

Da mesma forma, é necessário ter respeito também aos requisitos dos atos administrativos em geral, quais sejam: a) a competência do agente público, decorrente de lei; b) a adequação do objeto; c) o motivo, que deve ser congruente ao ato praticado; d) a forma e e) a finalidade de interesse público (BARREIROS, 2016; CIANCI, MEGNA, 2015).

Barreiros (2016), por meio de uma fusão dos requisitos dos negócios jurídicos em geral e dos requisitos dos atos administrativos, afirma que os requisitos de validade “[...] do ato administrativo que conduzirá à conclusão do negócio jurídico processual pelo Poder Público” são:

a) a competência (requisito subjetivo de validade); b) a licitude, possibilidade, precisão e determinabilidade do objeto (requisitos objetivos de validade); c) a existência de motivo subjacente à prática do ato e que guarde com esse vínculo de pertinência lógica (também requisito objetivo de validade); d) a forma prevista ou não defesa em lei (requisito formal de validade) e; e) a finalidade de interesse público (requisito finalístico de validade). Além desses, destaca-se, ainda, a motivação do ato administrativo [...] (BARREIROS, 2016, p. 302-303).

Em resumo, é essencial que na formação do negócio jurídico processual pela Fazenda Pública sejam observados: a) o objeto da negociação, que deve ser adequado; b) a autoridade competente para negociar; c) a forma, que deve ser transparente e controlável; d) o motivo, que deve ser razoável; e) e a finalidade do acordo, a qual deve ser legítima (CIANCI; MEGNA, 2015).

No caso concreto, o negócio foi efetivado pelos Procuradores Gerais de ambos os Estados. Nos termos da legislação processual civil, o Estado é representado em juízo por seus procuradores (art. 75, II, CPC/15). Além disso, as legislações regentes das respectivas Procuradorias, Lei Complementar n.º 02/1990 (Pernambuco) e Lei Complementar n.º 88/1996 (Espírito Santo), dispõem que são elas as procuradorias e seus procuradores os responsáveis por (re)presentarem os seus respectivos estados. Preenchido, portanto, o requisito quanto à competência para negociar e, por consequência, a capacidade de ser parte e de estar em juízo.

Deve ser ressaltado, ademais, que participaram do negócio processual as partes necessárias para tanto (as Fazendas dos Estados do Espírito Santo e de Pernambuco). Como

os valores depositados são incontroversos em relação à consignante, não haveria porque haver a sua participação. Da mesma forma, diferentemente do afirmado pelo magistrado na decisão interlocutória, não haveria porque aguardar a formação da relação processual concernente aos demais Estados réus, considerando que o negócio não tangenciava em nenhum momento questão relativa a esses entes políticos.

Quanto aos sujeitos do negócio processual, uma questão que surge é quanto à necessidade de participação do juiz como interveniente no negócio processual. Diz-se isso precipuamente no que concerne à cláusula segunda do termo do negócio¹⁶¹. Em razão de sua particularidade, tal ponto será tratado adiante no tópico 'j'.

Quanto ao objeto, já foram tecidas as mais diversas observações no tópico acima, devendo-se ressaltar apenas a licitude (previsto em lei), a possibilidade e a determinabilidade desse mesmo objeto, além de não ter sido ferida qualquer norma cogente processual. Na verdade, o procedimento realizado é perfeitamente previsto pela norma processual. E o formalismo foi assegurado (foi produzido termo e petição, nos quais o negócio é descrito de forma detalhada).

Não há forma prevista em lei para a redação do negócio. De toda maneira, no presente caso houve não só petições acerca da negociação, mas também termo do negócio, cuja feitura foi acertadamente determinada pelo magistrado de 1º grau. O negócio deve ser claro e transparente. Quanto mais detalhado melhor. E o termo serve exatamente para isso.

A razoabilidade e adequação do motivo em relação ao negócio está devidamente descrito nas peças analisadas. Pois bem, o negócio decorreu em razão da necessidade de levantamento de valores depositados judicialmente que, em tese, já deveriam estar arrecadados aos cofres públicos dos Estados negociantes. Assim, se o motivo era a necessidade de levantamento desses valores para a realização de políticas públicas o negócio processual foi efetivado exatamente com essa pretensão, sendo a negociação quanto ao levantamento adequado para tanto.

A finalidade de interesse público já foi analisada no item anterior e será examinada de forma mais detida no item 'f' abaixo. Diz-se o mesmo quanto à manifestação de vontade, se viciada ou não. Sua análise ocorrerá em outro item (item 'd').

Diante disso, vê-se preenchidos os requisitos do art. 190, CPC (processo, direito que admite autocomposição, partes capazes, mudança no procedimento e convenção sobre

¹⁶¹ Vide Anexos A e D desta dissertação.

faculdade processual), além, como já destacado, do preenchimentos do requisitos específicos dos negócios a envolver a Fazenda Pública.

c) conformidade ao direito.

Nesse terceiro parâmetro de análise, a ideia é verificar se houve no caso concreto o respeito aos princípios e regras constitucionais e legais, como moralidade, eficiência, publicidade, impessoalidade, dentre outros¹⁶².

Quanto a isso, foi destacada que há a necessidade, portanto, de os negócios jurídicos processuais da Fazenda sempre observarem o que dispõe a lei regedora. No caso, a lei regedora é o próprio Código de Processo Civil de 2015, além da Constituição Federal e de leis administrativas esparsas. O melhor, entretanto, seria que cada ente público editasse uma lei que viesse a disciplinar de forma mais detalhada as possibilidades e limites acerca dos negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública.

Além do mais, um dos principais limites relativos à negociação processual envolvendo a Fazenda Pública vem a ser a necessidade de garantia de isonomia no tratamento com os administrados (BARREIROS, 2016). Santos (2015) afirma que a Fazenda não poderia avançar negócios processuais com determinados particulares e, em outros casos idênticos, com outros particulares, não realizá-los. Isso, na sua visão, feriria de morte a isonomia e a impessoalidade.

Mas essa mesma Fazenda não pode avançar negócios jurídicos processuais sem observar a preservação da igualdade perante os administrados. Isso porque ela não pode tratar casos semelhantes de modo diverso (BARREIROS, 2016). É preciso que a Fazenda garanta de alguma maneira um tratamento isonômico em relação aos administrados na sua atuação diária, inclusive no que concerne aos negócios jurídicos processuais.

Para atingir tal fim, de respeito à igualdade, há quem defenda que os negócios jurídicos processuais realizados pela Administração Pública sirvam como um precedente para essa mesma Administração (BARREIROS, 2016). Isso com o objetivo de que casos similares sejam tratados isonomicamente.

Destaque-se, inclusive, que pode-se dizer que o cidadão administrado, no Estado Constitucional brasileiro, tem um verdadeiro “direito fundamental à boa administração pública”, calcada, dentre outros aspectos, no “direito fundamental à administração pública

¹⁶² Cf. item 2.4.1 e capítulo 3 acima.

isonômica ou imparcial, isto é, a que não pratica discriminação negativa de qualquer natureza.” (FREITAS, 2013). Ademais, como ressalta Bandeira de Mello (2003), a igualdade “visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual [...] contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos.”

Ressalte-se também, contudo, que esse tema, apesar de ser de suma importância para os negócios jurídicos que envolvem a Fazenda Pública, também preocupa no âmbito dos negócios jurídicos processuais entre particulares (YARSHELL, 2015). Principalmente, no que concerne à igualdade processual, que também acaba atingindo a relação Fazenda (com tantas prerrogativas) e particular.

Diante disso, é preciso ter em vista a incidência do princípio da igualdade em relação a “negócios pré-processuais que dificultem o acesso equilibrado ao processo”, assim como em relação a negócios realizados dentro do processo que venham a afetar o equilíbrio do feito (ABREU, 2015).

Além disso, é preciso que se preserve a imparcialidade (ou impessoalidade) e a probidade das atuações. Não podem haver decisões administrativas que visem a beneficiar interesses privados, em prejuízo ao interesse público a ser defendido. Do contrário, se assim se proceder, feridas estarão a imparcialidade e a probidade que os administradores públicos devem sempre guardar.

Além do mais, é necessário que se observe o respeito à juridicidade no atuar da Administração Pública. Como já destacado, é essencial que a Administração, quando de suas decisões, esteja fundada nos princípios e regras constitucionais e na legislação ordinária (FREITAS, 2009).

No caso em específico, não se vê ao menos de início nenhuma violação a princípio ou regra constitucional ou a regra legal. Ao que se vê, as Fazendas atuaram de acordo com as regras contidas no Código de Processo Civil, assim como nas suas próprias legislações de regência. Deve ser destacado que não há porquê impedir a eficácia do negócio processual decorrente de uma suposta inexistência de legislação tributária. Não houve qualquer negociação tributária para o levantamento de tal valor, mas sim processual. Na verdade, a discussão tributária posta serviu apenas para contextualizar o negócio processual efetivado pelas Fazendas dos Estados negociantes. Portanto, deve-se aplicar a legislação processual de regência.

Deve ser destacado apenas que seria interessante que os entes políticos

regulamentassem os negócios jurídicos processuais por meio de regulamentação própria¹⁶³. É interessante que seja disciplinada a forma como cada representante judicial da Fazenda Pública deverá atuar numa negócio processual, tendo em vista, por exemplo, a necessidade de uniformidade na atuação.

Ademais, não se observou qualquer objeto imoral, ímprobo, imparcial ou qualquer violação à impessoalidade/igualdade. Ao que parece, o negócio realizado prezou pela eficiência, tendo em vista o atingimento do objetivo final o levantamento do valor (que, em tese, já deveria estar arrecadado aos cofres públicos), considerando que os alvarás já foram levantados.

Deve-se apenas fazer uma ressalva quanto à questão da isonomia. Considerando que essa negociação se tornou um precedente para a Administração Pública (BARREIROS, 2016), pensa-se que caso os demais réus da ação de consignação tenham vontade de realizar a mesma negociação, ela deverá ser realizada nos mesmo termos, sob pena de claro malferimento ao princípio da isonomia.

E caso surjam casos posteriores, em outros processos, com partes diversas, deverão as Fazendas Públicas que ora efetivaram o negócio processual realizar um novo negócio nos mesmos termos anteriormente construídos.

Por fim, deve ser destacado que não cabe no caso a análise quanto à conveniência e oportunidade do negócio, tendo em vista que se trata de uma escolha do administrador (agente administrativo). Obviamente, essa escolha deve ser pautada pela legalidade ampla. Quanto à essa, como dito, não se observou qualquer problema.

Assim, não se vê qualquer desconformidade ao direito.

d) vícios quanto à manifestação de vontade.

Nesse parâmetro, será analisado se se pode constatar algum tipo de vício a atingir a manifestação de vontade (erro, dolo, coação, dentre outros)¹⁶⁴.

Como visto, entende-se perfeitamente possível a utilização dos dispositivos do Código Civil que tratam dos chamados vícios de consentimento (erro, dolo, coação, etc) e sociais (simulação, fraude contra credores) – arts. 138 a 184, CC/02. Contudo, é preciso observar que

¹⁶³ Como fez a PGFN, por meio da Portaria PGFN nº 360/2018 (atualizada pela Portaria PGFN nº 515/2018).

¹⁶⁴ Cf. item 2.4.1 acima.

existe uma teoria de invalidades processuais e que existe uma regulação no CPC/2015 acerca das invalidades processuais - art. 276 a 283 (CABRAL, 2016, p. 283-286; NOGUEIRA, 2016, p. 163-171). De toda forma, a manifestação de vontade deve ser livre e informada (CABRAL, 2016, p. 280-286), ou seja, é necessário que as partes do negócio jurídico processual estejam cientes e conscientes do que está sendo posto em acordo e quais as possíveis consequências desse negócio. Se houver algum tipo de ausência de conhecimento quanto à totalidade do negócio processual, deverá ele ser considerado inválido, salvo se atingir os fins pretendidos.

A administração, por meio do uso de sua discricionariedade, deve demonstrar que a negociação atende ao interesse público e que não está agindo em razão de algum interesse viciado que, ao contrário, venha a prejudicar o interesse público.

Do que consta das peças processuais, não se observou qualquer vício material ou processual. Ressalte-se que, caso existentes, esses vícios poderiam ter sido constatados pelos magistrados que atuaram na causa e também pelos representantes do Ministério Público, além dos representantes dos próprios Estados.

Realce-se que o magistrado de 1º grau teve todo o cuidado quanto a possíveis vícios constantes do negócio processual, tanto que realizou mais de uma audiência com as partes do negócio e, até mesmo, com a consignante, assim como determinou que as negociantes reduzissem o negócio a termo. Além disso, ainda concedeu ao Ministério Público a oportunidade de manifestação, o qual poderia efetivamente ter se manifestado, tendo em vista o interesse público envolvido (principalmente na íntima relação entre interesse público secundário e primário).

Apesar de toda a sua correta intervenção no negócio processual para análise de sua validade, o juiz de 1º grau encontrou invalidades materiais e processuais inexistentes. Como já realçado, não haveria qualquer necessidade de manifestação da consignante ou dos demais Estados-réus, tendo em vista que o negócio processual concernia única e exclusivamente ao âmbito jurídico dos Estados negociantes.

Também não haveria porque trazer em questão o fato de inexistir legislação tributária a tratar da questão. Como já salientado, o negócio processual deve ser regido por uma legislação processual e não, tributária. Por óbvio, que de forma indireta trata-se de uma questão financeiro-tributária, mas aí deveria haver a análise do que disposto, por exemplo, na

Lei de Responsabilidade Fiscal, que, no caso, não foi violada¹⁶⁵.

No mais, não se observou qualquer vício quanto à manifestação de vontade das Fazendas Públicas, até porque foram devidamente representadas pelos órgãos legalmente dispostos (suas respectivas procuradorias).

e) motivação.

No quinto parâmetro de análise, o estudo será focado a verificar se o negócio processual realizado foi devidamente fundamentado/motivado, tendo demonstrado os fundamentos de fato e de direito, além da adequação do motivo ao negócio efetivado.

E para que o controle ocorra a contento¹⁶⁶, faz-se mister que o negócio jurídico processual seja devidamente fundamentado/motivado, demonstrando o motivo de sua realização, ou seja, os fundamentos de fato e de direito e que ele tem adequação ao negócio efetivado, que o seu objeto é lícito e possível e que a finalidade de interesse público está sendo atingida. Se não ocorrer tal motivação ou se ela for de encontro à legalidade, o negócio deverá ser anulado (BANDEIRA DE MELLO, 2007; BARREIROS, 2016).

Na teoria, daí que surge ao gestor público e à Administração Pública como um todo o claro dever de motivação/fundamentação de seus atos. Devem ser indicados todos os fundamentos de fato e de direito subjacentes ao ato administrativo praticado, tendo em vista que só assim é possível o controle do exercício da função administrativa. E isso serve tanto para os atos vinculados como para os discricionários. É por conta disso que os negócios jurídicos processuais efetivados pela Fazenda Pública também devem ser razoavelmente fundamentados, ou seja, que sejam construídos com fundamentos razoáveis. Se assim não se proceder, ou seja, se o atuar não for devidamente motivado, então o ato contém vícios, podendo ser alvo de anulação (FREITAS, 2009).

Destaque-se que os juízos de conveniência e de oportunidade não são de todo controláveis, pois, senão, o controlador adentraria em campo que cabe muito mais ao administrador público. Contudo, como ressalta Freitas (2009), são controláveis o demérito e a antijuridicidade dos motivos indicados pelo gestor. Quer dizer, não se trata de podar o administrador em suas decisões, mas verificar se essas decisões estão conforme ao interesse público constante na Constituição e na legislação ordinária.

¹⁶⁵ Quanto a isso, Cf. Anexo H desta dissertação.

¹⁶⁶ Cf. capítulo 3 acima.

Quanto a isso, é preciso que se relembre o que foi afirmado mais acima, quando lá foi afirmado que no caso dos negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública, os quais adentram no vasto campo da discricionariedade por meio da denominação *autorregramento da vontade*, é preciso que se observe as validades genérica e específica. A genérica abarca os requisitos dos negócios jurídicos em geral e as dos atos administrativos. E a específica, a análise do atendimento do interesse público no caso concreto.

E assim deve ser porque a função do atuar discricionário consiste nas especificidades que só podem ser encontradas no dia a dia, sendo impossível ao legislador produzir uma norma que preveja todos os acontecimentos de forma abstrata. Daí a necessidade de o ato administrativo dever ser observado também de forma concreta. Trata-se de flexibilizar a ação administrativa para que se encontre a solução mais adequada para o caso concreto (BANDEIRA DE MELLO, 2015).

Diante disso, não pode ser admitida uma motivação qualquer para a prática do ato. É necessário que o administrador público apresente-a de forma convincente, baseada no interesse público abstrato e no concreto. Quer dizer, baseado no que disposto na Constituição Federal e nas leis ordinárias regentes e de acordo com a adequação ao caso concreto. Portanto, “[...] a liberdade do administrador não há de ser apenas política, mas constitucionalmente defensável” (FREITAS, 2009).

Da análise que se faz dos documentos concernentes ao negócio jurídico processual, vê-se que a motivação, apesar de já disposta na petição que noticiou a negociação no processo¹⁶⁷, foi complementada a partir de um controle de validade efetivado pelo juiz de 1º grau. Corretamente, o magistrado determinou que as partes negociantes reduzissem o negócio a termo, devidamente especificado em cláusulas¹⁶⁸.

Instados a tanto, os Estados produziram um “termo de negócio jurídico processual”, tendo destacado em *consideranda* os fundamentos de fato e de direito do negócio realizado (BARREIROS, 2016), além da adequação da medida efetuada. Ao fim, especificaram em cláusulas a forma como o negócio iria ocorrer¹⁶⁹.

Portanto, o negócio foi razoavelmente motivado, mesmo que após determinação judicial. Mas isso não descaracteriza em nenhum momento a razoabilidade da motivação empregada. Demonstra, pelo contrário, a importância do controle de validade do negócio,

¹⁶⁷ Vide Anexo A desta dissertação.

¹⁶⁸ Vide Anexo B desta dissertação.

¹⁶⁹ Vide Anexo D desta dissertação.

principalmente do controle judicial.

f) observância do interesse público.

Agora, passa-se à análise da constatação ou não acerca da presença de respeito ao interesse público *in abstracto* e *in concreto*. Conforme desenvolvido nos capítulos anteriores¹⁷⁰, é necessário que o negócio seja possível também no que concerne a sua validade geral e específica. A validade geral diz respeito aos requisitos de validade dos negócios em geral e também dos requisitos de todo e qualquer ato administrativo, já acima destacados. A validade específica concerne ao caso concreto no qual o negócio jurídico processual será efetivado.

Pode ser que o negócio jurídico processual preencha todos os requisitos de validade dos negócios em geral e os relativos aos atos administrativos, mas mesmo assim esse negócio não se mostre possível por ferir o interesse público *in concreto*. Pode até ser que o interesse público abstratamente considerado esteja sendo atendido, mas quando se passa à análise do interesse público no caso concreto vê-se que o negócio passa a não ser mais possível.

Assim, nem sempre a possibilidade abstrata de um negócio jurídico processual pela Fazenda Pública será uma possibilidade de efetivação concreta desse mesmo negócio.

Quanto à possibilidade abstrata, essa já foi analisada mais acima nos itens 'a' e 'b', principalmente. Quanto ao interesse público *in concreto* é importante tecer algumas considerações.

No caso, o interesse público *in concreto* vem a ser a possibilidade da negociação com o intuito de levantamento de valores depositados judicialmente para a sua utilização na efetivação de políticas públicas nos respectivos Estados convenientes. Como já deve ter sido observado, não há empecilhos para tal levantamento, principalmente quando a sua destinação vem a ser para a consecução de políticas públicas.

Surge a partir disso e para uma correta análise da existência de interesse público *in concreto* a análise dos efeitos do negócio processual. No caso analisado, basicamente são 02 (duas) as consequências. A primeira, o levantamento do dinheiro e o percentual a ser levantado. A segunda, concernente à forma de devolução desse percentual. Ambas foram questionadas pelo magistrado de 1º grau em sua decisão quanto à não homologação do negócio¹⁷¹.

¹⁷⁰ Cf. Capítulos 1 e 3 acima.

¹⁷¹ Vide Anexo G desta dissertação.

Não se vê problemas quanto ao levantamento, como já debatido mais acima. O problema talvez ocorra quanto ao percentual. Por que 50% (cinquenta por cento) da quantia depositada para cada um dos Estados? Foi esse o questionamento realizado pelo juiz, que ele definiu como “percentual aleatório definido”¹⁷². De início, não se observa qualquer problema nesse percentual de 50%. Ao que parece, a fixação desse percentual concerne à conveniência e oportunidade do administrador, não cabendo qualquer intromissão externa (inclusive do juiz) quanto à escolha do percentual. Não obstante isso, tudo indica que se trata de um percentual adequado, fixado dentro de uma razoabilidade a partir do momento que na causa onde houve o negócio discute-se exatamente quem seria o titular da quantia depositada. Como, no momento do negócio, não se sabe quem é esse titular, nada mais adequado que o levantamento realizado pelos entes políticos seja repartido de forma igualitária.

O maior problema, ao que parece, está na segunda consequência, ou seja, a devolução futura por um dos Estados negociantes dos 50% outrora levantados. E isso vai acontecer, como, ressalte-se, deixam muito claro as partes nos termos do negócio, porque um dos entes vai sair vitorioso (titular de 100% da quantia que estava depositada) e o outro sairá derrotado (obrigado a devolver os 50% que nunca foram seus).

Quanto a isso, não se discute a devolução por um dos Estados. Essa deverá acontecer, considerando que um desses entes nunca terá sido titular da quantia levantada. A discussão é como ocorrerá essa devolução.

As partes acertaram que¹⁷³

[...] obrigam-se a, por ocasião do trânsito em julgado da decisão judicial [...] em que será declarada a titularidade do direito a que se referem os depósitos efetuados, a devolver, ao titular final do direito ao depósito, a fração de seu crédito que tenha sido partilhado por força do presente ajuste.

E requereram ao Juiz que¹⁷⁴

[...] quando declarar a titularidade do direito a que se referem os depósitos efetuados, explicitar as consequências da afirmação do direito de um dos Estados em detrimento do outro, o que implicará necessariamente a afirmação do direito do titular final do depósito de haver de volta a fração de seu crédito que tenha sido partilhado por força do presente ajuste, de maneira a que a respectiva decisão valha como título executivo judicial, para todos os efeitos, nos termos da legislação processual em aplicável.

Assim, a decisão judicial servirá como título judicial para que um Estado recupere do

¹⁷² Vide Anexo G desta dissertação.

¹⁷³ Vide Anexo D desta dissertação.

¹⁷⁴ Vide Anexos A e C desta dissertação.

outro os 50% de sua titularidade. De início, ao que parece o Estado titular terá que iniciar um cumprimento de sentença em face do outro (arts. 534 e 535, CPC/2015), caso o pagamento não ocorra de forma espontânea. Entretanto, tanto uma forma como a outra se darão por precatório (art. 100, CF), até porque os Estados não poderiam negociar quanto ao regime constitucionalmente previsto do precatório.

Talvez esse seja o problema. Daí decorreu a preocupação do magistrado¹⁷⁵, que os Estados rebateram com a alegação de que não há porque se cogitar acerca da insolvência de alguma das unidades federadas pactuantes¹⁷⁶.

Muito provavelmente, realmente, não há porque haver discussão quanto à insolvência de qualquer dos entes negociantes. Contudo, parece haver algumas situações complexas no caso. A primeira, por óbvio, a devolução por meio de precatório, diante de seu procedimento burocrático e demorado. A segunda, o valor final dessa devolução, tendo em vista a atualização monetária e a incidência de juros. Será que ter em mãos esse dinheiro hoje é realmente interessante, considerando a possibilidade de no futuro a sua devolução ter um impacto grande no orçamento do Estado que irá devolver?! Terceira e última, o negócio processual pode acabar levando a um novo processo, tendo em vista a possibilidade de discussão processual acerca do *quantum debeat* a ser devolvido.

São questões que impactam no interesse público *in concreto*. Em razão disso, pensa-se que a forma de devolução dessa quantia *poderia ter sido melhor explicitada*, inclusive com os seus impactos. Isso, contudo, não parece tornar inválido o negócio como um todo, tendo em vista que, de certa forma, as partes se manifestaram acerca da devolução. Ela só poderia ter sido mais detalhada. E, por óbvio, mostra-se importante que os convenientes tenham efetivamente tratado desse tópico.

Assim sendo, não se conclui que o negócio é inválido em razão disso, tendo em vista 02 (dois) motivos. O primeiro deles, o levantamento do valor tem um fim claro de interesse público (a efetivação de políticas públicas). O segundo, o valor levantado pelo Estado que venha a ser considerado não-titular nunca pertenceu a esse Estado e, efetivamente, ele deverá devolvê-lo.

Por fim, deve ser destacado que tem razão os Estados quando afirmam que o não levantamento do dinheiro por ninguém faria com que o Estado titular dos valores (um deles é) ficasse privado da integralidade desses recursos durante longo tempo de tramitação do processo¹⁷⁷. E esse longo tempo poderia ser muito mais danoso do que o risco de ter que

¹⁷⁵ Vide Anexo G desta dissertação.

¹⁷⁶ Vide Anexo H desta dissertação.

¹⁷⁷ Vide Anexo H desta dissertação.

devolver esses valores ao final.

Portanto, vê-se que se trata de um sopesamento que deve ser feito pela Administração Pública, sendo, assim, hipótese de decisão calcada em conveniência e oportunidade. Diante disso, não cabe o controle externo da forma escolhida para a devolução desses valores. Caberia apenas a sua invalidade decorrente de possível ilegalidade/inconstitucionalidade. No entanto, o cumprimento de sentença é previsto em lei e o pagamento mediante precatório, na Constituição.

Enfim, apesar das ressalvas aqui feitas, não se pode de modo cabal (muito pelo contrário) afirmar que não houve preservação do interesse público, tanto no seu sentido abstrato como no seu sentido concreto. Afirmar isso seria de todo leviano. Destaca-se apenas que as ressalvas realizadas venham a servir como parâmetros para um próximo negócio processual a ser efetivado pela Fazenda Pública.

g) clareza das cláusulas do negócio processual e observância à boa-fé.

Quanto a esse parâmetro, é necessário observar se as cláusulas do negócio processual são objetivas, inexistindo dubiedades e se houve boa-fé nas tratativas, na celebração e no cumprimento do negócio¹⁷⁸.

Na verdade, a clareza das cláusulas do negócio derivam da boa-fé em efetivá-lo.

Como destacado, a denominada “boa administração pública” deve ser calcada, em essência, na transparência, na dialogicidade, na imparcialidade, na probidade, na prevenção de conflitos e na juridicidade (FREITAS, 2009, p. 22-23). Além de tudo isso deve sempre observar a boa-fé no seu atuar, de modo a evitar comportamentos abusivos e contraditórios (NOBRE JÚNIOR, 2002).

Assim, o direito fundamental à “boa administração pública”, perpassa exatamente pela atuação de boa-fé dessa mesma administração pública (NOBRE JÚNIOR, 2002). Esse autor destaca que:

[...] a boa-fé é valorada, também no direito administrativo, ora como padrão de conduta, a exigir dos sujeitos do vínculo jurídico atuação conforme à lealdade e à honestidade (boa-fé objetiva), ora como uma crença, errônea e escusável, de uma determinada situação (boa-fé subjetiva). (NOBRE JÚNIOR, 2002, p. 150-151)

Segundo esse autor, a noção objetiva de boa-fé tem grande valia na análise de atos e contratos administrativos, do procedimento administrativo, dos serviços públicos, dentre

¹⁷⁸ Cf. Capítulo 3 acima.

outros; enquanto a subjetiva seria de valia para a aplicação das sanções administrativas e relações do Estado com seus servidores (NOBRE JÚNIOR, 2002, p. 151).

Após fazer anotações acerca da disposição constitucional da boa-fé na Administração Pública brasileira, o mesmo autor destaca que a boa-fé tem íntima ligação com a segurança jurídica e que, em razão disso, devem todas as partes (Administração e cidadão) se comportarem de forma escorreita na cobrança de seus direitos e no cumprimento de seus deveres, tendo em vista a necessidade de respeito à confiança mútua no comportamento de cada parte (NOBRE JÚNIOR, 2002, p. 159).

Diante disso, deve ser evitada a atuação de má-fé de qualquer dos participantes da negociação, como, por exemplo, por meio de comportamentos contraditórios, já que isso acaba por atingir a boa-fé processual (CORDEIRO, 2017, p. 182-194 e 215-247). E que diante desses atos de má conduta podem surgir consequências as mais diversas, sejam legais (p. ex., multa por litigância de má-fé) sejam convencionais (p. ex., a previsão de uma indenização).

Com base nessas duas questões, vê-se que em alguns negócios jurídicos processuais celebrados pela Fazenda Pública podem ser atingidas não só a boa-fé processual, mas também a boa-fé no campo do direito administrativo. E que, por serem de âmbitos diversos, têm consequências díspares. Mas consequências essas que irão atingir aquela parte que não seguiu a boa-fé necessária. No âmbito administrativo, por exemplo, caso o particular seja aquele que não cuidou da boa-fé como deveria, contra ele poderia haver uma sanção no sentido de proibir que ele efetivasse novos negócios processuais com aquele ente público respectivo, devendo ser observado, por óbvio, o grau de malferimento à boa-fé. Essa sanção poderia constar das próprias cláusulas do negócio processual avençado.

Vê-se, portanto, a importância da boa-fé e das consequências de seu descumprimento, tanto no âmbito do direito administrativo como no âmbito do direito processual. O atuar de todos, portanto, deve ser escorreito, tendo a Administração Pública até uma responsabilidade maior que o particular (SANTI, 2012, p. 170), devendo seus atos e decisões servirem como exemplos da retidão a ser observada na preservação e efetivação do interesse público.

Em análise dos documentos componentes do negócio processual, entende-se que os termos foram redigidos de forma clara, não havendo qualquer indício de má-fé, seja processual seja administrativa. Houve dialogicidade, inclusive entre os Estados e os magistrados. Pode-se dizer, inclusive, que o negócio processual em questão foi construído no

diálogo entre partes e juízes. Como já destacado, o magistrado de 1º grau em muito contribuiu com a clareza do negócio, tendo determinado às partes a produção de um verdadeiro termo do negócio. Ademais, a clareza e boa-fé decorre muito do fato de ambas as partes estarem devidamente assessoradas e representadas, não podendo ser levantada qualquer questão relativa a uma possível situação de vulnerabilidade técnica.

Destaque-se que não há como a partir dos documentos constantes dos autos emitir qualquer opinião acerca da boa-fé nas tratativas do negócio, tendo em vista que no processo consta apenas a notícia de sua celebração e o seu cumprimento.

A única questão menos clara, muito em razão de não ter sido melhor detalhada, foi a referente à forma de devolução dos valores ao final, como já destacado anteriormente. No mais, não há nada que venha a ferir a boa-fé do negócio realizado.

h) cumprimento do negócio jurídico processual.

Nesse parâmetro, será analisado se no negócio realizado foi fixada alguma consequência processual e/ou administrativa decorrente do descumprimento.

O descumprimento de um negócio jurídico processual pode ter as mais diversas consequências¹⁷⁹, tanto com a aplicação de multa por litigância de má-fé, como a busca de uma indenização por possíveis prejuízos que tenham decorrido do descumprimento, assim como também a exigência, pela outra parte, do cumprimento do negócio. Pode decorrer, inclusive, consequências que tenham sido avençadas no próprio negócio jurídico processual. Tudo isso porque o descumprimento pode acabar por atingir a boa-fé processual e a proibição ao comportamento contraditório e ao *venire contra factum proprium* (CORDEIRO, 2017, p. 182-194 e 215-247).

Quanto à existência de cláusulas tratando de possíveis consequências processuais e/ou administrativas decorrentes do descumprimento, não há muitas palavras a serem tecidas. E não há porque não existe menção no negócio processual acerca dessas consequências. Isso não invalida o negócio, obviamente, já que essas consequências podem decorrer de lei. Poderia, contudo, haver menção a elas no negócio avençado, inclusive com a previsão de consequências convencionais (decorrentes do próprio negócio).

¹⁷⁹ Para maiores detalhes, Cf, Capítulo 3 acima.

i) transparência e publicidade.

Quanto a esse parâmetro de análise, será verificado se houve a máxima publicidade do negócio processual (transparência), com o objetivo de possibilitar uma efetiva *accountability*. Como ressaltado diversas vezes no presente trabalho, a publicidade se efetiva por meio da transparência, a qual possibilita que o ato seja passível de controle amplo (a *accountability*).

No que diz respeito a essa questão, foi desenvolvido¹⁸⁰ que a ideia de transparência concerne à própria essência do ideal republicano e democrático, considerando que por se tratar da “coisa pública”, a gestão dela deve ser uma gestão, parafraseando Bobbio (2015), do público e em público. Quer dizer, deve ser uma gestão voltada ao interesse público e disponível à sindicabilidade do público.

Por meio da transparência preserva-se o interesse público, os direitos e garantias dos cidadãos, assim como o atuar administrativo e o atuar do próprio gestor público, o qual terá condições de demonstrar a forma de sua atuação, podendo evitar com isso, inclusive, pressões espúrias para que agisse de forma contrária ao interesse público. Portanto, é uma garantia do Estado, do cidadão e da própria Administração Pública (SANTI, 2014).

Nesse ponto, a lei de acesso à informação (Lei Federal n.º 12.527/2011), já referida anteriormente neste trabalho, dispõe que a publicidade é preceito geral e o sigilo, exceção (art. 3º, I) e que as informações de interesse público devem ser divulgadas sem necessidade de solicitação de qualquer tipo (art. 3º, II), ou seja, é dever da Administração Pública. Apenas nos casos definidos na Constituição Federal (art. 5º, XXXIII acima mencionado) que deve ser resguardado o sigilo. No caso, essa lei dispõe acerca das hipóteses que podem ser consideradas como sigilosas, de modo a proteger a segurança da sociedade ou do Estado (art. 23).

Assim, cabe à Administração Pública assegurar a transparência das informações que detêm, permitindo o amplo acesso a elas (art. 6º), inclusive por meio da rede mundial de computadores (art. 8º, § 2º). Dentre outras obrigações, deve a Administração fornecer informações acerca do exercício de suas atividades, inclusive às relativas à sua política, organização e serviços (art. 7º, IV), assim como informações sobre a administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos (art. 7º, VI), dentre outros.

¹⁸⁰ Para maiores detalhes, Cf, Capítulo 3 acima.

Dessa junção transparência, controle e motivação deriva a importância do debate do conceito de *accountability* também na gestão pública. Como já destacado anteriormente, *accountability* concerne à ideia de um dever de prestação de contas por um determinado gestor, podendo a partir da análise dessa prestação de contas ser responsabilizado por possíveis vícios no seu atuar (PINHO; SACRAMENTO, 2009).

Além de tudo isso, desde as tratativas do negócio processual até o momento de sua celebração, assim como também durante o seu cumprimento, deve ser garantida a máxima publicidade da negociação, tornando-a transparente. Assim, os vários negócios processuais que vão sendo avançados devem ser noticiados nos sítios eletrônicos dos órgãos de representação judicial, exatamente para garantir a *accountability* (LIMBERGER, 2016; O'DONNELL, 1998).

Em determinados negócios processuais, inclusive, deverá ser dada ampla publicidade com a possibilidade de realização de audiências públicas e de manifestação de instituições interessadas em participar do debate acerca do negócio. Isso deveria acontecer, principalmente, nos casos de negócios processuais que envolvam, por exemplo, a execução de políticas públicas.

Um outro motivo de esses negócios deverem ser amplamente divulgados concernem ao fato de que, uma vez celebrados, eles devem servir como verdadeiros precedentes administrativos, de modo a assegurar a segurança jurídica e a isonomia perante os cidadãos-administrados (BARREIROS, 2016).

Da análise do negócio e de seu contexto, pode-se dizer que houve uma ampla publicidade, possibilitando clara transparência e *accountability*. Tal transparência decorreu, em primeiro lugar, da detalhada motivação/fundamentação do negócio. Todo o caso foi detalhado, o contexto em que envolvido também, tendo sido explicitados os motivos, o objeto e a finalidade do negócio, além do que deve ser realçado também o controle efetivado pelos magistrados de 1º e de 2º grau.

Não obstante isso, ainda foi dada ampla publicidade por ambas as Procuradorias, principalmente em seus sítios eletrônicos¹⁸¹, além de ter havido publicação de artigo sobre o negócio em jornal local de grande circulação¹⁸². O porém fica apenas pelo fato de as

¹⁸¹ Divulgado nos sites das Procuradorias Gerais dos Estados de Pernambuco ([http://www.pge.pe.gov.br/?1117_tjpe_homologa_acordo_entre_pernambuco_e_espirito_santo_para_resgate_de_r\\$100_milhoes_em_icms](http://www.pge.pe.gov.br/?1117_tjpe_homologa_acordo_entre_pernambuco_e_espirito_santo_para_resgate_de_r$100_milhoes_em_icms)) e do Espírito Santo (<https://pge.es.gov.br/Not%C3%ADcia/acordo-entre-es-e-pe-garante-r-50-mi-a-cada-estado>).

¹⁸² Divulgado por meio de artigo de opinião no Jornal do Commercio, de 27/02/2018. O título desse artigo, inclusive, é bastante sugestivo: “Um importante precedente”.

Procuradorias não terem criado nenhum *campo* em seus sítios eletrônicos¹⁸³ a possibilitar aos interessados em geral o acesso aos termos da negociação, tendo em vista a necessidade de cada negócio se tornar um precedente para a própria Administração Pública. Só a publicidade do processo em que realizado o negócio não é suficiente. É necessário que a Administração Pública mantenha na *Internet* informações permanentes acerca de todos os negócios realizados. Tudo isso para possibilitar um amplo *accountability*.

Deve-se destacar ainda que seria interessante que sempre que houvesse esse tipo de negociação o órgão de representação judicial comunicasse a sua efetivação ao Tribunal de Contas do Estado e ao Ministério Público, já que, de forma direta ou indireta, o negócio diz respeito ao interesse público. Ademais, esses órgãos podem trabalhar de forma coordenada, em conjunto com o próprio órgão de representação judicial, evitando-se, inclusive, a necessidade de um controle repressivo, podendo, em contrapartida, haver um acompanhamento preventivo do negócio.

Ademais, a realização desse tipo de negócio poderia ter a sua publicidade ampliada, sendo divulgado pelos demais órgãos componentes do ente público, de modo a possibilitar um conhecimento amplo por parte da população, a qual, a depender do caso, pode vir a se interessar a propor a realização de negócios processuais semelhantes.

j) controle por parte do juiz.

No último parâmetro de análise, serão levantadas questões concernentes à realização do controle judicial *a priori* e *a posteriori*, principalmente no que concerne à validade e ao cumprimento do negócio jurídico processual.

Verificou-se¹⁸⁴ que o julgador deve efetivar, por provocação ou de ofício, o controle de validade dos negócios jurídicos processuais, a eles recusando aplicação, nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que uma das partes do negócio esteja em manifesta situação de vulnerabilidade (art. 190, Parágrafo único, CPC/15).

Com base nisso, questionou-se a extensão do papel do juiz. Se se trataria de um controle prévio ou de um controle *a posteriori* e em que momento o negócio processual surtiria efeitos, se antes ou só depois do controle jurisdicional. Em razão disso, analisou-se o

¹⁸³ Consulta realizada nos sites das respectivas Procuradorias Gerais (de PE, <www.pge.pe.gov.br> / do ES, <www.pge.es.gov.br>) em 19 ago. 2018.

¹⁸⁴ Cf. capítulo 3 acima.

art. 200, CPC/2015, o qual dispõe que as declarações unilaterais e bilaterais de vontade, como os negócios jurídicos processuais, surtem efeitos desde logo.

Ao final, concluiu-se que o juiz pode assumir diversos papéis nos negócios jurídicos processuais, sendo o principal deles o de controlador da validade. E mesmo quando parte (codeclarante) no negócio, como na hipótese da calendarização processual, ele ao mesmo tempo efetua um controle de validade. Além disso, entendeu-se que é também função dele o controle do cumprimento do negócio, com todas as consequências daí decorrentes¹⁸⁵. Viu-se também a sua função homologatória (art. 200, Parágrafo único, CPC/2015). Considerou-se também acerca da possibilidade de todos esses controles poderem ser realizados de ofício e não apenas por mera provocação, apesar do chamado autorregramento da vontade.

Foi ressaltado que não cabe ao magistrado a análise da conveniência e oportunidade do negócio processual realizado pela Fazenda Pública, mas apenas um controle de ampla legalidade. E que também não pode o juiz substituir um negócio processual inválido por outro que ele considere válido. Essas não são suas tarefas, mas sim dos interessados realizadores do negócio processual. Ele não poderia fazer isso nem se o negócio fosse apenas entre particulares. Não pode no caso, principalmente, por envolver escolhas da Administração Pública.

Deve observar, porém, se o negócio não infringiu a ampla legalidade e os princípios da Administração Pública, nem o interesse público primário propriamente dito. Deve analisar também os fundamentos de fato e de direito do negócio processual e se eles (os motivos) se coadunam com a solução negocial encontrada. Ademais, deve verificar a motivação do negócio e se ela atende à finalidade de interesse público. Obviamente, deve analisar o preenchimento dos requisitos dos negócios jurídicos em geral e dos atos administrativos, além de averiguar também o atendimento ao interesse público em seu aspecto abstrato e concreto.

Pelo que se observa dos documentos analisados nesse estudo de caso¹⁸⁶, vê-se que a maior controvérsia ocorreu em razão do controle de validade a ser realizado pelo juiz. Exatamente em razão disso que foi proferida decisão não homologando o negócio, foi interposto recurso e, por fim, proferida decisão em 2º grau, dessa vez, com a homologação do negócio processual.

De logo, destaque-se que é de muita importância o controle de validade (e quanto ao cumprimento também) do negócio processual pelo juiz, principalmente quando uma das

¹⁸⁵ Para tanto, Cf. Capítulo 3 acima.

¹⁸⁶ Vide anexos a esta dissertação.

partes vem a ser a Fazenda Pública. A razão disso já foi amplamente debatida no capítulo anterior. Assim sendo, a própria Fazenda deveria condicionar a eficácia dos negócios em que participa ao controle realizado pelo judiciário. O caso presente mostrou a importância desse controle.

Sabe-se que essa homologação por parte do juiz não é essencial, tendo em vista o que está disposto no art. 200, CPC/2015. Mas pensa-se ser de bom alvitre que essa homologação seja disposta em cláusula do negócio processual envolvendo a Fazenda Pública. Muito em razão do interesse público em causa.

A controvérsia em questão já surge na primeira petição que dá notícia ao negócio processual¹⁸⁷. Apesar de as Fazendas destacarem os termos do art. 200, CPC/2015, elas, de forma contraditória, também requerem a homologação do negócio pelo juiz. E, ao final, requerem que o juiz fixe as consequências decorrentes do negócio processual e do próprio fim do processo.

Quer dizer, de forma indireta, elas requerem que o juiz exerça seu papel de homologador e, por consequência, de controlador da validade do negócio, e de, queira-se ou não, codeclarante do negócio, tendo em vista cláusula no sentido de que o juiz explicita as consequências decorrentes, de forma direta ou indireta, do negócio processual. Assim, não haveria como afastar, diante da forma como foi construído a convenção processual, o juiz de participar da negociação, como passou a desejar os Estados negociantes quando do agravo de instrumento¹⁸⁸.

E exercendo de forma correta o seu papel de homologador e controlador da validade, o magistrado de 1º grau designou audiências, determinou que as partes apresentassem termo de negociação com cláusulas, intimou a consignante para saber de seu interesse, determinou vista ao Ministério Público e, por fim, proferiu decisão não homologando o negócio. Pode-se até questionar os argumentos utilizados para não homologar (a maioria é bastante questionável, já que não condizem muito com o negócio propriamente dito), mas não se pode questionar a possibilidade (poder-dever) de seu controle.

Assim, repete-se, o controle pelo juiz é de suma importância, já que no processo é ele quem deve controlar a validade do negócio processual, principalmente quando a negociação envolve questões de interesse público. Por isso, repita-se, é essencial que a Fazenda Pública

¹⁸⁷ Vide Anexo A desta dissertação.

¹⁸⁸ Vide Anexo H desta dissertação.

sempre condicione a eficácia do negócio ao controle a ser realizado pelo juiz¹⁸⁹. Pensa-se ser tal precaução um modo de dar mais segurança ao processo, ao negócio processual, à Administração Pública e aos seus representantes, ao próprio interesse público e aos cidadãos em geral.

Insatisfeitas, as Fazendas Públicas interpuseram agravo de instrumento¹⁹⁰, tendo se utilizado para tanto de uma interpretação por analogia do art. 1.015, I e III, CPC/15. Segundo alegaram, a recusa de aplicação de uma convenção processual seria equiparável à hipótese do inciso III do mencionado art. 1.015, CPC/15 (rejeição da alegação da convenção de arbitragem). E, além disso, que a decisão que acolhe ou não negócio processual teria natureza jurídica de tutela provisória e, por conta disso, caberia o recurso também com base no inciso I do art. 1.015, CPC/2015.

Pensa-se que não caberia qualquer recurso no caso em questão. Ademais, o rol do art. 1.015, do CPC/2015 é *numerus clausus*, não cabendo à doutrina ou aos operadores do direito alargarem essas hipóteses a título de uma interpretação por analogia. Para a inserção de novas hipóteses, apenas o legislador tem tal competência.

Fazer com que o rol do art. 1.015 seja taxativo foi um equívoco do legislador, mas que só pode ser consertado pelo próprio legislador. Tais analogias só fazem aumentar a arbitrariedade já enorme existente no direito brasileiro, onde cada um quer interpretar o direito como bem entende, sem qualquer respeito à sua sistematicidade. E esse aumento da arbitrariedade faz crescer também a insegurança jurídica, tendo em vista que não se sabe ao certo se (e em quais casos) os tribunais irão aceitar tal tipo de analogia. Isso, na verdade, prejudica todo o sistema¹⁹¹.

Não obstante isso, no caso presente o agravo de instrumento foi interposto e admitido pelo relator do recurso¹⁹². Não só o admitiu como, dando provimento ao recurso, por meio de decisão terminativa, realizou o controle de validade do negócio e o homologou. Pensa-se que essa possibilidade de homologação está prevista no art. 932, I, parte final, do CPC/2015. Não haveria necessidade, portanto, de ele pautar o agravo para julgamento pelo colegiado.

Agora uma questão que resta é que na decisão de 2º grau não há qualquer menção ao pedido das partes de que, ao final do processo, o juiz explicitasse as consequências

¹⁸⁹ Isso quando já existe um processo em trâmite, já que se mostra contraproducente iniciar um processo apenas para concessão de eficácia.

¹⁹⁰ Vide anexo H desta dissertação.

¹⁹¹ O Superior Tribunal de Justiça está, por meio de sua Corte Especial, analisando a natureza desse rol do art. 1.015, CPC/2015 (se exaustivo ou não). Vide REsp 1.696.396 e REsp 1.704.520.

¹⁹² Vide anexo J a esta dissertação.

decorrentes do próprio negócio e da solução do processo. Apesar de haver na decisão menção à devolução dos valores, não foi explicitado que o juiz, na sentença, deverá declarar as consequências acima mencionadas. Agora é verdade que também não há referência a tal questão nas razões e nos pedidos do agravo. Assim, questiona-se se, em razão desse negócio, o juiz de 1º grau deverá de forma clara explicitar essas consequências ou não. Destaca-se isso pois tal cláusula do negócio deveria haver a concordância expressa do juiz, tendo em vista que ela adentra na sua esfera de competência.

No mais, no que concerne ao controle quanto ao cumprimento do negócio, não há muito o que tecer de comentários, tendo em vista que até o momento o negócio foi cumprido, tendo em vista a expedição dos alvarás. Fica o aguardo apenas quanto à devolução dos valores por um dos Estados ao final do processo.

Analisado o caso concreto e suas particularidades, tendo-o cotejado com a teoria anteriormente desenvolvida acerca dos negócios jurídicos processuais que envolvem a Fazenda Pública, passa-se agora à etapa final do estudo de caso. Nessa etapa, será apresentada a recomendação de ação prática, com o objetivo de propor aprimoramentos na solução adotada (PINTO JÚNIOR, 2018) no caso concreto há pouco analisado.

Tal recomendação será desenvolvida com base nas considerações já tecidas nas etapas anteriores, sendo apenas uma síntese objetiva das observações já realizadas. Considerando esse intuito de objetividade, a(s) recomendação(ões) serão elencadas na forma do rol abaixo disposto, tendo em vista que elas já foram debatidas nas etapas acima desenvolvidas.

Assim sendo, essas são as *recomendações* para as negociações processuais que tenham a Fazenda Pública como interessada:

a) regulamentação, por meio de lei, do negócio processual de forma específica por cada um dos entes políticos, de forma a tornar mais uniforme a atuação dos procuradores;

b) a redução do negócio processual a termo, com a demonstração dos fundamentos de fato e de direito por meio de *consideranda* e a especificação das cláusulas em seus mínimos detalhes;

c) colocação no negócio de cláusulas específicas que disciplinem as consequências (processuais e/ou administrativas) decorrentes do descumprimento por qualquer das partes do que avençado;

d) a necessidade de determinados efeitos dos negócios jurídicos serem melhor

explicitados, inclusive com o estudo e descrição dos prováveis impactos jurídicos, econômicos e sociais que eles possam vir a causar;

e) a previsão de a eficácia do negócio ficar condicionada ao controle judicial, de modo a preservar o interesse público¹⁹³;

f) a divulgação nos respectivos sítios eletrônicos dos negócios processuais efetivados, de modo a tomar essas negociações como precedentes para a própria Administração Pública;

g) a necessidade de que os órgãos da Administração Pública que venham a ser atingidos diretamente pela negociação (o negócio envolve um assunto do interesse de determinada pasta, por exemplo) sejam cientificados para contribuírem na melhor solução, inclusive com a possibilidade de se chegar a um juízo de conveniência e oportunidade partilhado;

h) a oferta a outros interessados de realização de negócio processual idêntico, desde que estejam na mesma situação do negócio anteriormente realizado, de modo a possibilitar a prevenção ou a solução de litígios.

Quadro 2: Recomendações de Ação Prática

RECOMENDAÇÃO	OBJETIVO
a) regulamentação do Negócio Jurídico Processual (NJP) por meio de lei	Uniformizar atuação dos procuradores
b) redução a termo do NJP	Explicitação dos fundamentos de fato e de direito
c) consequências	Decorrentes do descumprimento do NJP
d) destaque aos impactos	Jurídicos, econômicos e sociais
e) eficácia do NJP	Condicionada ao controle judicial ¹⁹⁴
f) divulgação do NJP	Com o objetivo de formar e tornar públicos possíveis precedentes
g) cientificação do órgão da Administração possivelmente interessado	Um juízo de conveniência/oportunidade partilhado
h) proposição de NJP a interessados	Para a prevenção e solução de litígios

Fonte: Elaboração do autor.

Realizada a análise e postas as recomendações acima, conclui-se como se mostra importante que os negócios processuais a serem efetivados pela Administração Pública sejam melhor regulamentados, de modo a evitar que aconteçam possíveis equívocos não só na

¹⁹³ Nos casos dos negócios processuais realizados com o processo em trâmite.

¹⁹⁴ Nos casos dos negócios processuais realizados com o processo em trâmite.

realização do negócio, mas também nas tratativas e no pós-negócio.

Os negócios processuais podem ser importantes ferramentas também para a Administração Pública, mas é necessário que eles não sejam colocados no mesmo âmbito de liberdade da negociação entre particulares, já que, como demonstrado, de particulares não se trata. O âmbito público é mais estreito. E essa estreiteza deve ser sempre observada, sendo essas recomendações apenas parâmetros iniciais para uma negociação mais segura, com o único objetivo de preservação do interesse público. Parâmetros esses, repita-se, que devem ser delineados de forma mais detalhada no instrumento de regulamentação que venha a dispor acerca dos negócios processuais no âmbito dos respectivos entes públicos.

Enfim, tem-se por concluído o estudo do caso concreto escolhido, com todas as suas etapas devidamente cumpridas. Passa-se a seguir à segunda parte deste capítulo.

4.2. Aplicação da teoria a casos hipotéticos de negócios jurídicos processuais da Fazenda Pública.

Nessa segunda parte do capítulo, serão analisados alguns exemplos (hipotéticos) de negócios jurídicos processuais possíveis tendo a Fazenda Pública como interveniente. Existem várias hipóteses de negócios processuais. Devido ao objetivo apenas ilustrativo do presente item, serão analisados apenas 04 (quatro) dessas hipóteses.

Os exemplos de negócio processual serão os seguintes: a) pacto de não recorribilidade; b) escolha de perito; c) citação/intimação de forma diversa da processualmente prevista; e d) negócio processual com cláusula de confidencialidade.

Ressalte-se que a discussão no presente item se aterá à possibilidade ou não de realização de negócio jurídico processual pela Fazenda Pública, tendo em vista a necessidade de preservação do regime jurídico de interesse público a que ela deve estar submetida.

O pacto de não recorribilidade (a) como o nome já explicita concerne ao negócio processual em que os interessados resolvem acertar a impossibilidade de interposição de recurso, independentemente da solução adotada na sentença. Em suma, as partes convenientes aceitam o que decidido em 1º grau¹⁹⁵.

De início, não se vê qualquer problema na realização de tal negócio processual pela Fazenda Pública, tendo em vista que muitas vezes o ato de recorrer é mais prejudicial ao interesse público do que não recorrer. De toda forma, nesse tipo de negociação o representante

¹⁹⁵ Ou em 2º grau. As partes aceitam que o processo não siga para as instâncias superiores (STJ/STF).

judicial da Fazenda Pública deve ter muito cuidado, tendo em vista que a depender do momento da negociação talvez a ocasião não seja a melhor para a análise acerca da necessidade ou não de se interpor um recurso, principalmente quando tal ocorre antes do início do processo e do surgimento da possibilidade de recorrer. Muito provavelmente, é melhor fazer essa análise apenas quando do início do cabimento do recurso, optando por não o interpor (art. 999, CPC/2015).

Ademais, é preciso ressaltar que esse tipo de negociação não parece possível nas hipóteses sujeitas à remessa necessária (art. 496, CPC/2015). Considerando que a remessa é condição de eficácia da sentença, não terá qualquer efeito a negociação que procure impedir a sujeição do processo ao segundo grau de jurisdição. No máximo, a Fazenda pode não recorrer, mas isso não fará com que o processo não seja remetido para o segundo grau. A depender do caso, o presidente do respectivo tribunal deverá avocar os autos (art. 496, § 1º, CPC/2015).

Deve ser destacado ainda que um negócio quanto à remessa necessária estaria incluído naqueles casos restritivos de “prerrogativas relacionadas ao regime jurídico de direito material a que se sujeitam as pessoas jurídicas de direito público ou à própria natureza dessas” (BARREIROS, 2016, p. 341-345). Nesse tipo de hipótese, o negócio processual não seria permitido, tendo em vista as características acima enfatizadas.

A escolha de perito (b) está previsto pelo art. 471, CPC/2015. Esse negócio consiste em as partes, de comum acordo, indicarem um perito de sua confiança. Também não parece haver qualquer empecilho em a Fazenda Pública efetuar tal tipo de negócio. Contudo, podem surgir alguns problemas, como, por exemplo, a falta de imparcialidade do perito, diante de sua proximidade em relação a uma das partes ou no caso da remuneração do perito. Será que uma das partes pode indicar o perito e a outra aceitar?

No caso da Fazenda, a perícia consensual poderá ser realizada por entidade pública (art. 91, § 1º, CPC/2015)? Ou melhor perguntando, a Fazenda poderá aceitar perícia que não seja a que venha a ser realizada por entidade pública, tendo em vista o custo envolvido (NERY; NERY, 2016, p. 507)? Ou isso só poderá acontecer nos casos em que não haja entidade pública disponível para realizar a perícia? Será que a Fazenda vai ter algum interesse em adiantar remuneração do perito particular (art. 91, § 1º, parte final, CPC/2015)?

Por fim, deve ser destacado que a escolha consensual deve partir das partes envolvidas, não devendo o magistrado determinar que as partes façam tal escolha, pois assim ela deixa de ser consensual. Agora, nada impede que o juiz sugira e as partes aceitem tal

sugestão efetivando o negócio processual.

A regra para a citação/intimação da Fazenda Pública (c) é a prevista nos arts. 242, § 3º e 269, § 3º, do CPC/2015, ou seja, ocorrerá perante o órgão de Advocacia Pública responsável por sua representação judicial. No caso a citação/intimação, deverá ocorrer pessoalmente, seja por meio de carga, remessa ou meio eletrônico (art. 183, § 1º, CPC/2015). Contudo, nada impede também que seja realizado negócio processual quanto à forma de comunicação de atos processuais à Fazenda Pública.

Assim, a Fazenda Pública pode acertar com o gestor de determinada Vara que sua citação será sempre por comparecimento espontâneo, porque o representante judicial toda semana comparece no cartório judicial. Ou, senão, que poderá ser por e-mail, recebendo de logo, por exemplo, a petição inicial. Isso deverá acontecer, por óbvio, numa vara em que a Fazenda atue muito. E não pode ser uma medida tomada pela própria vara, assim como o ideal é que o procedimento seja uniformizado internamente no órgão de representação judicial. Esse tipo de negócio também poderia ser realizado em processos específicos, no lugar de ser em todo e qualquer processo.

Pode ser acertado também que um litigante habitual da Fazenda Pública faça um negócio no sentido de que sua comunicação seja efetuada até mesmo antes da propositura da ação, com o objetivo de, por exemplo, numa execução fiscal, ele ter tempo de, assim que proposta, já apresentar um bem com o objetivo de garantir o débito e já apresentar os embargos. Como se trata de um litigante habitual, pode haver mensalmente execuções em face dele e seja de seu interesse sempre deixar os débitos garantidos para poder expedir uma Certidão Positiva com Efeitos de Negativa.

O que não pode ocorrer é que o negócio processual que envolva a comunicação processual seja um problema para a defesa do interesse público, causando um tumulto na organização da Fazenda Pública quanto à distribuição dos processos com prazos em trâmite para o seu corpo de procuradores. Isso pode ocorrer principalmente se várias forem as formas de comunicação processual. O ideal é que seja padronizado, de modo a que a Fazenda Pública não seja pega de surpresa.

Por fim, resta comentar um hipotético negócio processual com cláusula de confidencialidade (d). De início, vê-se que esse tipo de negócio é claramente inválido caso a Fazenda Pública seja um dos negociantes. Como já ressaltado tantas vezes nesse trabalho, a publicidade/transparência é essencial para todos os atos da Administração Pública (SANTI,

2014), não ficando de fora os negócios processuais . Assim, não haveria qualquer motivo para que um negócio processual tivesse qualquer tipo de cláusula de confidencialidade.

Contudo, caso a matéria discutida no processo esteja enquadrada como ultrassecreta, secreta ou reservada (art. 24, da Lei n.º 12.527/2011), aí o negócio processual também não poderá fugir desse sigilo. Deverá, portanto, conter sim cláusula de confidencialidade. Isso, contudo, parece ser excepcionalíssimo. A regra, sem dúvidas, é a clareza do negócio processual e de todas as suas cláusulas. Tudo isso em respeito à preservação do interesse público. E para garantir de forma efetiva a possibilidade de *accountability* (LIMBERGER, 2016; O'DONNELL, 1998).

Como se observa desses exemplos de negócios processuais possíveis de serem efetivados pela Fazenda Pública, é necessário que o representante judicial tenha muito cuidado ao efetua-los, tendo em vista que um negócio que de início pode parecer sem nenhum problema maior venha a trazer, pelo contrário, graves consequências ao interesse público a ser resguardado pela Administração Pública.

Portanto, os negócios processuais não podem ser utilizados pela Fazenda Pública sem quaisquer critérios. Tais critérios são mais do que necessários quando se trata da função a ser cumprida pela Administração Pública. Daí, reitere-se, mais uma vez, a necessidade de regulamentação por parte de cada ente público. Evita-se com isso vícios que podem descambar, mesmo que indiretamente, numa improbidade administrativa. E isso deve ser evitado a todo custo.

Assim sendo, o objetivo desse item final foi apenas ilustrar algumas hipóteses de negócios processuais em que a Fazenda Pública possa vir a fazer parte. Sem o objetivo de descer em detalhes, a ideia maior foi iniciar debates possíveis (polêmicos, por vezes) a partir dos exemplos citados, os quais foram escolhidos por se tratar de questões muito interessantes do dia a dia da atuação dos representantes da Fazenda Pública.

CONCLUSÃO: Necessidade de parâmetros de atuação para a Fazenda Pública, de modo a possibilitar um controle efetivo de seus negócios jurídicos processuais.

A partir da pergunta-problema (*Como ocorre o controle dos negócios jurídicos processuais realizados pela Fazenda Pública, tendo em vista os limites que devem ser observados para a preservação do interesse público?*), discutiu-se no presente trabalho acerca das características que circundam a ideia de interesse público e de como essas especificidades atingem, seja de modo direto seja de modo indireto, todas as atividades desenvolvidas pela Administração Pública, inclusive quando pretende efetivar negócios jurídicos processuais.

Como observado, o campo de atuação da Administração Pública é limitado, considerando a necessidade de observância de regras constitucionais e legais as mais diversas, as quais não só delineiam o atuar administrativo como o regulamentam de forma estrita. Assim, na legislação constitucional e infraconstitucional devem constar a forma de atuação da Administradores, com o máximo de pormenores possível, e, mesmo que indiretamente, os limites dessa atuação.

Assim deve ser porque a Administração Pública e seus agentes tem em mãos a função de defender e efetivar o denominado interesse público, essencialmente o primário. Por conta disso, não podem agir da forma como bem entenderem. As regras de conformação do atuar administrativo, dessa forma, mostram-se de suma importância, por serem um anteparo não só ao próprio interesse público, mas à Administração Pública, ao agente público e à própria sociedade. Trata-se nada mais nada menos do que uma garantia do correto atuar administrativo, principalmente porque esse atuar deve ser justificável não só politicamente (uma política pública corretamente efetivada), mas também (e de forma mais incisiva) ele deve ser constitucionalmente justificável.

E a definição das possibilidades e dos limites legais para a atuação da Administração Pública é essencial para caracterizar de que forma deve ocorrer o controle sobre essa atuação, seja o controle interno seja o controle externo, principalmente, quanto a esse último, no que concerne ao judicial. Pois bem, o controle deve ter algum parâmetro e o parâmetro é exatamente a definição das possibilidades e limites do atuar administrativo, para só assim haver a possibilidade de preservação do interesse público.

De tais questões não podem fugir os negócios jurídicos processuais. Ou melhor dizendo, os negócios processuais avançados pela Administração Pública (Fazenda Pública). Como debatido o tempo inteiro neste trabalho, a negociação processual efetivada pela

Fazenda Pública não pode ter o grau de amplitude de uma negociação privada. Se o autorregramento da vontade no âmbito privado é somente aquilo que ficou às partes (ou seja, que não foi expressamente regrado), mais ainda essa afirmação deve ser adensada no âmbito público. Na esfera pública, o autorregramento da vontade não se concentra apenas naquilo que ficou às partes, mas principalmente naquilo que expressamente foi permitido às partes (no caso, à Fazenda Pública) pelo sistema jurídico.

Daí o motivo de ser necessário uma regulação ampla e detalhada pelos entes públicos acerca da realização de negócios jurídicos processuais. Não bastam os requisitos do Código de Processo Civil. Não é que a Fazenda Pública não possa avençar negócios processuais com base exclusiva no CPC/2015. Ela pode, sem problemas. Contudo, ter apenas o CPC/2015 como parâmetro legal mostra-se muito frágil. Fragilidade essa que faz com que a própria Administração Pública e o agente responsável pela produção do negócio (o advogado público, em regra) passem por riscos desnecessários.

Pensa-se que a regulamentação dos negócios processuais por cada ente público é essencial para a preservação do interesse público, da Administração Pública e do advogado público. Da mesma forma que vários entes regulamentaram os termos para realização de negócios materiais (transações), é interessante que também o façam para os processuais. E assim também deve ser porque as especificidades dos processuais não são as mesmas dos materiais, como procurou-se destacar ao longo deste trabalho.

Muito em razão disso é que ao final do último capítulo, em que foi analisado um negócio processual concretamente realizado pela Fazenda Pública, procurou-se fazer uma série de recomendações para aprimoramento de futuras negociações. E a principal delas foi exatamente a regulamentação, por meio de lei (sem ser por lei, acredita-se que a regulamentação se torna frágil), do negócio processual, com o objetivo principal de uniformizar a atuação dos advogados públicos.

Essa regulamentação legal tende a melhorar o controle sobre os negócios processuais da Administração Pública, já que: a) parâmetros objetivos podem ser definidos; b) uma uniformidade na atuação pode ser atingida; c) concede-se uma maior segurança ao atuar administrativo, possibilitando um controle menos arbitrário; d) controle que deverá ocorrer tanto de forma preventiva (por parte do próprio órgão de representação do ente público) como repressiva (que terá parâmetros necessários a seguir); e e) a possibilidade de os diversos órgãos de controle (interno e externo) se comunicarem na construção do negócio, debatendo-

se o atendimento desses parâmetros e evitando-se quaisquer nulidades ao negócio processual.

E essa regulamentação não deve tratar apenas do negócio em si, devendo avançar também ao campo das negociações preliminares (das tratativas) e do pós-negócio (cumprimento/efetivação do negócios e consequências diversas). Deve, assim, ser uma ampla regulação, tudo com o objetivo de evitar lapsos por parte da Administração e de proteger o atuar administrativo e a coisa pública.

Como ficou demonstrado no caso concreto analisado, os limites e possibilidades concernentes ao negócio processual a ser realizado pela Fazenda Pública precisam ser melhor delimitados, tendo em vista que a ausência de critérios objetivamente definidos faz com que o controle se torne confuso (já que não baseado em parâmetros claros) e a decisão dele proveniente não traga a segurança jurídica necessária (ante a falta de uma regulamentação específica).

Contudo, verificou-se também como os negócios processuais podem ser utilizados de modo a atingir um objetivo de interesse público que de outra forma não seria atingido. No caso, o levantamento de quantia (relativa à arrecadação de tributo não ocorrida) que deverá ser utilizada para a efetivação de políticas públicas, segundo os próprios motivos descritos na concretização do negócio. Daí, repita-se, a importância da existência de regras claras, que evitem a opacidade das generalizações que podem decorrer da mera aplicação do Código de Processo Civil, como se fosse uma mera hipótese de autorregramento da vontade entre particulares.

Diante de tudo isso, conclui-se pela clara necessidade, reiterar-se, de desenvolvimento das regras relativas aos negócios processuais que venham a envolver o interesse público, a Administração Pública e, por consequência, a sociedade. Não se trata de perfumaria, mas de regulamentação essencial para que a Fazenda Pública, por meio de seus advogados públicos, possa desenvolver uma negociação processual sem qualquer tipo de vício. Uma negociação essencialmente voltada ao interesse público e não ao interesse egoístico de quem quer que seja.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). **Negócios processuais**. v. 01. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 193-214.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). **Negócios processuais**. v. 01. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 245-268.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 244, p. 393-423, jun. 2015.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues; NETO, João Luiz Lessa; AVELINO, Murilo Teixeira; RAMOS NETO, Newton Pereira. No acordo de procedimento qual é o papel do juiz (codeclarante, mero homologador ou outro)? **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 321-334, jul./set. 2015.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, ano 40, p. 219-238, ago. 2015.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Discrecionabilidade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. **Temas de direito processual civil: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da Justiça: alguns mitos. **Temas de Direito Processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2016.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

_____. **Democracia e segredo**. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

_____. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Edipro, 2017.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 26, mai./jun./jul. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, n. 148.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3365.htm>. Acesso em: 18 dez. 2017.

_____. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Código Tributário Nacional: Lei nº 5.172/66**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 18 dez. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Código de Processo Civil: Lei nº 5.869/73**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 18 dez. 2017.

_____. **Lei nº 6.830, 22 de setembro de 1980**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

_____. **Lei nº 7.347, 24 de julho de 1985**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 18 dez. 2017.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10180.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Código Civil: Lei 10.406/2002**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 dez. 2017.

_____. **Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13448.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13502.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa sobre os 100 maiores litigantes (2011)**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Portaria PGFN nº 360, de 13 de junho de 2018**. Brasília: Ministério da Fazenda. Disponível em: <<https://sei.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

_____. _____. **Portaria PGFN nº 515, de 20 de agosto de 2018**. Brasília: Ministério da Fazenda. Disponível em: <<https://www.pgfn.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl nº 11243. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Relator para o Acórdão: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 08 de junho de 2011. **DJe**. Brasília, 05 out. 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=11243&classe=Rcl>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 29. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012. **DJe**. Brasília, 29 jun. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=29&classe=ADC>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC nº 30. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012. **DJe**. Brasília, 29 jun. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=30&classe=ADC>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 630.733/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 16 de maio de 2013. **DJe**. Brasília, 20 nov. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3957697>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ext nº 1382/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 20 de outubro de 2015. **DJe**. Brasília, 16 dez. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=Ext&numero=1382>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ext nº 1405/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF,

20 de outubro de 2015. **DJe**. Brasília, 15 dez. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=Ext&numero=1405>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.058.333/PR. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 03 de novembro de 2017. **DJe**. Brasília, 13 nov. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5220068>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

BRILHANTE, Igor Aragão. **Antimanual do advogado público**. Recife: Nossa Livraria, 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. v. 01. Salvador: Jus Podivm, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Interesse público: verdades e sofismas. *In*: DI PIETRO, M. S. Z; RIBEIRO, C. V. A. (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 67-84.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, v. 01. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. **Instituições de direito processual civil**, v. 03. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). **Negócios processuais**. v. 01. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 481-506.

CORDEIRO, Adriano C. **Negócios jurídicos processuais no novo CPC**: das consequências do seu descumprimento. Curitiba: Juruá, 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A "Execução Negociada" de Políticas Públicas em Juízo. **Revista de Processo – RePro**. n. 212, out. 2012, p. 25-56.

COSTA E SILVA, Paula. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). **Negócios processuais**. v. 01. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 297-334.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Martin Claret, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). **Negócios processuais**. v. 01. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 27-62.

_____. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 188 a 293. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, v. 03 / Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero).

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Um importante precedente. **Jornal do Commercio**, Recife, 27 fev. 2018. Caderno Opiniões, p. 13.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DAL'COL, Caio de Sá; ABREU, Livia Dalla Bernardina. Reflexos do CPC/2015 nas execuções fiscais. In: ARAÚJO, J. H. M.; CUNHA, L. C. da; RODRIGUES, M. A. (Coord.).

Fazenda Pública. 2. ed. v. 03. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 67-94.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, v. 01. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015a.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). **Negócios processuais**. v. 01. Salvador: Jus Podivm, 2015b. p. 19-25.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 02. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulos: Atlas, 2004.

_____; O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, M. S. Z; RIBEIRO, C. V. A. (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85-102.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ESPÍRITO SANTO. **Lei Complementar nº 88, de 26 de dezembro de 1996**. Vitória: PGE/ES. Disponível em: <https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/LC%2088_1996.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2018.

FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: *accountability* e política da publicidade. **Lua Nova**, São Paulo, n. 84, p. 65-94, 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67321101004>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Os negócios jurídicos processuais e a fazenda pública. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 280, p. 353-375, jun. 2018.

FÓRUM NACIONAL DO PODER PÚBLICO (FNPP). **Enunciados aprovados**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://http://fnpp2016.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-ifnpp>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

FREITAS, Juarez. **Discrecionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 25-46, maio/ago. 2017.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Revista Planejamento e Políticas Públicas (PPP)**, Brasília, n. 21, p. 211-259, jun. 2000. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89/158>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: USP, 2007. (Tese de doutorado).

GIANNICO, Maurício. **A preclusão no direito processual civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GISMONDI, Rodrigo. Consensualidade e cooperação na execução judicial de políticas públicas: a subsidiariedade do modelo tradicional da execução-sanção diante do Novo CPC. In: ARAÚJO, J. H. M.; CUNHA, L. C. da; RODRIGUES, M. A. (Coord.). **Fazenda Pública**. 2. ed. v. 03. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 705-737.

GOMES, Romeu. Análise e interpretação de dados de pesquisa qualitativa. In: DESLANDES, S. F.; GOMES, R.; MINAYO, M. C. De S. (Org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 79-108.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. Instituições e *accountability* na teoria democrática contemporânea. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 1, n. 1, p. 56-64, 2009. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5136>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; NOGUEIRA, Felipe Santana Mariz. O paradigma racionalista e a rigidez das formas no processo civil. **Revista de Processo – RePro**, São Paulo, v. 160, p. 325-349, 2008.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. Cognição Processual Civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., F. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2006. p. 199-213.

_____. Audiência de saneamento e organização no Código de Processo Civil cooperativo brasileiro de 2015. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, jul./set. 2015.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de; GADELHA, Marina Motta Benevides. Negócios jurídicos processuais: “*Libertas Quae Sera Tamen*”. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 96, p. 153-172, out./dez. 2016.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Uma crítica analítica à ideia de relação processual entre as partes. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 255-270, jan./mar. 2016.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 21, p. 141-148, mar. 2002.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Quaestio Juris**, Rio de Janeiro, v. 04, n. 01, p. 720-746, 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

HAEBERLIN, Martín. **Uma teoria do interesse público**: fundamentos do Estado meritocrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito**

contemporâneas. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 281-301.

IVO, Gabriel. O direito e a inevitabilidade do cerco da linguagem. *In*: CARVALHO, P. de B. (coord.). **Construtivismo lógico-semântico**. v. 01. São Paulo: Noeses, 2014, p. 65-91.

JUST, Gustavo. O princípio da legalidade administrativa: o problema da interpretação e os ideais do direito público. *In*: ADEODATO, J. M.; BRANDÃO, C.; CAVALCANTI, F. (Coord.) **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 235-248.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KOMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

LEISTER, Carolina; CHIAPPIN, José Raymundo Novaes. O programa de pesquisa contratualista da Teoria Geral do Estado: o sistema teórico de Rousseau e a noção de vontade geral. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 109, p. 259-307, jul./dez. 2014.

LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência**: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Maíra Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. *In*: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 357-390.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Gilberto de Andrade. **Estudo de caso**: uma estratégia de pesquisa. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio ético do bem comum e a concepção

jurídica do interesse público. **Revista do TST**, Brasília, v. 66, n. 2, p. 30-44, abr./jun. 2000.

MAZZEI, Marcelo Rodrigues; SIGNORELLI, Alexandre Rodrigues Oliveira; GERAIGE NETO, Zaiden. O protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa: meio alternativo à judicialização ou ofensa ao direito coletivo dos contribuintes?. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 80, jul./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96901>>. Acesso em: 21 fev. 2017.

MEGNA, Bruno Lopes. Consensualidade no processo tributário: atualização do estado da arte de acordo com o novo CPC e a Lei de Mediação. *In*: BUENO, C. S.; RODRIGUES, M. A. (Coord.). **Processo tributário**. v. 16. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 103-122.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, 1ª parte. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. O desafio da pesquisa social. *In*: DESLANDES, S. F.; GOMES, R.; MINAYO, M. C. De S. (Org.). **Pesquisa social**: teoria, método e criatividade. 26. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. p. 9-29.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

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

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16.

ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Contrapesos de uma Administração Pública Consensual: legalidade *versus* eficiência. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 49-77, maio/jun. 2017.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. *In*: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. Segunda série. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. *In*: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). **Negócios Processuais**. v. 01. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 81-92.

_____. **Negócios jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44>. Acesso em: 23 mai. 2018.

OHLWEILER, Leonel Pires. A efetividade do acesso às informações administrativas e o direito à boa administração pública: questões hermenêuticas sobre a transparência na administração pública e a Lei n.º 12.527/2011. *In*: SARLET, I. W.; MONTILLA MARTOS, J. A.; RUARO, R. L. (Coord.). **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 27-52.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. **A transação em matéria tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática**: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PERNAMBUCO. **Lei Complementar nº 02, de 20 de agosto de 1990**. Recife: ALEPE. Disponível em: <<http://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=5127&tipo=TEXTTOATUALIZADO>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

_____. **Lei Complementar nº 105, de 20 de dezembro de 2007**. Recife: ALEPE. Disponível em: <<http://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=3242&tipo=TEXTTOATUALIZADO>>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Lei nº 15.452, de 15 de janeiro de 2015**. Recife: ALEPE. Disponível em: <<http://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=1908&tipo=TEXTTOATUALIZADO>>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. **Lei nº 15.627, de 28 de outubro de 2015**. Recife: ALEPE. Disponível em: <<http://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=16629&tipo=TEXTTOORIGINAL>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

_____. **Lei nº 16.281, de 3 de janeiro de 2018**. Recife: ALEPE. Disponível em: <<http://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?id=34571&tipo=TEXTTOORIGINAL>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Agravo na Apelação/Reexame Necessário nº 311677-4. Relator: Desembargador Luiz Carlos Figueiredo. **DJe**. Recife, 13 jun. 2014. Disponível em: <www.tjpe.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 393460-1. Relator: Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira. **DJe**. Recife, 15 out. 2015. Disponível em: <www.tjpe.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Mandado de Segurança nº 330532-2. Relator: Desembargador Alfredo Sérgio Magalhães Jambo. **DJe**. Recife, 10 dez. 2015. Disponível em: <www.tjpe.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Apelação nº 401824-2. Relator: Desembargador Jorge Américo Pereira de Lira. **DJe**. Recife, 20 mai. 2016. Disponível em: <www.tjpe.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Apelação nº 319942-8. Relator:

Desembargador Alfredo Sergio Magalhaes Jambo. **DJe**. Recife, 14 out. 2016. Disponível em: <www.tjpe.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2017.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Processo nº 0004931-87.2015.8.17.2001. **PJe**. Disponível em: <<http://pje.tjpe.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Agravo de Instrumento nº 0012427-54.2017.8.17.9000. **PJe**. Disponível em: <<http://pje.tjpe.jus.br>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. *Accountability*: já podemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública – RAP**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 6, p. 1343-1368, nov./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=241016446006>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Pesquisa jurídica no mestrado profissional. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 27-48, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201802>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

_____. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo III – arts. 154 a 281. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. [atualizada por Sérgio Bermudes]

QUEIROZ, Pedro Gomes de. Convenções disciplinadoras do processo judicial. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. XIII, p. 693-732, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

_____. A influência do CPC/2015 na execução fiscal. *In*: BUENO, C. S.; RODRIGUES, M. A. (Coord.). **Processo tributário**. v. 16. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 499-536.

RECIFE. **Lei nº 17.867/2013**. Recife: Prefeitura do Recife. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/pe/r/recife/lei-ordinaria/2013/1787/17867/lei-ordinaria-n->

17867-2013-dispoe-sobre-a-estrutura-organizacional-da-controladoria-geral-do-municipio-cgm-e-da-outras-providencias?q=17.867>. Acesso em: 15 maio 2018.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). **Negócios processuais**. v. 01. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 269-278.

RENNER, Rafael Henrique. Negócios processuais e ações tributárias: alguns aspectos introdutórios. In: BUENO, C. S.; RODRIGUES, M. A. (Coord.). **Processo tributário**. v. 16. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 581-612.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 103-119.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Transparência e accountability no Estado Democrático de Direito: reflexões à luz da Lei de Acesso à Informação. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, p. 84-95, 2012. Disponível em: <<http://revista1.tce.mg.gov.br>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. [S.l.]: [s.n.], [20--]. E-book Kindle.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Fabris, 1986.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Kafka, alienação e deformidades da legalidade**: exercício do controle social rumo à cidadania fiscal. São Paulo: Revista dos Tribunais: Fiscosoft, 2014.

SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). **Negócios processuais**. v. 01. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 507-519.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. O direito à informação na ordem constitucional brasileira: breves apontamentos. In: SARLET, I. W.; MONTILLA MARTOS, J. A.; RUARO, R. L. (Coord.). **Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 11-26.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **A & C – Revista de Dir. Administrativo e**

Constitucional, Belo Horizonte, ano 4, n. 17, p. 87-105, jul./set. 2004.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. 2. ed. Floyd: Sublime Books, 2014. E-book Kindle. (Edição americana).

SECCHI, Leonardo. Formação da agenda: método de *policy advocacy* para ensino de políticas públicas, **Administração Pública e Gestão Social (APGS)**, Viçosa-MG, v. 4, n. 1, p. 32-47, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www.apgs.ufv.br/index.php/apgs/article/view/55/96#.WsvE6tXwaiY>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. *In*: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). **Negócios processuais**. v. 01. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 383-406.

SILVA NETO, Francisco de Barros e. A conciliação em causas repetitivas e a garantia de tratamento isonômico na aplicação das normas. *In*: DIDIER JR., F.; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (Coord.). **Julgamento de casos repetitivos**. v. 10. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 167-180.

SPENGLER, Fabiana Marion; WRASSE, Helena Pacheco. A (im)possibilidade da (auto)composição em conflitos envolvendo a administração pública: do conflito à posição do terceiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 3, p. 69-93, set./dez. 2017. Disponível em: <www.redp.uerj.br>. Acesso em: 19 dez. 2017.

STAKE, Robert E. **Investigación con estudio de casos**. Madrid: Ediciones Morata, S. L., 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 117-126, maio/ago. 2008.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 210, p. 111-115, out./dez. 1997.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de**

Processo - RePro, São Paulo, v. 264 , p. 83-107, fev. 2017.

TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem e empresas estatais. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 105, p. 15-45, set./out. 2017.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o Direito Civil**: impactos, diálogos e interações. São Paulo: Método, 2015.

TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública. In: ARAÚJO, J. H. M.; CUNHA, L. C. da (Coord.). **Advocacia pública**. v. 03. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 173-182.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VOLPI, Elon Kaleb Ribas. Conciliação na Justiça Federal. A indisponibilidade do interesse público e a questão da isonomia. **Revista da PGFN**, Brasília, v. 01, n. 02, p. 139-164, jul./dez. 2011.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). **Negócios processuais**. v. 01. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 63-80.

YIN, Robert. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. 2. ed. Porto Alegre: 2001 (reimpressão 2003).

ANEXOS

ANEXO A
PETIÇÃO CONJUNTA



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DO RECIFE

Processo: **0004931-87.2015.8.17.2001**

Consignante: **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS**

Consignados: **ESTADO DE ALAGOAS, ESTADO DA BAHIA, ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, ESTADO DE PERNAMBUCO, ESTADO DO RIO DE JANEIRO E ESTADO DE SERGIPE**

Os **ESTADOS do ESPÍRITO SANTO e de PERNAMBUCO**, devidamente qualificados nos autos, tendo em vista o disposto nos arts. 190 e p. único, 200 e 545, pp. 1º e 2º do CPC-2015, vêm, respeitosamente, diante de Vossa Excelência, neste ato representados por seus respectivos Procuradores-Gerais, requerer a homologação de **NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL** dispendo sobre **LEVANTAMENTO PARCIAL DOS DEPÓSITOS EFETIVADOS NOS AUTOS** e o regular processamento do feito, pelas seguintes razões de fato e de direito:

1. SÍNTESE DOS FATOS PROCESSUAIS RELEVANTES

Este processo encarta ação de consignação em pagamento proposta pela **PETROBRÁS** em face dos **ESTADOS DE ALAGOAS, BAHIA, ESPÍRITO SANTO, PERNAMBUCO, RIO DE JANEIRO e SERGIPE**; no corpo da qual a consignante aduz:

a) que "o Estado de destino (Pernambuco), inclusive mediante diversas autuações, pretende caracterizar" os "city-gates (pontos de entrega) como pretensos estabelecimentos da **PETROBRÁS**, onde supostamente se realizaria industrialização do gás natural, para fins de alterar a base de cálculo do recebimento do ICMS-Normal, descaracterizando operação interestadual para operação interna";

b) que, "a se manter essa duplicidade de pretensão fiscal, de um lado os Estados de Origem (SE, AL, RN, BA e ES), que recebem o ICMS considerando ser o gás já industrializado nos UPGNs situados em seus territórios, e de outro o Estado de Destino (PE), pretendendo ver os "city-gates estabelecimentos" da **PETROBRÁS**, "onde ocorreria alegada industrialização, estará esta consignante lançada no pior dos cenários, sob múltiplas cobranças, sujeitando-se a continuadas autuações, quer de um lado, quer do outro";

c) que "maneja a presente Ação Consignatória, ante um quadro criado de séria insegurança jurídica", vez que, "acaso se dê prevalência à tese do Estado de Destino, os Estados de Origem (como antes até chegou a ocorrer) é que passarão a atuar a PETROBRÁS";

d) que "uma única operação deve sofrer uma única repercussão tributária na cadeia, devendo a PETROBRAS suportar o custo de só uma delas", do que resulta "a necessidade de consignar em pagamento o valor ora almejado tanto pelos Estados de Origem, quanto pelo Estado de Destino, com o fulcro de evitar cobranças do tributo (ICMS) em multiplicidade de autuações num ciclo perpétuo".

Depois de prestar esses esclarecimentos acerca da matéria fática, a consignante minudencia como se processariam suas operações de circulação de gás com base nos pontos de vista dos Estados de Origem e do Estado de Destino. Em apertada síntese, o que se articula, quanto às possíveis conclusões da controvérsia, é que:

a) se prevalecer o entendimento dos estados de origem, ter-se-iam operações de vendas diretas de gás a partir de estabelecimentos da PETROBRÁS situados em seus territórios para a empresa de gás de Pernambuco (COPERGÁS); hipótese em que as mercadorias transacionadas seriam tributadas pelo ICMS-Interestadual, mediante incidência de alíquota de 12% (doze por cento) sobre o valor de venda (base de cálculo) expressado nas notas fiscais respectivas;

b) se for vencedora a posição do Estado de Destino, haveria duas operações:

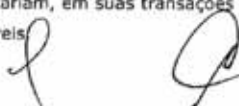
b.1) uma primeira, consistente na transferência do gás transacionado dos estabelecimentos da PETROBRÁS nos Estados de Origem para estabelecimentos da mesma empresa no Estado de Destino, situados nos *city-gates*; hipótese em que a mercadoria seria tributada pelo ICMS-Interestadual, mediante a incidência de alíquota de 12% (doze por cento), fixada no seu preço de custo;

¹ Sobre a consideração do preço de custo para a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (em substituição ao valor de mercado, aplicado às demais operações), confirma-se o disposto nos incisos I e XII do artigo 12 da Lei Complementar Federal nº 87/1996 (que disciplina, como norma geral tributária, a incidência do ICMS), nos incisos I e VIII de seu artigo 13 e no inciso II do parágrafo 4º desse último dispositivo; que restam vazados nos seguintes termos: "Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo

b.2) uma segunda operação, consistente na venda do gás por estabelecimentos da PETROBRÁS no Estado de Destino (*city-gates*) à COPERGÁS; hipótese em que a mercadoria seria tributada pelo ICMS-Interno, na alíquota de 18% (dezoito por cento), que incidiria sobre o seu preço de venda (base de cálculo), operando-se, nesse contexto, o aproveitamento do crédito de ICMS resultante do recolhimento do tributo na operação anterior.

Delimitadas, nesses termos, as possibilidades de solução jurídica da lide, a PETROBRÁS fez uma opção por depositar em juízo o valor do ICMS controvertido, classificando-o como "NÃO RECUPERÁVEL", relacionado à primeira operação (interestadual), até setembro de 2017, no valor histórico de R\$ 100.544.063,92 (cem milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, sessenta e três reais e noventa e dois centavos); e "RECUPERÁVEL", referente à segunda operação (operação interna no Estado de Pernambuco), no valor de R\$ 66.640.418,51 (sessenta e seis milhões, seiscentos e quarenta mil, quatrocentos e dezoito reais e cinquenta e um centavos).

Com relação aos depósitos relativos a uma e outra operação, a PETROBRÁS os identificou como relacionados a cada um dos Estados de Origem, observando, nesse contexto, a proveniência do gás. Desse modo, a cada remessa de gás ao Estado de Destino a empresa fez um depósito indicando o Estado de Origem. A argumentação da consignante se repete nas ações anulatórias de débito fiscal nº 0005905-69.2015.8.17.2001 (em tramitação na 2ª Vara da Fazenda Pública de Recife), 0003516-98.2017.8.17.2001 (em tramitação na 4ª Vara da Fazenda Pública de Recife), 0021601-69.2016.8.17.2001 (em tramitação na 5ª Vara da Fazenda Pública de Recife), 0001276-69.2015.8.17.2001 (em tramitação na 8ª Vara da Fazenda Pública de Recife) e 0056048-40.2014.8.17.0001 (em tramitação na 6ª Vara da Fazenda Pública de Recife); nas quais impugnou a tese jurídica veiculada pelo Estado de Destino em suas atuações fiscais, centrada esta na afirmação de que se realizariam, em suas transações com gás a partir dos Estados de Origem, duas operações tributáveis



titular; [...] XII - da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização; (Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000) Art. 13. A base de cálculo do imposto é: I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação; [...] VIII - na hipótese do inciso XII do art. 12, o valor da operação de que decorrer a entrada; [...] § 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é: I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria; II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento; III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente (*destaques pessoais*).

3



A lei processual estabelece que "poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida" (art. 538), hipótese em que cessam "para o devedor, à data do depósito, os juros e os riscos, salvo se a demanda for julgada improcedente" (art. 540); e acrescenta que, se, no curso de uma ação consignatória, "ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento, o autor requererá o depósito e a citação dos possíveis titulares do crédito para provarem o seu direito" (art. 547).

No que concerne especificamente aos Estados do **Espírito Santo** e de **Pernambuco**, ora peticionários, ambos **aduziram, em suas respectivas contestações, a insuficiência dos depósitos ofertados pela PETROBRÁS**. O que se articula, em súmula, é que não foram consignados valores suficientes a atender, de forma concomitante, as expectativas de arrecadação de uma e outra unidade federada, vez que, dada a opção feita pela PETROBRÁS quando da efetivação dos depósitos (anteriormente minudenciada), **os valores consignados quando muito poderiam satisfazer às expectativas de um ou de outro requerido**.

São os fatos processuais relevantes à apreciação deste petição.

2. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

O modo como a PETROBRÁS concebeu esta ação de consignação em pagamento, quando conjugado à inexistência de consenso entre as partes sobre a tese jurídica de fundo, orientaram os Estados do Espírito Santo e Pernambuco a celebrar este negócio jurídico processual (CPC-2015, arts. 199 e 200) com o propósito de possibilitar o levantamento imediato de parcela dos depósitos efetivados nos autos (CPC-2015, arts. 545, p. 1º).

2.1. Interferência do modo como esta consignatória foi concebida no exercício da faculdade estabelecida pelo parágrafo 1º do artigo 545 do CPC-2015.

Esta ação judicial amolda-se à hipótese descrita pelo artigo 547 do CPC-2015, que estabelece que "se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento, o autor requererá o depósito e a citação dos possíveis titulares do crédito para provarem o seu direito". No entanto, **esse h. Juízo**, quando recebeu a petição inicial, **deferiu "os depósitos judiciais requeridos pela parte autora [...] com arrimo no disposto no art. 151, II, do Código Tributário Nacional", que suspende "a exigibilidade do crédito tributário" quando se verifica "o depósito do seu montante**

² Conforme o posicionamento que será firmado pelo Poder Judiciário, ao final do processo, sobre como deve ser dar a tributação pelo ICMS das operações de venda de gás a partir dos Estados de Origem para o Estado de Destino.

integral", isto é, do **SOMATÓRIO DOS MONTANTES QUE OS ESTADOS DE ORIGEM E DESTINO ENTENDEM DEVIDOS.**

Dispondo desse modo, esse h. Juízo:

a) ou não autorizou a PETROBRÁS a efetivar os depósitos nos moldes em que foram realizados (em duas colunas: uma relativa a operações de transferência de gás dos Estados de Origem para o Estado de Destino e outra referente a operações de venda de estabelecimentos no Estado de Destino - *city gates* - para a COPERGÁS); o que demandaria a afirmação, no corpo daquele *decisum*, da probabilidade de o Estado de Destino ter razão; tese jurídica diametralmente contrária àquela sustentada pela contribuinte neste processo e nas ações anulatórias dantes referidas;

b) ou, se assim o fez, na medida em que não dispôs, naquela oportunidade, sobre a titularidade dos depósitos efetivados em uma e outra coluna, obistou, implicitamente, o levantamento, por um e outro consignado, dos valores depositados com a liberação parcial do consignante; conforme lhes faculta a lei processual civil.

A propósito, confira-se o disposto no parágrafo 1º do artigo 545 do CPC-2015, vazado nos seguintes termos:

CPC-2015

Art. 545. Alegada a insuficiência do depósito, é lícito ao autor completá-lo, em 10 (dez) dias, salvo se corresponder a prestação cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato.

§ 1º No caso do caput, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a consequente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida (destaques pessoais).

A consequência disso é que vultoso numerário (apenas para as vendas de gás natural proveniente do Espírito Santo para empresa sediada em Pernambuco, os depósitos alcançam, em valores históricos, até a competência de setembro de 2017, a impressionante quantia de **R\$ 167.184.482,43**), **proveniente de receitas tributárias que deixaram de ser arrecadadas por força do ajuizamento desta ação consignatória, permanece depositado em instituições bancárias, quando poderia ser utilizado para a realização de políticas públicas de interesse da população (com saúde, educação, segurança pública, moradia etc.).** Essa situação, que por si só autorizaria uma iniciativa conjunta das partes para reverter esse quadro, é agravada pela contundente crise financeira por que passa o país, que afeta de forma implacável a



Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO

Perнамambuco

arrecadação das unidades federadas³.

2.2. Inexistência de consenso entre as partes sobre a tese jurídica de fundo.

Uma das alternativas de que dispõem os estados de origem e destino para minimizar os prejuízos que vêm sofrendo com a propositura desta ação consignatória⁴ seria a realização de autocomposição quanto ao objeto litigioso.

No entanto, conquanto seja perfeitamente viável a autocomposição em processos envolvendo a Fazenda Pública⁵, inexistente, no caso, consenso sobre a tese jurídica de fundo.

Disso resulta que, ao menos neste momento, não há ambiente para que se estabeleça autocomposição quanto ao mérito mesmo da pretensão.

2.3. Viabilidade da celebração de negócio jurídico processual na hipótese dos autos.

Isso não impede, todavia, que as peticionantes, premidas pela necessidade de reverter a situação de privação de receitas tributárias que lhes foi imposta pela propositura desta ação consignatória, celebrem entre si negócio jurídico processual que as permita levantar parte dos depósitos ofertados nos autos.

Os negócios jurídicos processuais encontram-se disciplinados, no regime do CPC-2015, em seus artigos 199 e 200:

CPC-2015

Art. 199. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais (destaques pessoais).

³ Afirmação que não necessita ser demonstrada, seja porque se qualifica como fato notório, seja porque foi feita por uma parte e confessada pela outra. Ao ensejo, cf. o disposto no art. 374, I e II do CPC-2015: "Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária".

⁴ Que, a depender do tempo em que os valores consignados permanecerão retidos em instituições bancárias, poderá inclusive ensejar a veiculação de pretensões indenizatórias contra a consignante, visto que a estratégia processual adotada para a realização dos depósitos privou as unidades federadas envolvidas do recebimento dos tributos, impondo-lhes cortes de gastos necessários ao atendimento das necessidades das suas respectivas populações (dano moral coletivo) e/ou a contratação de operações de créditos para fazer frente a essas necessidades (dano material).

⁵ A propósito, cf., por todos: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Desses dispositivos sobressai:

- a) que as partes podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar, entre outras coisas, sobre o exercício de faculdades processuais (art. 199, *caput*);
- b) que Poder Judiciário apenas poderá recusá-las quando verificar nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes (art. 199, p. único);
- c) que, ressalvada essas hipóteses taxativamente descritas em lei (nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou vulnerabilidade de uma das partes), os negócios processuais aventados pelas partes por si só produzem a constituição, modificação ou extinção dos direitos processuais negociados (art. 200).

Na hipótese dos autos, os Estados do Espírito Santo e Pernambuco desejam possibilitar a incidência da regra jurídica positivada no artigo 545 do CPC-2015 e em seu parágrafo 1º; *verbis*:

CPC-2015

Art. 545. Alegada a insuficiência do depósito, é lícito ao autor completá-lo, em 10 (dez) dias, salvo se corresponder a prestação cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato.

§ 1º No caso do *caput*, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a consequente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida (destaques pessoais).

Esses preceitos de lei lhes facultam - porque alegaram a insuficiência dos depósitos ofertados e porque a consignante não os complementou (art. 545, *caput*) - o imediato levantamento da quantia depositada (art. 545, p. 1º).

O que se propõe, então, neste petitório, tendo em vista o disposto no *caput* do artigo 190 do CPC-2015, é a modificação do procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa⁶, consistente na convenção, pelos peticionários, **de que dividirão ao meio⁷** os valores atualmente depositados nos autos em seu favor para não precisarem aguardar o desfecho do processo para levantá-los⁸, e de que os valores que em tese podem vir a ser levantados pela PETROBRÁS permanecerão vinculados ao feito como forma de

⁶ A circunstância de a PETROBRÁS não haver depositado a integralidade dos valores que cada um dos consignados entende devidos, quando conjugada à constatação de que esta consignatória fundamenta-se no artigo 547 do CPC-2015, ou seja, na existência de dívida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento, impede o exercício da precitada faculdade processual.

⁷ Cinquenta por cento (50%) para cada um.

⁸ O que faria com que receitas tributárias necessárias ao atendimento de necessidades básicas de suas respectivas populações ficassem retidas em poder de instituições bancárias.

possibilitar eventual ajuste contas que se faça necessário ao final do seu processamento.

Não se cogita, na espécie, de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou de situação de vulnerabilidade de uma das partes (art. 199, p. único).

Tampouco haverá prejuízo a qualquer das partes. A uma, porque as consequências da afirmação do direito de um dos estados em detrimento do outro implicará necessariamente a afirmação do direito do titular final do crédito de haver de volta o valor de seu crédito que foi partilhado por força do presente ajuste. A duas, porque o parágrafo 2º do artigo 545 do CPC-2015 prescreve, textualmente, que "a sentença que concluir pela insuficiência do depósito determinará, sempre que possível, o montante devido e valerá como título executivo, facultado ao credor promover-lhe o cumprimento nos mesmos autos, após liquidação, se necessária".

Destarte, cumpre a esse h. Juízo adotar as providências necessárias a que negócio jurídico processual ora manifestado (enquanto ato praticado pelos peticionários na condição de partes processuais e que consiste em declaração bilateral da sua vontade) produza seus regulares efeitos (art. 200).

2.4. Providências necessárias à efetivação do negócio jurídico processual ora manifestado.

Conforme anteriormente relatado:

a) a PETROBRÁS aduziu, em sua petição inicial, que sofre cobranças simultâneas dos Estados de Origem (entre eles o Espírito Santo) e do Estado de Destino (Pernambuco), que divergem sobre a natureza das suas operações com gás natural; num contexto em que:

a.1) se prevalecer o entendimento dos estados de origem, ter-se-iam operações de vendas diretas de gás a partir de estabelecimentos da PETROBRÁS situados em seus territórios para a empresa de gás de Pernambuco (COPERGÁS); hipótese em que as mercadorias transacionadas seriam tributadas pelo ICMS-Interestadual, mediante incidência de alíquota de 12% (doze por cento) sobre o valor de venda (base de cálculo) expressado nas notas fiscais respectivas;

a.2) se for vencedora a posição do estado de destino, haveria duas operações.

8

a.2.1) uma primeira, consistente na transferência do gás transacionado dos estabelecimentos da PETROBRÁS nos estados de origem para estabelecimentos da mesma empresa no estado de destino, situados nos *city-gates*; hipótese em que a mercadoria seria tributada pelo ICMS-Interestadual, mediante a incidência da alíquota de 12% (doze por cento), fixada no seu preço de custo⁹;

a.2.2) uma segunda operação, consistente na venda do gás por estabelecimentos da PETROBRÁS no estado de destino (*city-gates*) à COPERGÁS; hipótese em que a mercadoria seria tributada pelo ICMS-Interno, na alíquota de 18% (dezoito por cento), que incidiria sobre o seu preço de venda (base de cálculo), operando-se, nesse contexto, o aproveitamento do crédito de ICMS resultante do recolhimento do tributo na operação anterior.

b) posto isso, a PETROBRÁS fez uma opção por depositar em juízo, de forma destacada o que nominou de ICMS "RECUPERÁVEL" e "IRRECUPERÁVEL".

Especificamente no que concerne às operações com gás natural entre os Estados do Espírito Santo e de Pernambuco (objeto do negócio jurídico processual ora manifestado), a PETROBRÁS efetivou, entre 03/2015 e 09/2017, depósitos quantificados, em valores históricos, em R\$ 167.184.482,43 (cento e sessenta e sete milhões, cento e oitenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e quarenta e três centavos). Desse montante:

⁹ Sobre a consideração do preço de custo para a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte (em substituição ao valor de mercado, aplicado às demais operações), confira-se o disposto nos incisos I e XII do artigo 12 da Lei Complementar Federal nº 87/1996 (que disciplina, como norma geral tributária, a incidência do ICMS), nos incisos I e VIII de seu artigo 13 e no inciso II do parágrafo 4º desse último dispositivo; que restam vazados nos seguintes termos: "Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular; [...] XII - da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização; (Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000) Art. 13. A base de cálculo do imposto é: I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação; [...] VIII - na hipótese do inciso XII do art. 12, o valor da operação de que decorrer a entrada; [...] § 4º Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é: I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria; II - o custo da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento; III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente (*destaques pessoais*).

a) R\$100.544.063,92 (cem milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, sessenta e três reais e noventa e dois centavos) foram indicados pela PETROBRÁS como relativos ao ICMS "IRRECUPERÁVEL", decorrentes das transferências de gás de seus estabelecimentos no Espírito Santo para estabelecimentos seus em Pernambuco - *city gates*;

b) R\$ 66.640.418,51 (sessenta e seis milhões, seiscentos e quarenta mil, quatrocentos e dezoito reais e cinquenta e um centavos) foram indicados pela PETROBRÁS como relativos à segunda operação (ICMS RECUPERÁVEL), decorrentes da venda do gás natural de estabelecimentos da PETROBRÁS em Pernambuco - *city gates* - para a COPERGÁS, já deduzido o ICMS devido na operação anterior.

Dada a possibilidade de a PETROBRÁS vir a levantar, conforme o resultado do julgamento, (apenas e tão somente) aquela parcela dos valores depositados que a dita empresa nominou como "RECUPERÁVEL", os peticionantes circunscrevem o negócio jurídico processual ora manifestado à parcela dos depósitos indicados pela Consignante como "NÃO RECUPERÁVEIS", atualmente no valor histórico de R\$100.544.063,92 (cem milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, sessenta e três reais e noventa e dois centavos).

Posto isso, é desnecessário que a PETROBRÁS assinta com o negócio jurídico processual, já que não se cogita do levantamento de valores que lhe competiriam caso a sua tese venha a sair vitoriosa neste processo.

O que se propõe, então, é que os valores depositados nos autos e que certamente não retornarão à PETROBRÁS sejam levantados antecipadamente pelos Estados do Espírito Santo e de Pernambuco, em frações iguais, com fundamento no artigo 190 do CPC-2015, em seu parágrafo único, no artigo 200 do mesmo diploma legal e no seu artigo 545 e parágrafos 1º e 2º.

Posto isso, e considerando que a lei processual estabelece (i) que as partes podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar, entre outras coisas, sobre o exercício de faculdades processuais (art. 199, *caput*), (ii) que Poder Judiciário apenas poderá recusá-las quando verificar nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes (art. 199, p. único) e (iii) que, ressalvada essas hipóteses taxativamente descritas em lei (nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou vulnerabilidade de uma das partes), os negócios processuais aventados pelas partes por si só produzem a



constituição, modificação ou extinção dos direitos processuais negociados (art. 200), **impõe-se**, no caso concreto, independentemente da oitiva/assentimento da PETROBRÁS, o imediato levantamento, por cada uma das unidades federadas (Espírito Santo e Pernambuco), da importância correspondente a R\$ 50.272.031,96 (cinquenta milhões, duzentos e setenta e dois mil, trinta e um reais e noventa e seis centavos).

3. REQUERIMENTOS


Por todo o exposto, os Estados do Espírito Santo e de Pernambuco, reiterando que o presente negócio jurídico processual não deve surtir qualquer efeito jurídico quanto ao enfrentamento dos argumentos de defesa dos Estados ora peticionantes, de lado a lado, não tendo seu conteúdo o condão de interferir nos argumentos por eles já deduzidos nos autos, REQUEREM a Vossa Excelência:

a) que, tendo em vista os termos do negócio jurídico processual ora manifestado, expeça aos competentes alvarás para levantamento, pelo Estado do Espírito Santo e pelo Estado de Pernambuco, da importância de **R\$ 50.272.031,96 (cinquenta milhões, duzentos e setenta e dois mil, trinta e um reais e noventa e seis centavos)**, em benefício de cada um deles;

b) que esse MM. Juízo, ao final da demanda, quando declarar a titularidade dos depósitos efetuados, explicita as consequências da afirmação do direito de um dos Estados em detrimento do outro, o que implicará necessariamente a afirmação do direito do titular final do depósito de haver de volta a fração de seu crédito que tenha sido partilhado por força do presente ajuste, de maneira a que a respectiva decisão valha como título executivo judicial, para todos os efeitos, nos termos da legislação processual aplicável.

Pedem deferimento.
Recife, 08 de novembro de 2017.


ALEXANDRE NOGUEIRA ALVES
Procurador Geral do Estado do Espírito Santo


ANTÔNIO CÉSAR CAÚLA REIS
Procurador Geral do Estado de Pernambuco

ANEXO B

DESPACHO DE DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA E TERMO DE AUDIÊNCIA



Tribunal de Justiça de Pernambuco
Poder Judiciário
5ª Vara da Fazenda Pública da Capital

AV DESEMBARGADOR GUERRA BARRETO, S/N, FORUM RODOLFO AURELIANO, ILHA JOANA BEZERRA, RECIFE
- PE - CEP: 50080-800 - F: (81) 31810252

Processo nº **0004931-87.2015.8.17.2001**

AUTOR: PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS

RÉU: ESTADO DE PERNAMBUCO, ESTADO DE SERGIPE, ESTADO DO ESPIRITO SANTO, ESTADO DE ALAGOAS,
ESTADO DA BAHIA

DESPACHO

1. Diante do requerido na petição de id nº 25460201, designo audiência a ser realizada no dia **29 de novembro do corrente ano, às 14h**, nesta Unidade Judiciária, afim de serem dirimidos os possíveis pontos controvertidos.
2. Assim, intimem-se com **URGÊNCIA** a Petrobrás, o Estado de Pernambuco e o Estado do Espírito Santo por suas procuradorias.
3. Cumpra-se.

Recife, 28 de novembro de 2017.

TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

Juiz de Direito

TERMO DE AUDIÊNCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO, NOS AUTOS DA AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO, PROCESSO EM EPÍGRAFE, PROMOVIDO PELA PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS - EM FACE DO ESTADO DE PERNAMBUCO, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, DO ESTADO DE SERGIPE, DO ESTADO DE ALAGOAS E DO ESTADO DA BAHIA E ESTADO DO RIO DE JANEIRO, TUDO CONFORME SE CONTÉM E DECLARA ADIANTE.

Às 29 (vinte e nove) dias do mês de novembro do ano de 2017 (dois mil e dezessete), às 14 horas, na sala de audiências deste Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública, onde se encontravam presentes o Dr. Teodomiro Noronha Cardozo, Juiz de Direito designado desta Vara, a servidora Evelyne de Oliveira Peixoto; o autor, Petrobrás, representada pelo preposto Sr. Miqueias Bezerra Simões, CPF Nº 000.784.964-89, acompanhado pela advogada Drª Taciana Matias Braz de Almeida, OAB/PE nº 21487, o Estado de Pernambuco, neste ato representado pelo Procurador Geral Dr. Antônio César Caíla Reis, OAB/PE nº 14709 e pelo Procurador Dr. Leonardo Guimarães Freire, OAB/PE nº 22825 e o Estado do Espírito Santo, representado pelo Procurador Geral Dr. Alexandre Nogueira Alves. Iniciados os trabalhos: (1) Declara a advogada da Petrobrás que os valores depositados em contas originárias na CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – agência 2717 op. 040, Contacorrente nº 01565068-8 e no BANCO DO BRASIL – agência 3234, Contacorrente 4200118144398, em contas judiciais, a favor do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, não atinge os demais estados litigantes nestes autos, a saber Bahia, Rio de Janeiro, Sergipe, Alagoas e que os valores consignados nas referidas contas, segundo as partes presentes na mesa de audiência, não havendo conta judicial aberta em nome do Estado de Pernambuco, nestes autos, no que tange à discussão sobre o tributo de ICMS objeto da demanda; (2) Que o acordo a ser firmado pelos Estados de Pernambuco e Espírito Santo, de nenhuma forma, inclusive, financeira, atinge os demais estados da Bahia, Rio de Janeiro, Sergipe, Alagoas. (3) O MM. Juiz, em face da necessidade de se esclarecer as contas e os valores dos depósitos realizados pela PETROBRÁS, cujos valores são identificados por Estado, DECIDE suspender a presente audiência, de logo, redesigna o dia 01 de dezembro de 2017, às 14:00horas para audiência de continuação, para que os Estados de Pernambuco e do Espírito Santo apresentem proposta de NEGÓCIO JURÍDICO, especificado em cláusulas, e SEM QUALQUER OPOSIÇÃO da PETROBRÁS, sobre o levantamento de valores depositados como NÃO RECUPERÁVEIS a favor de conta judicial que tem como beneficiário o Estado do Espírito Santo. **Nada mais havendo encerrou-se o presente termo**, que vai assinado por todos os presentes. Eu, _____, Evelyne de Oliveira Peixoto, analista judiciário, digitei.

Juiz: _____

Petrobrás: _____

Preposto: _____

Advogada: _____

Estado de Pernambuco: _____

Estado do Espírito Santo: _____

ANEXO C**PETIÇÃO E PLANILHA DE VALORES DEPOSITADOS**



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DO RECIFE

Processo: 0004931-87.2015.8.17.2001

Consignante: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS

Consignados: ESTADO DE ALAGOAS, ESTADO DA BAHIA, ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO, ESTADO DO RIO DE JANEIRO ESTADO DE SERGIPE,
ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE (ESTADOS DE ORIGEM) E ESTADO DE
PERNAMBUCO (ESTADO DE DESTINO).

1. Os ESTADOS do ESPÍRITO SANTO e de PERNAMBUCO, na condição de partes deste negócio e a PETROBRAS, aqui presente como interveniente, por se tratar da consignorante, devidamente qualificados nos autos, por seus representantes legais habilitados no feito, vêm, respeitosamente, diante de Vossa Excelência, em atenção ao determinado em audiência havida em 27 de novembro último, aduzir e requerer o que adiante se segue.

2. Pela **petição de ID nº25460201**, juntada em 13/11/2017, os Estados do Espírito Santo e Pernambuco apresentaram a esse MM. Juízo **Negócio Jurídico Processual** nos termos dos arts. 190 e parágrafo único, 200 e 545, §§ 1º e 2º do CPC-2015, por seus respectivos Procuradores-Gerais, requerendo a homologação do ajuste para **LEVANTAMENTO PARCIAL DOS DEPÓSITOS EFETIVADOS NOS AUTOS**, sem prejuízo do regular processamento do feito quanto à determinação, ao final, pelo Poder Judiciário da titularidade dos direitos em discussão.

3. No Negócio Jurídico Processual submetido ao exame desse MM. Juízo, os Estados do Espírito Santo e Pernambuco **pretendem apenas a partilha dos valores depositados**

1



tidos por incontrovertidos pela PETROBRAS, nas contas abertas **exclusivamente** em nome do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (Banco do Brasil: agência 3234, conta corrente 4200118144398; CAIXA ECONÔMICA: agência 2717, op.040, conta corrente 01565068-8 e **conta nº01550762-1**), tendo por base o teor das petições e planilhas encartadas nos autos pela empresa desde o início da demanda, ora **sintetizadas na planilha juntada com a presente petição (doc. anexo)**. Em tal planilha, estão devidamente identificados todos os depósitos feitos que atendem às características antes referidas. Cabe, então, enfatizar que o negócio processual NÃO abrange ou atinge qualquer direito de litigantes distintos dos Estados de Pernambuco e do Espírito Santo. Assim, o ajuste NÃO se refere a qualquer valor que a PETROBRAS tenha qualificado como “recuperável” (e, portanto, controverso) ou qualquer depósito que diga respeito aos demais estados de origem distintos do Espírito Santo.

4. No caso, a PETROBRAS consignou perante este MM. Juízo os valores do ICMS em discussão, classificando-os como “NÃO RECUPERÁVEIS” (desembolso como pagamento) e “RECUPERÁVEIS” (que eventualmente poderão retornar à empresa caso seja estipulado que o ICMS é devido aos Estados de Origem).

5. É importante insistir na observação de que os valores classificados pela PETROBRAS por “NÃO RECUPERÁVEIS”, são **INCONTROVERSOS**, reconhecidamente devidos pela empresa Consignante, ou ao Estado de origem do gás natural (ESPÍRITO SANTO, p.ex.) ou ao Estado de destino (PERNAMBUCO, em todas as operações).

6. Com relação aos **depósitos** relativos a uma e a outras operações, a PETROBRAS os identificou como relacionados a cada um dos Estados de Origem (ESPÍRITO SANTO, ETC), observando, nesse contexto, a proveniência do gás. Desse modo, a cada remessa de gás ao Estado de Destino (sempre para PERNAMBUCO) a empresa fez os depósitos indicando cada um dos Estados de Origem (ESPÍRITO SANTO, ETC), **nas contas judiciais abertas e individualizadas para cada um deles**, INEXISTINDO comunicação

2



entreos valores depositados judicialmente nas contas bancárias em nome da cada Estado.

7. Especificamente nas contas abertas em nome do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, a PETROBRAS quantificou, até outubro de 2017, como “NÃO RECUPERÁVEIS”, ou seja, como correspondente à parte INCONTROVERSA dos depósitos, o valor histórico de R\$ 100.544.063,92 (cem milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, sessenta e três reais e noventa e dois centavos); e como “RECUPERÁVEIS” o valor de R\$ 66.640.418,51 (sessenta e seis milhões, seiscentos e quarenta mil, quatrocentos e dezoito reais e cinquenta e um centavos), também quantificados até outubro de 2017, totalizando, nas contas judiciais abertas em nome do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, os valores históricos de R\$ 167.184.482,43 (cento e sessenta e sete milhões, cento e oitenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e quarenta e três centavos).

8. Nesse contexto, em atenção ao determinado por esse MM. Juízo na audiência havida em 27 de novembro último, os ESTADOS DO ESPÍRITO SANTO e PERNAMBUCO firmaram e submetem a homologação o Termo de Negócio Processual em anexo, reiterando que os valores objeto do ajuste, NÃO INTERFEREM, em nenhuma hipótese, nas quantias depositadas nas contas judiciais abertas em nome dos demais Estados, ou mesmo nos valores classificados por “RECUPERÁVEIS” pela PETROBRAS.

9. A PETROBRAS, que não é parte integrante do negócio processual, por sua vez, anota não lhe caber conferir qualquer anuência ao ajuste. Outrossim, não se opõe à homologação do NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL, na forma aqui proposta, concordando os ora peticionantes que o presente ajuste não interfere no patrimônio da empresa, senão apenas e exclusivamente naqueles valores já depositados nas contas judiciais em nome do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, classificados como “NÃO RECUPERÁVEIS”, estes tidos por incontroversos na demanda, conforme planilha em anexo.

3



10. Como consequência necessária disso, a PETROBRAS não poderá ser tida como responsável pela recomposição de depósitos relativamente aos valores objeto do negócio jurídico ora encetado, independentemente do Estado (Pernambuco ou Espírito Santo) que o Poder Judiciário venha a entender titular do crédito que implicou a realização dos depósitos ora partilhados.

11. Ante o exposto, os ESTADOS DO ESPÍRITO SANTO e PERNAMBUCO requerem a homologação do NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL, consubstanciado no TERMO juntado aos autos em conjunto com esta petição, possibilitando o levantamento dos valores depositados pela PETROBRAS, classificados por “NÃO RECUPERÁVEIS”, ou seja, incontroversos, existentes nas contas judiciais abertas em nome do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, notadamente no **Banco do Brasil** (agência 3234, conta corrente 4200118144398), bem como na **Caixa Econômica Federal** (agência 2717, op.040, conta corrente 0165068-8 e conta nº01550762-1), **na proporção de 50% (cinquenta por cento) para o ESTADO DE PERNAMBUCO e 50% (cinquenta por cento) em favor do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, tudo conforme a planilha em anexo, que identifica os depósitos realizados e suas qualificações.**

12. Por conseguinte, requerem os ESTADOS DO ESPÍRITO SANTO e de PERNAMBUCO a expedição dos competentes alvarás para levantamento da importância de **RS 50.272.031,96 (cinquenta milhões, duzentos e setenta e dois mil, trinta e um reais e noventa e seis centavos)**, para cada um, existentes na Caixa Econômica Federal (agência 2717, op.040, conta corrente 0165068-8 e conta nº01550762-1), e respectiva transferência dos valores respectivos para as contas do Estado do Espírito Santo (Banco Banestes, agência 0104, conta 12410510, titular: SEFAZ-CONVÊNIO, CNPJ 27.080.571/0001-30, código de identificação de depósito 34-77) e de Pernambuco (Caixa Econômica Federal, agência 1294-7, conta 00600500100-7, CNPJ nº10.572.014/0001-33).

4



13. Ainda, os ESTADOS DO ESPÍRITO SANTO e de PERNAMBUCO requerem que esse MM. Juízo, quando declarar a titularidade do direito a que se referem os depósitos efetuados, explicite as consequências da afirmação do direito de um dos Estados em detrimento do outro, o que implicará necessariamente a afirmação do direito do titular final do depósito de haver de volta a fração de seu crédito que tenha sido partilhado por força do presente ajuste, de maneira a que a respectiva decisão valha como título executivo judicial, para todos os efeitos, nos termos da legislação processual aplicável.

14. Por fim, requer-se a juntada da planilha em anexo, elaborada pela PETROBRAS e conferida pelos Estados peticionantes.

Pedem deferimento e homologação.

Recife, 30 de novembro de 2017.

Pelo Estado de Pernambuco:

ANTÔNIO CÉSAR CAÚLA REIS
Procurador Geral do Estado de Pernambuco

LEONARDO GUIMARÃES FREIRE
Procurador Chefe da Fazenda do Estado de Pernambuco

Pelo Estado do Espírito Santo:

ALEXANDRE NOGUEIRA ALVES
Procurador Geral do Estado do Espírito Santo



Estado de Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado



Pela PETROBRÁS – Interviente:

TACIANA MATIAS BRAZ DE ALMEIDA
Advogada da PETROBRAS – OAB/PE nº21.487

BRUNO BARROS CAVALCANTI
Advogado da PETROBRAS – OAB/SE nº515-B

WENDELL SANTIAGO ANDRADE
Advogado da PETROBRAS – OAB/SE nº2.042

6

ANEXO D

TERMO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL



TERMO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL FIRMADO ENTRE OS ESTADOS DO ESPÍRITO SANTO E PERNAMBUCO, PELAS RAZÕES E NA FORMA ABAIXO DESCRITA.

CONSIDERANDO a existência da ação de consignação em pagamento proposta pela PETROBRÁS, processo nº0004931-87.2015.8.17.2001, em trâmite na 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Recife/PE, em face dos ESTADOS do ESPÍRITO SANTO, do RIO DE JANEIRO, de SERGIPE, de ALAGOAS, do RIO GRANDE DO NORTE e de PERNAMBUCO;

CONSIDERANDO que a PETROBRÁS vem depositando perante o Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Recife/PE o valor do ICMS em discutido na lide, classificando-o como “NÃO RECUPERÁVEL”, relacionado à primeira operação (interestadual); e “RECUPERÁVEL”, referente à segunda operação (operação interna no Estado de Pernambuco);

CONSIDERANDO que os valores classificados pela PETROBRÁS por “NÃO RECUPERÁVEIS”, são **INCONTROVERSOS**, reconhecidamente devidos pela empresa Consignante, ou ao Estado de origem do gás natural (ESPÍRITO SANTO, p.ex.) ou ao Estado de destino (PERNAMBUCO, em todas as operações);

CONSIDERANDO que os depósitos relativos a uma e outra operação, a PETROBRÁS os identificou como relacionados a cada um dos Estados de Origem (ESPÍRITO SANTO, BAHIA, RIO DE JANEIRO e ALAGOAS), observando, nesse contexto, a proveniência do gás;

CONSIDERANDO que, a cada remessa de gás ao Estado de Destino (sempre para PERNAMBUCO) a empresa fez os depósitos indicando cada um dos Estados de Origem

I



(ESPÍRITO SANTO ou BAHIA ou RIO DE JANEIRO ou ALAGOAS), nas contas judiciais abertas e individualizadas para cada um deles, INEXISTINDO comunicação dos valores depositados judicialmente nas contas bancárias em nome da cada Estado;

CONSIDERANDO que a PETROBRÁS, em nome do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, abriu as contas judiciais no Banco do Brasil: agência 3234, conta corrente 4200118144398, com saldo atual de **R\$9.256.229,88 (nove milhões, duzentos e cinquenta e seis mil, duzentos e vinte e nove reais e oitenta e oito centavos)**, e o restante dos valores foi transferido para CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, **notadamente para conta nº01550762-1, agência 2717, op.040**, em razão do contrato nº114/2016 firmado entre o TJPE e a CAIXA para gerenciamento e processamento dos depósitos judiciais, a partir de 17/10/2016, atualmente com saldo de **R\$76.625.754,11 (setenta e seis milhões, seiscentos e vinte e cinco mil, setecentos e cinquenta e quatro reais e onze centavos)**; bem como na CAIXA ECONÔMICA FEDERAL: agência 2717, op.040, conta corrente 01565068-8, com saldo atual de **R\$93.326.667,07 (noventa e três milhões, trezentos e vinte e seis mil, seiscentos e sessenta e sete reais e sete centavos)**; **totalizando R\$179.208.651,06 (cento e setenta e nove milhões, duzentos e oito mil, seiscentos e cinquenta e um reais e seis centavos), atualizados.**

CONSIDERANDO que, especificamente nas contas abertas em nome do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, a PETROBRÁS quantificou, até outubro de 2017, como "NÃO RECUPERÁVEL", ou seja, a parte INCONTROVERSA, o valor histórico de **R\$100.544.063,92 (cem milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, sessenta e três reais e noventa e dois centavos)**; e "RECUPERÁVEL" o valor de R\$ 66.640.418,51 (sessenta e seis milhões, seiscentos e quarenta mil, quatrocentos e dezoito reais e cinquenta e um centavos), também quantificados até outubro de 2017, totalizando, nas contas judiciais abertas em nome do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, os valores

2



históricos de R\$167.184.482,43 (cento e sessenta e sete milhões, cento e oitenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e quarenta e três centavos);

CONSIDERANDO que os valores classificados como “NÃO RECUPERÁVEIS” NÃO INTERFEREM, em nenhuma hipótese, nas quantias depositadas nas contas judiciais abertas em nome dos demais Estados, notadamente dos ESTADOS da BAHIA, do RIO DE JANEIRO, de SERGIPE, do RIO GRANDE DO NORTE e de ALAGOAS, ou mesmo nos valores classificados por “RECUPERÁVEIS” pela PETROBRÁS;

CONSIDERANDO que, nos termos do artigo 199, caput, do Código de Processo Civil em vigor, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo; bem como, nos termos do Parágrafo único o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade;

CONSIDERANDO, ainda, que nos termos do art.200, também do Código de Processo Civil, os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais;

CONSIDERANDO que o art.545, caput e §1º, do CPC, faculta o réu levantar, desde logo, a quantia ou a coisa depositada, com a conseqüente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida, possibilitando, no caso tratado da ação consignatória nº0004931-87.2015.8.17.2001, o levantamento das parcelas classificadas como “NÃO RECUPERÁVEIS” depositadas nas contas abertas em nome do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO;

3



CONSIDERANDO que, na AUDIÊNCIA ocorrida perante o Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública do Recife/PE, em 29/11/2017, constou do TERMO DE AUDIÊNCIA que as contas judiciais, abertas em favor ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, não atingem os demais estados litigantes nos autos, bem com que o acordo a ser firmado pelos Estados de Pernambuco e Espírito Santo, de nenhuma forma, inclusive, financeira, atinge os demais estados da Bahia, Rio de Janeiro, Sergipe, Alagoas;

CONSIDERANDO que, nos termos da petição de juntada do presente TERMO, a PETROBRÁS, não se opõe à homologação do NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL, na forma aqui proposta, porquanto não interfere no patrimônio da empresa;

RESOLVEM os ESTADOS DO ESPÍRITO SANTO e PERNAMBUCO, firmarem o presente NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL, nos seguintes termos:

CLÁUSULA PRIMEIRA: Pelo presente NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL as partes convenientes acordam em levantar os valores depositados pela PETROBRÁS, classificados por "NÃO RECUPERÁVEIS", ou seja, incontroversos, existentes nas contas judiciais abertas em nome do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, notadamente no Banco do Brasil: agência 3234, conta corrente 4200118144398, bem como na CAIXA ECONÔMICA FEDERAL: agência 2717, op.040, conta corrente 0165068-8, e na **conta nº01550762-1, agência 2717, op.040, também da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para o ESTADO DE PERNAMBUCO e 50% (cinquenta por cento) em favor do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, notadamente em R\$50.272.031,96 (cinquenta milhões, duzentos e setenta e dois mil, trinta e um reais e noventa e seis centavos), para cada um, totalizando R\$100.554.063,92(cem milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, sessenta e três reais e noventa e dois centavos).**

CLÁUSULA SEGUNDA: Os ESTADOS DO ESPÍRITO SANTO e de PERNAMBUCO, reciprocamente, obrigam-se a, por ocasião do trânsito em julgado da decisão judicial a

4



ser proferida nos autos da Ação de Consignação em Pagamento nº0004931-87.2015.8.17.2001, em tramitação na 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Recife, em que será declarada a titularidade do direito a que se referem os depósitos efetuados, a devolver, ao titular final do direito ao depósito, a fração de seu crédito que tenha sido partilhado por força do presente ajuste.

Estando assim as partes, justas e acordadas, assinam o presente termo em duas vias de igual teor e forma, para que produzam seus efeitos legais.

Recife, 1º de dezembro de 2017.

Pelo Estado de Pernambuco:

ANTÔNIO CÉSAR CAÚLA REIS
Procurador Geral do Estado de Pernambuco

Pelo Estado do Espírito Santo:

ALEXANDRE NOGUEIRA ALVES
Procurador Geral do Estado do Espírito Santo

5

ANEXO E

TERMO DE AUDIÊNCIA DE CONTINUAÇÃO

TERMO DE AUDIÊNCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO, NOS AUTOS DA AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO, PROCESSO EM EPIGRAFE, PROMOVIDO PELA PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRAS - EM FACE DO ESTADO DE PERNAMBUCO, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, DO ESTADO DE SERGIPE, DO ESTADO DE ALAGOAS E DO ESTADO DA BAHIA E ESTADO DO RIO DE JANEIRO, TUDO CONFORME SE CONTÉM E DECLARA ADIANTE.

Ao 1º (primeiro) dia do mês de dezembro do ano de 2017 (dois mil e dezessete), às 14 horas, na sala de audiências deste Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública, onde se encontravam presentes o Dr. Teodomiro Noronha Cardozo, Juiz de Direito designado desta Vara, a servidora Evelyne de Oliveira Peixoto, o autor, Petrobrás, representada pelo preposto Sr. Miqueias Bezerra Simões, CPF Nº 000.784.964-89, acompanhado pela advogada Drª Taciana Matias Braz de Almeida, OAB/PE nº 21487, o Estado de Pernambuco, neste ato representado pelo Procurador Geral Dr. Antônio César Caúla Reis, OAB/PE nº 14709 e pelo Procurador Dr. Leonardo Guimarães Freire, OAB/PE nº 22825 e o Estado do Espírito Santo, representado pelo Procurador Geral Dr. Alexandre Nogueira Alves. Iniciados os trabalhos, o MM Juiz determina a juntada aos autos no PJe de um termo de negócio jurídico processual firmado entre os Estados do espírito Santo e de Pernambuco, em 05 (cinco) laudas, uma petição conjunta subscrita pelos Procuradores dos Estados do Espírito Santo e de Pernambuco e pelos advogados da Petrobrás também em 05 (cinco) laudas, além de extratos da Caixa Econômica em 04 (quatro) laudas, extrato do Banco do Brasil em 02 (duas) laudas, sendo a primeira frente e verso e uma planilha elaborada pelo Estado de Pernambuco com os dados financeiros fornecidos pela Petrobrás. As partes declaram solenemente que conhecem o teor de todos os documentos a serem juntados aos autos. **DECISÃO**, Visto etc. **1)** O MM juiz, com base no artigo 82, § 1º, do CPC/2015, determina a intervenção do Ministério Público, que terá carga dos autos como fiscal da ordem jurídica pelo prazo de 05 (cinco) dias; **2)** determino à Secretaria do Juízo, com urgência, oficial ao Banco do Brasil, anexando cópia da petição juntada pela Petrobrás (jd nº 24930496), para que informe a este juízo com urgência sobre os valores ali consignados se encontram depositados em conta judicial no Banco do Brasil ou se foram transferidos para a Caixa Econômica ou se foram levantados. Após a intervenção do Ministério Público, venham-me os autos conclusos para a decisão. Cumpria-se. **Nada mais havendo encerrou-se o presente termo**, que vai assinado por todos os presentes. Eu, _____, Evelyne de Oliveira Peixoto, analista judiciário, digitei

Juiz: _____

Petrobrás: _____

Preposto: _____

Advogada: _____

Estado de Pernambuco: _____

Estado do Espírito Santo: _____

TERMO DE AUDIÊNCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO, NOS AUTOS DA AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO, PROCESSO EM EPIGRAFE, PROMOVIDO PELA PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRAS - EM FACE DO ESTADO DE PERNAMBUCO, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, DO ESTADO DE SERGIPE, DO ESTADO DE ALAGOAS E DO ESTADO DA BAHIA E ESTADO DO RIO DE JANEIRO, TUDO CONFORME SE CONTÉM E DECLARA ADIANTE.

Ao 1º (primeiro) dia do mês de dezembro do ano de 2017 (dois mil e dezessete), às 14 horas, na sala de audiências deste Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública, onde se encontravam presentes o Dr. Teodomiro Noronha Cardozo, Juiz de Direito designado desta Vara, a servidora Evelyne de Oliveira Peixoto, o autor, Petrobrás, representada pelo preposto Sr. Miqueias Bezerra Simões, CPF Nº 000.784.964-89, acompanhado pela advogada Drª Taciana Matias Braz de Almeida, OAB/PE nº 21487, o Estado de Pernambuco, neste ato representado pelo Procurador Geral Dr. Antônio César Caúla Reis, OAB/PE nº 14709 e pelo Procurador Dr. Leonardo Guimarães Freire, OAB/PE nº 22825 e o Estado do Espírito Santo, representado pelo Procurador Geral Dr. Alexandre Nogueira Alves. Iniciados os trabalhos, o MM Juiz determina a juntada aos autos no PJe de um termo de negócio jurídico processual firmado entre os Estados do espírito Santo e de Pernambuco, em 05 (cinco) laudas, uma petição conjunta subscrita pelos Procuradores dos Estados do Espírito Santo e de Pernambuco e pelos advogados da Petrobrás também em 05 (cinco) laudas, além de extratos da Caixa Econômica em 04 (quatro) laudas, extrato do Banco do Brasil em 02 (duas) laudas, sendo a primeira frente e verso e uma planilha elaborada pelo Estado de Pernambuco com os dados financeiros fornecidos pela Petrobrás. As partes declaram solenemente que conhecem o teor de todos os documentos a serem juntados aos autos. **DECISÃO**, Visto etc. **1)** O MM juiz, com base no artigo 82, § 1º, do CPC/2015, determina a intervenção do Ministério Público, que terá carga dos autos como fiscal da ordem jurídica pelo prazo de 05 (cinco) dias; **2)** determino à Secretaria do Juízo, com urgência, oficial ao Banco do Brasil, anexando cópia da petição juntada pela Petrobrás (jd nº 24930496), para que informe a este juízo com urgência sobre os valores ali consignados se encontram depositados em conta judicial no Banco do Brasil ou se foram transferidos para a Caixa Econômica ou se foram levantados. Após a intervenção do Ministério Público, venham-me os autos conclusos para a decisão. Cumpra-se. **Nada mais havendo encerrou-se o presente termo**, que vai assinado por todos os presentes. Eu, _____, Evelyne de Oliveira Peixoto, analista judiciário, digitei

Juiz: _____

Petrobrás: _____

Preposto: _____

Advogada: _____

Estado de Pernambuco: _____

Estado do Espírito Santo: _____

ANEXO F

MANIFESTAÇÃO MINISTÉRIO PÚBLICO – 1º GRAU

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
22ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA CAPITAL

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO
PROCESSO Nº 0004931-87.2015.8.17.2001
AUTOR: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS
RÉUS: ESTADO DE PERNAMBUCO E OUTROS

MANIFESTAÇÃO

Cuida-se de Ação de Consignação em Pagamento, proposta por Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS em face do Estado de Pernambuco e outros Estados da Federação, na qual pleiteia a autora a declaração de quitação das obrigações referentes ao depósito efetuado e às demais subsequentes, convertendo-se a importância consignada em renda a quem de direito, quando do trânsito final da decisão, mediante apuração e cálculo que levem em consideração as informações aludidas no texto da inicial, atentando para a base de cálculo, alíquotas e legislação disciplinadora do ICMS do (s) Estado (s) a final tido (s) como sujeito ativo do imposto, condenando-se, por consequência, os consignados em custas processuais, honorários advocatícios e demais ônus decorrentes da sucumbência.

Analisando os autos, verifica-se que inexistente razão para a intervenção do Ministério Público no presente feito. Isto porque a doutrina e a jurisprudência dominantes entendem que a simples participação ou interesse patrimonial de pessoa jurídica de direito público na lide não gera, por si, a obrigatoriedade da intervenção ministerial.

Este é o entendimento que se depreende dos artigos 129, inciso IX, da Constituição Federal e o artigo 178, do Código de Processo Civil, que dispõem:

CF/88. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

NCPC. Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I – interesse público ou social;

II – interesse de incapaz;

III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.” (Negritos nossos).

Por fim, frise-se, por oportuno, que a Recomendação nº 34, de 05 de abril de 20161, do CNMP, que disciplina a intervenção do Ministério Público no processo civil, limita a atuação do órgão ministerial, prestigiando o interesse público e centralizando a fiscalização nas causas que realmente a exigem.

O artigo 2º de referida Recomendação dispõe que a identificação do interesse público no processo é juízo exclusivo do membro do Ministério Público. De igual modo, o art. 4º diz ser prescindível a atuação simultânea de mais de um órgão do Ministério Público em ações individuais ou coletivas, propostas ou não por membro da Instituição e o art. 5º destaca os casos que considera de relevância social, nos termos do art. 1º, inciso II, entre os quais não se encontra o presente.

O interesse público defendido pelo Parquet, o qual justifica a sua intervenção em juízo como fiscal da lei, é um interesse relevante da coletividade, vinculado aos fins sociais e às exigências do bem comum. Esse é o animus da atuação do Ministério Público, nos termos da ordem constitucional vigente.

Ante o exposto, esta Promotoria deixa de se manifestar na presente ação, pugnando pelo prosseguimento do feito.

Recife, 05 de dezembro de 2017.

Ana Maria do Amaral Marinho

Promotora de Justiça

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
22ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA CÍVEL DA CAPITAL

AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO
PROCESSO Nº 0004931-87.2015.8.17.2001
AUTOR: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRÁS
RÉUS: ESTADO DE PERNAMBUCO E OUTROS

MANIFESTAÇÃO

Cuida-se de Ação de Consignação em Pagamento, proposta por Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS em face do Estado de Pernambuco e outros Estados da Federação, na qual pleiteia a autora a declaração de quitação das obrigações referentes ao depósito efetuado e às demais subsequentes, convertendo-se a importância consignada em renda a quem de direito, quando do trânsito final da decisão, mediante apuração e cálculo que levem em consideração as informações aludidas no texto da inicial, atentando para a base de cálculo, alíquotas e legislação disciplinadora do ICMS do (s) Estado (s) a final tido (s) como sujeito ativo do imposto, condenando-se, por consequência, os consignados em custas processuais, honorários advocatícios e demais ônus decorrentes da sucumbência.

O presente feito foi enviado ao Ministério Público em duplicidade, já tendo este Órgão se manifestado na outra remessa, na data de hoje.

Assim, devolvo os autos ao d. Juízo.

Recife, 05 de dezembro de 2017.

Ana Maria do Amaral Marinho

Promotora de Justiça

ANEXO G

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – MAGISTRADO 1º GRAU



Tribunal de Justiça de Pernambuco
Poder Judiciário
5ª Vara da Fazenda Pública da Capital

AV DESEMBARGADOR GUERRA BARRETO, S/N, FORUM RODOLFO AURELIANO, ILHA JOANA BEZERRA, RECIFE
- PE - CEP: 50080-800 - F:(81) 31810252

Processo nº **0004931-87.2015.8.17.2001**

AUTOR: PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS

RÊU: ESTADO DE PERNAMBUCO, ESTADO DE SERGIPE, ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, ESTADO DE ALAGOAS,
ESTADO DA BAHIA

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Trata-se de ação de consignação em pagamento ajuizada pela PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS contra os estados do ESPÍRITO SANTO, BAHIA, ALAGOAS, SERGIPE E PERNAMBUCO, objetivando o depósito judicial dos valores discutidos no presente feito, cobrados a título de ICMS pelos estados demandados.

Os depósitos judiciais realizados pela demandante são por ela caracterizados como "recuperáveis" e "não-recuperáveis", sendo aqueles os valores tidos como incontroversos, ou seja, reconhecidamente devidos e estes últimos tidos como controvertidos, postos em discussão no presente feito.

Os estados de PERNAMBUCO e do ESPÍRITO SANTO protocolaram nos autos petição de id nº 25460029, pela qual requerem homologação de negócio jurídico celebrado estrita e especificamente entre eles. Almejam, com o referido acordo, o levantamento dos valores tidos como "não-recuperáveis", depositados em juízo em contas específicas em nome dos Estados de Pernambuco e Espírito Santo, de modo a repartir entre eles os referidos valores no percentual de 50% (cinquenta por cento) para cada um, com intervenção da Petrobrás que não se opõe ao aludido negócio jurídico.

Audiência realizada em 29.11.2017 com o objetivo de dirimir possíveis pontos controvertidos (ata de audiência id nº 25996562).

Posteriormente, foi juntado aos autos (id nº 26076186) termo do negócio jurídico celebrado acima referido.

Nova audiência realizada em 01.12.2017 (ata de audiência id nº 26080585).

Instado a se manifestar o Ministério Público, na qualidade de fiscal da Ordem Jurídica, por seu(sua) representante, não manifestou qualquer interesse nos autos.

É o que, por ora, importa relatar.

Passo a decidir.

1. Verifico, *a priori*, que nem todos os estados envolvidos foram devidamente citados. Até a presente data, portanto, não houve a regular formação da relação processual, não tendo sido possível a intimação dos demais integrantes da lide com a

finalidade de manifestarem-se acerca do negócio jurídico trazido aos autos, como bem assegura o Princípio do Devido Processo Legal.

2. Analisando o pleito dos estados demandados, verifico, pela análise da atual legislação tributária vigente, que não existe autorização legislativa para a celebração do negócio jurídico cuja homologação ora se pleiteia. Veja-se que é imensurável o impacto tributário porventura causado pelo acordo em questão, não cabendo aos estados requerentes, por simples e mera deliberação entre eles, renunciar, mesmo que momentaneamente, à receita tributária que efetivamente lhes caberia quando da resolução do mérito.

3. Ademais, é oportuno frisar que a homologação do negócio jurídico não põe termo ao processo, subsistindo a lide em todos os seus termos. Vale dizer, a manipulação de valores levantados por um e por outro, em percentuais aleatoriamente por eles ajustados (cinquenta por cento), é capaz de ensejar posterior tumulto processual ou, até mesmo, gerar o risco da não-devolução de valores de um para outro estado, quando da resolução do mérito, isto não por má-fé, mas sim em razão da crise financeira pela qual atravessa o País.

4. Outrossim, não se sabe ao certo que percentual do valor do objeto do negócio jurídico seria cabível ao Estado do Espírito Santo ou ao Estado de Pernambuco ou a um e a outro, por ocasião do julgamento do mérito.

5. Dessa forma, por esses fundamentos, **INDEFIRO** o pedido de homologação do negócio jurídico celebrado pelos demandados Estado do Espírito Santo e Estado de Pernambuco.

Intimem-se.

Transcorrido o prazo para recurso, voltem-me os autos conclusos.

Recife, 12 de dezembro de 2017.

TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

Juiz de Direito

ANEXO H

AGRAVO DE INSTRUMENTO



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA _____
CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE
PERNAMBUCO

Os ESTADOS DE PERNAMBUCO e do ESPÍRITO SANTO, pessoas jurídicas de direito público interno, representados pelos Procuradores do Estado ao final assinados, vêm, tempestivamente, à presença dessa respeitável Corte de Justiça do Estado, na forma do art. 1.015 e seguintes do CPC/2015, interpor recurso de

AGRAVO DE INSTRUMENTO, COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA

contra decisão interlocutória de id. 26397884, que INDEFERIU NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL, negando eficácia à declaração bilateral de vontade das partes (art. 200, CPC), nos autos da Ação de Consignação em Pagamento nº 0004931-87.2015.8.17.2001.

Requer, digno-se V. Exa. a atribuir **efeito suspensivo ativo** ao presente agravo de instrumento, com comunicação ao Juiz da causa, na forma do **inciso I do artigo 1.019 do Código de Processo Civil em vigor**, determinando-se a suspensão do cumprimento da decisão agravada, **com o conseqüente reconhecimento da plena e imediata eficácia do negócio jurídico processual entabulado**, inclusive para imediata expedição dos alvarás necessários à efetividade do negócio processual ajustado, tudo nos precisos termos do **art. 995, parágrafo único, do CPC/2015**, mercê de estarem presentes os requisitos legais, consoante razões a seguir expendidas.

Informa, outrossim, a inexistência de procuração outorgadas aos Procuradores do Estado haja vista a atuação *ex lege*.

O presente instrumento é composto com a cópia integral do processo eletrônico, incluindo-se todos os documentos indispensáveis à composição do instrumento, além de outros documentos úteis ao julgamento do agravo.

Em atendimento ao disposto no inciso IV, do artigo 1.016, do novo Código de Processo Civil, o **Agravante** informa o nome e endereços completos dos advogados constantes do processo:

Advogados da Parte Agravada:

- No Rio de Janeiro: **TAÍSA OLIVEIRA MACIEL**, OAB/RJ nº 118.488; **HÉLIO SIQUEIRA JÚNIOR**, OAB/RJ nº 62.929; **EDUARDO JORGE LEAL**, OAB/RJ nº 57.404, com escritório na Avenida da República do Chile, nº 65, 5º andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP 20031-912;



- Em Pernambuco: TACIANA MATIAS BRAZ DE ALMEIDA, OAB/PE 21.487; MARIA ANDRADE DE GODOY PEIXOTO, OAB/PE 24.597; ANDRÉA SOUTO MAIOR DO REGO MACIEL, OAB/PE 27.680; ISABELLE YVETTE RAMOS RIBEIRO CAMPOS, OAB/PE 1.320-B; ISABELLE IVETTE RAMOS RIBEIRO CAMPOS, OAB/PE 1.320-B; KARLA TRIGUEIRO DA SILVA TEIXEIRA, OAB/PE 21.425; RUBÊNIA MEDEIROS DE OLIVEIRA, OAB/PB 19.522; com escritório no Prédio Administrativo da Refinaria Abreu e Lima – RNEST, Rodovia PE 60, Km 10, s/n, Complexo Industrial e Portuário de Suape, Ipojuca-PE (CEP 55.590-972);

- Em Sergipe: ESTELA ROSA FEDERMAN SAITO, OAB/SE 477-B; ANA CRISTINA GOLOB MACHADO, OAB/SE 4.373; ANA PAULA MACHADO DOS ANJOS, OAB/SE 2.556; BIANCA BRAVO DE OLIVEIRA SANTOS, OAB/SE 4.706; CHRISTIANE ANGÉLICA DE AGUIAR DEDA, OAB/SE 3.167; DEANDRÉIA GAVA HUBER, OAB/SJ 92.663; FÁBIO VICTOR DE AGUIAR MENEZES, OAB/SE 5.825; RAÍSSA MARIA HORTA MELO, OAB/SE 4.707; LUIZ PEREIRA DE MELO NETO, OAB/SE 2.155; ALBERTO FIGUEIREDO NETO, OAB/SE 4.273; ANTÔNIO JOSÉ SIQUEIRA DE SANTANA, OAB/SE 5.823; CAROLINE FONTES RESENDE, OAB/SE 429-B; DESIRÉ MARQUES SOBRAL SILVESTRE, OAB/SE 4.795; DIVANDALMY FERREIRA MAIA, OAB/SE 432-B; FABIANO HORA DE BARROS SILVA, OAB/SE 3.515; FÁBIO VASCONCELOS SIQUEIRA, OAB/SE 2.982; FLÁVIO DO AMARAL AZEVEDO, OAB/SE 3.814; JOÃO CARLOS OLIVEIRA COSTA, OAB/SE 1.331; JOSÉ MARCOLINO DANTAS, OAB/SE 2.897; WENDELL SANTIAGO ANDRADE, OAB/SE 2.042; BRUNO BARROS CAVALCANTI, OAB/SE 515-B; JOSÉ MARCONDES SÉRVULO DA NÓBREGA JÚNIOR, OAB/SE 3.817; JANILDO HONORIO DA SILVA, OAB/RN 4039-B, estes com escritório na Rua Acre, 2504, bloco "L", bairro América, Aracaju/SE (CEP 49.075-900);

- Em Alagoas: ANDRÉIA CALHEIROS NOBRE DE SANTA RITA, OAB/AL 7.328; CARLA PATRÍCIA VERAS DA SILVEIRA, OAB/AL 5.985; DANIELE DOMINGUES LIMA E SILVA, OAB/AL 7.286; EDSON PEDROSA DE OLIVEIRA CAVALCANTE PESSOA, OAB/AL 7.213; JORGE LUIZ TENÓRIO DE CARVALHO, OAB/AL 7.167; LUDMILA DE MENDONÇA CERQUEIRA MARTINS FONTES, OAB/AL 7.457; MARIANA FLORÊNCIO DA ROCHA LINS, OAB/AL 5.943, estes com endereço na Av. Comendador Gustavo Paiva, 2789, Ed. Norcon Empresarial, sala 808, Mangabeiras, Maceió-AL, CEP 57038-360;

- No Distrito Federal: ANDRÉ DE ALMEIDA BARRETO TOSTES, OAB/DF nº20596; ANDRÉIA BAMBINI, OAB/DF 18331; BRUNO HENRIQUE DE OLIVEIRA FERREIRA, OAB/DF 15345; BRUNO SÉRGIO ALAMADA SOARES, OAB/RJ 150845; ELLEN CRISTIANE JORGE OLIVEIRA, OAB/DF 19821; FREDERICO DE OLIVEIRA FERREIRA, OAB/MG 102764; IGOR VASCONCELOS SALDANHA, OAB/DF 20191; JOENY GOMIDE SANTOS, OAB/DF 15085; JOSÉ DAVI CAVALCANTE MOREIRA, OAB/CE 18620; JULIANA CARNEIRO MARTINS DE MENEZES, OAB/DF 21567; LEILA DE SOUZA TEIXEIRA, OAB/RS 81.458-B, LÍVIA MARIA MORAIS VASCONCELOS SALDANHA, OAB/DF 21035; MAÍRA CIRINEU ARAÚJO, OAB/DF 20978; MARCELLE VIEIRA DE MELLO MOREIRA, OAB/SP 298643; MARCELO RODRIGUES DE SIQUEIRA, OAB/MG 106133; MAURA SIQUEIRA ROMÃO, OAB/RJ 121694, PHILIPPE DE OLIVEIRA NADER, OAB/RJ 147478; RAFAEL DE MATOS



GOMES DA SILVA, OAB/DF 21428; **SÍLVIA ALEGRETTI**, OAB/DF 19920; **TALES DAVID MACEDO**, OAB/DF 20227; **VANESSA APARECIDA MENDES BAESSE**, OAB/DF 32576, com escritório no SAN – Rua N2, Quadra 01, Bloco D, Edifício Petrobrás, 4º Andar, Brasília/DF, CEP 70040-901.

todos conforme procuração e substabelecimento juntados ao Processo Judicial Eletrônico, ficando os substabelecidos ANDRÉ DE ALMEIDA BARRETO TOSTES, CARLA PATRÍCIA VERAS DA SILVEIRA, ESTELA ROSA FIDERMAN SAITO, KARLA TRIGUEIRO DA SILVA TEIXEIRA, LUIZ PEREIRA DE MELO NETO, MARIA ANDRADE DE GODOY PEIXOTO, RAFAEL MATOS GOMES DA SILVA, TALES DAVID MACEDO e WENDELL SANTIAGO ANDRADE com poderes para receber citações e intimações, conforme instrumentos referidos.

Os **Agravantes** estão representados pelos Procuradores do Estado que subscrevem este recurso, decorrente de autorização legal, cujos endereços para intimações correspondem: ESTADO DE PERNAMBUCO: Rua do Sol, nº 143, Santo Antônio, Recife – PE; ESTADO DO ESPÍRITO SANTO: Av. Nossa Sra. da Penha, 1590 - Barro Vermelho, Vitória - ES, CEP 29027-502.

Pedem deferimento.
Recife, 15 de dezembro de 2017.

Pelo Estado de Pernambuco:

ANTÔNIO CÉSAR CAÚLA REIS

Procurador Geral do Estado de Pernambuco

LEONARDO GUIMARÃES FREIRE

Procurador Chefe da Fazenda do Estado de Pernambuco

ALDO BERNARDO DA SILVA JÚNIOR

Procurador Chefe Adjunto da Fazenda do Estado de Pernambuco

Pelo Estado do Espírito Santo:

ALEXANDRE NOGUEIRA ALVES

Procurador Geral do Estado do Espírito Santo



RAZÕES DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTES: ESTADO DE PERNAMBUCO e ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
AGRAVADA: PETROBRÁS
PROCESSO ORIGINÁRIO – PJE Nº 0004931-87.2015.8.17.2001
JUÍZO DE ORIGEM: 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE RECIFE

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO,
COLEDA CÂMARA,
ILUSTRE RELATOR,

1. DA TEMPESTIVIDADE

Observe-se que, de acordo com os arts. 1.003, §5º, c/c 219, ambos do CPC em vigor, será de 15 (quinze) dias úteis o prazo para a interposição de recursos, inclusive de Agravo de Instrumento. Aplicada a dobra do art. 183, *caput*, do Estatuto Processual, tem-se que será de 30 (trinta) dias úteis o prazo para a interposição do presente recurso.

O Estado de Pernambuco, por sua vez, dá-se por intimado da decisão agravada nesta data (15/12/2017). **O termo final dar-se-á, nesta senda, apenas em 07/02/2018 (segunda-feira)**, já que se excluem os dias não úteis, como os finais de semana, bem como da suspensão dos prazos no recesso forense entre os dias 20/12/2017 e 20/01/2018 nos termos do art.220 do NCP/2015 e o Ato nº1.368, de 23/11/2016 (Dje 24/11/2016) do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Interposto o presente recurso nesse intervalo, tem-se por tempestivo.

2. DA DECISÃO AGRAVADA.

No bojo da Ação de Consignação em Pagamento nº0004931-87.2015.8.17.2001 promovida pela PETROBRÁS em face dos Estados de Pernambuco, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Sergipe, Bahia, Alagoas e Rio Grande do Norte, em **08/11/2017, foi realizado NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL entre os Estados de PERNAMBUCO e do ESPÍRITO SANTO** para levantamento parcial dos valores depositados em juízo, tidos por incontroversos pela Consignante, nas contas judiciais abertas, exclusivamente, em nome do Estado do Espírito Santo, conforme petição conjunta (id.25460029) e documento (id.25460201) protocolados em **13/11/2017**.

Em **16/11/2017**, após tomar conhecimento do Negócio Jurídico Processual, o Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública agendou **audiência** para o dia **29/11/2017**, a fim de dirimir “possíveis” pontos controvertidos, conforme Despacho de id. 25850957, **assinado fisicamente** desde o dia 16/11/2017, e, **eletronicamente**, no dia 28/11/2017:



"Processo nº 0004931-87.2015.8.17.2001

AUTOR: PETROLEO BRASILEIRO S.A PETROBRAS

RÉU: ESTADO DE PERNAMBUCO, ESTADO DE SERGIPE, ESTADO DO
ESPIRITO SANTO, ESTADO DE ALAGOAS, ESTADO DA BAHIA

DESPACHO

1. Diante do requerido na petição de id nº 25460201, designo audiência a ser realizada no dia 29 de novembro do corrente ano, às 14h, nesta Unidade Judiciária, afim de serem dirimidos os possíveis pontos controvertidos.
2. Assim, intimem-se com URGÊNCIA a Petrobrás, o Estado de Pernambuco e o Estado do Espírito Santo por suas procuradorias.
3. Cumpra-se.

Recife, 28 de novembro de 2017.

TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

Juiz de Direito"

Realizada a audiência designada (29/11/2017), estando presentes os Procuradores Gerais dos Estados de Pernambuco e do Espírito Santo, além da PETROBRÁS, o MM. Juiz, dentre outras coisas, **determinou que** os Estados de Pernambuco e do Espírito Santo **apresentassem o referido NEGÓCIO JURÍDICO**, especificado em cláusulas e SEM QUALQUER OPOSIÇÃO da PETROBRÁS, sobre o levantamento de valores depositados como NÃO RECUPERÁVEIS em conta judicial que tem como beneficiário o Estado do Espírito Santo, nesses termos:

"TERMO DE AUDIÊNCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO, NOS AUTOS DA AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO, PROCESSO EM EPÍGRAFE, PROMOVIDO PELA PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRAS - EM FACE DO ESTADO DE PERNAMBUCO, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, DO ESTADO DE SERGIPE, DO ESTADO DE ALAGOAS E DO ESTADO DA BAHIA E ESTADO DO RIO DE JANEIRO, TUDO CONFORME SE CONTÉM E DECLARA ADIANTE.

Aos 29 (vinte e nove) dias do mês de novembro do ano de 2017 (dois mil e dezessete), às 14 horas, na sala de audiências deste Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública, onde se encontravam presentes o Dr. Teodomiro Noronha Cardozo, Juiz de Direito designado desta Vara; a servidora Evelynne de Oliveira Peixoto; o autor, Petrobrás, representada pelo

preposto Sr. Miqueias Bezerra Simões, CPF N° 000.784.964-89, acompanhado pela advogada Drª Taciana Matias Braz de Almeida, OAB/PE n° 21487; o Estado de Pernambuco, neste ato representado pelo Procurador Geral Dr. Antônio César Caúla Reis, OAB/PE n° 14709 e pelo Procurador Dr. Leonardo Guimarães Freire, OAB/PE n° 22825 e o Estado do Espírito Santo, representado pelo Procurador Geral Dr. Alexandre Nogueira Alves. **Iniciados os trabalhos:** (1) Declara a advogada da Petrobrás que os valores depositados em contas originárias na CAIXA ECONÓMICA FEDERAL – agência 2717 op. 040, Contacorrente n° 01565068-8 e no BANCO DO BRASIL – agência 3234, Contacorrente 4200118144398, em contas judiciais, a favor do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, não atinge os demais estados litigantes nestes autos, a saber Bahia, Rio de Janeiro, Sergipe, Alagoas e que os valores consignados nas referidas contas, segundo as partes presentes na mesa de audiência, não havendo conta judicial aberta em nome do Estado de Pernambuco, nestes autos, no que tange à discussão sobre o tributo de ICMS objeto da demanda; (2) Que o acordo a ser firmado pelos Estados de Pernambuco e Espírito Santo, de nenhuma forma, inclusive, financeira, atinge os demais estados da Bahia, Rio de Janeiro, Sergipe, Alagoas. (3) O MM. Juiz, em face da necessidade de se esclarecer as contas e os valores dos depósitos realizados pela PETROBRÁS, cujos valores são identificados por Estado, DECIDE suspender a presente audiência, de logo, redesigna o dia 01 de dezembro de 2017, às 14:00horas para audiência de continuação, **para que os Estados de Pernambuco e do Espírito Santo apresentem proposta de NEGÓCIO JURÍDICO, especificado em cláusulas, e SEM QUALQUER OPOSIÇÃO da PETROBRÁS, sobre o levantamento de valores depositados como NÃO RECUPERÁVEIS a favor de conta judicial que tem como beneficiário o Estado do Espírito Santo.** Nada mais havendo encerrou-se o presente termo, que vai assinado por todos os presentes. Eu, _____, Evelyne de Oliveira Peixoto, analista judiciário, digitei.”

Em atenção ao determinado pelo MM. Juiz da 5ª Vara da Fazenda Pública, os Estados de Pernambuco e do Espírito Santo, **sem qualquer oposição da PETROBRÁS**, apresentaram o NEGÓCIO JURÍDICO, agora especificado em Cláusulas, **que foi devidamente assinado na presença do magistrado em nova audiência, agora realizada em 1º/12/2017**, conforme se extrai dos documentos de id. 26088068, 26088120, 26088128, 26088137, assim registrado em Ata:

“TERMO DE AUDIÊNCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO, NOS AUTOS DA AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO, PROCESSO EM EPÍGRAFE, PROMOVIDO PELA PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRAS - EM FACE DO ESTADO DE PERNAMBUCO, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, DO ESTADO DE SERGIPE, DO ESTADO DE ALAGOAS E DO ESTADO DA BAHIA E ESTADO DO RIO DE JANEIRO, TUDO CONFORME SE CONTÉM E DECLARA ADLANTE.

Ao 1º (primeiro) dia do mês de dezembro do ano de 2017 (dois mil e dezessete), às 14 horas, na sala de audiências deste Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública, onde se encontravam presentes o Dr. Teodomiro Noronha Cardozo, Juiz de Direito designado desta Vara; a servidora Evelyne de Oliveira Peixoto; o autor, Petrobrás, representada pelo preposto Sr. Miqueias Bezerra Simões, CPF N° 000.784.964-89, acompanhado pela advogada Drª Taciana Matias Braz de



Almeida, OAB/PE nº 21487; o Estado de Pernambuco, neste ato representado pelo Procurador Geral Dr. Antônio César Caíla Reis, OAB/PE nº 14709 e pelo Procurador Dr. Leonardo Guimarães Freire, OAB/PE nº 22825 e o Estado do Espírito Santo, representado pelo Procurador Geral Dr. Alexandre Nogueira Alves. Iniciados os trabalhos, o MM Juiz determina a juntada aos autos no PJe de um termo de negócio jurídico processual firmado entre os Estados do espírito Santo e de Pernambuco, em 05 (cinco) laudas, uma petição conjunta subscrita pelos Procuradores dos Estados do Espírito Santo e de Pernambuco e pelos advogados da Petrobrás também em 05 (cinco) laudas, além de extratos da Caixa Econômica em 04 (quatro) laudas, extrato do Banco do Brasil em 02 (duas) laudas, sendo a primeira frente e verso e uma planilha elaborada pelo Estado de Pernambuco com os dados financeiros fornecidos pela Petrobrás. As partes declaram solenemente que conhecem o teor de todos os documentos a serem juntados aos autos. DECISÃO, Visto etc. 1) O MM juiz, com base no artigo 82, § 1º, do CPC/2015, determina a intervenção do Ministério Público, que terá carga dos autos como fiscal da ordem jurídica pelo prazo de 05 (cinco) dias; 2) determino à Secretaria do Juízo, com urgência, oficiar ao Banco do Brasil, anexando cópia da petição juntada pela Petrobrás (id nº 24930496), para que informe a este juízo com urgência sobre os valores ali consignados se encontram depositados em conta judicial no Banco do Brasil ou se foram transferidos para a Caixa Econômica ou se foram levantados. Após a intervenção do Ministério Público, venham-me os autos conclusos para a decisão. Cumpra-se. Nada mais havendo encerra-se o presente termo, que vai assinado por todos os presentes. Eu, _____, Evelyne de Oliveira Peixoto, analista judiciário, digitei."

Intimado, o Ministério Público de Pernambuco se manifestou nos autos do processo, informando não ter interesse no feito, conforme manifestação de id. 26183368.

Após todas as exigências impostas pelo MM. Juiz da 5ª Vara da Fazenda Pública do Recife, os Estados do Espírito Santo e Pernambuco são **surpreendidos por uma "decisão interlocutória" (id. 26397884) INDEFERINDO o NEGÓCIO JURIDICO PROCESSUAL, in verbis:**

"Processo nº 0004931-87.2015.8.17.2001

AUTOR: PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS

RÉU: ESTADO DE PERNAMBUCO, ESTADO DE SERGIPE, ESTADO DO ESPIRITO SANTO, ESTADO DE ALAGOAS, ESTADO DA BAHIA

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Trata-se de ação de consignação em pagamento ajuizada pela PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS contra os estados do ESPÍRITO SANTO, BAHIA, ALAGOAS, SERGIPE E PERNAMBUCO, objetivando o depósito judicial dos valores discutidos no presente feito, cobrados a título de ICMS pelos estados demandados.

Os depósitos judiciais realizados pela demandante são por ela caracterizados como "recuperáveis" e "não-recuperáveis", sendo aqueles os valores tidos como incontroversos, ou seja,

reconhecidamente devidos e estes últimos tidos como controvertidos, postos em discussão no presente feito.

Os estados de PERNAMBUCO e do ESPÍRITO SANTO protocolaram nos autos petição de id nº 25460029, pela qual requerem homologação de negócio jurídico celebrado estrita e especificamente entre eles. Almejam, com o referido acordo, o levantamento dos valores tidos como “não-recuperáveis”, depositados em juízo em contas específicas em nome dos Estados de Pernambuco e Espírito Santo, de modo a repartir entre eles os referidos valores no percentual de 50% (cinquenta por cento) para cada um, com intervenção da Petrobrás que não se opõe ao aludido negócio jurídico.

Audiência realizada em 29.11.2017 com o objetivo de dirimir possíveis pontos controvertidos (ata de audiência id nº 25996562).

Posteriormente, foi juntado aos autos (id nº 26076186) termo do negócio jurídico celebrado acima referido.

Nova audiência realizada em 01.12.2017 (ata de audiência id nº 26080585).

Instado a se manifestar o Ministério Público, na qualidade de fiscal da Ordem Jurídica, por seu(sua) representante, não manifestou qualquer interesse nos autos.

É o que, por ora, importa relatar.

Passo a decidir.

1. *Verifico, a priori, que nem todos os estados envolvidos foram devidamente citados. Até a presente data, portanto, não houve a regular formação da relação processual, não tendo sido possível a intimação dos demais integrantes da lide com a finalidade de manifestarem-se acerca do negócio jurídico trazido aos autos, como bem assegura o Princípio do Devido Processo Legal.*

2. *Analisando o pleito dos estados demandados, verifico, pela análise da atual legislação tributária vigente, que não existe autorização legislativa para a celebração do negócio jurídico cuja homologação ora se pleiteia. Veja-se que é imensurável o impacto tributário porventura causado pelo acordo em questão, não cabendo aos estados requerentes, por simples e mera deliberação entre eles, renunciar, mesmo que momentaneamente, à receita tributária que efetivamente lhes caberia quando da resolução do mérito.*

3. *Ademais, é oportuno frisar que a homologação do negócio jurídico não põe termo ao processo, subsistindo a lide em todos os seus termos. Vale dizer, a manipulação de valores levantados por um e por outro, em percentuais aleatoriamente por eles ajustados (cinquenta por cento), é capaz de ensejar posterior tumulto processual ou, até mesmo, gerar o risco da não-devolução de valores de um para outro estado, quando da resolução do mérito, isto não por má-fé, mas sim em razão da crise financeira pela qual atravessa o País.*

4. *Outrossim, não se sabe ao certo que percentual do valor do objeto do negócio jurídico seria cabível ao Estado do Espírito Santo ou ao Estado de Pernambuco ou a um e a outro, por ocasião do julgamento do mérito.*

5. *Dessa forma, por esses fundamentos, INDEFIRO o pedido de homologação do negócio jurídico celebrado pelos demandados Estado do Espírito Santo e Estado de Pernambuco.*



Intimem-se.

Transcorrido o prazo para recurso, voltem-me os autos conclusos.

Recife, 12 de dezembro de 2017.

TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

Juiz de Direito "

É contra essa decisão (id. 26397884), que carece de respaldo na ordem jurídica vigente, que se interpõe o presente AGRAVO DE INSTRUMENTO.

3. DO CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

É cabível a impugnação da decisão interlocutória referida por meio do Agravo de Instrumento, nos termos do art. 1.015, incisos I e III, do Código de Processo Civil, que prescreve, *in verbis*:

"Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

(...)

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

(...)

Sobre o cabimento do Agravo de Instrumento em face de decisões que negam eficácia ou não homologam negócio jurídico processual, Fredie Didier Jr. afirma que tais provimentos jurisdicionais podem significar recusa de aplicação de uma convenção processual, que seria equiparável à convenção de arbitragem prevista no art.1.015, inciso III, do CPC, assim arrematando:

"Parece ser possível, por isso, extrair, a partir desse caso, por analogia, a recorribilidade por agravo de instrumento dessa decisão interlocutória que não homologue ou recuse eficácia a um negócio jurídico processual!"¹

No caso em discussão, sob outro prisma, tem-se que o negócio jurídico processual ajustado permitiria aos convenentes a fruição imediata e precária do direito discutido, de maneira que a negativa de validação do ajuste em foco implicou a negativa de uma tutela provisória, o que desafia o recurso de agravo, nos termos do inciso I do artigo 1.015 do CPC.

Nesse contexto, revela-se admissível a interposição do presente recurso, seja com base no entendimento majoritário segundo o qual o *caput* do art. 1.015 do Código de Processo Civil, admitindo expressamente o cabimento de agravo de instrumento para desafiar decisão interlocutória

¹ Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. Editora JusPodivm. Salvador: 2016, p.395.



abriga rol meramente exemplificativo, seja com fundamento na melhor doutrina que equipara a decisão ora agravada àquela através da qual se rejeita convenção de arbitragem, seja finalmente pela natureza de tutela provisória de que se revestiria a decisão de acolhimento do negócio jurídico processual.

4. MÉRITO

4.1. DA CONTEXTUAÇÃO DA DEMANDA.

4.1.1. DA SÍNTESE DA AÇÃO CONSIGNATÓRIA.

A PETROBRAS S/A ajuizou Ação de Consignação em pagamento, com fundamento no art. 164, III do CTN, pretendendo realizar depósitos sucessivos mensais do valor referente ao ICMS incidente nas operações com gás natural, na forma do art. 890 do CPC, com o interesse de evitar autuações fiscais dos Estados constantes do pólo passivo durante o curso da demanda, e para obter, conforme pedidos formulados em sua inicial, a (i) suspensão da exigibilidade do crédito desde o início da ação até o seu trânsito em julgado, além (ii) da quitação relativa aos tributos devidos ao final do processo.

Alegou a existência de dúvida quanto ao sujeito ativo do ICMS incidente sobre a remessa do gás natural produzido em suas UPGNs (unidades de processamento de gás natural) com destino a Pernambuco, advindo dos Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas e Rio Grande do Norte.

Para tanto, aduziu a PETROBRÁS que as suas UPGNs localizadas nos Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas e Rio Grande do Norte promovem a industrialização do gás natural e em seguida, remetem-no já *"pronto e acabado para consumo"* para o Estado de Pernambuco.

Aqui no Estado de Pernambuco (ainda via gasoduto) o gás é recebido no *ponto de entrega* localizado em Suape, denominado *city gate* e, em seguida, é entregue à distribuidora de gás estadual (COPERGÁS), entendendo o Fisco Pernambucano que, em tais estruturas (*"city gates"*), ocorrem atividades de filtragem, aquecimento, redução de pressão e medição do gás natural, antes da entrega do gás à distribuidora estadual, de modo a incidir o ICMS em mais uma operação, agora interna no Estado de Pernambuco.

4.1.2. DOS VALORES DEPOSITADOS MENSALMENTE PELA PETROBRÁS EM JUÍZO.

A PETROBRAS consignou em Juízo os valores do ICMS em discussão, classificando-os como "NÃO RECUPERÁVEIS" (desembolso como pagamento) e "RECUPERÁVEIS" (que eventualmente poderão retornar à empresa caso seja estipulado que o ICMS é devido apenas aos Estados de Origem). Os valores classificados pela PETROBRÁS por "NÃO RECUPERÁVEIS" são **INCONTROVERSOS**, reconhecidamente devidos pela empresa Consignante, ou ao Estado de origem do gás natural (ESPÍRITO SANTO, por exemplo) ou ao Estado de destino (PERNAMBUCO, em todos os casos), a depender do desfecho da demanda.



Com relação a tais depósitos (“Recuperáveis” e “Não Recuperáveis”), a PETROBRAS os identificou como relacionados a cada um dos Estados de Origem (ESPÍRITO SANTO etc.), observando, nesse contexto, a proveniência do gás. **Desse modo, a cada remessa de gás ao Estado de Destino (sempre para PERNAMBUCO) a empresa fez os depósitos indicando cada um dos Estados de Origem (ESPÍRITO SANTO etc.), nas contas judiciais abertas e individualizadas para cada um deles, INEXISTINDO comunicação entre os valores depositados judicialmente nas contas bancárias em nome da cada Estado.**

Especificamente nas contas abertas em nome do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, a PETROBRAS quantificou, até outubro de 2017, como “NÃO RECUPERÁVEL”, ou seja, como correspondente à parte INCONTROVERSA dos depósitos, o valor histórico de R\$ 100.544.063,92 (cem milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, sessenta e três reais e noventa e dois centavos); e como “RECUPERÁVEL” o valor de R\$ 66.640.418,51 (sessenta e seis milhões, seiscentos e quarenta mil, quatrocentos e dezoito reais e cinquenta e um centavos), totalizando o montante histórico de R\$ 167.184.482,43 (cento e sessenta e sete milhões, cento e oitenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e quarenta e três centavos).

Foi com relação aos depósitos classificados como “NÃO RECUPERÁVEIS”, ou seja, quanto a valores incontroversos, depositados em conta aberta em nome do Estado de Espírito Santo, que este e o Estado de Pernambuco celebraram o NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL, a fim de levantar os valores imediatamente, sem prejuízo de ressarcimento de um para o outro, ao final da demanda, conforme se venha a definir a titularidade do tributo a que se referem os depósitos realizados, quando transitar em julgado a tese jurídica de mérito a ser fixada pelo Poder Judiciário.

4.1.3. DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ENTABULADO ENTRE OS ESTADOS DO ESPÍRITO SANTO E DE PERNAMBUCO, SEM QUALQUER OPOSIÇÃO DA PETROBRÁS.

No Negócio Jurídico Processual submetido ao exame do Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública, os Estados do Espírito Santo e Pernambuco pretenderam apenas a partilha dos valores depositados tidos por **incontroversos** pela PETROBRÁS, nas contas abertas **exclusivamente** em nome do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (Banco do Brasil: agência 3234, conta corrente 4200118144398; CAIXA ECONÔMICA: agência 2717, op.040, conta corrente 01565068-8 e conta nº01550762-1), tendo por base o teor das petições e planilhas encartadas nos autos pela empresa Consignante desde o início da demanda.

Na ocasião, informou-se ao MM. Juízo que o negócio processual celebrado entre os Estados de Pernambuco e Espírito Santo **NÃO REPERCUTE** na esfera jurídica ou econômica dos demais litigantes. Nem mesmo em tese o ajuste poderia ter repercussão sobre os demais estados, pelo fato singelo de haver a Petrobras identificado especificamente os possíveis beneficiários de cada depósito e considerando ainda o objeto específico da espécie de demanda identificada como “ação de consignação em pagamento”. De fato, além dos subscritores se reservarem o direito de não abrir mão das respectivas teses, o ajuste NÃO alcança os valores que a PETROBRAS qualificou como “recuperáveis” (e, portanto, controversos) nem atinge os depósitos efetuados em contas abertas em nome das demais unidades federadas que compõem o pólo passivo da demanda.



Após determinação do MM. Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública do Recife, o Negócio Jurídico Processual entabulado, apresentado em treze **consideranda**, foi exposto em CLÁUSULAS, com os seguintes termos:

“RESOLVEM os ESTADOS DO ESPÍRITO SANTO e PERNAMBUCO, firmarem o presente NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL, nos seguintes termos:

CLÁUSULA PRIMEIRA: Pelo presente NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL as partes convenientes acordam em levantar os valores depositados pela PETROBRÁS, classificados por “NÃO RECUPERÁVEIS”, ou seja, incontroversos, existentes nas contas judiciais abertas em nome do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, notadamente no Banco do Brasil: agência 3234, conta corrente 4200118144398, bem como na CAIXA ECONÔMICA FEDERAL: agência 2717, op.040, conta corrente 0165068-8, e na conta nº01550762-1, agência 2717, op.040, também da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para o ESTADO DE PERNAMBUCO e 50% (cinquenta por cento) em favor do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, notadamente em R\$50.272.031,96 (cinquenta milhões, duzentos e setenta e dois mil, trinta e um reais e noventa e seis centavos), para cada um, totalizando R\$100.554.063,92 (cem milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, sessenta e três reais e noventa e dois centavos).

CLÁUSULA SEGUNDA: Os ESTADOS DO ESPÍRITO SANTO e de PERNAMBUCO, reciprocamente, obrigam-se a, por ocasião do trânsito em julgado da decisão judicial a ser proferida nos autos da Ação de Consignação em Pagamento nº0004931-87.2015.8.17.2001, em tramitação na 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Recife, em que será declarada a titularidade do direito a que se referem os depósitos efetuados, a devolver, ao titular final do direito ao depósito, a fração de seu crédito que tenha sido partilhado por força do presente ajuste.

Estando assim as partes, justas e acordadas, assinam o presente termo em duas vias de igual teor e forma, para que produzam seus efeitos legais.

Recife, 1ª de dezembro de 2017.

Pelo Estado de Pernambuco:

ANTÔNIO CÉSAR CAULA REIS

Procurador Geral do Estado de Pernambuco

Pelo Estado do Espírito Santo:

ALEXANDRE NOGUEIRA ALVES

Procurador Geral do Estado do Espírito Santo”



Além disso, foi assinada petição conjunta pelos Estados do Espírito Santo e de Pernambuco, e pela PETROBRÁS, juntando o Negócio Jurídico Processual, **fazendo constar no item 9 que a empresa não tinha qualquer oposição ao citado ajuste entre as partes.** Veja-se:

“9. A PETROBRÁS, que não é parte integrante do negócio processual, por sua vez, anota não lhe caber conferir qualquer anuência ao ajuste. Outrossim, não se opõe à homologação do NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL, na forma aqui proposta, concordando os ora peticionantes que o presente ajuste não interfere no patrimônio da empresa, senão apenas e exclusivamente naqueles valores já depositados nas contas judiciais em nome do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, classificados como “NÃO RECUPERÁVEIS”, estes tidos por incontroversos na demanda, conforme planilha em anexo.” Id. 26088120

4.2. DA INSUBSISTÊNCIA DA DECISÃO RECORRIDA.

Os Estados do Espírito Santo e de Pernambuco, utilizando-se do “*sistema multiportas*” de justiça, e não propriamente do Poder Judiciário, resolveram compor-se, ainda que de forma temporária e limitada ao exercício de faculdades prevista em lei, por meio de ajuste denominado *negócio jurídico processual*.

No entanto, ao examinar o negócio jurídico processual celebrado por duas das partes da demanda na forma do art. 200, do Código de Processo Civil, o Exmo. Senhor Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública **INDEFERIU** a referida declaração bilateral de vontade sob os seguintes argumentos:

- a) ausência de manifestação dos demais réus quanto aos termos do negócio jurídico processual firmado uma vez que nem todos chegaram a ser sequer citados para integrar a lide;*
- b) inexistência de autorização legislativa para a celebração de negócio jurídico processual que acarrete, ainda que momentaneamente, renúncia de receita tributária;*
- c) o levantamento dos recursos, nos percentuais ajustados, poderia causar tumulto processual e o risco de não devolução dos valores que caberiam a um ou outro Estado quando da resolução do mérito da demanda; e*
- d) a impossibilidade de se determinar que percentual dos montantes depositados seria destinado a cada um dos Estados subscritores do negócio jurídico processual por ocasião do desfecho do processo.*

Bem se vê que nenhuma das razões expendidas se presta a negar validade à declaração bilateral de vontade manifestada nos autos.

De acordo com o art. 190, do Código de Processo Civil, versando a controvérsia sobre direitos componíveis, as partes capazes podem, de comum acordo, adaptar o procedimento e pactuar sobre os ônus e faculdades no âmbito de um processo judicial, **competindo ao Poder Judiciário, nessas situações, apenas o controle quanto à validade das convenções, in verbis:**



Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação **somente** nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.²

Assim, pode-se dizer que a formalização de um negócio jurídico processual tem como pressupostos: a) tratar-se de demanda em que discutido direito sujeito à autocomposição; b) a licitude do objeto; e c) a plena capacidade e legitimidade das partes celebrantes.

Ora, não há dúvidas de que todos os mencionados requisitos se encontram presentes na hipótese em tela de modo que o **Poder Judiciário somente poderia recusar eficácia à convenção firmada em caso de nulidade**, inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes. A invocação de qualquer outro motivo para não dar efetividade ao negócio processual é hipótese de violação legal manifesta.

Não se está aqui negando, Ilustres Desembargadores, a reconhecida importância do Poder Judiciário, mas sim conferindo relevância à possibilidade das partes, de alguma forma, comporem sobre faculdades processuais com reflexos financeiros nos autos de um processo judicial.

Nessa linha, são valiosas as anotações de Leonardo José Carneiro da Cunha² ao ensinar que o direito brasileiro, a partir da Resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e com o Código de Processo Civil de 2015, caminha para construção de um processo civil e sistema de justiça multipartas, com cada caso sendo indicado para o método ou técnica mais adequada para solução do conflito, explicando:

“O Judiciário deixa de ser um lugar para julgamento apenas para ser um local de resolução de disputas. Trata-se de uma importante mudança paradigmática. Não basta que o caso seja julgado; é preciso que seja conferida uma solução adequada que faça com que as partes saiam satisfeitas com o resultado.”

De forma mais direta, com as cautelas devidas, sobre o papel do julgador no que diz respeito às convenções processuais entre particulares, leciona o preclaro Antônio do Passo Cabral³:

“O juiz não tem o poder de apreciar a conveniência da celebração do acordo, limitando-se a um exame de validade.”

E continua o ilustre doutrinador:

“No equilíbrio entre os interesses públicos e privados, pelo princípio in dubio pro libertate, as

² Fazenda Pública em Juízo, 13ª edição. Ed. Forense. São Paulo: 2016, pgs.637/638.

³ CABRAL, Antônio do Passo, “Convenções Processuais”, Ed. Jus Podium, p. 228.



convenções são amplamente permitidas, e por isso a atividade de controle do juiz restringe-se a verificar, a posteriori, se as partes extrapolaram o espaço que o ordenamento jurídico lhes atribui para atuar”

Ainda que pairassem questionamentos sobre a viabilidade do *negócio jurídico processual* em questão, Fredie Didier Jr., citando *Peter Schlosser*, afirma que a primeira diretriz do Negócio Jurídico Processual para avaliar o consenso das partes se lastreia no princípio *in dubio pro libertate*. **Ou seja, na dúvida, deve-se admitir o negócio processual**⁴.

É válido anotar, também, alguns enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC:

“133. (art. 190; art. 200, parágrafo único) Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial.”

“135. (art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.”

“256. (art. 190) A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual.”

Também não são necessárias maiores considerações a fim de evidenciar que o negócio jurídico processual firmado não guarda qualquer relação com a inclusão de cláusula em contrato de adesão, tampouco há vulnerabilidade de parte, sendo ambos os subscritores pessoas jurídicas de direito público interno de mesma relevância constitucional.

Não se está diante, ainda, de qualquer nulidade.

De fato, ao efetuar os depósitos em contas específicas para cada Estado conforme a origem do gás natural com destino a Pernambuco, a PETROBRAS S/A segregou os valores depositados que competirão a cada Unidade Federada em caso de prevalência da respectiva tese. **Assim, resta evidente que não se faz necessária a anuência dos demais Estados da Federação constantes no pólo passivo da demanda em relação ao NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL entabulado entre os Estados do Espírito Santo e de Pernambuco, porque os depósitos efetuados em contas judiciais abertas em nome dos Estados que não subscrevem o ajuste não serão afetados.**

Ou seja, os valores cuja partilha se pretende com o negócio jurídico processual entabulado não repercutem na esfera econômica de nenhum dos demais atores da demanda, o que restou, inclusive, **expressamente declarado pelos representantes da PETROBRAS S/A em audiência (vide item “2” do Termo de Audiência – ID 25996562)**, tudo a reforçar a prescindibilidade de anuência/pronunciamento dos demais Estados Réus em relação ao que pactuado.

Ademais, nos termos em que foi prolatada a decisão, os depósitos efetuados a título de valores “Não Recuperáveis” existentes nas contas judiciais abertas em nome do Estado do Espírito Santo somente poderiam ser aproveitados ao final do processo, por aquela unidade da

⁴ Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. Editora JusPodivm. Salvador: 2016, pgs.391/392.



Federação ou pelo Estado de Pernambuco, a depender de quem se sagre vencedor na contenda, o que contraria a faculdade conferida ao credor de efetuar o levantamento da quantia depositada mediante a liberação parcial do consignante (art. 545, §1º, do CPC).

Com relação à suposta inviabilidade legal de negócio jurídico processual que importe renúncia de receitas tributárias, é preciso esclarecer, inicialmente, que ambas as partes ressalvaram explicitamente o direito de persistirem em litígio na medida em que nenhum dos subscritores abriu mão da tese jurídica que apresentou em juízo. Não se está diante de caso em que as partes tenham disposto sobre o resultado do poder de tributar, propriamente. Na hipótese, o ajuste tem como objeto a disponibilização temporária de recursos depositados em conta judicial (o objeto do ajuste é processual) e não qualquer determinação meritória sobre quem seja o titular final do tributo. Ao consignarem expressamente que a formalização do negócio processual não representa renúncia às correspondentes alegações, argumentos e interpretações, as partes evidenciam que inexistem, no presente caso, qualquer indevida disposição de receitas tributárias.

Ao contrário, em atenção à prudência que deve nortear o trato com recursos públicos, o instrumento impõe ao derrotado a obrigação de restituir o montante levantado ao vencedor, conforme CLÁUSULA SEGUNDA do NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL:

“CLÁUSULA SEGUNDA: Os ESTADOS DO ESPÍRITO SANTO e de PERNAMBUCO, reciprocamente, obrigam-se a, por ocasião do trânsito em julgado da decisão judicial a ser proferida nos autos da Ação de Consignação em Pagamento nº0004931-87.2015.8.17.2001, em tramitação na 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Recife, em que será declarada a titularidade do direito a que se referem os depósitos efetuados, a devolver, ao titular final do direito ao depósito, a fração de seu crédito que tenha sido partilhado por força do presente ajuste.”

De toda sorte, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº101, de 04 de maio de 2000), ao dispor sobre renúncia de receitas, trata tão somente da **concessão** ou **ampliação de incentivo ou benefício** de natureza tributária, *in verbis*:

Da Renúncia de Receita

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: (Vide Medida Provisória nº 2.159, de 2001) (Vide Lei nº 10.276, de 2001)

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito



presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o caput deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º;

II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

No caso, o Negócio Jurídico Processual realizado pelos Estados não versa sobre “anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado”, conforme enumera o §1º acima transcrito.

De outra parte, os Estados do Espírito Santo e de Pernambuco não estão fazendo qualquer concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária, mas apenas e exclusivamente um ajuste sobre faculdades processuais a serem observadas nos autos de uma demanda judicial.

De mais a mais, não há qualquer impacto tributário no levantamento parcial dos valores depositados em Juízo, porque tais valores não fazem parte da previsão orçamentária anual dos Estados, a exemplo do Estado de Pernambuco.

Deve ser salientado ainda que, em suas contestações, ambos os pactuantes sustentaram a insuficiência dos depósitos efetuados de modo a atrair a aplicação do disposto no art. 545, § 1º, do Código de Processo Civil, que reza:

“Art. 545. Alegada a insuficiência do depósito, é lícito ao autor completá-lo, em 10 (dez) dias, salvo se corresponder a prestação cujo inadimplemento acarrete a rescisão do contrato.

§ 1º No caso do caput, poderá o réu levantar, desde logo, a quantia ou coisa depositada, com a conseqüente liberação parcial do autor, prosseguindo o processo quanto à parcela controvertida.

Claro está, portanto, que o ajuste formalizado se limita a disciplinar o exercício de faculdade processual conferida aos credores em ações desta espécie, qual seja, levantar a quantia posta à disposição do Juízo mediante liberação parcial do consignante em caso de alegação de insuficiência do depósito.



A concessão de eficácia ao negócio jurídico processual não implica, por conseguinte, qualquer renúncia de receitas por parte dos Estados de Pernambuco e do Espírito Santo, representando, na verdade, o reconhecimento de faculdade prevista em lei cujos limites de exercício foram livremente estipulados pelas partes que a detém de acordo as respectivas conveniências.

Vale repisar, não se está a abrir mão de quaisquer recursos públicos, mas apenas se antecipando a disponibilidade de valores em prol dos cofres estaduais que somente seriam convertidos ao final da demanda, sem prejuízo da atribuição de responsabilidade ao vencido quanto à restituição ao vitorioso do que anteriormente levantado, por ocasião do trânsito em julgado.

Perceba-se que, a prevalecer a linha de pensamento que, no particular, anima a decisão agravada, os estados permanecerão privados da integralidade dos recursos durante todo o processo. Assim, aquele estado que ao final for considerado titular da integralidade dos depósitos terá sido impedido de fazer uso desses significativos recursos por longo tempo (não há, por certo, qualquer possibilidade de a causa ser julgada meritariamente de modo definitivo em tempo breve, mormente em face da qualidade das partes, da complexidade da questão debatido e da elevada relevância da causa). O que se vê, então, é que o juízo, com a suposta pretensão de proteger aquele estado titular do direito (que, no caso, temporariamente, deixaria de dispor de parte dos recursos que lhe cabe), terminaria por condená-lo a simplesmente dispor de zero daqueles mesmos recursos. O estado “protegido”, portanto, ficaria, se admitida a linha de entendimento da decisão recorrida, em uma situação pior do que aquela que decorreria do negócio processual. Esse claro contrassenso, portanto, deve ser evitado.

É absurdo, também, o argumento de que o levantamento dos recursos, nos percentuais ajustados, poderia causar **tumulto processual** e o **risco de não devolução dos valores** que caberiam a um ou outro Estado quando da resolução do mérito da demanda.

Ora, Ilustre Desembargador, **resta evidente que o tumulto processual não está sendo causado, muito menos será causado, pelo fato de as partes terem resolvido se utilizar do novel instrumento do NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL**, previsto no celebrado Código de Processo Civil de 2015. O raciocínio, não se tem dúvida, é totalmente inverso ao discorrido pelo magistrado da 5ª Vara da Fazenda Pública do Recife.

Veja-se que o Negócio Jurídico processual apresentado pelas partes é um instrumento que está na vanguarda do direito processual civil brasileiro, franqueado justamente para melhor equalização do processo, porque este deve caminhar em convergência com os interesses das partes litigantes.

Ademais, o próprio magistrado da 5ª Vara da Fazenda Pública do Recife determinou que o NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL fosse exposto pelos Estados aqui referidos, por meio de cláusulas, nas quais constasse a não oposição da PETROBRÁS, conforme audiência realizada em 29/11/2017 (jd. 25996562), nesses exatos termos:

“(3) O MM. Juiz, em face da necessidade de se esclarecer as contas e os valores dos depósitos realizados pela PETROBRÁS, cujos valores são identificados por Estado,



*DECIDE suspender a presente audiência, de logo, redesigna o dia 01 de dezembro de 2017, às 14:00horas para audiência de continuação, **para que os Estados de Pernambuco e do Espírito Santo apresentem proposta de NEGÓCIO JURÍDICO, especificado em cláusulas, e SEM QUALQUER OPOSIÇÃO da PETROBRÁS, sobre o levantamento de valores depositados como NÃO RECUPERÁVEIS a favor de conta judicial que tem como beneficiário o Estado do Espírito Santo.***

Questiona-se, ilustre Desembargador, onde está o tumulto processual, no negócio jurídico processual, realizado nos termos impostos pelo próprio Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Recife e com estrita observância da legislação. *Data maxima venia*, com o profundo respeito ao magistrado de primeira instância, não há qualquer tumulto processual na ação de consignação em pagamento, senão apenas no próprio indeferimento do negócio jurídico entabulado entre os Estados do Espírito Santo e de Pernambuco.

Quanto ao suposto risco de não devolução dos valores, é de se estranhar que o magistrado esteja realmente cogitando a insolvência de alguma das unidades federadas pactuantes, em especial quando as disposições do ajuste se limitam a repartir verbas que a PETROBRÁS reconhece como devidas a uma delas.

No que toca ao item 4 da decisão, notadamente quanto à impossibilidade de se determinar que percentual dos montantes depositados seria destinado a cada um dos Estados subscritores do negócio jurídico processual por ocasião do desfecho do processo, é, sem sombra de dúvida, *permissa venia*, sem qualquer lastro.

Ora, Egrégia Corte, todos os valores depositados nas contas judiciais abertas em nome do Estado do Espírito Santo pela PETROBRÁS estão especificados nas planilhas juntadas no processo mensalmente pela empresa consignante e consolidadas na planilha juntada com o Negócio Jurídico Processual, conforme se depreende dos documentos juntados nos ids. 26088137, 26076126 e 26075606.

É importante registrar que, nas planilhas juntadas aos autos referentes aos depósitos realizados nas contas judiciais abertas em nome do Estado do Espírito Santo, estão destacados quais são os valores classificados pela PETROBRÁS como “RECUPERÁVEIS” e aqueles outros tidos como “NÃO RECUPERÁVEIS”, sem qualquer oposição da empresa Consignante, que aliás, informou às partes os valores e classificação constantes nas planilhas.

Lembra-se, ainda, que o valor partilhado no Negócio Jurídico Processual se refere apenas aos depósitos classificados como “NÃO RECUPERÁVEIS”, quantificados até outubro de 2017, em **R\$ 100.544.063,92 (cem milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, sessenta e três reais e noventa e dois centavos)**, divididos em partes iguais entre os Estados do Espírito Santo e de Pernambuco, ou seja, em **R\$ 50.272.031,96 (cinquenta milhões, duzentos e setenta e dois mil, trinta e um reais e noventa e seis centavos)**. Não se pretendeu, sequer, a partilha de valores que vão ainda ser depositados pela PETROBRÁS.

Ao final da ação, a forma de devolução dos valores se revela em mera conta aritmética, como se depositados em Juízo estivessem. E, pelo que se informou ao Juízo, com relação aos depósitos classificados como “NÃO RECUPERÁVEIS”, só haverá um destinatário, no caso, ou o



Estado de Pernambuco ou o Estado do Espírito Santo, até porque as contas judiciais estão individualizadas em nome de cada Estado que consta no pólo passivo da ação, à exceção de Pernambuco, porque, ou levanta tudo ou não levanta nada de todas as contas judiciais.

Demonstrada a insubsistência de qualquer nulidade a macular o negócio jurídico processual firmado, a rigor, *data maxima venia*, não competiria ao Poder Judiciário sequer homologá-lo, mas sim determinar a expedição dos alvarás solicitados em homenagem à previsão legal que confere imediata eficácia aos atos que expressem declarações bilaterais de vontade das partes (art. 200, CPC), *verbis*:

"Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial."

Nesse sentido, é o que ensina Leonardo José Carneiro da Cunha⁵:

"Em geral, para que os negócios processuais produzam efeitos, a homologação ou deferimento pelo magistrado não são necessários. Uma vez celebrados, produzem efeitos imediatos".

Já Antônio de Passo Cabral⁶ anota que:

"Enquanto as partes vinculam-se por sua autonomia e liberdade, voluntariamente assumindo obrigações ou dispondo sobre formalidades, processuais (autovinculação), o vínculo jurídico para o juiz, não decorre de uma declaração de vontade estatal que se agregaria àquela das partes. Trata-se de heterolimitação da atuação judicial, incidente sobre atos e formalidades do processo, operada pelo atuar legítimo das partes no espaço de autonomia que o ordenamento processual lhes assegura. O juiz se vincula porque tem o dever de aplicar a norma convencional, seja quando a regra do acordo conformar o procedimento, seja para dar cumprimento à avença nos casos em que outros sujeitos tiverem que adimplir. Afinal, no Estado de Direito (rule of Law), não é só a norma legislada que deve ser aplicada pelo juiz, mas também a norma convencional definida no limite da autonomia privada."

Ante o exposto, resta patente a necessidade de reforma da decisão recorrida que indeferiu o NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL entabulado entre os Estados de Pernambuco e do Espírito Santo, sem qualquer oposição da PETROBRÁS, então Consignante, devendo ser conferida plena eficácia à declaração bilateral de vontade manifestada pelas partes agravantes,

⁵ Comentários ao Código de Processo Civil. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo: 2016, p.191.

⁶ Convenções Processuais. Ed. JUsPodivm. Salvador: 2016, p.226.



5. DO EFEITO SUSPENSIVO ATIVO

Nos termos do art.1.019, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, o relator "poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão".

Assim, se verificado que a decisão agravada traz perigo de dano grave irreparável aos agravantes, e sendo relevante o fundamento do recurso, o relator deve conceder efeito suspensivo à decisão agravada.

Com efeito, a relevância da fundamentação restou evidenciada, porque os Estados de Pernambuco e do Espírito Santo realizaram o **NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL** nos termos permitidos no art. 200 do Código de Processo Civil, sem qualquer pecha nulidade ou óbice legal, conforme demonstrado à saciedade.

Por outro lado, a decisão agravada ocasiona graves prejuízos aos Estados de Pernambuco e do Espírito Santo, **porquanto impede que os entes federativos em questão, de logo, utilizem-se de valores significativos para custearem as atividades estatais, ainda por se tratarem de valores de imposto, no caso de ICMS, exatamente no momento da crise financeira na qual passa o país, possibilitando a promoção das indispensáveis políticas públicas em favor da população.** O fato da dificuldade financeira por que passam todos os estados brasileiros é notório, independentemente de prova. Em especial no final do exercício, a indisponibilização de um montante de recursos da grandeza daquele objeto deste agravo é fato extremamente grave, que reclama atuação imediata e urgente por parte dessa Egrégia Corte. O dinheiro que está sendo indevidamente retido pela ausência de acolhimento do negócio processual serviria a atender numerosos interesses legítimos da população.

Associados ambos os requisitos que autorizam a tutela de urgência, conforme relatado, **pugnam os Estados de Pernambuco e do Espírito Santo, ora Impetrantes, desde logo, seja determinada a sustação da decisão recorrida**, da lavra do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Recife, **conferindo-se plena eficácia à declaração bilateral de vontade manifestada pelas partes agravantes**, a fim de possibilitar a imediata expedição de alvará para levantamento dos valores depositados em Juízo, na forma prevista na Cláusula Primeira do Negócio Jurídico Processual, nesses termos:

CLÁUSULA PRIMEIRA: Pelo presente NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL as partes convenientes acordam em levantar os valores depositados pela PETROBRÁS, classificados por "NÃO RECUPERÁVEIS", ou seja, incontroversos, existentes nas contas judiciais abertas em nome do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, notadamente no Banco do Brasil: agência 3234, conta corrente 4200118144398, bem como na CAIXA ECONÔMICA FEDERAL: agência 2717, op.040, conta corrente 0165068-8, e na conta nº01550762-1, agência 2717, op.040, também da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para o ESTADO DE PERNAMBUCO e 50% (cinquenta por cento) em favor do ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, notadamente em R\$50.272.031,96 (cinquenta milhões, duzentos e setenta e dois mil, trinta e um reais e noventa e seis centavos), para cada um, totalizando R\$100.554.063,92 (cem milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, sessenta e três reais e noventa e dois centavos).



6. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, os ESTADOS DE PERNAMBUCO e do ESPÍRITO SANTO requerem que esta Egrégia Corte CONHEÇA do presente recurso, para:

a) PRELIMINARMENTE, seja deferido o pedido de efeito suspensivo ativo, nos moldes deduzidos no item precedente, **determinando a sustação do ato impugnado**, da lavra do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Recife, Dr. **TEODOMIRO NORONHA CARDOZO**, conferindo-se plena eficácia à declaração bilateral de vontade manifestada pelas partes agravantes, a fim de possibilitar a imediata expedição de alvarás para levantamento dos valores depositados em Juízo, na forma prevista na Cláusula Primeira do Negócio Jurídico Processual, notadamente da importância de **RS 100.544.063,92 (cem milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, sessenta e três reais e noventa e dois centavos)**, divididos em partes iguais entre os Estados do Espírito Santo e de Pernambuco, ou seja, em **RS 50.272.031,96 (cinquenta milhões, duzentos e setenta e dois mil, trinta e um reais e noventa e seis centavos)**, existentes na Caixa Econômica Federal (agência 2717, op.040, conta corrente 0165068-8 e conta nº01550762-1), autorizando-se a transferência dos valores respectivos para as contas do Estado do Espírito Santo (Banco Banestes, agência 0104, conta 12410510, titular: SEFAZ-CONVÊNIO, CNPJ 27.080.571/0001-30, código de identificação de depósito 34-77) e do Estado de Pernambuco (Caixa Econômica Federal, agência 1294-7, conta 00600500100-7, CNPJ nº10.572.014/0001-33);

b) Seja intimada a PETROBRÁS, para, querendo e havendo interesse, oferecer resposta ao presente recurso;

c) Seja, ao final e obedecidos os trâmites legais, provido o presente agravo de instrumento para que, confirmando-se o provimento de urgência: **(i) seja REFORMADA a decisão prolatada nos autos do Processo nº 0004931-87.2015.8.17.2001, id. 26397884; e (ii) reconhecida a validade do negócio jurídico processual ajustado, ratificando-se a legalidade do levantamento dos valores;**

Nestes termos.
Pede deferimento.
Recife, 15 de dezembro de 2017.

Pelo Estado de Pernambuco:

ANTÔNIO CÉSAR CAÚLA REIS

Procurador Geral do Estado de Pernambuco

LEONARDO GUIMARÃES FREIRE

Procurador Chefe da Fazenda do Estado de Pernambuco



ALDO BERNARDO DA SILVA JÚNIOR
Procurador Chefe Adjunto da Fazenda do Estado de Pernambuco

Pelo Estado do Espírito Santo:

ALEXANDRE NOGUEIRA ALVES
Procurador Geral do Estado do Espírito Santo



ANEXO I

MANIFESTAÇÃO MINISTÉRIO PÚBLICO – 2º GRAU

Agravo de Instrumento nº: 0012427-54.2017.8.17.9000

Agravante: Estado de Pernambuco e Outro

Agravado: Petróleo Brasileiro S A Petrobrás

Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público

Relator: Des. José Ivo de Paula Guimarães

Procuradora de Justiça (Convocada): Maria Fabianna Ribeiro do Valle Estima

MANIFESTAÇÃO

Trata-se de Agravo de Instrumento em face de decisão interlocutória (ID nº 26397884 do processo de origem), proferida nos autos de Ação de Consignação em Pagamento, em que o magistrado a quo indeferiu o pedido de homologação do negócio jurídico celebrado pelos demandados Estado do Espírito Santo e Estado de Pernambuco.

A intervenção do Ministério Público na condição de fiscal da ordem jurídica justifica-se pela existência de interesse público e tem amparo legal no art. 176 e nos incisos I a III, do art. 178 do Código de Processo Civil/2015.

Examinando os autos do processo em epígrafe, verifica-se que a lide em questão trata de interesse patrimonial, não caracterizando interesse público primário, efetivamente indisponível, legitimador da obrigatória intervenção do Órgão Ministerial. Ademais, não há interesse de incapaz no feito.

De outro lado, o simples fato de, em determinada causa patrimonial, figurar em um dos polos da ação entidade de direito público, também não convoca a intervenção ministerial, conforme dispõe a norma contida no parágrafo único do art. 178 do CPC/2015:

Art. 178. (...)

Parágrafo único: A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.

Neste passo, a Recomendação nº 34 expedida pelo Conselho Nacional do Ministério Público em 05/04/2016 elenca as hipóteses em que estaria caracterizada a relevância social a justificar a manifestação ministerial e o presente recurso não se encaixa em nenhum delas.

Assim, observo que, tendo sido cumpridas as formalidades legais pertinentes à espécie e, inexistindo fundamento a justificar a manifestação meritória do Ministério Público no presente caso, esta Procuradoria de Justiça deixa de manifestar-se sobre o mérito no presente recurso.



Recife, 09 de janeiro de 2018.

MARIA FABIANNA RIBEIRO DO VALLE ESTIMA

Procuradora de Justiça Cível

(Convocada)



Assinado eletronicamente por: MARIA FABIANNA RIBEIRO DO VALLE ESTIMA - 09/01/2018 11:31:16
<https://pje.trf4.jus.br:443/2g/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=1801091131145640000003421559>
Número do documento: 1801091131145640000003421559

Num. 3431826 - Pág. 2

ANEXO J

DECISÃO TERMINATIVA – MAGISTRADO 2º GRAU

Agravo de Instrumento nº 0012427-54.2017.8.17.9000

Agravante: Estado de Pernambuco e outros

Procurador: Leonardo Guimarães Freire e outros

Agravado: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás

Advogado: Bruno Barros Cavalcanti e outros

DECISÃO TERMINATIVA

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto em face da decisão interlocutória exarada pelo Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Capital que, no bojo da Ação de Consignação em Pagamento nº 0004931-87.2015.8.17.2001, indeferiu pedido de homologação de negócio jurídico processual celebrado pelos Estados de Pernambuco e Espírito Santo para efeito de levantamento proporcional dos valores depositados em juízo pela Petrobrás, tidos por incontroversos, isso sob o fundamento de que o referido acordo não possuiria respaldo legal e que sua homologação poderia ensejar tumulto processual.

Em suas razões recursais (ID 3360638), os Estados agravantes destacam, em suma, que a convenção firmada entre as partes encontra esteio no art. 190 do CPC/15, não estando configurada qualquer nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes (art. 190, §único).

Ao final pugnam pela reforma da decisão recorrida e, conseqüentemente, seja reconhecida plena eficácia à declaração bilateral de vontade manifestada pelas partes, a fim de possibilitar a imediata expedição de alvarás para levantamento dos valores depositados em Juízo, na forma prevista na Cláusula Primeira do Negócio Jurídico Processual, notadamente da importância de R\$ 100.544.063,92 (cem milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, sessenta e três reais e noventa e dois centavos), divididos em partes iguais entre os Estados do Espírito Santo e de Pernambuco, ou seja, em R\$ 50.272.031,96 (cinquenta milhões, duzentos e setenta e dois mil, trinta e um reais e noventa e seis centavos), existentes na Caixa Econômica Federal (agência 2717, op.040, conta corrente 0165068-8 e conta nº 01550762-1), autorizando-se a transferência dos valores respectivos para as contas do Estado do Espírito Santo (Banco Banestes, agência 0104, conta 12410510, titular: SEFAZ-CONVÊNIO, CNPJ 27.080.571/0001-30, código de identificação de depósito 34-77) e do Estado de Pernambuco (Caixa Econômica Federal, agência 1294-7, conta 00600500100-7, CNPJ nº10.572.014/0001-33).

Instada a se pronunciar, a Petrobrás atravessou a petição ID 3401292, onde externa não fazer qualquer oposição ao negócio jurídico processual firmado entre os Estados agravantes, tendo em vista o fato do ajuste contemplar exclusivamente valores que foram depositados a título "não-recuperável", isto é valores que representam pagamento de obrigação tributária incontroversa.

Devidamente intimado, o representante do MPPE ofertou parecer informando não vislumbrar na demanda o interesse público primário necessário a justificar sua manifestação meritória (ID 3431826).

Feito o breve introito, passo a decidir monocraticamente.

De saída, a título de contextualização da demanda, cumpre registrar que a PETROBRAS S/A ajuizou Ação de Consignação em pagamento, com fundamento no art. 164, III do CTN, com o desígnio de realizar depósitos sucessivos mensais do valor referente ao ICMS incidente nas operações com gás



Assinado eletronicamente por: JOSE IVO DE PAULA GUIMARAES - 08/02/2018 13:57:08
<https://pje.tjpe.jus.br:443/2g/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=18020813570886100000003505553>
 Número do documento: 18020813570886100000003505553

Num. 3515951 - Pág. 1

natural, na forma do art. 890 do CPC, com o interesse de evitar autuações fiscais dos Estados constantes do polo passivo durante o curso da demanda, e para obter, conforme pedidos formulados em sua inicial, a (i) suspensão da exigibilidade do crédito desde o início da ação até o seu trânsito em julgado, além (ii) da quitação relativa aos tributos devidos ao final do processo.

No que tange à relação tributária de fundo, também discutida nos autos da Ação Anulatória de Débito Fiscal nº 0005905-27.2015.8.17.2001, destaque-se que a tese argumentativa fulcral defendida pela PETROBRAS S/A é de que, no caso específico envolvendo os estados de Pernambuco e Espírito Santo, a operação de remessa de gás natural saído da UPGN's (Unidade de Processamento de Gás Natural), situada no Espírito Santo (estado produtor), para entrega diretamente à distribuidora COPERGÁS, localizada no Estado de Pernambuco (estado de destino), consubstanciaria apenas uma operação de circulação de mercadorias, na medida em que, na passagem do gás pelo CITY GATE (ponto de entrega), não ocorre qualquer processo de industrialização, conforme atestado em Nota Técnica exarada pela ANP, não havendo assim que se falar em operação interna sujeita a incidência de ICMS.

Compactua desse mesmo entendimento o Estado do Espírito Santo.

O Estado de Pernambuco, por sua vez, compreende que as atividades de filtração, aquecimento, redução de pressão e medição do gás natural executadas no CITY GATE (ponto de entrega), por implicarem em aperfeiçoamento do produto, enquadram-se no conceito de industrialização, mais especificamente no de beneficiamento, inaugurando assim uma segunda operação, agora interna, sujeita ao ICMS no âmbito de Pernambuco.

Pois bem, a PETROBRAS, como já dito, vem depositando em Juízo, mês a mês, os valores do ICMS em discussão, classificando-os como "NÃO RECUPERÁVEIS" (incontroversos) e "RECUPERÁVEIS" (que eventualmente poderão retornar à empresa caso seja declarada vencedora a tese segundo a qual o ICMS é devido apenas aos Estados de Origem). Tais depósitos, registre-se, são efetuados em contas judiciais abertas e individualizadas para cada um Estados envolvidos na operação, INEXISTINDO comunicação entre os valores depositados judicialmente nas contas bancárias em nome de cada Estado.

No caso específico das contas abertas em nome do Estado do Espírito Santo, a PETROBRAS quantificou, até outubro de 2017, como "NÃO RECUPERÁVEL", o valor histórico de R\$ 100.544.063,92 (cem milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, sessenta e três reais e noventa e dois centavos); e como "RECUPERÁVEL" o valor de R\$ 66.640.418,51 (sessenta e seis milhões, seiscentos e quarenta mil, quatrocentos e dezoito reais e cinquenta e um centavos), totalizando o montante histórico de R\$ 167.184.482,43 (cento e sessenta e sete milhões, cento e oitenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e dois reais e quarenta e três centavos).

De acordos com a vasta documentação e peças processuais acostadas aos autos, o Estado de Pernambuco e o Estado do Espírito Santo celebraram o aludido NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL justamente em face dos sobreditos depósitos classificados como "NÃO RECUPERÁVEIS", tidos por incontroversos, a fim de levantar tais valores imediatamente, sem prejuízo de ressarcimento de um para o outro, ao final da demanda, conforme se venha a definir a titularidade do tributo a que se referem os depósitos realizados, quando transitar em julgado a tese jurídica de mérito a ser fixada pelo Poder Judiciário, nos moldes do Termo anexado sob o ID 26076186 (referente ao processo de 1º grau).

Como bem se sabe, o CPC/15 inaugura um modelo cooperativo de processo, no qual ganha espaço a autonomia de vontade das partes, podendo-se falar, de acordo com a doutrina, em "princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo", que tem como uma das principais garantias a possibilidade de celebração dos negócios jurídicos processuais.

O que se objetiva com as negociações processuais é a maior **eficiência processual**, reforçando-se o devido processo legal, na sua dimensão material, pois permitem que haja maior adequação do processo à realidade do caso, propiciando a solução do conflito de maneira efetiva.

A cláusula geral dos negócios jurídicos processuais consta do art. 190:



Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Forte nessas premissas, após cuidadosa análise da documentação que compõe os presentes autos, não vislumbro qualquer indicio de nulidade no negócio jurídico processual firmado entre as fazendas públicas de Pernambuco e Espírito Santo, vez que, em primeiro lugar, a sociedade de economia mistas cuidou de planilhar e segregar os valores que competem a cada unidade da federação, tendo efetuado os respectivos depósitos em contas judiciais individualizadas, evitando assim qualquer confusão de titularidade em relação aos Estados envolvidos em cada operação.

De outra banda, também não há que se falar em renúncia de receita tributária pelas fazendas públicas envolvidas ou em risco de tumulto processual, na medida em que nenhuma das partes abriu mão da tese jurídica relativa à titularidade do ICMS defendida em juízo, mas sim, bem ao reverso, explicitaram o intuito de persistir em litígio até o advento de decisão definitiva com trânsito em julgado, e, em homenagem à prudência que deve nortear o trato com recursos públicos, convencionaram expressamente a obrigação de realizar as eventuais compensações ao final do processo, conforme CLÁUSULA SEGUNDA do negócio jurídico processual, *in verbis*:

“CLÁUSULA SEGUNDA: Os ESTADOS DO ESPÍRITO SANTO e de PERNAMBUCO, reciprocamente, obrigam-se a, por ocasião do trânsito em julgado da decisão judicial a ser proferida nos autos da Ação de Consignação em Pagamento nº0004931-87.2015.8.17.2001, em tramitação na 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Recife, em que será declarada a titularidade do direito a que se referem os depósitos efetuados, a devolver, ao titular final do direito ao depósito, a fração de seu crédito que tenha sido partilhado por força do presente ajuste.”

Sendo assim, considerando ainda a ausência expressa de oposição por parte da PETROBRAS S/A e o inequívoco benefício econômico que o famigerado acordo trará aos cofres públicos estaduais, resolvo, com fundamento nos arts. 190 e 200 do CPC/2015, DAR PROVIMENTO ao presente recurso para tornar sem efeitos a decisão de primeiro grau e, ato contínuo, HOMOLOGO o negócio jurídico processual firmado entre as partes agravantes; em ordem a possibilitar a imediata expedição de alvarás para levantamento dos valores depositados em Juízo, na forma prevista na Cláusula Primeira do Negócio Jurídico Processual, notadamente da importância de **RS 100.544.063,92 (cem milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, sessenta e três reais e noventa e dois centavos)**, divididos em partes iguais entre os Estados do Espírito Santo e de Pernambuco, ou seja, em **RS 50.272.031,96 (cinquenta milhões, duzentos e setenta e dois mil, trinta e um reais e noventa e seis centavos)**, existentes na **Caixa Econômica Federal** (agência 2717, op.040, conta corrente 0165068-8 e conta nº01550762-1), autorizando-se a transferência dos valores respectivos para as contas do Estado do Espírito Santo (Banco Banestes, agência 0104, conta 12410510, titular: SEFAZ-CONVÊNIO, CNPJ 27.080.571/0001-30, código de identificação de depósito 34-77) e do Estado de Pernambuco (Caixa Econômica Federal, agência 1294-7, conta 00600500100-7, CNPJ nº10.572.014/0001-33).

Publique-se e Intimem-se.

Transcorrido o prazo recursal se expeçam ofícios para o cumprimento da decisão.

Comunique-se ao Juízo de Primeiro Grau.

Recife, 08 de fevereiro de 2018.

Des. José Ivo de Paula Guimarães



Assinado eletronicamente por: JOSE IVO DE PAULA GUIMARAES - 08/02/2018 13:57:08
<https://pje.tjpe.jus.br:443/2g/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=1802081357088610000003505553>
 Número do documento: 1802081357088610000003505553

Num. 3515951 - Pág. 3

04



Assinado eletronicamente por: JOSE IVO DE PAULA GUIMARAES - 08/02/2018 13:57:08
<https://pje.fpe.jus.br:443/2g/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=18020813570886100000003505553>
Número do documento: 18020813570886100000003505553

Num. 3515951 - Pág. 4