

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG

RODRIGO GOMES FLORES

**A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM
AMBIENTES NÃO ADVERSARIAIS COMO MEIO DE ATINGIR O
OBJETIVO FUNDAMENTAL DA SOLIDARIEDADE E ACESSO À JUSTIÇA**

PELOTAS – RS

2017

RODRIGO GOMES FLORES

**A RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM
AMBIENTES NÃO ADVERSARIAIS COMO MEIO DE ATINGIR O
OBJETIVO FUNDAMENTAL DA SOLIDARIEDADE E ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de Mestre em Direito e Justiça Social no Programa de Pós Graduação em Direito.

Orientador: Professor Carlos André Hünning Birnfeld

PELOTAS

2017

Dedico esse trabalho aos meus pais, pela formação que me deram, e minha esposa Isabel, pelas incontáveis horas roubadas de nosso convívio.

Agradecimentos

Ao meu orientador, Professor Dr. Carlos André Birnfeld, pelo acompanhamento, orientação e amizade.

Ao Professor Dr. José Ricardo Costa, as Professoras Raquel Sparemberguer e Liane Hüning pelo apoio nas horas difíceis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 7-9

1 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS À CIDADANIA p 9-25

2 O DIREITO DO CIDADÃO AO ACESSO À JUSTIÇA p. 25-31

2.1 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO DIREITO PÁTRIO p. 31-36

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA p. 36-37

3.1 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS: PRINCÍPIOS E REGRAS p. 37-45

3.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE ACORDO COM O ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL p. 45-46

3.2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE p. 46-49

3.2.2 O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE p. 49-51

3.2.3 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE p. 51-52

3.2.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE p. 52-54

3.2.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA p. 54-56

3.3 PRINCÍPIOS DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTOS NA LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999 p. 56-57

3.3.1 PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO p. 57-60

3.3.2 PRINCÍPIO DA FINALIDADE p. 60-61

3.3.3 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE p. 62-63

3.3.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE p. 63-64

3.3.5 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO p. 64-66

3.3.6 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO p. 66-67

3.3.7 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA p. 67-68

4 A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS EM AMBIENTES NÃO ADVERSARIAIS COMO CAMINHO PARA CONCRETIZAR O ACESSO À JUSTIÇA p. 68-77

4.1 MÉTODOS NÃO ADVERSARIAIS EM ESPÉCIE PARA A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS p. 77-79

4.1.1 NEGOCIAÇÃO p. 79-80

4.1.2 MEDIAÇÃO p. 80-81

4.1.3 CONCILIAÇÃO p. 81-84

4.1.4 ARBITRAGEM p. 84-85

4.1.5 MED-ARB E OUTROS PROCESSOS HÍBRIDOS p. 85-86

4.1.6 PRÁTICAS AUTOCOMPOSITIVAS INOMINADAS p. 86-88

4.2 A PROBLEMÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RESOLVER SEUS LITÍGIOS EM AMBIENTES NÃO ADVERSARIAIS p. 88-88

4.2.1 DESCONFIANÇA DA SOCIEDADE QUANTO À IDONEIDADE DOS AGENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RAZÃO DAS ORIGENS DO ESTADO PATRIMONIALISTA p. 88-90

4.2.2 INSEGURANÇA JURÍDICA EM RAZÃO DA COMPLEXIDADE DAS LEIS E IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS GERANDO INCERTEZA PARA AS BASES DE DISCUSSÃO NA RESOLUÇÃO, OU NÃO, DOS LITÍGIOS NUM AMBIENTE NÃO ADVERSARIAL p. 90-94

4.2.3 DESCONHECIMENTO DOS MEDIADORES SOBRE AS PECULIARIDADES DO REGIME JURÍDICO DO DIREITO PÚBLICO p. 94-97

4.2.4 PARTICIPAÇÃO EM AMBIENTES NÃO ADVERSARIAIS COMO MEDIDA IMPOSITIVA, SEM ADEQUADO PREPARO E SEM “NEGOCIAR A NEGOCIAÇÃO” p. 97-98

4.2.5 ADMINISTRAÇÃO VOLTADA EXCLUSIVAMENTE PARA O INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO, ISTO É, VOLTADA PARA SI MESMA p. 98-100

4.3 OS MOTIVOS PELOS QUAIS A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVERÁ RESOLVER SEUS LITÍGIOS EM AMBIENTES NÃO ADVERSARIAIS: UMA QUESTÃO DE LEGITIMIDADE COMO MEIO DE ATINGIR O OBJETIVO FUNDAMENTAL DA SOLIDARIEDADE E ACESSO À JUSTIÇA p. 100-118

5 POSSIBILIDADES E REQUISITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARTICIPAR DE AMBIENTES NÃO NEGOCIAIS PARA A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS p. 118-123

5.1 NECESSIDADE DE LEI AUTORIZATIVA p. 123- 124

5.2 PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA p. 124-127

5.3 AUTORIZAÇÃO DO AGENTE POLÍTICO p. 127-128

5.4 AUSÊNCIA DE DOLO COM O OBJETIVO DE FRAUDAR O REGIME DO
PRECATÓRIO p. 128-129

CONCLUSÃO p. 129-131

BIBLIOGRAFIA p. 13-136

RESUMO

O objetivo desta dissertação é demonstrar a viabilidade da Administração Pública resolver seus conflitos em ambientes não adversariais como meio de atingir o objetivo fundamental da solidariedade e acesso à justiça. Anote-se que a atuação administrativa deve observar os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e, ainda, observar o interesse público. Para evitar desvio desses princípios, nosso Direito é constituído de um rigor lógico e formal, que resulta na impossibilidade da Administração Pública livremente poder dispor de seu patrimônio. Portanto, a Administração Pública, diante do regime jurídico pátrio, teria enormes obstáculos para participar de ambientes não adversariais para a resolução de seus conflitos, com prejuízos à segurança jurídica. Anote-se que os direitos são um meio de cooperação social, ao contrário da concepção individualista de indivíduos que lutam uns contra os outros. Assim, para um sistema jurídico possuir legitimidade, primeiro é necessário ter eficácia na sociedade e em segundo lugar, deve ser justificado eticamente, razão pela qual a legitimidade só será alcançada pelo agir comunicativo orientado pelo entendimento de todos os cidadãos livres e iguais. Neste sentido, cumpre destacar o princípio da consensualidade poderá substituir a imperatividade pelo consenso nas relações estado-sociedade. Esta nova visão se reflete na atuação da Administração no Poder Judiciário, que poderá participar em ambientes não adversariais como meio de atingir a solidariedade, a razoável duração do processo e o acesso à justiça desde que respeitados os requisitos da existência de lei, previsão orçamentária, autorização superior e ausência de dolo para se evadir do regime de precatórios judiciais.

Palavras-chave: Administração Pública; ambientes não adversariais; processo civil; solidariedade; princípios constitucionais

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to demonstrate the feasibility of the Public Administration to resolve its conflicts in non-adversarial environments as a means to achieve the fundamental objective of solidarity and access to justice. It should be noted that administrative action must observe the constitutional principles of legality, impersonality, morality, publicity, efficiency and, still, observe the public interest. In order to avoid deviations from these principles, our Law is made up of a logical and formal rigor, which results in the impossibility of the Public Administration being able to freely dispose of its assets. Therefore, the Public Administration, faced with the legal system of the country, would have enormous obstacles to participate in non-adversarial environments for the resolution of their conflicts, with damage to legal security. It should be noted that rights are a means of social cooperation, as opposed to the individualistic conception of individuals struggling against each other. Thus, for a legal system to have legitimacy, it is first necessary to be effective in society and secondly, it must be ethically justified, which is why legitimacy will only be achieved by communicative action guided by the understanding of all free and equal citizens. In this sense, it is important to emphasize that the principle of consensuality can replace imperativeness by consensus in state-society relations. This new vision is reflected in the Administration's role in the Judiciary, which may participate in non-adversarial environments as a means to achieve solidarity, reasonable length of the process and access to justice provided that the requirements of the existence of law, budget forecast, Superior authorization and absence of fraud in order to escape from the judicial regime that the Government pays its debts.

Key words: Public Administration; conciliation; civil law suit; solidarity; constitutional principles

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a viabilidade de a Administração Pública resolver seus litígios através da participação de ambientes não adversariais como meio de atingir o objetivo fundamental da solidariedade e acesso à justiça.

A prerrogativa da cidadania é atinente ao direito dos cidadãos para, direta ou indiretamente, criarem normas de convivência e administrarem a coisa pública. Contudo, sabe-se que a verdadeira cidadania, por questões diversas, ainda não foi concretizada na maioria das nações do mundo, sobretudo nas economias periféricas, como é o caso do Brasil.

Neste sentido, a concretização da cidadania não depende apenas de boas intenções ou declarações pomposas de direito. Cuidamos de um problema real que não pode ser negligenciado, correndo o risco de não apenas deixar de concretizar, mas sequer compreendê-la.

Anote-se que após a consagração dos direitos individuais, que previram o nosso direito à vida, à liberdade e à propriedade, que na prática acabaram por não se concretizarem, o direito do cidadão a ter acesso à justiça passou a ser preocupação entre os juristas. Este *novo direito* de acesso à justiça é imprescindível para tornar realmente acessível a todos os direitos individuais e sociais declarados.

Por outro lado, ao par da frustração da concretização dos direitos, a Administração Pública deverá observar à supremacia do interesse público, que constitui um princípio geral do Direito inerente a qualquer sociedade. O interesse público, por sua vez, coexiste com outros direitos fundamentais, como por exemplo, a duração razoável do processo.

Podemos acrescentar ainda a segurança jurídica que exerce o papel fundamental em conceder estabilidade e previsibilidade nas relações jurídicas, uma vez que só seria possível ao Estado fielmente observar o contrato social firmado com a sociedade quando haja um mínimo de pressupostos que assegurem os direitos e obrigações dos indivíduos que dela fazem parte.

Conforme sabemos, é inevitável que em qualquer sociedade, sobretudo naquelas mais complexas, que existam conflitos. Atualmente, com o objetivo de solucionar os conflitos, o Estado utiliza o poder da jurisdição, sendo o poder do Estado, como atributo de sua soberania, de impor a regra jurídica ao caso concreto, que por força do direito vigente, regula determinada situação jurídica.

Por sua vez, o indivíduo poderá demandar judicialmente contra o Estado para postular seus direitos. Neste sentido, esta dissertação tratará da viabilidade da Administração Pública resolver seus litígios através da participação de ambientes não adversariais como meio de atingir o objetivo fundamental da solidariedade e acesso à justiça.

Deve ser citada como a primeira dificuldade neste empreendimento é o extremo rigorismo formal do nosso direito, originado na península ibérica. Dessarte, com o objetivo coibir o arbítrio, na tradição do rigorismo formal da legislação atinente as normas de atuação da Administração Pública, foram promulgados diversos diplomas legais que impedem a livre disponibilidade do patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, causando dificuldades e insegurança jurídica no que diz respeito da possibilidade da Fazenda Pública transigir seus interesses.

Dessa insegurança que impera neste campo, levando-se em consideração ao rigor formal do nosso direito, é de se supor que seja do interesse público da Administração Pública não fazer acordos em juízo, recorrendo a todas as instâncias judiciais, até mesmo como medida preventiva contra eventuais questionamentos quanto à legalidade de sua atuação, considerando as diferentes instituições que exercem o controle dos atos administrativos, como o Poder Judiciário, o Poder Legislativo auxiliado pelo Tribunal de Contas, o Ministério Público e **o próprio cidadão**.

Portanto, para analisar a viabilidade da Administração Pública resolver seus litígios através da participação de ambientes não adversariais esta dissertação utilizará o método indutivo, com o uso da revisão bibliográfica e jurisprudencial.

Desse modo, primeiro capítulo estudar-se-á a construção dos direitos à cidadania e sua evolução histórica. Depois, analisar-se-á a evolução e o conceito ao acesso à justiça. Posteriormente, perscrutar-se-á os princípios que devem reger a atuação da Administração Pública. Após, explorar-se-á as soluções dos conflitos em ambientes não adversariais como meio de concretizar o acesso à justiça, assim como as razões pelas quais a Administração Pública se recusa a conciliar em juízo ou participar de ambientes não adversariais para a resolução dos conflitos. Por fim, propor-se-á uma solução ao dilema da Administração Pública participar, ou não, de ambientes não adversariais para a resolução dos conflitos.

1 A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS À CIDADANIA

Conforme nos ensina Birnfeld, o conceito de cidadania varia no espaço e no tempo. O seu conceito moderno é diferente da antiguidade, da Grécia, de Roma, do “citoyen” da Revolução Francesa e do cidadão contemporâneo. Sendo assim, diante da variabilidade do conceito de cidadania, preliminarmente, podemos afirmar que:

De maneira geral, pode-se dizer que a cidadania traduz-se inicialmente pela prerrogativa inerente a alguns setores da coletividade (cidadãos) para, direta ou indiretamente e com algum grau de legitimidade, criarem normas gerais de convivência e administrarem as coisas comuns, assim como para, em função dessas normas, serem tratados com idêntico critério (BIRNFELD, 2006, p. 21).

A partir deste conceito, Birnfeld afirma que a cidadania ainda não se concretizou por completo na sociedade, pelos seguintes motivos: a) a cidadania civil em muitos países ainda não foi alcançada pela maioria dos seus habitantes, como, por exemplo, os direitos mínimos da mulher em países muçulmanos, bem como a contradição destes direitos, como o direito de ir e vir e de propriedade em relação àqueles que sofrem com o infortúnio da pobreza; b) a cidadania política foi suprimida em inúmeras ditaduras, como a ausência de sufrágio, cabendo lembrar que este só muito recentemente foi adotado em vários países; c) a cidadania social é ainda inalcançável para a maioria dos países do mundo, sobretudo nos de capitalismo periférico. No Brasil, por exemplo, a maioria dos direitos sociais previstos na Constituição ainda não se concretizou (BIRNFELD, 2006, p. 49).

Neste sentido, é sempre oportuno lembrar que a concretização dos direitos fundamentais não depende apenas de justificativas e boa vontade. É preciso que sejam criadas condições para que eles aconteçam.

Com efeito, o grande problema da nossa era com relação aos direitos do homem não se trata de fundamentá-los e sim o de torna-los concretos. Trata-se de um problema que não é filosófico, mas sim jurídico, mas num sentido mais amplo, político, isto é, o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das declarações solenes, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 2004, p. 23-28).

Anote-se que nem tudo que é desejável e merecedor de ser perseguido é realizável. Para a concretização dos direitos do homem são frequentemente necessárias condições objetivas que não dependem da boa vontade daqueles que os proclamam, nem da disposição dos que possuem os meios para protegê-los.

Por exemplo, é conhecido o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento de encontrarem condições econômicas que, apesar dos programas ideais, não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais.

Assim, é preciso que a discussão sobre os direitos humanos deve hoje levar em conta, para não correr o risco de se tornar acadêmica, todas as dificuldades procedimentais e substantivas.

A concretização de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana. Trata-se de um problema que não pode ser esquecido, sob pena de, não apenas deixar de resolvê-lo, mas de sequer compreendê-lo em sua real dimensão. Quem o esquece, já perdeu (BOBBIO, 2004, p. 43-44).

Além destas dificuldades procedimentais e substantivas, convém lembrar ainda, a promessa não cumprida da eliminação do poder invisível. Enquanto que a relação democracia-oligarquia, democracia-tiranía são muito bem documentadas pela literatura, o poder invisível é muito pouco estudado, em especial, em razão da impossibilidade de estudá-lo pelas técnicas tradicionais empregadas pelos sociólogos, entrevistas, levantamento de opinião.

Há países onde o poder invisível é visibilíssimo. Bobbio cita o exemplo da Itália, onde a máfia, a camorra, lojas maçônicas anômalas, serviços secretos incontrolados e acobertadores de crimes que deveriam combater são a parte do poder invisível do Estado (BOBBIO, 2011, p. 43).

No Brasil podemos citar o poder do tráfico de drogas nas favelas, os criminosos que dentro dos presídios comandam o crime organizado, a corrupção desenfreada. Trata-se da presença de um “estado dentro de um Estado”. Inobstante, a democracia nasceu com a perspectiva justamente de eliminar para sempre as sociedades humanas o poder invisível e dar vida a um governo cujas ações deveriam ser desenvolvidas publicamente.

Com efeito, a razão da superioridade da democracia diante dos estados absolutos é a convicção de que o governo democrático poderia finalmente dar vida à transparência do poder, o poder sem máscara, ao contrário dos estados absolutos que preferem tomar as grandes decisões em gabinetes fechados, longe dos olhares indiscretos do público.

Assim, a política dos *arcana imperii* adotou a teoria das “razões de estado”, ou seja, segundo as quais é lícito ao estado o que não é lícito aos cidadãos privados, ficando o estado, portanto, obrigado a agir em segredo para não provocar escândalo.

Portanto, o controle público do poder é ainda mais necessário na nossa época, na qual aumentaram enormemente e são praticamente ilimitados os instrumentos técnicos de que dispõem os detentores de poder para conhecer capilarmente tudo o que fazem os cidadãos, podendo ser citada a “computadorcracia”, ou seja, um governo fiscalizado pela rede mundial de computadores (BOBBIO, 2011, p. 43).

Dessarte, as promessas não cumpridas e a presença de um poder invisível corrompendo as entranhas do poder diminui a capacidade do Estado Democrático de

Direito cumprir o conteúdo programáticos das declarações de direito. Neste sentido, é necessário criar as condições para que isto aconteça, em especial, numa área tão sensível, que é o acesso à justiça, em especial naquelas situações em que o indivíduo demanda no Poder Judiciário seus direitos contra o Estado.

Cidadania, por outro lado, não é uma definição estanque, e sim um conceito histórico que varia no tempo e no espaço. No seio de cada estado nacional o conceito e a prática da cidadania vêm se alterando nos últimos 200 ou 300 anos. Isso ocorre tanto em relação a uma abertura maior ou menor do estatuto do cidadão para sua população (por exemplo, pela maior ou menor incorporação de dos imigrantes à cidadania), ao grau de participação política de diferentes segmentos da sociedade (o voto da mulher, do analfabeto). Quanto aos direitos sociais, à proteção social oferecida pelos estados que dela necessitam (PINSKY; PINSKI, 2014, p. 9-10).

Todavia, sonhar com cidadania plena em uma sociedade pobre como a nossa, em que o acesso aos bens e serviços é restrito, seria utópico, tal como já vimos. Contudo, os avanços da cidadania, se têm a ver com a riqueza do país e a própria divisão de riquezas, depende também da luta e das reivindicações, da ação concreta dos indivíduos.

Anote-se que desde os séculos IX e VII da Era Cristã, as costas do Mediterrâneo eram apenas o que poderíamos dizer sendo uma área periférica, pouco desenvolvida, que sofria a influência dos grandes impérios do Oriente Médio. Foi um período de grandes transformações econômicas e sociais, quase uma revolução.

Assim, como os Estados Nacionais devem sua consolidação à industrialização, ao desenvolvimento do capitalismo e à expansão imperialista da Europa do século XIX, as cidades-estado também surgiram num quadro de grandes mudanças econômicas e sociais.

Entre os séculos IX e VIII AC desenvolveu-se um intenso intercâmbio de pessoas, bens e ideias por todo o Mediterrâneo em razão da necessidade dos impérios do Oriente Médio de obter uma matéria prima preciosa, o ferro. O uso do ferro difundiu-se pelo Oriente Médio, como o de outras inovações técnicas de grande importância: a arquitetura em pedra, as construções monumentais, a escultura em três dimensões, o relevo, a pintura, a fabricação de artigos de bronze e, de modo geral, o uso de metais preciosos, assim como da escrita alfabética e do cavalo de guerra. Isso representou na época, uma verdadeira revolução industrial sem indústria.

O aumento populacional foi visível em todo o Mediterrâneo. Gregos e Fenícios fundaram colônias por toda a parte – norte da África, sul da Espanha, Mar Negro e Itália

– levando consigo uma forma de organização social peculiar: a cidade–estado (GUARINELLO, 2014, p. 31).

Conforme nos ensinou Coulanges, por impulso natural, muitas famílias formaram tribos, e em cada uma delas, havia um altar e uma entidade protetora. A tribo também expedia decretos de observância obrigatória aos seus membros. Possuía tribunal e direito de jurisdição sobre seus membros. Conseqüentemente, as tribos também passaram a se associar, seja por união voluntária, ou imposta por força superior de outra tribo, ou pela vontade poderosa de alguém. Da união entre as tribos surgiram as cidades. A cidade era uma forma de uma federação. Por esta razão era obrigada a respeitar a independência religiosa e civil das tribos, das cúrias e das famílias. A cidade nada tinha a ver com as relações dentro da família, não julgava a relação marido e esposa, filho. Sendo esta a razão por que o direito privado, constituído no tempo do isolamento das famílias pode durar tanto tempo, sem modificação. Diante desta organização extremamente complexa é fácil perceber a dificuldade em fundar uma sociedade estável (COULANGES, 1980, p. 144-157).

Para conceber regras comuns, instituir o comando e fazer-se acatar pela obediência, para obrigar a paixão a ceder a razão, e a razão individual à razão pública, parece ser indispensável existir algo mais forte que a força material, mais respeitável que o interesse, mais seguro que a teoria filosófica, mais mutável que a convenção, “alguma coisa por igual existente no fundo de todos os corações e nestes se afirmando com autoridade” (COULANGES, 1980, p. 157).

Sendo assim, pertencer à comunidade da cidade-estado não era, portanto, algo de pouca importância, mas um privilégio guardado com zelo, cuidadosamente vigiado por meio de registros escritos e conferido com rigor. Portanto, pertencer à comunidade era participar de todo um ciclo próprio da vida cotidiana, com seus ritos, costumes, regras, festividades, crenças e relações pessoais (GUARINELLO, 2014, P. 34-35).

Cumprido dizer que igualmente termo cidadania liga-se de múltiplas maneiras aos antigos romanos, tanto pelos termos utilizados como pela própria noção de cidadão. Em latim, a palavra *ciuis* gerou *ciuitas*, cidadania, cidade, Estado. Cidadania é uma abstração derivada da junção dos cidadãos e para os romanos, cidadania, cidade e Estado constituem um único conceito – e só pode haver esse coletivo se houver, antes, cidadãos. *Ciuis* é a pessoa livre e, por isso, *ciuitas* carrega a noção de liberdade em seu centro. Para os romanos recebemos a vida ao nascer e em seguida, a herança na forma da educação quando crianças o que nos permite alcançar a liberdade individual e

coletiva da vida adulta. Para os gregos havia em primeiro lugar a cidade, a polis, e só depois o cidadão. Polites para os romanos era o conjunto de cidadãos que formavam a coletividade (FUNARI, 2014, p. 49).

A sociedade romana era formada por grandes famílias conhecidas como gentes, unidas pela convicção de descender de antepassados comuns. Por sua vez, os patrícios faziam parte da oligarquia de proprietários rurais e possuíam o monopólio dos cargos públicos e religiosos. Eram os únicos cidadãos assim considerados como tais, cidadãos de pleno direito. O restante da população era formada por classes inferiores e excluídas das prerrogativas da cidadania.

Contudo, aos poucos, foram adquirindo uma identidade própria, o “povo” (*populus*). Na maioria das vezes, a história de Roma pode ser entendida como uma luta pelos direitos sociais e pela cidadania entre os patrícios, que exerciam plenamente sua cidadania e os demais grupos (FUNARI, 2014, p. 50).

O restante da população era composto do povo e a plebe, termos que se ligam à ideia de multidão, massa. A noção de plebe como grupo surgiu no processo histórico de luta contra os privilégios dos patrícios. Trata-se de um termo para englobar todos os cidadãos romanos sem os mesmos direitos dos patrícios. Na sua base estavam os camponeses livres de poucas posses, aos quais, se juntaram os artesãos urbanos e os comerciantes. Ao que tudo indica, a plebe incluía também descendentes de estrangeiros residentes em Roma (FUNARI, 2014, p. 51).

A luta pelos direitos civis dos plebeus foi o motivo das transformações históricas a partir da República, por dois séculos (V e IV aC). O acúmulo de riquezas pelo artesanato e o comércio obtido por parte da plebe urbana sem que pudesse gozar de igualdade de direitos em relação aos patrícios fez com que os plebeus urbanos preocupassem com os direitos políticos e sociais. Assim, queriam ocupar cargos, votar no Senado e casar-se com patrícios, o que lhes era proibido.

Noutro movimento político paralelo, parte da plebe rural teve as terras confiscadas pelo endividamento e lutava pelo fim da escravidão por dívida e pelo direito a parte da terra conquistada de outros povos vencidos. Apesar dos interesses diversos, os plebeus não tiveram dificuldades para unir-se contra o patriciado na luta pela cidadania.

A partir da República é que os conflitos da sociedade romana se tornaram mais evidentes, quando para manter o poderio militar passou a depender cada vez mais de soldados plebeus, tanto na cavalaria quanto os infantes, o que resultou nas secessões da

plebe, que ameaçava abandonar a defesa das cidades caso os patrícios não lhes concedessem os direitos civis. O povo conseguiu em 494 AC que fosse instituído o Tribunato da Plebe, magistratura com poder de veto às decisões do patriciado. Os plebeus puderam criar suas próprias reuniões, os “concílios da plebe”, assim como adotar resoluções, os plebiscitos (FUNARI, 2014, p. 51).

Em meados do século V AC foi publicada a Lei das Doze Tábuas. Embora nada mais fosse a codificação da legislação tradicional, prevendo grande poder aos patriarcas, estabeleceu-se ali o importante marco da lei escrita. De fato, o chamado direito consuetudinário, baseado na tradição, gerava grande insegurança – já que, em caso de divergência, a palavra final era sempre dos patrícios. Com a publicação da lei, todos podiam recorrer a um texto conhecido para reclamar direitos sem depender da boa vontade dos poderosos. Instituiu-se também a classificação das pessoas pelas posses. Isso beneficiou os plebeus ricos, cuja importância social começou a ser reconhecida (FUNARI, 2014, p. 53).

Com a ocupação temporária de Roma pelos celtas em 387 AC, pequenos proprietários foram os que mais sofreram com saques, sendo que muitos foram escravizados por dívida. Em consequência, as duas décadas seguintes testemunharam distúrbios sociais contra a ordem patrícia vigente. Assim, foi forjada uma aliança de setores patrícios com plebeus enriquecidos.

No ano seguinte, foram aprovadas leis propostas pelos Tribunos da Plebe Caio Licínio e Lúcio Sextio que asseguravam maiores direitos políticos aos plebeus enriquecidos e criavam alguns benefícios sociais para as camadas mais pobres. Foram de medidas que significaram grandes avanços para os direitos da cidadania. Foi limitado o tamanho das propriedades agrícolas, o que na prática tratou-se de uma verdadeira reforma agrária, permitindo aos camponeses o acesso às terras advindas das conquistas romanas, o que lhes garantiu o sustento e independência. Outra medida de grande importância social foi a abolição da servidão por dívida, determinada pela Lei Poetélia Papira, de 326 AC. Até então, os cidadãos pobres não tinham direito de manter a própria liberdade. Escravizados, ainda que temporariamente, perdiam todos os direitos civis. (FUNARI, 2014, p. 53-54).

Portanto, o Século III AC observou grandes progressos para a cidadania romana e trouxe melhorias diretas para os estratos superiores da plebe, que passaram a integrar a elite aristocrática. Os grandes conflitos sociais deslocaram-se do choque entre patrícios e plebeus para os confrontos entre dominantes e subalternos, romanos e não romanos

aliados e entre senhores e escravos. De uma maneira ou da outra, a questão da cidadania sempre esteve presente nesses embates, pois mesmo os escravos, por meio da alforria, passavam a fazer parte do corpo cidadão e a lutar pelos seus direitos. (FUNARI, 2014, p. 55). Uma vez obtida a cidadania romana, prerrogativas legais e fiscais importantes permitiam a seu portador o direito e a obrigação de seguir as práticas legais do direito romano e dos contratos, testamentos, casamentos, direitos de propriedade e de guarda de indivíduos sob sua tutela, como as mulheres da família e parentes homens com menos de 25 anos (FUNARI, 2014, p. 53-54).

Questão subjacente ao direito da cidadania romana encontra-se a própria noção de liberdade, definida como a não submissão ou sujeição a outra pessoa, conceito esse que será fundamental para as formulações dos fundadores da cidadania no mundo moderno. O amor pela liberdade estava no fundamento da cidadania romana. A moderna cidadania funda-se na distinção romana da chamada liberdade negativa, ou seja, a liberdade de não se submeter à vontade de outrem. Pensadores modernos verão nesta definição os fundamentos da liberdade individual.

Se, na sociedade civil, somos todos ou livres, então um cidadão livre deve ser aquele que não está sob o domínio (*in potestate*) de nenhuma outra pessoa e é, portanto, capaz de agir segundo seu próprio juízo e direito. Derivados desses conceitos fundamentais não apenas a Revolução Puritana Inglesa do Século XVII, mas também para as revoluções americanas e francesa do século XVIII, a ideia de que só existe liberdade individual se existir uma cidadania que se governe a si mesma, pois viver com súditos de um governante é viver na subordinação, no limite, como escravos. O direito romano consiste, portanto, em fundamento essencial das reflexões modernas sobre a cidadania (FUNARI, 2014, p. 72-74).

Os romanos entendiam que direito era algo como um patrimônio que se possuía. A liberdade era considerada a fonte radical dos direitos do homem. A posse de uma família e a posse de uma cidade (a cidadania) era requerida para cumprir a finalidade de outorgar direitos do homem a existência prévia de liberdade. Esta era a razão pela qual o direito romano era privilégio do povo livre de Roma, dos cidadãos romanos. Cidadania reporta-se primariamente, neste sentido, à condição de quem pertence a uma cidade e sobre ela possui direitos. (ZERON, 2014, p. 97-98).

Já o ideário político para o Renascimento era a cidade-estado clássica, isto é, a *polis*, ou sobretudo, a *urbs*, onde a soberania era exercida pelos cidadãos livres de uma cidade independente, por meio de um código válido inclusive para os territórios que se

estendiam para além de seus muros e se mantinham sob seu controle direto. Esta era a situação de algumas comunas do Reino Itálico, juridicamente submetida ao Sacro Império Romano, sendo uma região que conquistou grande autonomia em razão da fraqueza militar e financeira do Imperador.

Neste tempo, merece destaque a *República Florentina*, que os estudiosos do passado entendiam que era governada por milhares de cidadãos que se alternavam no Poder. Com efeito, Florença, uma cidade-estado no norte da Itália, teria se destacado das demais em razão da adoção de forma republicana de governo.

Contudo, a *República Florentina* era na realidade uma oligarquia cuja administração estava nas mãos da alta burguesia e das grandes famílias aliadas a ela. Assim, se por um lado é questionável se Florença foi o berço da democracia moderna, por outro, é certo que Florença foi um dos berços do mercantilismo moderno.

A *mercatura* era, sem dúvida, a atividade mais considerada pelos florentinos que detinham, além do direito de cidadania, o exercício efetivo do poder na cidade. Assim, o comércio internacional, o desenvolvimento dos bancos e da indústria, configurava a força econômica e, aos poucos, a burguesia se apropria da força política dos corpos da cidade e dos Estados provinciais (ZERON, 2014, p. 100-111).

A Idade Moderna trouxe inúmeras inovações radicais, trazendo uma nova visão de mundo, acompanhando a transição do feudalismo ao capitalismo na Europa centro-ocidental. A secularização, racionalização e o individualismo superaram o tradicionalismo na concepção teleológica pregada pela Igreja Católica Romana. A sociedade hierarquizada baseada nos privilégios da nobreza perdeu a robustez.

Deixando de lado a noção de predestinação o homem pavimentou o avanço da modernidade, fundada pelos acontecimentos que resultaram nas revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII. A resignação da fé recuou diante da força crítica e otimista do saber científico. Estas mudanças servirão de pensamento para uma das mais importantes transformações da história da humanidade: a do cidadão/súdito para cidadão/cidadão. Não bastava mais o fato de habitar numa cidade (ser cidadão).

O desenvolvimento dos direitos do cidadão transcorre há pelo menos três séculos – de acirrados conflitos sociais – relacionada à conquista de três ramos de direitos: os direitos civis, no século XVIII; os direitos políticos, no século XIX; e os direitos sociais, no século XX. Paralelamente a conquista destes direitos, novas formas de estado foram se construindo ao longo destes três séculos, novas funções estatais indicativas de uma relação dinâmica entre indivíduos, sociedade e Administração.

O início do desenvolvimento dos direitos da cidadania foi na Revolução Inglesa, do século XVII, que resultou no primeiro país capitalista do mundo, cuja transição foram observados os seguintes fenômenos: a predominância da agricultura foi substituída pela indústria, os meios de transporte, antes precários, tornaram-se cada vez mais eficientes e diversificados e as crises periódicas de subsistência que caracterizaram o feudalismo transformam-se em crises de superprodução e baixa nos preços.

Anote-se que o processo revolucionário inglês constituiu um modelo de transição ao capitalismo industrial, primeiramente de forma violenta, em 1640, e posteriormente, em 1688, de maneira conciliatória (MONDAINI, 2014, p. 115-120).

A maneira conciliatória entabulada foi a promulgação do *Bill of Rights*, que na lição de Comparato, apesar de não ser uma declaração de direitos humanos, nos moldes das quais posteriormente seriam promulgadas cem anos depois nos Estados Unidos e na França, o *Bill of Rights* criou, com a divisão dos poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, uma garantia institucional, ou seja, uma organização de estado, cuja função, em última análise, é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana (COMPARATO, 2010, p. 107).

Assim, após quase cinquenta anos de lutas entre o rei e o parlamento, com o estabelecimento de um consenso em torno de uma monarquia constitucional, foi criada a condição mais importante para o crescimento de uma economia capitalista: estabilidade política sob a nova direção de uma classe burguesa que assumiu o poder estatal, robustecendo suas relações internas com outras classes sociais e nas relações com outras nações no campo diplomático.

Uma fronteira que, ultrapassada, nos abriu a possibilidade histórica de um estado de direito, um estado de cidadãos, regido não mais por um poder absoluto, mas sim por uma carta de direitos, um *Bill of Rights*. Uma nova era descortinava-se, então, para a humanidade – uma era dos direitos (MONDAINI, 2014, p. 115-129).

Direitos, no sentido de serem absolutos das pessoas, explicava Blackstone, nos seus Comentários às Leis da Inglaterra de 1753, são aqueles no seu sentido primário e estrito, “que pertencem às pessoas meramente do seu estado de natureza, que todo o homem é intitulado a exercer, considerado como mero indivíduo, sem precisar de uma lei municipal para explicar ou fazê-los cumprir (BLACKSTONE, 2011, p. 123)”.

Do outro lado do Atlântico, o observador atento da capital dos Estados Unidos constata que o autor da planta original fez uma clara tentativa de estabelecer um diálogo com os princípios políticos atribuídos pela primeira geração após a independência dos

EUA com as instituições republicanas de Grécia e Roma. Ao construir a capital em mármore branco de padrão clássico estava instituída a capacidade extraordinária da elite dos EUA para resgatar traços da memória histórica e política e constituir um simbolismo à exposição nacional.

A ausência quase total da Inglaterra durante todo o século XVII nas primeiras colônias do território de um lugar que um dia se chamaria Estados Unidos da América propiciou aos colonos uma tradição da ideia de liberdade. Muito mais interessados nas disputas internas que levariam à decapitação do Rei Carlos I, a República e a deposição de Rei James II, os ingleses não deram atenção as suas colônias. A “negligência salutar”, como foi definida muitas vezes, implicava uma relativa liberdade de comércio. Mesmo que não tenha sido total, foi muito maior do que nas colônias ibéricas ao sul e as leis restritivas da Inglaterra eram, quase sempre, letra morta (KARNAL, 2014, p. 138).

Assim, como maior característica cultural que formou aquela nação foi a não reprodução em seu território a sociedade estamental europeia constituída por grupos sociais bem delimitados, que cultivavam valores próprios e regiam-se por um direito próprio. Desde o início do século XVII, a base que acabou moldando a futura nação, a Nova Inglaterra, era formada por uma sociedade tipicamente burguesa, isto é, como um grupo organizado de cidadãos livres e iguais perante a lei, cuja diferenciação só podia ser observada pela riqueza material (COMPARATO, 2010, p. 112).

Observa-se, contudo, que a partir da metade do século XVIII verificou-se uma visível mudança no comportamento da metrópole, cujas razões são frequentemente atribuídas às dívidas contraídas pelo governo de Londres durante a chamada Guerra dos Sete Anos com a França (1756-1763) e às novas necessidades da Revolução Industrial, reduzindo a liberdade que predominara no período anterior. As leis não eram novas, mas vinham acompanhadas de vontade concreta de execução. A nova política britânica provocou a Revolução Americana entre a Inglaterra e suas 13 colônias.

Durante este tempo, os colonos começaram a fazer petições com reclamações e congressos expressando suas desavenças com Londres, num deles, no Congresso Continental de 1776, foi declarada a independência das treze colônias (KARNAL, 2014, p. 138). A importância histórica da Declaração da Independência constitui no fato que foi o primeiro documento público que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo o ser humano, independentemente das diferenças de raça, religião, sexo, cultura ou posição social, ao passo que até então, a

soberania pertencia legitimamente ao monarca, auxiliado no exercício do cargo pelos estratos sociais mais elevados da sociedade (COMPARATO, 2010, p. 120).

Todavia, é preciso sinalar que embora a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776, afirmava que “todos os homens nascem iguais e eles são concedidos pelo Criador de certos direitos inalienáveis, entre eles são a vida, a liberdade e a busca da felicidade” (ARCHIVES.GOV, 2014), o orgulho americano do seu sistema e admiração do mundo ao mesmo tempo ocultavam um dado importante.

A cidadania e a liberdade criadas pela independência e eram extremamente limitadas, eis que excluía o direito de voto as mulheres, negros e pobres. Igualmente a escravidão foi ainda amplamente tolerada (KARNAL, 2014, p. 143).

Anote-se, ainda, que originalmente, a Constituição de 1787 não estatuiu os direitos fundamentais, limitando-se a prever a estrutura básica do governo dos Estados Unidos. A preocupação na elaboração de uma Constituição foi registrada por Alexander Hamilton (*apud* COMPARATO, 2010, p. 133):

Parece ter sido reservado ao povo desse país, por sua ação e exemplo, decidir a importante questão: se as sociedades humanas são realmente capazes de criar um bom governo utilizando a ponderação e o voto, ou se elas estão para sempre condenadas a depender, para suas constituições políticas o acidente e a força.

Num primeiro momento, a ideia era organizar um governo federal que se originou a partir das treze ex-colônias da Inglaterra. O que dizia respeito aos direitos dos cidadãos deveria ser objeto das constituições estaduais, que quase todas já os previam. Cite-se o exemplo conhecido da Declaração dos Direitos do Povo da Virgínia, documento que antecedeu a Declaração de Independência. Após o debate entre Alexander Hamilton, que defendia que o papel da Constituição se limitava a disciplinar “os interesses gerais políticos da nação”, do que regular as relações entre os indivíduos entre si e Thomas Jefferson, que defendia a inclusão dos direitos fundamentais, a vontade popular acabou prevalecendo em razão do temor do retorno da era do “direito divino” e em 25 de setembro de 1789 o Congresso aprovou as emendas que ficaram conhecidas como o Bill of Rights americano (COMPARATO, 2010, p. 133).

Em *Marbury v. Madison*, de 1803, a Suprema Corte dos Estados Unidos consagrou o princípio da supremacia da Constituição sobre as leis ordinárias. Este precedente firmou o princípio da judiciabilidade de todo e qualquer direito fundado em norma constitucional, reconhecendo que a primeira e fundamental garantia desses direitos era de natureza judicial (COMPARATO, 2010, p. 125-126).

A decisão representou uma inovação em relação ao *Common Law* inglês, eis que este reconhece a primazia da soberania do Parlamento. Ao contrário, nos Estados Unidos, foi reconhecido aos tribunais interpretar as leis e decidir se estavam de acordo com a Constituição, sendo declarada sua nulidade (*null and void*), caso desrespeitassem seus dispositivos. Posteriormente este postulado se espalhou pelo resto do mundo e passou a ser adotado por todas as democracias constitucionais, inclusive no Brasil (COMPARATO, 2010, p. 125-127).

Desse modo, a Constituição americana, inobstante se tratar de um documento do século, ainda encontra-se em vigor, sob uma contínua reinvenção da Suprema Corte e dos tribunais e dos tribunais americanos, adaptando-a aos tempos modernos, sujeitos, evidentemente tanto a decisões históricas quando erros terríveis, como se poderia se esperar de qualquer obra do mundo cultural. Neste sentido, conforme lembra Birnfeld, não se pode conceber uma constituição “como pináculo apoteótico da organização da racionalidade humana, estandarte do final feliz da história de um povo” (BIRNFELD, 2008, p. 7).

Consagrado o sistema capitalista, os direitos fundamentais e a proteção e liberdade de indústria e comércio, a sociedade passou a ser dividida fundamentalmente entre dois estratos importantes: a primeira é a classe proprietária ou capitalista, composta por pessoas com posses econômicas suficientes para assegurar a satisfação de suas necessidades e a outra classe social é a trabalhadora, composta pelos demais, que por não terem tais posses subsistem com os ganhos do exercício de atividade remunerada.

Anote-se que nos três séculos que antecederam a primeira Revolução Industrial verificou-se na Europa um grande desenvolvimento do comércio internacional, da economia de mercado e, dentro desta, do capitalismo manufatureiro. Este período foi caracterizado pelo contraste entre o crescimento da riqueza de certos países e cidades e, dentro dos seus limites, de certos estratos sociais como mercadores, armadores, banqueiros, fabricantes de navios, armas, munições etc. – e o empobrecimento de outros estratos (SINGER, 2010, p. 192-193).

Assim, foi no período da Revolução Industrial que surgiu a figura de Robert Owen industrial que entendia que os vícios e os maus hábitos são causados por más instituições e podem ser eliminados pela educação das crianças e pelo primado da justiça social. Owen aplicou esta doutrina na maior fábrica algodoeira, situada em New Lanark. Suprimiu o trabalho infantil e providenciou escolas par os filhos dos

trabalhadores, moradias dignas e lhes ofereceu condições de vida e de trabalho comparavelmente melhores que as que prevaleciam então na Inglaterra. Inobstante sua generosidade, Owen continuava a auferir lucros significativos, o que o fez ficar conhecido como um famoso filantropo. Ao encurtar as jornadas de trabalho e cuidar para que sua mão de obra fosse bem alimentada e bem alojada, a produtividade do trabalho provavelmente foi muito maior que nas fábricas que extenuavam seus empregados. Em 1815 Owen se empenhou pela Lei Fabril, propunha que a lei proibisse o trabalho infantil com menos de 10 anos de idade, jornada de trabalho limitada a 10 horas e meia, criasse cargos de inspetores remunerados para assegurar a sua implementação das reformas. A lei foi aprovada em 1819, embora estivesse longe de atender a totalidade da população, pois se limitava à indústria algodoeira, a mais importante da época, fixava a idade mínima em nove anos. Inobstante suas deficiências, as primeiras leis fabris foram os primeiros direitos sociais legalmente conquistados na era do capitalismo industrial. A limitação de idade para o trabalho infantil e da jornada de trabalho para as crianças e adolescentes são intervenções importantes do Estado no mercado de trabalho (SINGER, 2010, p. 222).

Desse modo, as leis fabris declararam que a liberdade de contratar não é ilimitada e que o limite é a pessoa humana, cuja integridade física e mental deve ser preservada. Elas são precedentes de uma vasta legislação trabalhista que será implementada no resto do século XIX e principalmente no século XX, em todos os países que se industrializaram. (SINGER, 2010, p. 222).

Deste período, é importante ainda citar a Revolução Russa de outubro de 1917. Trata-se do surgimento do primeiro regime nacional que se auto-identificava socialista e estatizou os meios de produção, instaurou um sistema de planejamento central da economia em lugar da autorregulamentação dos mercados, despertou esperança nos trabalhadores e marginalizados e medo das classes capitalistas, tornando-as a aceitar o cumprimento das promessas feitas aos trabalhadores pelo governo. Sendo assim, o movimento operário se radicalizou parcialmente, ao passo que as forças dominantes e usualmente conservadoras se mostravam sensíveis à necessidade de o Estado amparar os trabalhadores carentes e suas famílias.

Embora de uma maneira geral os gastos sociais dos governos aumentaram durante entre os anos 1913 e 1929, os efeitos da Revolução Socialista não foram sentidos com a mesma intensidade ao redor do mundo. Citemos o exemplo dos Estados Unidos, onde os efeitos da mobilização e do temor do bolchevismo foram muito

menores do que na Alemanha. Até 1929 o empresariado americano resistiu à concessão de direitos aos trabalhadores, inclusive de se organizar, barganhar coletivamente e fazer greve, direitos que em muitos países, sobretudo na Grã-Bretanha, já eram desfrutados há muitas décadas. No caso da Alemanha a situação era totalmente diferente: semidestruída pela 1ª Guerra Mundial, ela foi obrigada a pagar indenizações pelas potências vencedoras com o objetivo de impedir que pudesse readquirir o potencial econômico que possuía antes do conflito. A radicalização da população fez com que a República de Weimar elaborasse uma Constituição tida como a mais avançada do mundo para a época, como resultado do complexo de culpa da classe governante que conduziram o povo à carnificina, tornou especialmente generosa na concessão dos direitos sociais.

Noutros países a conquista dos direitos sociais foi impulsionada por revoluções ou movimentos políticos, fundados nas classes trabalhadoras do campo e das cidades. Um desses movimentos foi a Revolução Mexicana (1910-1917), que constituiu uma aliança histórica entre camponeses e operários da indústria, resultando com a Constituição de 1917, que poderia ser comparada com a de Weimar na parte dos direitos políticos e sociais. Sob os princípios da Constituição de 1917, os mexicanos adotaram em 1929 um código do trabalho prevendo jornada de trabalho de oito horas, semana de seis dias, salário mínimo e diversos seguros sociais obrigatórios.

No Brasil ocorreu fenômeno semelhante. Após vitória do movimento armado de 1930, que resultou no reconhecimento o reconhecimento legal dos sindicatos (embora controlados pelo estado), instituiu seguros obrigatórios contra velhice e invalidez e, a partir de 1940, o salário mínimo regional.

Assim como ocorreu com a Primeira, a Segunda Guerra Mundial deu forte impulso à luta pelos direitos sociais, especialmente por ter sucedido à Grande Depressão. Somando-se o tempo da Grande Depressão com a duração da 2ª Guerra Mundial, a classe trabalhadora, especialmente a europeia, foi submetida a sofrimentos extremos por mais de uma década e meia. Os desejos por mudança se acumularam durante este tempo e influenciaram o avanço do Estado do Bem-Estar Social nos próximos 30 anos dourados que se seguiram à restauração da paz.

Neste contexto destaca-se o William Beveridge, que presidiu o comitê interministerial britânico, entre 1941 e 1942, ficando conhecido como o Plano Beveridge. O Plano Beveridge era fundado no princípio de que o pleno emprego deveria ser objetivo do Estado. Por sua vez, a população não deveria mais sofrer os “cinco gênios malignos da história”: A doença, a ignorância, a dependência, a decadência e a

habitação miserável. A ampliação dos direitos sociais se baseava em três novos fundamentos, denominado o “triplo U”, a universalidade (cobertura social que abrangia toda a população e não apenas um segmento de operários); a unicidade (só um serviço administraria o conjunto) e a uniformidade (auxílios independentes do nível de renda). Além disso, o Estado social deveria ser financiado pelo imposto, controlado pelo Parlamento e administrado pelo Estado (SINGER, 2010, 239-248).

A partir da década de 70 percebe-se o retorno das ideias liberais em especial com a tomada do poder pelo partido conservador na Grã-Bretanha na figura da Primeira – Ministra Margareth Thatcher e por Ronald Reagan, que reconfiguraram o papel do Estado na economia, com ênfase nas privatizações e estímulos à ampla concorrência, paralelamente com a redução dos gastos sociais, sobretudo nos programas da seguridade social, como aposentadorias e benefícios previdenciários. Chagas alerta para as consequências a médio e longo prazo desse processo que se trata da perda da qualidade e eficiência dos serviços públicos (CHAGAS, 2015, p. 110).

Anote-se que as crises do petróleo no início da década de 1970, inobstante as importantes consequências econômicas, contribuíram para formar na opinião pública de que os recursos vitais para a economia capitalista poderão faltar no futuro (RIBEIRO, 2014, p. 405). Com efeito, paralelamente a crescente escassez de recursos naturais para sustentar nosso modo de vida, Birnfeld aponta as múltiplas inquietações da sociedade moderna, a começar pela globalização que exclui parcela significativa da população, resultando em três formas de exclusão: exclusão dos frutos do processo produtivo, exclusão do próprio processo produtivo, a exclusão do pensar e a exclusão do próprio futuro (BIRNFELD, 2006, p. 83).

Outro exemplo de inquietação da sociedade moderna, após a consagração dos direitos individuais, que previram o nosso direito à vida, à liberdade e à propriedade; é o direito do cidadão ter acesso à justiça. Este direito, aparentemente óbvio, nem sempre foi concretizado, mesmo em tempos recentes.

Cite-se o infame exemplo de Scott v. Sandford. Em 1857, com o país à beira da guerra civil, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que um escravo chamado Dredd Scott de propriedade de um médico do exército foi levado do Estado do Missouri para Illinois, onde a escravidão era ilegal. Após a morte do proprietário, Scott retornou ao Missouri e requereu sua liberdade, alegando que sua estadia num estado onde a escravidão era proibida o tornava um homem livre.

O caso chegou até a Suprema Corte dos Estados Unidos, que reformou a decisão da instância inferior ao decidir que os afro-descendentes não podiam ser cidadãos americanos, e assim não tinham direito de jurisdição no tribunal. Ao negar a cidadania aos afro-americanos a eles era também negado o direito de proteção judicial (FRIEDMAN, 2005, 158-159). De acordo com a Suprema Corte:

Os homens que elaboraram a declaração de direitos eram grandes homens – especialistas em literatura, grandes no seu senso de honra e incapazes de prever princípios inconsistentes com aqueles que estavam prevendo (...). A infeliz raça negra foi separada por marcas indelévels e nas leis há muito estabelecidas nunca se pensou ou se falou exceto em propriedade, e assim quando o proprietário ou o comerciante a reclamam, eles merecem proteção (CORNELL, 2016).

Assim, os avanços e retrocessos dos direitos fundamentais justificam a ressalva de Birnfeld, já citada, no sentido de que o constitucionalismo não se trata de uma história linear, cujo caminho levará inevitavelmente a um final feliz (BIRNFELD, 2008, p. 7).

Pelo contrário: crises econômicas, guerras, estados de exceção e a própria ameaça ao ecossistema do nosso planeta são ameaças constantes que pairam sobre os nossos direitos, inclusive os direitos fundamentais. Anote-se que no exemplo citado, quase cem anos pós a Declaração da Independência dos Estados Unidos, que anunciava a liberdade como um direito fundamental, este direito foi negado judicialmente aos escravos daquela Nação, ou o que é mais grave, se impediu a busca de sua tutela judicial pelo simples fato de não serem cidadãos americanos.

Apresentadas as ressalvas, é certo que hoje a doutrina se debruça sobre outra questão importante: inobstante a previsão dos direitos formalmente declarados em lei, verifica-se a dificuldade de concretiza-los, pelos mais variados motivos. A isso se dá o nome de acesso à justiça.

2 O DIREITO DO CIDADÃO AO ACESSO À JUSTIÇA

O estudo do acesso à justiça, segundo Cappelletti e Bryiant, teve início talvez da ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e tem por objetivo de tornar efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão, “o que exige reformas de mais amplo alcance e uma nova criatividade. O estudo do acesso à justiça recusa-se a aceitar como imutáveis quaisquer procedimentos e instituições que caracterizam a engrenagem da justiça” (CAPPELLETTI; BRYIANT, 2008, p. 8).

Com efeito, o conceito de acesso à justiça sofreu transformações importantes. Com as ideias liberais dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios refletiam o fundamento essencialmente individualista dos direitos, então em vigor.

O direito ao acesso à proteção judicial significava, essencialmente, o direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação. O fundamento era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma intervenção do Estado para sua proteção. O fundamento do direito natural ensinava que esses direitos eram considerados anteriores ao advento do Estado, assim sua defesa exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros.

Sendo assim, o Estado permanecia passivo como relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática. Neste sentido, o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva (CAPPELLETTI; BRYIANT, 2008, p. 9).

Todavia, a medida que as sociedades fundadas em ideias liberais cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos passou a sofrer uma radical transformação. No momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletidas nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove.

Assim, o movimento foi pelo reconhecimento dos direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. O reconhecimento dos direitos e deveres sociais, isto é, estes novos direitos, são necessários para concretizar, ou melhor, tornar realmente acessíveis a todos os direitos antes proclamados. Os novos direitos garantidos nas modernas constituições são os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança e à educação. Neste sentido, tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é imprescindível para assegurar a todos esses direitos sociais básicos.

Assim, não é de se surpreender que o direito ao efetivo acesso à justiça ganhou especial atenção na medida que as reformas do *Welfare State* tenha concedido atenção especial em propiciar aos indivíduos de novos direitos substantivos na qualidade de consumidores, locatários, empregados e, principalmente, como cidadãos (CAPPELLETTI; BRYIANT, 2008, p. 10-11). Segundo Cappelletti e Bryiant:

Com efeito, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância fundamental entre os novos direitos individuais e sociais, eis que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na falta de mecanismos para sua efetiva reivindicação. Sendo assim, o acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental – o mais fundamental dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda assegurar, e não apenas proclamar o direito de todos (CAPPELLETTI; BRYIANT, 2008, p. 11-12).

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – virou preocupação crescente do estudo do moderno processo civil. Como exemplo:

Podemos citar a discussão teórica das várias regras do processo civil e como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, é costume ocultar o modelo frequentemente irreal das partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. Contudo, o processo não poderia ser colocado no vácuo. Precisam os juristas, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que os tribunais não são a única forma de solução dos conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, especialmente a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Sendo assim, uma tarefa fundamental dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. (CAPPELLETTI; BRYIANT, 2008, p. 12).

Anote-se que é preciso encontrar um significado mais preciso de acesso à justiça, em especial, que seja coerente com este trabalho. Conforme Cappelletti e Bryiant, acesso à justiça é um conceito vago. Idealmente, o perfeito e ideal acesso à justiça seria que as partes esgrimissem em absolutas condições de igualdade e concretizar os seus direitos, o que seria utópico. Seria o caso da perfeita “igualdade de armas”. (CAPPELLETTI; BRYIANT, 2008, p. 15).

Todavia verificamos inúmeras situações que a própria lei, sejam leis de natureza processual ou material, estabelecem distinções de tratamento para as partes. É o caso típico da Fazenda Pública, que, por exemplo, dispõe de prazos diferenciados e a prerrogativa de pagamento de suas condenações pecuniárias por meio de precatório¹, salvo aquelas definidas em lei de pequeno valor².

¹ Código de Processo Civil, art. 183, caput. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

² Constituição Federal, art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

Sendo assim uma igualdade absoluta e a ideia de uma justiça perfeita da hipótese da concretização dos direitos é utópica. Fundamental questão é descobrirmos até onde avançar e a que custo. Dessarte, identificar obstáculos é a primeiro objetivo a ser cumprido (CAPPELLETTI; BRYIANT, 2008, p. 15).

Aprioristicamente, podemos identificar alguns obstáculos a justiça, cujo primeiro merece ser mencionado são as custas do processo. A resolução formal de litígios no âmbito do Poder Judiciário é muito dispendiosa na maioria das sociedades modernas, eis que para financiar o aparato do Estado é preciso pagar o salário dos juízes e de serventuários, efetuar a manutenção dos prédios e recursos necessários aos julgamentos, ao passo que as partes necessitam ter numerário para pagar a maioria dos encargos necessários para a composição da lide, em especial honorários advocatícios e as custas judiciais.

Deste modo, torna-se evidente que os altos custos de um processo judicial se tornam uma barreira importante ao acesso à justiça. Qualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso à justiça deve começar por resolver esta situação. (CAPPELLETTI; BRYIANT, 2008, p. 15-18).

Cumprido dizer que a realidade brasileira adotou a praxe de se conceder o benefício da assistência judiciária gratuita e a instituição da Defensoria Pública para assegurar o acesso à justiça aos mais pobres. Ocorre que inobstante o louvável avanço do Direito brasileiro, é preciso dizer que isto não resolve o problema dos custos da movimentação do aparato estatal na resolução dos conflitos, vez que neste caso, as custas e despesas do processo serão financiadas pela sociedade. Portanto, os custos da resolução dos conflitos de maneira formal por parte do Poder Judiciário continua sendo custosa para a sociedade, mesmo tratando-se de caso de assistência judiciária gratuita e representação da parte pela Defensoria Pública.

Cappelletti e Bryiant identificam a existência de litigantes eventuais e litigantes habituais como outro obstáculo para a concretização do acesso à justiça, baseado na frequência de encontros com o sistema judicial. Os autores apontam as várias vantagens de ser um “habitual”: 1) maior experiência em lidar com Direito possibilita-lhes melhor planejamento da lide; 2) litigante habitual planeja suas ações fundadas na economia de escala, eis que possui mais processos; 3) litigante habitual tem oportunidade de

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

desenvolver relações informais com os membros do Poder Judiciário, o que não ocorre com litigantes esporádicos; 4) litigante habitual pode diminuir os riscos da demanda por maior número de casos; 5) poderá testar estratégias em determinados casos, de maneira a assegurar expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Em razão de todas estas vantagens, litigantes institucionais e, portanto, habituais, são mais eficientes que os litigantes individuais e ocasionais (CAPPELLETTI; BRYIANT, 2008, p. 21-26).

Note-se a realidade brasileira, em que o Estado é uma das instituições que mais acessam o Poder Judiciário, seja na condição de demandado, ou na condição de demandante, o confortavelmente caracteriza como litigante habitual, em especial ela é motivada por suas prerrogativas apontadas supra.

Por fim, vale citar outro obstáculo citado por Cappelletti e Bryiant: a demora da prestação jurisdicional. Anote-se que já no início do século passado, Rui Barbosa, na “Oração aos Moços”, em discurso que paraninfava os formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, já advertia:

Moços, se vos ides medir com o direito e o crime na cadeira de juízes, começai, esquadrinhando as exigências aparentemente menos altas dos vossos cargos, e proponde-vos caprichar nelas com dobrado rigor; porque, para sermos fiéis no muito, o devemos ser no pouco. *Qui fidelis est in minimo, et in majori fidelis est; et qui in modico iniquus est, et in majori iniquus est*³. Ponho exemplo, senhores. Nada se leva em menos conta, na judicatura, a uma boa fé de ofício que o vezo de tardança nos despachos e sentenças. Os códigos se cansam debalde em o punir. Mas a geral habitualidade e a conivência geral o entretêm, inocentam e universalizam. Destarte se incrementa e desmanda ele em proporções incalculáveis, chegando as causas a contar a idade por lustros, ou décadas, em vez de anos. Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente. Não sejais, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato.

O problema da morosidade da justiça não deixou de ser percebido pelo Congresso Nacional, vindo a Emenda Constitucional nº 45/04 acrescentar no rol dos direitos fundamentais o inciso LXXVIII: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo – judicial e administrativo – e celeridade de sua tramitação”. Não foram poucas as propostas para tornar o processo judicial mais célere, em especial reformar as leis processuais. Ocorre que embora sejam

³ “Quem é fiel nas coisas mínimas também o é nas maiores; e quem é injusto nas coisas médias também o é nas maiores.”

salutares as reformas na legislação processual, estas por si só não bastam. É preciso ocorrer uma mudança de mentalidade. Conforme Nelson Nery Júnior (2013, p. 333):

Leis nós temos. Boas e muitas. Não se nega que reformas na legislação processual infraconstitucional são sempre salutares, quando vêm para melhorar o sistema. Mas não é menos verdade que sofremos de problemas estruturais e de mentalidade. Queremos nos referir à forma em que são aplicadas as leis e à maneira como se desenvolve o processo administrativo e judicial em nosso país. É necessário dotar-se o poder público de meios materiais e logísticos para que possa melhorar sua infraestrutura e, ao mesmo tempo, capacitar melhor os juízes e servidores públicos em geral, a fim de que possam oferecer prestação jurisdicional e processual administrativa adequada aos que dela necessitam. Mudança de paradigma, portanto, é a palavra de ordem.

Como meio de resolver os litígios Cappelletti e Bryiant mencionam os esforços importantes que os tribunais europeus empregaram para modernizar os tribunais e procedimentos. Trata-se do caso da adoção do princípio da oralidade, livre apreciação da prova, concentração do procedimento e o contato imediato do juiz com as partes e testemunhas. Trata-se do caso da Áustria que a sua reforma do *Zivilprozessordnung* contribuiu para tornar o processo civil mais simples, rápido, barato e acessível aos pobres no ano de 1895 (CAPPELLETTI; BRYIANT, 2008, p. 76-77).

Cappelletti e Bryiant citam, ainda, os juízos arbitrais como meio de assegurar o acesso à justiça. Trata-se o juízo arbitral de uma instituição antiga, que se caracteriza por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssimas possibilidades de recursos. Suas vantagens são utilizadas há muito tempo por convenção entre as partes. Inobstante o juízo arbitral possa ser um processo relativamente rápido e pouco dispendioso, pode tornar-se muito caro para as partes, eis que há possibilidade delas serem obrigadas a arcar com os honorários do árbitro.

Por esta razão, muitos países estão mudando as legislações com o fim de tornar os honorários dos árbitros mais acessíveis aos litigantes. Os autores citam o exemplo do Estado da Califórnia, nos Estados Unidos, em que um programa procurou reduzir os custos através da contratação de árbitros voluntários (CAPPELLETTI; BRYIANT, 2008, p. 82).

No Brasil, a arbitragem está prevista na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, autorizando a Administração Pública utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, § único). Cappelletti e Bryiant mencionam, ainda, a conciliação, afirmando que há vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico se o litígio é resolvido sem necessidade de

juízo arbitral. Considerando a sobrecarga do Poder Judiciário e as despesas excessivamente altas com os litígios podem se tornar benéfico para as partes soluções rápidas e mediadas, tal como o juízo arbitral. Segundo os autores parece que estas decisões são mais facilmente aceitas do que sentenças judiciais unilaterais, porquanto elas se baseiam no acordo entre as partes. É importante que um processo dirigido para a conciliação, ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida”, ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de uma lide sejam analisadas e restaurado um relacionamento mais profundo e prolongado (CAPPELLETTI; BRYIANT, 2008, p. 82-83).

2.1 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO DIREITO PÁTRIO

O pensamento constitucional brasileiro sofreu influência da doutrina de Marshall desde a elaboração da primeira constituição republicana. A doutrina de Marshall sustentava que um Estado cujas leis não outorgam um remédio para a violação dos direitos não pode ser entendido como um governo de leis. Contudo, este princípio, antes de ser agasalhado nas constituições do Brasil, foi originalmente prevista no art. 75 do Código Civil de 1916, ao declarar que “a todo o direito corresponde a uma ação que o assegure” (CANOTILHO et al, 2013, p. 358).

Igualmente, as Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937 não declararam normas com este conteúdo. O princípio do acesso à justiça e da proteção jurisdicional foi objeto de normatização constitucional em 1946, que declarava que: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual (CF, art. 141§4º). Este princípio foi repetido na Carta de 1967 (art. 150§4º) e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 153§4º).

A atual Constituição adicionou a expressão “ameaça a direito” a este princípio, ao declarar que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, evidenciando que a lei não só deverá poder excluir a lesão, como também não poderá excluir “ameaça a direito” de apreciação do Poder Judiciário.

Indo além, a Carta de 1988 excluiu a expressão “direito individual” que constava nas Constituições anteriores, com o propósito de que evidenciar que não só os direitos individuais, como também os coletivos estavam ao abrigo do direito ao acesso à justiça.

Como consequência do princípio do acesso à justiça podemos observar vários dispositivos nas leis processuais, como por exemplo, sendo defeso ao juiz se eximir de decidir sob alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico (CPC, art. 140, caput).

Por sua vez, os tribunais, inclusive o STF, afirmam a proibição de negativa jurisdicional para deixar clara a amplitude e o conteúdo do dever de prestar a tutela jurisdicional, que não pode deixar de analisar as alegações e as provas produzidas pelas partes, ou ainda, exaurir com a prolação da sentença, quando para a efetiva tutela do direito material é imprescindível a prática de atos executivos decorrentes da própria força estatal inserta na sentença de procedência (CANOTILHO et al, 2013, p. 359).

Sinale-que outro aspecto do acesso à justiça que se traduz na proibição de definição legislativa de matéria que não possam ser judicializadas. A razão é que a garantia de jurisdição sofreria um menoscabo em razão da possibilidade do legislador definir quais as matérias não pudessem ser questionadas perante o Poder Judiciário.

Cumpra dizer, ainda, que não só o direito individual está protegido contra a ação do legislador que porventura venha limitar o direito de ação, assim como o direito coletivo. Contudo, é preciso mencionar que esta norma não só dirige-se ao legislador, como também ao juiz, visto que a proibição ao magistrado se negar a decidir constitui garantia básica a um não fazer do Estado. Trata-se de um não-fazer imprescindível para a efetividade do acesso à justiça (CANOTILHO et al, 2013, p. 360).

Observe-se, ainda, a vedação da imposição de óbices ao exercício do direito de ação como meio de assegurar a efetividade do acesso à justiça. Isto igualmente configura exclusão da apreciação jurisdicional, ainda que de forma indireta.

Contudo, em momento algum esta garantia constitucional se preocupava sobre o tempo da duração do processo. A imposição de óbices não deve objetivar, como regra geral, impedir a discussão de determinada matéria, devendo limitar-se apenas a determinada posição que seria dependente do cumprimento de um encargo, sem que esta posição possa ser relacionada com uma tutela de direito substancial em particular.

Por essa razão, o STF entende que imposição de taxas judiciárias excessivas para ajuizamento de ação viola o art. 5º XXXV da Constituição Federal, razão pela qual foi editada a Súmula nº 667: “Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”.

Nesta vertente, ainda, a Constituição Federal não reproduziu a segunda parte do §4º do art. 153 da Constituição anterior, que foi introduzida pela EC nº7/77, segundo o

qual previa a possibilidade de condicionar o ingresso no Poder Judiciário o esgotamento das vias administrativas. Assim, o art. 5^a, XXXV, proibiu ao legislador criar órgão administrativo contencioso que tenha que ser necessariamente invocado ou em que a discussão acerca de um litígio tenha que se esgotar. Anote-se que a única exceção foi prevista no próprio texto constitucional, no art. 217§1º e 2º, que condiciona a apreciação às ações relativas à disciplina e às competições esportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada na lei⁴ (CANOTILHO et al, 2013, p. 360).

Todavia, o acesso à justiça não depende apenas de prestações estatais destinadas a remover os obstáculos econômicos, mas igualmente de prestações normativas instituidoras de técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção da proteção prometida pelo direito substancial. O direito de ação, ou o acesso à justiça, não se resume ao direito à uma sentença de mérito. Acesso à justiça é o direito à efetiva e real viabilidade da obtenção da tutela do direito material (CANOTILHO et al, 2013, p. 361).

Assim, importa destacar é a circunstância que, se a proteção prometida ao direito substancial manifesta-se de diversas formas, a ação, para poder permitir a efetiva obtenção de cada uma delas, “terá que se correlacionar com técnicas processuais adequadas às diferentes situações substanciais carentes de proteção jurisdicional” (CANOTILHO et al, 2013, p. 361). Trata-se da razão pela qual o acesso à justiça exige a estruturação de técnicas processuais idôneas, incluída a técnica antecipatória, as sentenças e os meios executivos.

Contudo, é previsível que o legislador não poderá prever todas as necessidades do direito material, nem processual, uma vez que estas não apenas mudam com o passar do tempo, mas também assumem contornos variados, conforme a situação concreta. Portanto, chega-se naturalmente à necessidade de instrumentos processuais destinados a conceder aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos (CANOTILHO, 2013, p. 361).

Citemos por exemplo, a questão da morosidade do Poder Judiciário nas ações ajuizadas contra a Fazenda Pública, vez que esta possui as prerrogativas processuais de

⁴ CF, Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

(...)

prazos diferenciados⁵, a remessa necessária da sentença⁶ e pagamento dos débitos por meio de precatório⁷, tornando o processo judicial contra o Poder Público extremamente demorado, com nítidos prejuízos ao acesso à justiça.

Como bem lembra Silva, não se pode comparar o prejuízo da demora de um processo ajuizada por uma grande empresa contra o cidadão, com outro processo ajuizado por um cidadão contra uma grande empresa. A demora do processo traria certamente um maior prejuízo para o cidadão comum, uma vez que não disporia, em regra, dos recursos financeiros da empresa (SILVA, 2013, p. 485).

Anote-se que o mesmo raciocínio pode ser empregado nas ações que envolvem a Fazenda Pública e o cidadão. Certamente que a demora de um processo sempre causará algum prejuízo a ambas as partes. Contudo, este prejuízo para a Fazenda Pública muito mais se limitará ao interesse público secundário, aquele, conforme veremos se trata de um interesse que diz respeito à Fazenda Pública como instituição. Contudo, a contrario sensu, a demora do processo ajuizado pelo cidadão contra a Fazenda Pública causará prejuízo muito maiores àquele, dado em especial, o fato de que quem recorre ao Poder Judiciário encontra-se muitas vezes em situação de vulnerabilidade social.

Portanto, a efetivação do acesso ao direito e à justiça consiste na busca pela adequada concretização dos direitos fundamentais a partir da atribuição da máxima eficácia às normas que os incorporam, que adquirem caráter constitucional por revelarem conteúdo materialmente fundamental.

⁵ CPC, art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

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

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

⁶ CPC, art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.´

(..)

⁷ CF, art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

(...)

Nesta vertente, por se tratar o acesso à justiça como direito inalienável, imprescritível e irrenunciável, deve ser protegido dos ataques produzidos por particulares, pelo Estado e pelos próprios órgãos do Estado.

Desse modo, o direito de acesso à justiça trata-se de princípio objetivo básico do ordenamento jurídico-constitucional, ao qual é atribuído caráter dúplice, ou seja, do ponto de vista subjetivo, consiste no limite ao exercício do poder estatal, e sob o aspecto objetivo torna-se visível como parâmetro para o regular desempenho das funções institucionais, determinando aos órgãos oficiais a obrigação negativa de não transgredi-lo e o dever de conferir-lhe efetividade por intermédio de ações.

Anote-se que a estabilização do direito de acesso à justiça no direito ocidental deve-se não só ao seu enquadramento como direito humano internacionalmente positivado, mas à consolidação da ideia de que seu reconhecimento, declaração e catalogação como norma de direito fundamental, por si só, nada produz de concreto se não forem idealizados meios para garantir a sua efetivação. Portanto, uma vez admitido o processo de recepção do direito de acesso à justiça pelas ordens constitucionais nacionais resulta na imposição de observância de seu conteúdo positivo a todos órgãos públicos, e a necessidade da atuação juridicamente programada e oficialmente controlada das autoridades e instituições responsáveis pela concretização dos direitos.

Com estas características e ações é materializado o direito de acesso à justiça como direito fundamental, integrando-se como um sistema analógico que atua como fundamental material de todo o ordenamento jurídico, servindo de garantia contra eventuais desvios de poder e de fundamento à pretensão geral de proteção da dignidade da pessoa humana. Preservado em um núcleo essencial o direito de acesso à justiça é protegido contra a atuação corrosiva da jurisprudência, da atividade legislativa ordinária, e até mesmo contra as ações no âmbito do poder constituinte derivado, não podendo esquecer neste estudo, da necessidade de evitar as ações e omissões estatais que deixam de promover o acesso à justiça.

Cumprido dizer que nas sociedades contemporâneas as interações sociais e econômicas articulam-se com base em conceitos de justiça e de moral díspares, ao passo que a efetivação do acesso à justiça enquanto norma de direito fundamental, em todas as suas formas de revelação, exige do intérprete ou aplicador, o exercício de um juízo de ponderação para identificar qual a ordem de valor que deverá prevalecer (MENDONÇA, 2016, p. 122-127).

Desse modo, é imprescindível ao intérprete harmonizar os princípios constitucionais que regem a atividade Administração Pública com a sua atuação em juízo com o fim de assegurar o acesso à justiça.

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme discorremos supra, o acesso a justiça é um direito fundamental, o que significa em buscar a adequada concretização, pois sua mera catalogação como tal, por si só, nada produz de concreto, se não forem criados os meios para sua efetivação. Assim, sendo um direito fundamental, o acesso à justiça resulta na obrigação de ser observado por todos os órgãos públicos, sendo imprescindível a necessidade da sua atuação juridicamente programada e controlada pelas autoridades e instituições que são responsáveis pela concretização dos direitos.

Por sua vez, a Administração Pública, sendo uma entidade que naturalmente é responsável pela concretização dos direitos, obedece a vários princípios de atuação, que possuem uma conexão intrínseca com o direito fundamental de acesso à justiça.

Anote-se que, conforme nos ensina Birnfeld, atribuir de significado a um objeto de estudo jurídico, do mais singelo ao mais complexo, não é tarefa fácil nem tampouco absolutamente isenta. Trata-se de um exercício mental complexo que envolve, além da cultura já consolidada, uma contínua demarcação de opções, de escolhas técnico-políticas-jurídicas que raramente repousa na zona de conforto do consenso. Entretanto, isto não impede que seja atribuído um significado à ordem constitucional, podendo ser feita a todo o momento, de forma explícita ou implícita, através de diversas matizes, estabelecendo bases para a hermenêutica jurídica (BIRNFELD, 2008, p. 7).

Sabendo dos riscos e limitações conforme bem nos advertiu Birnfeld, cumpre anotar que a Constituição Federal de 1988 representou uma quebra de paradigmas sobre o regime constitucional anterior. A preocupação com a ordem constitucional, de cunho autoritário, antes de 1988 priorizava a questão da segurança nacional, colocando os objetivos do Estado em primazia em relação ao indivíduo.

Com a Constituição de 1988, a denominada “constituição cidadã”, em linha com o constitucionalismo moderno colocou o ser humano em grau de proteção a frente do Estado. Neste sentido, já em seu artigo 1º, a Constituição Federal declara que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Assim, constatamos que todo e qualquer ato praticado pela nossa República deve ser fundado na ideia da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Todo e qualquer ação ou omissão que viole os fundamentos constitucionais será contrária à ordem jurídica.

3.1 AS NORMAS CONSTITUCIONAIS: PRINCÍPIOS E REGRAS

Uma Constituição é formada por normas, entendidas como normas de direito aquelas que têm um caráter geral. Estas normas se dividem em regras e princípios. Trata-se da mais importante distinção para a teoria de base e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Na sua ausência, não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre as colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Esta diferença trata-se de um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações no sentido estrito. A distinção entre regras e princípios trata-se, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, assim, um ponto inicial para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Desse modo, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas de sustentação da edificação da teoria dos direitos fundamentais.

Segundo Alexy, há inúmeros indícios de que a diferença entre regras e princípios possui um papel importante no enquadramento dos direitos fundamentais. Não é raro uma norma de direito fundamental ser apontada como de “princípio”. Ainda com mais

frequência, o aspecto principiológico das normas de direitos fundamentais é destacado de modo menos direto.

Veremos que isto ocorre, por exemplo, quando falamos em valores, objetivos, fórmulas abreviadas ou regras sobre ônus argumentativo. Por outro lado, fazem menção às normas de direitos fundamentais como regras quando se afirma que a Constituição deve ser levada a sério como lei, ou quando se aponta para a possibilidade de justificação dedutiva igualmente no âmbito dos direitos fundamentais.

No entanto, essas caracterizações permanecem quase sempre no nível de sugestões. O que falta, segundo Alexy, é uma distinção precisa entre regras e princípios e uma utilização sistemática dessa distinção. Nos dedicaremos a ela agora.

Não é novidade a distinção entre regras e princípios. Apesar de não se tratar de um assunto novo, e de sua utilização frequente, impera ainda a falta de clareza e polêmica. Há grande pluralidade de critérios distintivos e a diferenciação em relação a outros tópicos, como valores, ainda é obscura e vacilante (ALEXY, 2012, p. 85-87).

Neste trabalho usar-se-á Robert Alexy como referencial teórico para estabelecer uma distinção entre regras e princípios, considerando sua filiação à corrente normativista, típico dos países cujo sistema jurídico é do direito continental europeu, que é o caso do Brasil.

Contudo, inobstante nossa herança normativista europeia, cumpre lembrar que em inúmeras situações a jurisprudência dos tribunais superiores também já relativizou o normativismo. Basta citar, por exemplo, os casos em que o Poder Judiciário toma decisões que intervêm nas políticas públicas do Poder Executivo, inobstante sua função constitucional não ser atuar neste campo da Administração Pública. São inúmeros casos neste sentido, por exemplo, de decisões que ordenam reservar verbas no orçamento, ações civil públicas que ordenam estruturar a organização do serviço de saúde⁸, indicando uma tendência relativista em relação ao formalismo de uma constituição escrita, rígida e um direito codificado.

⁸ ADPF nº 45. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2004).

Neste sentido, considerando que nossos tribunais em inúmeras vezes relativizaram as regras e princípios constitucionais, faremos um estudo comparativo do referencial teórico de Alexy com Dworkin, pela importância histórica do constitucionalismo norte-americano, que o nosso sistema judicial se filiou em vários aspectos, tal como a adoção de uma constituição escrita e rígida, uma forma de estado republicana, regime de governo presidencialista e a adoção do *judicial review* das normas constitucionais, desde o precedente *Marbury versus Madison* de 1803, desde a primeira constituição republicana.

Conforme explicado por Friedman, nos idos do século XVIII, as primeiras constituições estaduais dos Estados Unidos deram ênfase às decisões das câmaras legislativas, por herança da tradição do Common Law inglês. Passado o tempo, com a desilusão do exercício do poder por parte das legislaturas estaduais, o balanço do poder passou a pesar em favor do poder executivo e judiciário. Os tribunais, assim, assumiram o poder de declarar *null and void* os atos de outros poderes, cujo exemplo mais evidente é o do *judicial review*. Conforme Friedman:

Nas primeiras gerações da nova República este poder extremo foi raramente usado e sua prematura existência ainda era matéria controvertida. O caso mais famoso foi *Marbury vs Madison* (1803). Aqui, pela primeira vez, John Marshall e a Suprema Corte dos Estados Unidos ousaram declarar um ato do Congresso inconstitucional (FRIEDMAN, 2005, p. 78).

Ainda assim, o *case Marbury vs Madison* é discutido até hoje. Dworkin cita juristas que entendem o caso como um *non sequitur*, eis que não se sabe se o precedente delegou necessariamente aos tribunais, no lugar do poder legislativo, a autoridade de decidir nos casos particulares se houve violação, ou não, da Constituição (DWORKIN, 2010, p. 223). De qualquer forma, na realidade brasileira, é indiscutível o poder das cortes reverem as leis e a prerrogativa de torná-las *null and void* considerando o que foi estatuído na Constituição Federal e nas constituições estaduais.

Por outro lado, Alexy nos ensina que tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Regras e princípios podem ser formulados por expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios e regras são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, desse modo, uma distinção entre duas espécies de normas. Existem diversos critérios para se distinguir regras e princípios. Com frequência, possivelmente o critério mais utilizado, é o da generalidade. Este critério

entende que princípios são normas com grau de generalidade relativamente mais alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo, como exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a da liberdade de religião, este caso seria então uma norma de princípio (ALEXY, 2012, p. 87-88). Todavia, na lição de Alexy, o ponto principal na distinção entre regras e princípios é que princípios:

São normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2012, p. 90).

Por sua vez, as regras:

São normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda a norma ou é uma regra ou uma um princípio (ALEXY, 2012, p. 91).

Assim, segundo Alexy, a diferença entre regras e princípios mostra-se com maior evidência nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Um conflito entre regras somente pode ser resolvido caso se introduza numa das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito, sou pelo menos que se declare que uma das regras seja considerada inválida. Exemplo de um conflito de regras que pode ser solucionado por meio de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes do final e o dever de abandonar a sala se acionar o alarme de incêndio. Caso o alarme de incêndio toque antes do final da aula essas regras levarão a juízos contraditórios entre si. Portanto, esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção no caso de soar o alarme de incêndio.

Na possibilidade desse tipo de solução não for possível, ao menos uma das regras deve ser considerada inválida e assim expungida do ordenamento jurídico. Todavia, se em determinado caso seja constatada a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas e contraditórias entre si, e se essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deve ser considerada inválida. A conclusão de que ao menos uma das regras deve ser declarada inválida quando não seja possível introduzir uma cláusula de

exceção nos leva a uma outra regra: lei posterior derroga lei anterior ou lei especial derroga lei geral (ALEXY, 2012, p. 91-93).

No caso de colisão entre princípios, o conflito deve ser resolvido de forma totalmente diferente. Se houver colisão entre dois princípios, por exemplo, quando algo é permitido por um princípio e proibido por outro, um deles obrigatoriamente terá que ceder. Contudo, isso não significa que nem que o princípio cedente seja declarado inválido, tampouco que nele deverá ser inserida uma cláusula de exceção.

Na realidade, se verificará é que um dos princípios terá primazia em relação ao outro, sob determinadas circunstâncias. Sob outras situações a questão da precedência poderá ser resolvida de forma oposta. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm preferência.

Conflitos entre regras se verifica que ocorrem na dimensão da validade, ao passo que as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso. A solução para a colisão de princípios consiste no estabelecimento de uma relação de preferência condicionada entre princípios, fundadas nas circunstâncias do caso concreto.

Considerando o caso concreto, o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada diz respeito na estipulação de condições sob as quais um princípio tem primazia sobre o outro. Sob outras condições, é possível que a questão da preferência seja resolvida de forma contrária. Os princípios demandam que algo seja realizado em maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Deste modo, eles não possuem um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio para determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio demanda para esse caso.

Princípios são razões que podem ser afastadas por razões contrárias. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio.

Portanto, os princípios não dispõem da extensão de seu conteúdo em razão dos princípios contraditórios e das possibilidades fáticas. Caso das regras é completamente diferente. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que determinam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Esta determinação poderá não funcionar em caso de impossibilidades

jurídicas e fáticas, mas isso acontecer vale definitivamente aquilo que a regra prescreve (ALEXY, 2012, p. 93-104).

A título de comparação, conforme já apontado, Dworkin define regras e princípios de maneira diferente. Com efeito, o jurista americano pertence a uma escola diferente do direito continental europeu, cuja formação e sociologia de seu país foi moldada de forma diversa do direito comunitário europeu.

Com efeito, num país onde a mesma Constituição vigora há mais de 200 anos, talvez seja difícil, quiçá impossível de interpretá-la a luz do estrito positivismo, sobretudo tratando-se de um documento escrito numa época de costumes e valores totalmente diversos de hoje.

Assim, Dworkin defende a ideia de que podemos melhorar nossa compreensão do direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do direito, especialmente a literatura. Afirma Dworkin que os positivistas jurídicos acreditam que as proposições de Direito são, na verdade, inteiramente descritivas: são trechos da história. Assim, segundo os positivistas, uma proposição jurídica somente é verdadeira caso tenha ocorrido algum evento de natureza legislativa do tipo citado; caso negativo, não é.

Entretanto, de acordo com Dworkin, isso só funcionará com casos muito simples. Se o Poder Legislativo aprova as palavras “nenhum testamento será válido sem três testemunhas”, a proposição do direito, de que um testamento precisa de três testemunhas, parece ser a verdadeira unicamente em razão de um evento histórico. Entretanto, nos casos difíceis a análise é falha.

Assim, Dworkin propõe que as proposições do direito não são meras descrições da história jurídica de maneira inequívoca, nem são puramente valorativas. Então Dworkin apresenta a hipótese estética, oferecendo um tipo de interpretação do significado de uma obra como um todo. A sugestão de Dworkin, chamada por ele de hipótese estética, isto é, a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte. A hipótese estética defendida por Dworkin não é tão desarrazoada como pode parecer no início.

Dessarte, a interpretação de um texto tenta mostrá-lo como a melhor obra de arte que ele pode ser. As objeções dos normativistas de que a interpretação tornar-se-ia por demais subjetiva são refutadas no sentido de que, de fato, a hipótese estética abandona a esperança de resgatar a objetividade na interpretação. Complementa a ideia de que as

teorias da arte não existem isoladamente da filosofia, da psicologia, da sociologia ou da cosmologia.

Portanto, a interpretação é um empreendimento, uma instituição pública, sendo um equívoco supor, *a priori*, que as proposições centrais a qualquer empreendimento público devam ser passíveis de validação. Igualmente é errado estabelecer muitos pressupostos a respeito de como deve ser a validade em tais empreendimentos – se a validade requer a possibilidade da demonstrabilidade, por exemplo.

Dworkin entende que seria melhor proceder de um modo mais empírico nesse caso. Supõe-se que considerar algo que se produziu como um romance, um poema ou uma pintura, ao invés de um conjunto proposições ou sinais, depende de algo que pode ser separado e interpretado de acordo com a hipótese estética. De todo o modo, é assim que os próprios autores das obras literárias consideram o que fizeram. As intenções dos autores não são simplesmente conjuntivas, como ocorre com alguém que vai ao mercado com uma lista de compras, mas estruturadas, de maneira que as mais concretas delas, como as intenções sobre os motivos de um personagem particular de um romance, dependem de opiniões interpretativas, cujo acerto varia com o que é produzido e que podem ser modificadas de tempo em tempos (DWORKIN, 2000, 217-234).

Dessarte, a posição de Dworkin critica o positivismo, organizando sua teoria fundada no fato que, quando os juristas se deparam com direitos e obrigações, especificamente num caso difícil, nos quais os problemas relativos a conceitos são mais agudos, os juristas não recorrem às regras, recorrendo de forma diferente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Dworkin denomina “política”: “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (2010, p. 36).

No que diz respeito aos princípios, Dworkin afirma que se trata “um padrão a ser observado não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2010, p. 36).

É o exemplo do padrão que se estabelece para que os acidentes de automóvel devem ser reduzidos. Trata-se este caso de uma política. Por outro lado, o padrão que estabelece que nenhum homem deve se beneficiar da própria torpeza é um princípio. Já a diferença entre os princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois padrões apontam para decisões particulares sobre a obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à orientação que oferecem.

Regras, por sua vez, são aplicáveis no modelo “tudo ou nada”. Considerando os dados e fatos que a regra prevê, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser consentida, ou não é válida e neste caso em nada contribui para a decisão. O “tudo ou nada” fica mais evidente se examinarmos o modo de funcionamento das regras, não no direito, mas em algum empreendimento que elas disciplinam. Tratam-se do caso típico das regras do esporte.

Por sua vez, os princípios funcionam de maneira diferente, na visão de Dworkin. Segundo Dworkin, mesmo os princípios que mais se assemelham com regras não apresentam consequências jurídicas que se cumprem automaticamente quando as condições são dadas. É o caso do direito que enuncia que nenhum homem pode se beneficiar de atos ilícitos. No entanto, não é raro as pessoas no nosso ordenamento jurídico obterem vantagens de atos ilícitos praticados. É o caso do usucapião. Ou do sujeito que rompe o contrato de trabalho porque assumiu outro emprego que é mais vantajoso. Talvez ele tenha que ressarcir o primeiro empregador. Mas terá o direito de se manter no segundo emprego (2010, p. 36-40).

A outra diferença entre regras e princípios é que os princípios possuem uma dimensão diferente das regras.

Quando os princípios se conflitam (por exemplo, política de proteção aos consumidores contra a liberdade contratual) aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um deles. Todavia, esta não poderá ser certamente uma medição exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que a outra, o que será com frequência objeto de controvérsia. Inobstante, essa dimensão é parte que integra o conceito de um princípio, de modo a considerarmos qual será o seu peso e importância.

As regras funcionam de maneira diferente. Caso duas regras entrarem em conflito, uma delas não será válida. A decisão de saber qual delas será válida e qual deverá ser desconsiderada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se às considerações que estão fora das próprias regras. O sistema jurídico regula esses conflitos através de outras regras, que darão primazia à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra formulada mais recente, à regra mais específica ou outras regulações deste gênero. O ordenamento jurídico poderá optar também pela regra fundada num princípio mais importante. O uso de palavras como “razoável”, “negligente” e “injusto” frequentemente sua interpretação depende dos princípios e políticas que extrapolam a própria regra. O uso destas palavras faz com que essa regra

se assemelhe mais a um princípio, não chegando a transformar num princípio, contudo (DWORKIN, 2010, p. 42-45).

Analisada a diferença entre princípios e regras, primeiro na linha normativista de Alexy, que é o nosso referencial teórico; e após, a título de comparação analisamos as diferenças e semelhanças com o normativismo de Dworkin, passamos agora a analisar os princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública.

3.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE ACORDO COM O ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Conforme visto, o advento da Constituição de 1988 representou um novo paradigma na relação entre Estado e indivíduo e Estado e a sociedade. Impõe a Carta Magna uma série de princípios de a Administração deve pautar sua atuação, em qualquer esfera de poder, seja na prática de atos no âmbito interno da administração, na elaboração das leis, seja na prática dos atos judiciais, cumprindo destacar que estes cânones alcançam a atuação da Administração Pública em juízo. Conforme Gilmar Mendes com a Constituição de 1988, os primeiros arroubos de constitucionalização das normas reitoras da Administração Pública presentes em textos anteriores finalmente se solidificaram, consolidando um catálogo de normas que podem ser identificadas como “normas constitucionais da administração pública”, pois ficou claro ao jurista pós-1988 que a administração pública constitucionalizou-se (MENDES; BRANCO, 2013, p. 809).

A Constituição Federal elencou no art. 37, caput⁹, de modo expresso, apenas cinco princípios: legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (este foi acrescentado pela EC nº 19/98). Além destes, a Lei Federal nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo em âmbito federal, prevê ainda os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência¹⁰. A seguir explicaremos estes princípios, para posteriormente estudar a questão do princípio do interesse público e da legalidade com maior profundidade no capítulo que analisaremos a problemática da

⁹ CF, art. 37, caput. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹⁰ Art. 2º, Lei nº 9784/99, caput. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

transação e as possibilidades e requisitos da Administração Pública fazer transação de seus interesses em juízo.

3.2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II, da Constituição Federal¹¹, possui precedente remoto na Constituição de 1824, que declarava no seu art. 179, I, que “Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei” (BRASIL, Constituição de 1824). Todas as demais constituições brasileiras consagraram este princípio, com exceção da Constituição de 1937.

A Constituição Imperial de 1824 consagrou o princípio liberal de que o Direito se expressa por meio das leis. A inicial seminal do “Império da Lei”, com origem nos ideários burgueses da Revolução Francesa procurava sua fonte inspiradora no pensamento iluminista, em especial no de Rosseau, cujo conceito inovador na época considerava a lei como norma geral e expressão da vontade geral. No Brasil, foi no pensamento liberal de Benjamin Constant, que muito influenciou o constituinte brasileiro de 1824, que ela encontrou suas melhores expressões. Segundo Benjamin Constant, a diferença entre a liberdade dos antigos e liberdade dos modernos consistia no direito de cada um a não se submeter senão à lei.

Assim, o princípio da legalidade, assim concebido pelas Constituições do Brasil, traduziu a ideia moderna de lei como meio de proteção das liberdades individuais, que permitiu a construção de um Estado de Direito (Rechtsstaat) em oposição ao Estado absoluto (Machtstaat) ou ao Estado de Polícia (Polizeistaat) dos séculos XVII e XVIII, não se podendo negar a semelhança do modelo com as concepções formada na história constitucional paralela do princípio inglês do *rule of law*. O princípio da legalidade, portanto, é a oposição a qualquer tipo de poder autoritário e a toda tendência de exacerbação individualista e personalista dos governantes.

Neste sentido, a atual Constituição, em seu art. 5, II, traz assim incólume, o princípio liberal de que somente em virtude de lei pode ser exigidas obrigações dos cidadãos, esta noção de lei incorporada torna explícita a intrínseca relação entre legalidade e liberdade. A lei é o instrumento que assegura a liberdade.

¹¹ CF, art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

A legalidade não pode ser separada, desta maneira, do princípio do “Império da Lei”, que submete todo poder e toda autoridade à soberania da lei. Não existe poder acima ou a margem da lei. O direito está construído sobre o império da legalidade, que constitui o fundamento do Direito Público moderno. Portanto, não há como negar, que o Estado de Direito esteja fundado sobre o conceito de lei. O princípio da legalidade mantém-se insubstituível como garantia dos direitos e como fundamento e limite para a atividade estatal.

Todavia, indubitavelmente essa concepção de Estado Legislativo foi aos poucos substituída pela hodierna ideia de Estado Constitucional, em especial a partir do advento das constituições europeia após a Segunda Guerra Mundial (Constituição da Itália de 1948, Alemanha de 1949, Portugal de 1976 e Espanha de 1978), que influenciaram decisivamente a Constituição do Brasil de 1988. Com efeito, a outrora situação normativo-hierárquica privilegiada da lei como fonte única do direito e da justiça, resultante do pensamento racional-iluminista, não resistiu ao advento das leis constitucionais como normas superiores com inúmeros princípios e valores condicionantes de toda a produção e interpretação e aplicação da lei. Ao ser colocada em segundo plano de sua precedência normativa inicial, a lei passou a ter com a Constituição uma relação de subordinação (formal e material), ante a possibilidade sempre presente de ter sua validade contestada, e de ser, portanto, anulada perante um tribunal ou órgão judicial especificamente incumbido da fiscalização de sua adequação aos princípios constitucionais que lhe são superiores.

Cumprir dizer que o fundamento do art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988, é o de que somente a lei pode impor regras jurídicas (*Rechtsgesetze*) com o fim de interferir na esfera individual das pessoas. Qualquer novidade produzida no ordenamento jurídico está reservada à lei. Assim, é marcante o sentido o conteúdo da expressão “em virtude da lei” na Constituição de 1988. Deve a lei ser geral e abstrata, uma disposição normativa válida aplicável a todos os indivíduos de maneira impessoal e que normatize todos os casos que nela se subsumam no presente e no futuro. Cuida-se também de um conceito material como *ratio* e *ethos* do Estado de Direito, que considera o conteúdo e a finalidade do ato legislativo, conforme os princípios e valores compartilhados na sociedade, assim robustecendo a imprescindível ligação entre legalidade e legitimidade.

Não deve o termo “lei” deixar de ser também compreendido em seu sentido formal como a norma produzida pelo órgão competente (parlamento), seguindo o

processo legislativo previsto na Constituição. É importante, nesta seara, o viés democrático do conceito de lei, como ato emanado de um órgão de representação popular – expressão da vontade coletiva – legitimado democraticamente. A lei, conforme este conceito democrático, é entendida como expressão da autodeterminação cidadã e de autogoverno da sociedade.

Cumprе mencionar que o conceito de legalidade não explicita um tipo de norma específica do ponto de vista estrutural, mas ao ordenamento jurídico em sentido material, sendo possível falar, portanto, em um bloco de legalidade ou de constitucionalidade que englobe tanto a lei como a Constituição. Lei, nesta conformação, possui significado de norma jurídica, em sentido amplo, independente de sua forma.

Assim, quando a Constituição, em seu art. 5º,II, determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, o termo “lei” pode-se compreender o conjunto do ordenamento jurídico (em sentido material), cujo fundamento de validade formal e material encontra-se na Constituição. Melhor dizendo, a Constituição declara que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecida na própria Constituição e nas normas jurídicas dela derivadas, cujo conteúdo seja inovador no ordenamento (Rechtsgesetze). Trata-se assim desta maneira de uma conversão do princípio da legalidade converter-se em princípio da constitucionalidade.

Deve ser mencionado, ainda, que no ordenamento jurídico pátrio, os decretos e regulamentos não possuem valor normativo primário, de maneira que possuem função meramente regulamentar da lei. Portanto, pode-se afirmar que no sistema constitucional brasileiro não são admitidos os regulamentos e decretos autônomos ou independentes, mas apenas os de natureza executiva (CF, art. 84, IV)¹² e os de natureza organizatória (CF, art. 84, VI)¹³, os quais possuem natureza normativa secundária subordinada à lei.

Desse modo, concluímos que o vocábulo “lei” constitui de uma plurissignificância que é resultado de conceitos e concepções fundadas historicamente

¹² Constituição Federal, art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

¹³ Constituição Federal, art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI – dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001);

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

em distintos princípios estruturantes do Estado, ora assumindo feições aproximadas ao conceito formal resultante do princípio democrático, ora traduzindo sentidos próprios do conceito material baseado no princípio do Estado de Direito (MENDES; BRANCO, 2013, p. 812-817).

Para analisar corretamente o princípio da legalidade e perceber o profundo sentido cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que impeça favoritismos, perseguições ou desmandos.

Busca-se por meio da regra geral, abstrata e por esta razão mesmo impessoal, a lei, editada, pois pelo Poder Legislativo – que é o colegiado representativo de todas as tendências, minoritárias inclusive, da sociedade – assegurar que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização da vontade geral. Neste sentido, na lição de Bandeira de Mello:

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (MELLO, 2004, p. 91).

O princípio da legalidade é fundamento no fato de que todo o poder emana do povo, de maneira que os cidadãos são assim declarados como detentores do poder. Por sua vez, os governantes são, nada mais, que conseqüentemente, representantes da sociedade (MELLO, 2004, p. 91). É o que dispõe no art. 1º§único da Carta Magna:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, Constituição Federal).

3.2.2 O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Ao par disto do princípio da legalidade, o Poder Legislativo, emanada a vontade popular, é quem deve, impessoalmente, definir na lei e na conformidade da Constituição os interesses públicos e os meios e modos de executá-los, sendo incumbência do Poder Executivo, cumprir ditas leis, dar-lhe a concreção necessária. Em razão disto, como herança do direito inglês é que se diz quer-se um governo de leis, e não o dos homens,

imperera o *rule of law; not of men* (MELLO, 2004, p. 91-93). Neste sentido, vivemos no regime do Estado Democrático de Direito, razão pela qual o comando da norma abstrai todo o conteúdo pessoal, dizendo-se, portanto, que vivemos numa sociedade governada por leis e não por homens, o que constitui, na sua essência, o princípio da impessoalidade. Daí a razão que se entende que:

Por princípio da impessoalidade entende-se o comando constitucional, no sentido de que à Administração não é permitido fazer diferenciações que não se justifiquem juridicamente, pois não é dado ao administrador o direito de utilizar-se de interesses e opiniões pessoais na construção das decisões oriundas do exercício de suas atribuições (MENDES; BRANCO, 2013, p. 821).

É preciso notar que as diferenças são naturais em todo o processo, e seria irrazoável pensar que numa Administração que não fornecesse tratamento diferenciado a cidadãos sensivelmente diferentes. Este tratamento diferenciado deve se submeter ao critério da razoabilidade e se justificar de acordo com a ordem jurídica, eis que do contrário, seria uma situação de discriminação negativa ou positiva, que não possuem justificativa no Estado Democrático de Direito, e em especial, no espaço público.

Trata-se a impessoalidade de corolário do princípio republicano, manifestado como expressão do não protecionismo e de não perseguição, realizando no âmbito da Administração Pública, o princípio da igualdade, previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, caput:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

Em virtude do princípio da impessoalidade, não existe relevância jurídica na posição pessoal do legislador ou servidor público, porquanto a vontade do Estado independe das preferências subjetivas do servidor ou da própria administração.

No texto constitucional há previsão de vários dispositivos concretos que realizam e desenvolvem o princípio da impessoalidade, como, por exemplo, na obrigatoriedade de ingresso em cargo, emprego ou função pública por meio de concurso público¹⁴ com os respectivos critérios de conhecimentos técnicos para o candidato

¹⁴ Constituição Federal, art. 37, inciso II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em

exercer o cargo. Decorrente também do princípio da impessoalidade, é a obrigação da Administração contratar obras e serviços por meio de licitação, cujo objeto é evitar escolhas não juridicamente justificáveis e favorecimento de protegidos que vivem à sombra do poder¹⁵, que também se aplica às hipóteses e concessões do serviço público¹⁶(MENDES; BRANCO, 2013, p. 821).

3.2.3 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Nesta parte, podemos mencionar o princípio da moralidade dos atos administrativos, que de alguma forma se relaciona ao princípio da impessoalidade. O princípio da moralidade se relaciona com o princípio da impessoalidade em razão do mal-estar que causa o uso da máquina administrativa em favor de apaniguados com os agentes políticos, decorrente da longa tradição personalista e patrimonialista do Erário Público. Note-se que estas condutas atualmente são fortemente condenadas pela sociedade, o que se pode dizer que tratamos aí de uma questão de moral pública.

Com efeito, o princípio da moralidade, considerando sua amplitude, não possui grande densidade jurídica, considerando a dificuldade teórica de se analisar seu conteúdo jurídico. Inobstante, deve-se extrair um conteúdo jurídico do princípio. Dessa forma, levando-se em conta que a Administração deve observar os princípios constitucionais a ela dirigidos expressamente, igualmente aos demais princípios fundamentais, portanto na sua atividade deve ser capaz de distinguir o justo do injusto, o conveniente do inconveniente, o oportuno do inoportuno, além do legal do ilegal. Anote-se que, em outras palavras, quando se fala em princípio da moralidade não se está retroagindo à pré-modernidade, deixando de lado o objetivismo do conhecimento jurídico moderno e retornando a compreensões morais ou moralistas que esclarecem o certo ou o errado. Reconhecer a moralidade como princípio jurídico significa apenas a atribuição a determinado ato formalmente jurídico de uma dimensão ética.

comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹⁵ Constituição Federal, art. 37, inciso XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹⁶ Constituição Federal, art. 175, caput. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Inobstante estas considerações, o princípio da moralidade pode ser atribuída alguma densificação, considerando outros parâmetros, como o princípio da proporcionalidade, o princípio da não arbitrariedade do ato administrativo e o próprio princípio da isonomia. Assim, o princípio da moralidade poderá funcionar como parâmetro de controle dos atos administrativos, observando outros princípios fundamentais, dentre os quais assumem relevância aqueles que funcionam como norte para a atuação da Administração Pública.

Anote-se que a amplitude ou indeterminação dos princípios inerentes à Administração Pública, em especial o princípio da moralidade, não impede o intérprete de conferir a eles maior densidade jurídica considerando a análise do texto da Constituição, bem como do caso concreto que está a desafiar uma solução. Certo é que ao administrador não basta apenas seguir formalmente a lei, visto que a constitucionalização destes princípios alarga o controle do Poder Judiciário sobre a atuação da Administração, de modo que em casos que suscitem controvérsia, caberá ao Poder Judiciário dizer, no caso concreto, o alcance do princípio da moralidade sobre a atuação do administrador (MENDES; BRANCO, 2013, p. 821).

3.2.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Passemos agora a discorrer sobre o princípio da publicidade, que o Supremo Tribunal Federal entende que é relacionado ao princípio da moralidade, neste sentido foi decidido no Mandado de Segurança nº 27141 MC/DF:

A gestão republicana do poder e a publicidade dos atos governamentais: uma exigência imposta pela ordem democrática e pelo princípio da moralidade administrativa (...). Ninguém está acima da Constituição e das leis da República. Todos, sem exceção, são responsáveis perante a coletividade, notadamente quando se tratar da efetivação de gastos que envolvam e afetem a despesa pública. Esta é uma incontornável exigência de caráter ético-jurídico imposta pelo postulado da moralidade administrativa (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2008, Informativo 495).

Trata-se de um princípio de longa data reconhecido pelo Common Law inglês desde 1913. Naquela época, inobstante o princípio geral de que os julgamentos seriam públicos, em determinadas situações os tribunais ordenavam a tramitação de certos processos em segredo (*in camera*). Em *Scott vs. Scott*, de 1913, que se julgou a

legalidade da distribuição de cópias de uma ação de anulação do casamento, a Câmara dos Lordes entendeu que:

A não ser em estrita necessidade para atingir a realização da justiça, a corte não tem poderes para ouvir em segredo um caso matrimonial ou qualquer outro que haja disputa entre as partes. O mero desejo de considerar sentimentos ou delicadeza, ou excluir detalhes da publicidade que seria desejável não publicar, não constitui razão legal para o direito vigente. Se a lei atual é satisfatória trata-se de uma questão que não diz respeito à corte e sim ao legislador (HOUSE OF LORDS, 2014).

Portanto, a partir de *Scott v. Scott*, de 1913, foi formado o precedente do direito inglês proibindo as cortes julgarem em segredo sem autorização do parlamento.

Cumprido dizer que a democracia é a forma de governo que tem por obrigação tornar o invisível em visível, consistindo já num lugar comum, dentre os velhos e novos discursos. Trata-se de um governo do “poder visível”. É de sua natureza, que nada fique limitado ao mistério. Pode-se conceituar o governo da democracia como o governo do poder público em público.

Tal como regime do poder visível, a democracia nos faz lembrar o exemplo da Atenas Antiga de Péricles, da Ágora ou da “ecclesia”, ou seja, a reunião de todos os cidadãos num lugar público com o objetivo de ouvir propostas, denunciar abusos ou fazer acusações, e de decidir após terem apreciado os argumentos pró e contra apresentados pelos oradores. Cuida-se na democracia, no exercício do poder visível, é mostrado o nexo entre princípio de representação e caráter público do poder, inclusive entendendo a representação como uma forma de representar, isto é, como um modo de apresentar, de fazer presente, de tornar visível o que de outra maneira restaria oculto. Sendo assim a representação só pode acontecer na esfera da publicidade.

Não existe nenhuma representação que se desenvolva em segredo ou a portas fechadas. Por sua vez, uma assembleia parlamentar terá caráter representativo apenas enquanto se acredita que sua atividade própria seja pública. As sessões secretas, acordos e decisões secretas de qualquer comitê podem ser muito relevantes e imprescindíveis, mas não podem jamais ter um caráter representativo. Representar tem por significado tornar visível e tornar presente um ser invisível mediante um ser publicamente presente.

Outra consequência da publicidade e do governo democrático é a questão da descentralização entendida como revalorização da relevância política da periferia com respeito ao centro. Podemos entender a ideia de um governo local como um ideal

inspirado no princípio segundo o qual o poder é tanto mais visível quanto mais próximo está.

De fato, a visibilidade não depende apenas da apresentação ao público de quem está no poder, mas igualmente da proximidade entre o governante e governado. A publicidade do governo de um município é mais direta, e é mais direta em razão de que da maior visibilidade dos administradores e das suas decisões. Trata-se de um dos argumentos usados pelos defensores do governo local – o argumento da restrição e multiplicação dos centros de poder – foi a maior oportunidade oferecida ao cidadão de colocar os próprios olhos nos negócios que lhe dizem respeito e de deixar o mínimo espaço ao poder invisível (BOBBIO, 2011, p. 97-102). O Supremo Tribunal Federal definitivamente adotou este entendimento ao decidir que:

Na realidade, os estatutos do poder, numa República fundada em bases democráticas, como o Brasil, não podem privilegiar o mistério, porque a supressão do regime visível de governo - que tem, na transparência, a condição de legitimidade de seus próprios atos - sempre coincide com os tempos sombrios em que declinam as liberdades e os direitos dos cidadãos. A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO, como "um modelo ideal do governo público em público" BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2008, Informativo 495).

3.2.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência que deverá guiar a atuação da Administração Pública. O princípio da eficiência da atuação da administração foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, embora se tratando de uma obviedade, merece aplausos daqueles que entendiam, no tempo de sua inclusão, a obrigação de se reafirmarem os pressupostos de exercício dos poderes administrativos.

Neste sentido, a atividade da Administração Pública deve ter como norte a obrigação de ser eficiente. Cuida-se de um alerta, uma advertência e uma imposição do constituinte derivado, que procura um Estado desenvolvido, cuja atuação vise a correção e a competência. Assim, não só a perseguição e a observância dos meios jurídicos e idôneos para o sucesso são apontados como imprescindíveis ao bom desempenho das funções administrativas mas igualmente o resultado pretendido. Com este propósito, a Constituição Federal determina no art. 74, incisos I e II, que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

Cumprir dizer, ainda, que o controle externo da atividade administrativa, é exercido pelo pelas casas legislativas, com o auxílio dos tribunais de contas. No âmbito da União, o controle externo é realizado pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União¹⁷.

Constata-se nos anos recentes uma tendência de significativo aumento da atuação das cortes de contas, do Tribunal de Contas da União, em especial, no controle externo das atividades da Administração Pública. Duas novas tendências que contribuem para a ampliação do tradicional espectro do controle externo: o controle de eficiência da aplicação dos recursos públicos fundado em critérios técnico-especializados; e o controle preventivo das ações administrativas, com a análise sistemática dos programas governamentais, inclusive ao longo de sua formulação.

Atinente à preocupação da nossa Carta Magna com a obtenção dos resultados eficientes da atividade administrativa e assim com o bom desempenho de sua performance, se pode mencionar o parágrafo 8º do art. 37, que prevê a possibilidade da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta ser ampliada mediante contrato, firmado por seus administradores e o poder público, que tenha por objetivo a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade¹⁸. Igualmente, o art. 41, §1º, inciso II e III, obriga a avaliação periódica de desempenho do servidor aprovado em concurso público com o fim de obter a estabilidade¹⁹.

¹⁷ Constituição Federal, art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento (...);

¹⁸ Constituição Federal, art. 37§8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) I - o prazo de duração do contrato; II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III - a remuneração do pessoal.

¹⁹ Constituição Federal, art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela

Com estas linhas, pode-se concluir que o constituinte derivado, ao incluir o princípio da eficiência, teve grande preocupação com o desempenho da Administração Pública. Desse modo, sem descuidar do interesse público, da observância à atuação formal e legal do administrador, o constituinte derivado teve por objetivo reforçar a meta pela obtenção de melhores resultados, com o fim de atender não apenas a necessidade de controle dos processos pelos quais existe a atuação administrativa, como igualmente a elaboração de meios de controle e entrega de resultados (MENDES; BRANCO, 2013, p. 825-826).

3.3 PRINCÍPIOS DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTOS NA LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999

Tratamos supra dos princípios constitucionais do caput do art. 37, caput, da Constituição que são o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Entretanto, conforme alertamos supra, há outros princípios elencados pela Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

São os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (este reitera, desnecessariamente, o art. 37, caput da Constituição Federal).

Anote-se que, embora a lei afirme que estes princípios disciplinam o processo administrativo dando a entender que se tratam de postulados meramente instrumentais para a atuação administrativa, na verdade eles configuram elementos essenciais para todo e qualquer ato, não só administrativo, como também judicial, sob pena de sua nulidade. Neste sentido:

Habeas corpus. 2. Posse ilegal de arma de fogo (art. 12 da Lei n. 10.826/2003). Prisão em flagrante convertida em preventiva. 3. Delito punido com detenção. Previsão legal de cumprimento em regime semiaberto ou aberto (CP, art. 33). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade: a custódia cautelar se apresenta como medida mais gravosa do que a própria sanção a ser aplicada no caso de eventual condenação. Precedentes. 5. Constrição cautelar excessivamente gravosa. Decreto prisional com fundamentação precária. 6. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. 7. Habeas Corpus não conhecido, entretanto, ordem concedida,

Emenda Constitucional nº 19, de 1998) II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

de ofício, para revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, determinando ao Juízo de origem a análise da necessidade de aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP. HC 126704 / MG - MINAS GERAIS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 03/05/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma

Percebe-se que o Tribunal de Justiça anulou a prisão em flagrante em razão do crime ser punido por detenção, ao passo que o magistrado de primeiro grau ordenou a custódia cautelar do agente. Observa-se, assim, a violação ao princípio da proporcionalidade, porquanto a custódia cautelar se apresenta como medida mais gravosa do que a própria sanção a ser aplicada no caso de eventual condenação.

Portanto, considerando a importância dos princípios citados na Lei nº 9.784/99, faremos uma análise neste trabalho.

3.3.1 PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO

O primeiro princípio da Lei nº 9.784/99 citado é o da supremacia do interesse público. Trata-se do princípio geral do Direito inerente a qualquer sociedade. Sendo a base da própria existência da sociedade, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, inobstante inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como por exemplo a função social da sociedade²⁰, da defesa do consumidor²¹ ou do meio ambiente²², afinal o princípio em tela é essencial ao convívio social.

Como expressão desta supremacia, anote-se a possibilidade da Administração promover a execução de seus próprios atos, sem recorrer à tutela jurisdicional, é a chamada auto-executoriedade dos seus atos, que contudo, não ocorre sempre, mas apenas nas seguintes hipóteses: a) quando a lei preveja tal comportamento, b) quando a providência for urgente a ponto de exigir-la imediatamente, por não haver outro modo de igual eficácia e existir risco de destruir o interesse público se não for acatada.

Outra consequência da supremacia do interesse é a possibilidade da Administração revogar por razões de conveniência e oportunidade seus atos administrativos, assim como anulá-los em razão de ilegalidade. Chama-se isto de autotutela dos atos administrativos.

²⁰Constituição Federal, art. 5º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

²¹Constituição Federal, art. 5º, XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

²²Constituição Federal, art. 225, caput. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (...)

Todavia, é preciso ressaltar que o princípio da supremacia do interesse público possui extensão e envergadura limitado pela ordem jurídica que lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela congruentes. Assim, jamais poderá ser invocado genericamente, prescindindo do perfil constitucional que lhe emana, e muito menos caberia recorrer à supremacia do interesse público contra a Constituição e as leis.

Sua dimensão, intensidade e a força, juridicamente, são fornecidos pelo direito posto, e só por esta visão é que pode ser considerado e invocado. Todavia, por outro lado, que sob a análise da sociologia, da ciência política ou da moral, sua configuração far-se-ia por outros critérios, os quais, teriam de ser obtidos da própria sociologia, da política ou da moral, respectivamente, eis que a ciência do direito não teria como fornecê-los, eis que seu critério é o deduzido pelas próprias normas postas. É imprescindível repisar que para prevenir entendimento equivocado sobre o alcance do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado na administração pública.

Assim, as prerrogativas que nesta via exprimem supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, eis que esta jamais possui “poderes”, *sic et simpliciter*. Na realidade, o que nela se encontram são “deveres-poderes”, isto em razão da atividade administrativa é desempenho de função. Há função apenas quando alguém está sujeito ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento a certa finalidade. Para cumprir de tal dever, o sujeito de função necessita manejar poderes, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse da coletividade. Esses poderes, portanto, são conferidos, única e exclusivamente, para possibilitar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja, são conferidos como meios impostergáveis ao preenchimento de finalidade que o exercente de função irá cumprir. Anote-se que estes poderes são instrumentais; servientes do dever de bem cumprir com a finalidade a que estão indissolavelmente vinculados.

Portanto, quem exerce a função pública tem, na realidade, poderes-deveres. Não apenas “poderes”. Nem mesmo satisfaz configurá-los como “poderes-deveres”; porquanto é simples ver-se que a tônica reside na ideia de “dever” e não de “poder”, razão pela qual de inverter os termos desde binômio para melhor vincar sua fisionomia e exhibir com clareza que o poder é subordinado ao cumprimento, no interesse alheio, de uma determinada finalidade.

Cumprir dizer que a Administração Pública, por lei, está vinculada ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetiva-las para atingir

interesse de outrem: o da coletividade. A Administração Pública age em nome do interesse público – o do corpo social – fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. Portanto, a Administração Pública exerce “função”, instituído que pode ser traduzido no princípio indeclinável vinculado a um fim preestabelecido e que deve ser cumprido para o benefício de um terceiro. Trata-se de uma situação oposta ao princípio da autonomia da vontade, típica do direito privado. Neste, como regra, alguém busca, em proveito próprio, os interesses que lhe interessam, fazendo-o com plena liberdade, desde que não viole a lei.

Entretanto, onde há função, não existe autonomia de vontade, nem liberdade em que se expressa, nem autoderminação da finalidade a ser cumprida, nem procura de interesses particulares, próprios ou pessoais. Há vinculação a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso da função pública, há submissão da vontade ao objetivo determinado na Constituição ou na lei e há o dever de bem cuidar do interesse alheio, que no caso, é o interesse público, vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada (MELLO, 2004, p. 86-90).

Desse modo, mera invocação de “interesse público” não é fundamento jurídico para a prática arbitrária da Administração Pública. Anote-se que toda a atividade administrativa é igualmente vinculada ao princípio da legalidade, que se trata do fundamento jurídico do Estado Democrático de Direito. Invocação de interesse público sem fundamento na lei, ou, mais grave ainda, sem substrato nos direitos fundamentais implica grave negação à própria existência do Estado. Interesse público, por sua vez, coexiste com outros direitos fundamentais, como por exemplo, a duração razoável do processo. Desse modo, não é possível cogitar outra solução à problemática da questão do interesse público que não seja submetida aos direitos fundamentais, sob pena de retornarmos à ideia autoritária do interesse do Estado preceder ao do indivíduo, o que se tratou do fundamento do nazi-fascismo no início do século XX.

Em relação, especificamente, ao princípio da legalidade, cuida-se de um princípio capital para configuração do regime jurídico-administrativo. Enquanto que o princípio da supremacia do interesse público – desde que exercida dentro dos princípios da lei e da Constituição – seja da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específica do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Trata-se da razão pela qual é o princípio fundamental do regime jurídico-administrativo, já que o direito administrativo nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o

resultado da submissão do Estado à lei (MELLO, 2004, p. 90-91), segundo Bandeira de Mello:

É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei (MELLO, 2004, p. 90-91).

Desse modo, podemos dizer que o fundamento do interesse público encontra-se na lei, visto que toda a ação administrativa é baseada no princípio da legalidade, que se trata de um dos princípios do Estado Democrático de Direito. Assim sendo, é impensável a invocação do interesse público que contrarie a Constituição, em especial os direitos fundamentais, ou a lei.

3.3.2 PRINCÍPIO DA FINALIDADE

Passemos a análise de outro princípio previsto na Lei nº 9.784/99, que é o princípio da finalidade. Bandeira de Mello observa que por força dele a Administração Pública submete-se ao dever de alvejar sempre a finalidade normativa, adscrevendo-se a ela (MELLO, 2004, p. 97). A rigor, o princípio da finalidade não se trata de uma decorrência do princípio da legalidade. O princípio da finalidade é mais do que isso, trata-se de uma inerência dele, está nele contido, porquanto corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, de acordo com a conformidade de sua razão de ser, do objetivo perseguido quando foi promulgada. Sendo assim, aplicar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme sua finalidade não é aplicar a lei, é desvirtuá-la, é burlar a lei sob o pretexto de cumpri-la. É a razão pela qual que os atos que incidem neste vício denominam-se “desvio de finalidade” ou “desvio de poder”. São atos nulos. Quem não atende ao fim legal desatende à própria lei (MELLO, 2004, p. 97).

O sentido de uma norma é explicado, justificado e conferido de sentido é precisamente a finalidade que a anima. A partir da finalidade é que se entende a razão que lhe presidiu a edição. Assim, é na finalidade da lei que repousa o critério orientador de sua correta aplicação, eis que é em nome de determinado propósito que se confere competência aos agentes da Administração (MELLO, 2004, p. 97).

O princípio da finalidade, assim, é decisivo na atuação do Administrador na gestão pública. Impõe ao administrador, ao gerir as competências do seu encargo, observe uma rigorosa obediência à finalidade de cada qual, ou seja, é sua obrigação

cumprir não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica fundada na lei a que está executando. Dessarte, há desvio do poder, e conseqüentemente, a nulidade do ato, quando houver violação da finalidade legal, tanto naqueles casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública, quanto nos casos em que o fim perseguido, embora de interesse público, não é o fim preciso que a lei previa para tal ato. Ocorre que a lei, ao prever determinada conduta, o faz com vistas a dado escopo (MELLO, 2004, p. 98).

Resta evidente, portanto, a gênese constitucional do princípio da finalidade, eis que se trata da consagração do princípio da legalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal. A bem da verdade o princípio da finalidade como um princípio autônomo foi erigido com o propósito de evitar-se exegese toscas, demasiadamente superficiais ou mesmo ritualísticas, que normalmente ocorrem muito mais por conveniência e menos por descuido do intérprete. Anote-se que há uma norma constitucional que lhe faz referência específica, é a hipótese do mandado de segurança, previsto no art. 5º, inciso LXIX:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

É de se notar que o dispositivo prevê o manejo do remédio constitucional na hipótese de ilegalidade ou abuso de poder. A hipótese de abuso do poder refere-se aos limites do poder sendo justamente a finalidade em vista da qual caberia sua utilização. Assim, o exercício do poder com desvirtuamento da finalidade legal poderá ser reprimida pela via do *mandamus* (MELLO, 2004, p. 98-99).

Como exemplo clássico de desvio de finalidade de um ato administrativo, atacável pela via do *mandamus*, é o caso do decreto expropriatório de imóvel do inimigo político do chefe do poder executivo.

3.3.3 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade, outro princípio elencado na Lei nº 9.784/99. Cumpre dizer que o particular, salvo alguma anomalia, não age de forma desarrazoada. Ele se comporta, diante das mais variadas situações, sempre de maneira a seguir o sentido comum das pessoas normais. Da mesma maneira deve agir a Administração

Pública no exercício de sua atividade discricionária, que tem o dever de agir racionalmente e obedecer ao senso comum das pessoas, considerando a competência para a sua prática dos atos administrativos (GASPARINI, 2001, p. 22).

Com efeito, conforme Bandeira de Mello:

Pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis – , as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Note-se que o fato da lei conferir ao administrador certa margem de discricção para a prática do ato administrativo corresponde a ideia de que lhe concedeu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas a decisão mais adequada para qual delas. Resta evidente que isso não significa que a lei lhe outorgou o poder de agir ao sabor exclusivo dos seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que autorizou a Administração para manipular a regra do direito de modo a tirar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicada. Assim, é inaceitável o critério exegético de que uma lei autorize medidas insensatas que o administrador deveria tomar, fundamentando condutas desarrazoadas, eis que isto corresponderia a atribuir dislates a lei em si.

Com efeito, se à Administração foi concedido o poder discricionário, pretende-se evitar que a lei seja a solução rígida e única e por isso incapaz de satisfazer em todos os casos o interesse público estabelecido na própria lei. É através da lei que o objetivo é atingir a medida ideal, isto é, da medida que, em cada situação, atenda inteiramente à finalidade da lei. Sendo assim, é certo que uma providência administrativa desarrazoada, que não passe com sucesso pela análise da razoabilidade, não pode estar de acordo com a finalidade da lei, a qual padecendo deste mal, será evidentemente violadora do princípio da finalidade, vale dizer, será ilegítima, eis que a finalidade integra a própria lei.

É importante sinalar que ao contrário do que possa parecer, a análise judicial da razoabilidade invade o mérito do ato administrativo, ou seja, o campo de liberdade oferecido ao administrador para atuar conforme seus critérios de conveniência e oportunidade. Isto não ocorre em razão pela qual a citada liberdade se dá nos conformes da lei, ou seja, segundo as possibilidades nela elencadas. A providência desarrazoada,

conforme exposto, não pode ser havida como prevista em lei (MELLO, 2004, p. 99-100).

3.3.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Outro princípio previsto na Lei nº 9.784/99 é o da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade enuncia a ideia de que as competências administrativas:

Só podem ser validamente exercidas na extensão intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam (MELLO, 2004, p. 101).

Anote-se o fato de que a liberdade é um direito fundamental²³ e evidentemente ele é tutelado pela Constituição pelos inúmeros remédios constitucionais e pelas leis ordinárias. Trata-se de um princípio cogente, que obriga a todos, igualmente à Administração. Desse modo, o princípio da proporcionalidade possui grande relevância de interesse na não raro conflituosa relação entre Administração e particulares, em especial, nas situações em que ela restringe situações jurídicas dos administrados além do que caberia, pela razão de imposição de medidas que pela sua intensidade ou extensão se mostram supérfluas, prescindendas, exacerbando a ilegalidade de seus atos.

A razão é que ninguém deve ser obrigado a suportar restrições a sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público. Assim, o *plus* do excesso representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos do cidadão. Conclui-se, assim, que as medidas desproporcionais a um fim legitimamente visado são condutas ilógicas e incongruentes. Havendo este defeito, não só demonstram desprezo pela situação jurídica do particular exibem, também, sua inadequação aos fins da lei. Conforme referido supra, a inadequação à finalidade da lei é falta de adequação à própria lei.

Portanto, atos desproporcionais são ilegais e passíveis de anulação pelo Poder Judiciário que, uma vez instado, deverá invalidá-los quando for impossível anular unicamente o excesso detectado (MELLO, 2004, p. 101).

²³ CF, art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

Cumpra dizer que o princípio da proporcionalidade é uma faceta do princípio da razoabilidade, mas merece destaque próprio, com o objetivo de ter uma maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode ser evidenciado com a feição de desproporcionalidade do ato, destacando-se, desse modo, a possibilidade de revisão judicial motivada neste fundamento. Em razão de se tratar de um aspecto peculiar do princípio da razoabilidade, entende-se que seu fundamento constitucional seja o mesmo, ou seja, assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao princípio da legalidade (MELLO, 2004, p. 101-102). O conteúdo substancial do princípio da legalidade não prevê a mera coincidência do ato administrativo com a letra da lei, “mas exige adesão ao espírito dela, à finalidade que a anima” (MELLO, 2004, p. 102).

3.3.5 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

Prosseguindo a análise dos princípios que regem a atuação da Administração Pública, nos termos do art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/99, passemos ao estudo do princípio da motivação. O princípio da motivação resulta para a Administração:

No dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo (MELLO, 2004, p. 102).

Sinale-se que a motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato administrativo, observando-se que nalgumas hipóteses dos atos vinculados, ou seja, os atos em que há aplicação quase automática da lei, em razão da inexistência do campo para análise subjetiva do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicanda deve ser suficiente, por estar implícita a motivação. Por outro lado, nos atos em que existe a discricionariedade administrativa na qual a prática ou naqueles em que a prática do ato vinculado depende de detida apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em questão, é essencial motivação detalhada.

É o caso de decisões em procedimentos administrativos nos quais há situação contenciosa, tal como ocorre no procedimento administrativo disciplinar. Igualmente nos procedimentos em que vários particulares concorrem a um mesmo objeto, como no caso das licitações.

O fundamento da obrigação de motivar os atos administrativos está na própria Constituição, no art. 1º, II, que prevê a cidadania como um dos fundamentos da nossa República, no seu parágrafo único ao declarar que todo o poder emana do povo e no art.

5º, XXXV, que assegura apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito (MELLO, 2004, p. 102-103):

É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só tem se conformar às que forem ajustadas às leis (MELLO, 2004, p. 103).

Dessarte, o dever de motivar os atos administrativos é exigência de uma administração democrática, sendo inconcebível a ideia de um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, caput) sem que no mínimo os cidadãos pudessem compreender as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los.

Por outro lado, não seria possível a impugnação judicial dos atos administrativos com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a eles conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer sua obediência – ou não – a estes princípios. Para o administrado contestar, ou ter elementos para tanto, contra atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expedidos. Da mesma forma, o Judiciário não poderia analisá-los com exatidão se a Administração se omitisse em enunciá-las quando da prática do ato. Se fosse concedido ao Poder Público o direito de motivar o ato administrativo *a posteriori*, após impugnado em juízo, poderia fabricar razões *ad hoc*, “construindo” motivos que nunca se saberia se eram de fato existentes que deveriam ser considerados na época que se praticou o ato questionado (MELLO, 2004, p. 103).

Assim, segundo Bandeira de Mello:

Atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de impugnados sem juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada (MELLO, 2004, p. 103).

Portanto, o princípio da motivação trata-se de uma conquista do Estado Democrático de Direito na medida em que impôs à obrigação aos governos dar conhecimento aos cidadãos as razões da prática de seus atos de administração. Anote-se que este princípio igualmente afasta a motivação genérica de “razões de Estado”, uma vez que nos estados liberais colocaram o cidadão acima do Estado e, igualmente, cumpre dizer que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de

representantes eleitos ou diretamente²⁴». Sendo assim, seus representantes têm a obrigação de motivar seus atos, eis que exercem o poder apenas em razão de um mandato concedido pelo povo.

3.3.6 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Passar-se-á a análise do princípio da ampla defesa e do contraditório, que são outros princípios específicos elencados no art. 2º da Lei 9.784/99. Anote-se que a Constituição não elencou o princípio da ampla defesa e contraditório entre os princípios que regem a Administração Pública. Contudo a ampla defesa e o contraditório foram declarados como direitos fundamentais, nos termos do art. 5º, LV:

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

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Assim sendo, a Administração deve observar obrigatoriamente o princípio da defesa e contraditório em seus atos, sobretudo naqueles que resultem em restrição ou supressão de direitos dos administrados sob pena de anulação do ato. O direito à ampla defesa e contraditório não é só um princípio, trata-se também de um direito fundamental.

Anote-se que conforme observa Gilmar Mendes, analisando a doutrina alemã, o âmbito da proteção do direito ao contraditório e ampla defesa envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, assim como o direito de ver seus argumentos analisados pelo órgão que proferiu o julgamento. Trata-se assim do chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) (MENDES; BRANCO, 2013, p. 436).

Desse modo, a pretensão à tutela jurídica corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV da Constituição, possui os seguintes direitos:

²⁴ CF, art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

-direito à informação, que obriga o julgador informar as partes os atos praticados no processo e os elementos dele constantes;

-direito de manifestação, que assegura a faculdade de manifestação, oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos do processo;

-direito de ver seus argumentos considerados, que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para analisar e julgar as razões apresentadas (MENDES; BRANCO, 2013, p. 436-437).

Finalmente, é necessário citar que a obrigação de considerar as razões apresentadas deriva também do dever de fundamentar as decisões (MENDES; BRANCO, 2013, p. 437), nos termos do art. 93, IX da Constituição Federal:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Portanto, pode-se dizer que o princípio do contraditório e ampla defesa não só se trata de um princípio a ser seguido pela Administração Pública e pelo Judiciário, como também se trata de um direito fundamental, com todas suas prerrogativas que confere ao administrado e consequências em caso de inobservância. Cumpre complementar afirmando, assim, que o direito do contraditório não se limita ao mero direito de fazer alegações no processo, mas também o direito de ter seus argumentos ouvidos e considerados no julgamento.

3.3.7 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Por fim, tratemos agora do princípio da segurança jurídica. Sobre este princípio podemos afirmar que é sabido que:

A norma jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O direito se propõe a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles (MELLO, 2004, p. 113).

Com efeito, a segurança jurídica exerce o papel fundamental em conceder estabilidade e previsibilidade nas relações jurídicas, eis que só seria possível ao Estado

cumprir seu papel no contrato social firmado com a sociedade quando haja um mínimo de pressupostos que assegurem os direitos e obrigações dos indivíduos que dela fazem parte. Neste sentido, conforme lembra Bandeira de Mello os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão na esfera processual, do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido, “são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao direito” (MELLO, 2004, p. 113). No mais, cumpre lembrar as palavras de Vicente Rao, ao afirmar que:

A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso de seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem do universo e da natureza, só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira da nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças." (Vicente Rao in “O Direito e a Vida dos Direitos”, v. 1, p. 428).

Conclui-se, portanto, que não seria possível, o Estado Democrático de Direito realizar seus objetivos não observando um limite mínimo para respeitar situações jurídicas consolidadas, jogando a sociedade numa eterna incerteza quanto ao passado e do que advirá no futuro.

Desse modo encerramos a parte dos princípios que norteiam a atuação da Administração Pública, podendo-se afirmar que se tratam de pressupostos para a validade de suas ações, em todas as circunstâncias, seja no âmbito interno, nas relações com particulares, como nas relações com outros poderes.

4 A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS EM AMBIENTES NÃO ADVERSARIAIS COMO CAMINHO PARA CONCRETIZAR O ACESSO À JUSTIÇA

No ano de 1906, em discurso na Ordem dos Advogados dos Estados Unidos, o jurista e professor de Harvard, Nathan Pound observou as causas da insatisfação do público com o sistema judicial. A primeira seria o necessário mecanicismo da operação das regras, e, portanto, das leis. Segundo motivo seria inevitável diferença do progresso das leis e da opinião pública. O terceiro motivo seria a ideia popular de que a administração da justiça é uma tarefa fácil, sendo qualquer pessoa competente para fazê-la. Por último, a impaciência das pessoas com a ideia de restrição de direitos, em

tempos que progressivamente a ideia do bem comum, ou do interesse público, substituiu os princípios liberais dos séculos XVIII e XIX.

Anote-se que em tempos de liberdade de expressão em termos de moral e ética, em especial na era da transição social e industrial, este contraste é grandemente intensificado e representa um apelo para uma grande proporção da população. Justiça é a finalidade da lei, o compromisso ideal num mundo caótico. A lei procura harmonizar estas atividades e ajustar as relações de todos os homens e seus semelhantes conforme um senso moral de comunidade.

Quando a comunidade está dentro das ideias de justiça, isto é possível. Contudo, quando a comunidade é dividida e diversificada, e grupos e classes de interesses não se entendem uns aos outros não muito bem, eles terão ideias conflituosas de justiça, a tarefa será extremamente difícil. É impossível que a lei e a ética devam estar inteiramente de acordo numa sociedade (NEBRASKA COLLEGE OF LAW, 2017, p. 2-3).

Neste sentido, conforme WATANABE (2017, p. 229):

O direito está, cada vez mais, disciplinando novas relações, que eram, até então, por ele ignoradas, desde aspectos políticos até os ligados à intimidade das pessoas. Como é sabido, vários países hoje, disciplinam a coabitação entre homossexuais, tema que era, até há pouco tempo, um tabu nesses países e ainda o que é em muitos outros. E tudo que é disciplinado pelo direito vai parar no Poder Judiciário numa eventualidade de ameaça ou violação. Essa expansão do direito se liga também ao problema da falência do Estado Providência que, para poder estabelecer o controle da sociedade, administrando as contradições sociais, políticas e regionais, mesmo sem ter a certeza da existência de recursos financeiros necessários para tanto, consagrando-os inclusive em cartas políticas, como fez na nossa Constituição de 1988. Esses direitos ou não são efetivamente implementados ou, embora implementados, não são cumpridos a contento ou de modo completo pelo Estado, o que gera conflitos sócio-jurídicos, que vão parar na Justiça. Existe, por outro lado, aquela técnica utilizada pelos nossos políticos de disciplinar os assuntos polêmicos com regras jurídicas, na impossibilidade política de alcançar o consenso, de conteúdo indeterminado, e a definição do alcance exato dessas normas vai parar, como instância final, na Justiça.

Nos dias de hoje, observamos que após a transição da economia para a era industrial, já estamos noutra transição, que é a economia digital, a facilidade de acesso às redes sociais, a pressão por reconhecimento de grupos minoritários e a imigração.

Outro foco de potente insatisfação do público é o procedimento contencioso. A obrigatoriedade de imparcialidade do magistrado o transforma num mero árbitro que decide os incidentes do “jogo” enquanto as partes devem lutar seu próprio “jogo” sem nenhuma interferência do “árbitro”. O público entende esta atitude como injusta, mesmo que seja no interesse da justiça. A ideia de que o processo deve ser necessariamente

inteiramente contencioso desfigura a administração da justiça em todos os pontos. Leva à ideia de que a função do juiz limita-se a decidir a disputa, de acordo com as regras do jogo.

A questão não é onde se aplica a justiça, pelo contrário, a questão é: as regras do jogo foram aplicadas corretamente? Caso contrário, se for descoberta qualquer infração, deve ser repetido ou anulado o julgamento, no interesse das regras corretas.

No Brasil, conforme o relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça, a cada ano, para cada dez novas demandas propostas perante o Poder Judiciário brasileiro, apenas três demandas antigas são resolvidas. Adicione-se a este preocupante dado que se encontram pendentes cerca de 93 milhões de feitos. Sem dúvida, vivemos sério problema de déficit operacional. Desse modo, algumas das atuais soluções para esta delicada situação deficitária envolvem preocupação essencial com o uso racional e eficiente da máquina estatal. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p.7- 9).

Portanto, é necessário passar a ter uma perspectiva não adversarial de uma disputa judicial. Entender o consumidor como adversário em um processo judicial induz a empresa a agir de forma defensiva e até mesmo passiva quanto ao contexto apresentado pelo autor (como por exemplo alegar que “os autores argumentam que prestamos esse serviço de forma falha e nós contra-argumentamos que o serviço foi bem prestado”). (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 10). Ou no caso específico da Administração Pública alegar que “o autor argumenta que o Município agiu com culpa no episódio e nós respondemos que a culpa é do particular”.

Por outro lado, a criação de ambientes não adversariais de resolução de disputas se trata de um dos maiores desafios para esta política pública, para o próprio Poder Judiciário e a Administração Pública.

A razão disto é que envolve numa mudança cultural. Sendo a cultura, denominada como o “*software* de nossas mentes”, para ser alterada, exige amplo conhecimento do *hardware*, que no nosso estudo se trata da estrutura e vicissitudes do Poder Judiciário e seus operadores, assim como estímulos para esta mudança cultural

Citemos, ainda, que no caso em estudo, isto é, a Administração participar de um ambiente não adversarial é imprescindível igualmente conhecer seus agentes e a estrutura legal.

Esta nova mentalidade ou cultura fará com que empresas ou a Administração Pública entendam os consumidores ou os particulares em geral de forma não

adversarial, como um parceiro essencial, mesmo se tratando de um processo judicial (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 10).

Neste sentido, a Administração Pública será induzida a agir de forma construtiva e proativa no que diz respeito ao contexto indicado pelo autor. Por exemplo: autor alega que o buraco no meio da rua foi a causa do acidente, e como a Administração Pública sabe que o estado de conservação das vias públicas é do interesse público e segurança de toda a coletividade, poderá considerar um acordo, inclusive em ambientes não adversariais.

Em grande parte, esses métodos já estão sendo aplicados por tribunais como forma de emprestar efetividade ao sistema. A institucionalização desses instrumentos – isto é, a inserção desses métodos na administração pública, em especial, no Poder Judiciário – teve início no final da década de 1970, nos Estados Unidos, em razão de uma proposta do professor Frank Sander denominada Multidoor Courthouse (Fórum de Múltiplas Portas - FMP).

Esta organização possui a visão do Poder Judiciário como um meio de resolução de disputas, proporcionando a escolha de diferentes processos para cada caso, baseando-se na premissa de que existem vantagens e desvantagens em cada procedimento que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito. Assim, ao invés de existir uma única “porta” (o processo judicial) que conduz à sala de audiência, o FMP cuida de um sistema amplo com vários tipos distintos de processo que forma um “centro de justiça”, organizado pelo Estado (e apoiado pela iniciativa privada), no qual as partes podem ser direcionadas ao processo mais adequado a cada disputa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 18).

Estes processos de múltiplas portas abrangem a negociação entendida como uma comunicação voltada à persuasão. Em uma negociação simples e direta, as partes têm, como regra, total controle sobre o processo e seu resultado (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 18). Os processos de múltiplas portas abrangem também a mediação, definida como uma mediação pode ser definida como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 20). O processo de múltiplas portas também envolve a conciliação, entendida como um processo autocompositivo no qual as partes ou interessados são auxiliados por um terceiro, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou acordo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 21).

Fundado na política pública preconizada pelo Conselho Nacional de Justiça, pode-se dizer que a conciliação no Poder Judiciário tem por objetivo: 1) não só o acordo, uma efetiva harmonização social das partes; 2) restaurar, dentro dos limites possíveis, a relação social das partes; 3) utilizar técnicas persuasivas, mas não impositivas ou coercitivas para alcançarem soluções; 4) demorar suficientemente para que os interessados concluam que o conciliador se importa com o caso e a resolução encontrada; 5) humanizar o processo de resolução de disputas; 6) preservar a intimidade dos interessados, sempre que possível; 7) objetivar uma solução construtiva do conflito, com uma visão prospectiva para a relação dos envolvidos; 8) permitir que as partes sintam-se ouvidas; 9) utilizar-se de técnicas multidisciplinares para permitir que se encontrem soluções satisfatórias no menor prazo possível (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 22).

Desse modo, a utilização de técnicas processuais adequadas na conciliação pressupõe em sua essência, que os profissionais não se afastem dos princípios norteadores dos métodos mediativos, com ênfase, especialmente: na confidencialidade, isto é, tudo o que for trazido, gerado, conversado entre as partes durante a conciliação ou mediação fica adstrito ao processo; na imparcialidade, ou seja, o conciliador/mediador não tomará partido de nenhuma das partes; voluntariedade, as partes permanecem no processo mediativo se assim desejarem; autonomia de vontade das partes, sendo vedado ao conciliador/mediador qualquer imposição (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 23).

Ressalte-se que todos estes procedimentos possuem grande flexibilidade procedimental a ponto de ser possível a concepção ou desenho de um processo de resolução de disputas que melhor se adeque ao caso concreto. Desse modo, não se pode afirmar que existe um método ou processo que seja melhor que outro. É equivocado supor que a mediação seria melhor que a arbitragem ou o processo judicial (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 24).

Anote-se, ainda, que acesso à justiça não se confunde com acesso ao Poder Judiciário, eis que o objetivo é a satisfação do público com os serviços de pacificação social, devendo ser sinalado que não se tem em vista apenas levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema para que possam ter seus conflitos resolvidos por heterocomposição ou receberem auxílio para que resolvam as próprias disputas pela autocomposição.

Portanto, o acesso à justiça está mais relacionado à satisfação do cidadão ou jurisdicionado com o resultado final do processo de resolução do conflito do que com o mero acesso ao Poder Judiciário, a uma relação jurídica processual ou ao ordenamento jurídico material aplicado ao caso concreto (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 34). Assim, o acesso à Justiça passa a ser concebido como um acesso a uma solução efetiva para o conflito por meio de participação adequada – resultados, procedimento e sua condução apropriada – do Estado (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 35).

Com efeito, percebe-se como característica marcante do movimento de acesso à Justiça, tal como vem sendo atualmente concebido, consiste precisamente em administrar-se o sistema público de resolução de conflitos como se este fosse legitimado principalmente pela satisfação do jurisdicionado com a condução e com o resultado final de seu processo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 35).

Com o Poder Judiciário agindo como efetivo centro de harmonização social, é imprescindível a necessidade de tribunais e magistrados a abordarem questões como solucionadores de problemas ou como efetivos pacificadores. Assim, a pergunta recorrente no Poder Judiciário deixou de ser “como devo sentenciar em tempo hábil” e passou a ser “como devo abordar essa questão para que os interesses que estão sendo pleiteados sejam realizados de modo mais eficiente, com maior satisfação do jurisdicionado e no menor prazo” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 37).

Neste sentido, procura-se estimular o uso de práticas cooperativas em processos de resolução de disputas, considerando-se que sob a ótica da autocomposição, o acesso à justiça deve estimular, difundir e educar seu usuário a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas.

Assim, o Poder Judiciário passa a entender o cidadão não apenas como aquele que, por um motivo ou outro, encontra-se em um dos pólos de uma relação jurídica processual, o cidadão é também todo e qualquer ser humano que possa aprender a melhor resolver seus conflitos, por meio de comunicações eficientes – estimuladas por terceiros, como na mediação ou diretamente, como na negociação.

O acesso à justiça de verdade abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas assim como de seus resultados.

Evidentemente será possível concretizar esse novo acesso à justiça se os tribunais conseguirem redefinir o papel do poder judiciário na sociedade como menos judicatório e mais harmonizador. Busca-se assim estabelecer uma nova face ao judiciário: um local onde pessoas buscam e encontram suas soluções – um centro de harmonização social (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 37).

Reconhece-se, todavia, que o conflito é inevitável na nossa sociedade. O conflito, por sua vez, pode ser definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 43).

Por sua vez, o processo judicial rende, com frequência, muito menos do que deveria – em razão dos defeitos procedimentais, resultando muitas vezes lento e custoso, fazendo com que as partes quando possível, o abandonem. Estes “defeitos procedimentais”, em muitos casos, o processo judicial aborda o conflito como se fosse um fenômeno jurídico e, ao cuidar exclusivamente daqueles interesses juridicamente tutelados, exclui aspectos do conflito que são possivelmente tão importantes quanto ou até mais relevantes do que aqueles juridicamente tutelados.

Os conflitos podem ser destrutivos, em que se verificam o enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa em razão da forma pela qual é conduzida. No processo destrutivo existe a tendência de o conflito se expandir ou tornar-se mais acentuado no desenvolvimento da relação processual. Como resultado, tal conflito frequentemente torna-se independente de suas causas iniciais. Nos processos destrutivos de resolução de disputas a relação social pré-existente é enfraquecida, ao passo que se verifica a acentuação da animosidade decorrente da ineficiente forma de resolver o conflito (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 49).

Por outro lado, pode-se considerar a existência de um processo construtivo, que seriam aqueles as partes encerrariam a relação processual com um fortalecimento da relação social pré-existente. Estes processos se caracterizam pela capacidade de incentivar as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente antagônicos, pela possibilidade das partes ou do magistrado ou mediador incentivar todos os envolvidos para que prospectivamente resolva o litígio sem atribuição de culpa e pelo desenvolvimento de condições que permitam a reformulações das questões diante de eventuais impasses (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 49-50).

Por sua vez, conforme já observado pela doutrina, o processo judicial rende com frequência menos do que poderia, eis que tem por objetivo à pacificação da sociedade, utilizando-se, para tanto, na maioria das vezes de mecanismos destrutivos de resolução de disputas. Em função disto, há evidente necessidade de novos modelos que permitam que as partes possam, por intermédio de um procedimento participativo, resolver suas disputas construtivamente por meio do fortalecimento das relações sociais, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover relacionamentos cooperativos, explorar estratégias que venham a prevenir ou resolver futuras controvérsias, e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca.

Deve-se ressaltar que em grande parte a legislação processual, que se dirige predominantemente à composição da lide, se organiza torno de processos destrutivos fundados, em regra, somente no direito positivo. As partes, quando buscam auxílio do Estado para solução de seus conflitos, frequentemente têm o conflito acentuado ante procedimentos que abstratamente se apresentam como excelentes modelos de lógica jurídica processual – contudo, na prática, acabam por muitas vezes se mostrar ineficientes na medida em que enfraquecem os relacionamentos sociais preexistentes entre as partes em conflito (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 50-51).

Pode ser citado o exemplo das ações de medicamentos de uso contínuo contra a Fazenda Pública em que são fornecidos remédios fora da lista oficial do Sistema Único de Saúde. As sentenças destas ações uma vez julgadas procedentes criam novas dificuldades tanto para o paciente como para a Administração, visto que o cumprimento da sentença nestes casos torna-se praticamente interminável.

Neste sentido, resta claro que o conflito, em muitos casos, não pode ser resolvido por abstrata aplicação da técnica de subsunção. Ao examinar quais fatos encontram se presentes para em seguida indicar o direito aplicável à espécie (subsunção) o operador do direito não pode mais deixar de fora o componente fundamental ao conflito e sua resolução: que é o ser humano (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 51).

Neste sentido, a resolução do conflito é uma preocupação comum entre o Poder Judiciário e a Administração Pública. Tanto o Poder Judiciário quanto a Administração Pública deveriam ter em mente que o ser humano – e sua dignidade deveriam ser a preocupação maior no procedimento da resolução dos conflitos.

Anote-se que configura o interesse público primário, isto é, aquele verdadeiramente vinculado ao interesse da coletividade, que Administração Pública

utilize processos construtivos na resolução dos conflitos com os particulares. Por outro lado, a utilização da formalidade processual, que no mais das vezes são meios destrutivos para resolução do conflito, com objetivos de postergar a decisão judicial corresponde ao interesse secundário, no qual a Administração age limitada ao interesse meramente institucional.

Por outro lado, o agir da Administração fundado no interesse secundário na utilização de meios destrutivos na resolução dos conflitos causa muito maior dano às relações sociais do que um litígio entre particulares, porque ao fim e ao cabo, é um dos fundamentos da nossa República é justamente promover a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, sendo a Administração Pública um dos instrumentos do Estado para atingir tal desiderato.

Igualmente, a resolução dos conflitos de uma maneira construtiva vincula-se ao princípio da eficiência, ou seja, a atuação da Administração não tem por objetivo apenas a perseguição e a observação dos meios jurídicos idôneos para o sucesso, como vimos antes, mas sim, a obtenção do resultado pretendido, que se trata do fortalecimento das relações sociais.

Cumprir dizer que, em princípio, a legitimação da Administração Pública, é de ordem apenas formal, enquanto que nossa Constituição adotou um modelo procedimentalista, ao modelar nossa democracia como “Estado Democrático de Direito”, cuja formatação como figura jurídica se limita ao modelo representativo-popular, ou então diretamente exercido pelo povo.

Todavia, não menos certo é que, a esta forma de legitimação do Direito no plano da origem ou da gestação em si, a Constituição acrescentou a legitimação dos fins, em razão de ter positivado os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que se tratam de valores que obrigam nosso Direito e a lei a veicular comandos que favorecem o conjunto da população: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem preconceitos de que qualquer forma de discriminação, que estão previstos no citado art. 3º da Constituição Federal (CANOTILHO et al, 2013, p. 823).

Portanto, sem dúvida, o que se tem é uma democracia substancialista, isto é, uma democracia material, uma democracia material que cabe o nome de Estado de Democrático de Direito, assim legitimado no início como uma democracia formal ou

procedimentalista, e quanto ao fim de sua construção uma democracia material ou substancialista.

Neste sentido, o ordenamento jurídico passa a corresponder, ao menos em tese, ao desígnio constitucional de assegurar ao povo a melhor administração possível. O que se busca fazer pela legitimação é buscar em princípio o plano da legalidade como ponto de partida, mais os específicos meios previstos nos objetivos fundamentais da República. Todos estes objetivos fundamentais da República, somando-se à lei em si, visa a obtenção do que se pode chamar “legitimidade administrativa” por oposição à palavra-espécie que atende pelo nome de “legalidade”, tão somente.

Desse modo, não basta a pura e simples previsão da legalidade para a caracterização de um Estado Democrático de Direito, é preciso haver legitimidade a ser seguida desde o início, em que a ela se agregam as esferas dos objetivos fundamentais da nossa República que obrigatoriamente deverão ser incorporados na atuação da Administração Pública (CANOTILHO et al, 2013, p. 823).

Portanto, o caminho da resolução dos conflitos por métodos não adversariais se tratam de questões que deverá a Administração considerar, em especial observando o princípio da eficiência do uso dos seus recursos humanos e financeiros, assim como pelo fato de igualmente a ela interessar a realização do bem comum, o interesse público e a justiça.

4.1 MÉTODOS NÃO ADVERSARIAIS EM ESPÉCIE PARA A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS

O ser humano, uma vez vivendo em sociedade, necessita de normas que discipline sua conduta em relação aos outros homens. O grau de sofisticação destas normas será diretamente relacionado com o grau de desenvolvimento da sociedade.

Quanto maior o desenvolvimento de uma sociedade, maior será a necessidade de uma ordem jurídica complexa, ao contrário senso, sociedades pouco evoluídas, que inclusive antecederam ao Estado, podem se contentar com uma ordem jurídica mais rudimentar, cujas normas são transmitidas pelos usos e costumes. De fato, conforme Pontes de Miranda: “seria erro crer-se que a organização judiciária é consequência necessária do direito objetivo” (1972, p. 233). Realmente, a justiça numa sociedade rudimentar pode fundar-se na tradição oral, nos usos e costumes e ser aplicada pelo chefe da tribo ou sacerdote, prescindindo assim, do aparato estatal.

Com efeito, no ensinamento de Pontes de Miranda, a maneira primitiva de solução dos conflitos entre os homens diante dos bens da vida foi a luta material. Dessa maneira, era o próprio interessado que aplicava a regra jurídica. Contudo, progressivamente, o Direito se substituiu à força e passou a punir quem faz justiça com as próprias mãos (MIRANDA, 1972, p. 230). Atualmente, o proprietário da casa alugada não mais pode desalojar o inquilino, o credor não pode se apropriar no patrimônio do devedor aquilo que se pague, igualmente no direito pátrio não se permite o arresto e a penhora de mãos próprias (MIRANDA, 1977, p. 312). Hoje, raramente há situações em que se observa a justiça de mão própria, como é o exemplo do desforço possessório²⁵.

Todavia, nos dias de hoje, com o objetivo de solucionar os conflitos, o Estado utiliza o poder da jurisdição. A jurisdição é o poder que diz respeito ao Estado, dentre suas atividades soberanas, de formular e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 249).

Dessarte, juízes e tribunais possuem o dever de administrar a justiça e são obrigados a tanto desde que os interessados, com pretensão à tutela jurídica a exerçam. A pretensão à tutela jurídica nasce deste exercício, que corresponde à obrigação de prestar ou justiça. Todo o exercício da pretensão à tutela jurídica pressupõe o dever de o Estado realizar a prestação jurisdicional, seja declaratória, constitutiva, condenatória mandamental. Há o dever de prestar a decisão, de acordo com as regras jurídico-processuais.

Portanto, segundo Pontes de Miranda, “jurisdição é a atividade do Estado para aplicar as leis, como função específica. O Poder Legislativo, o Poder Executivo e os próprios particulares aplicam a lei, porém falta a todos a especificidade da função” (MIRANDA, 1972, p. 237). A especificidade da função de julgar, atribuída ao Estado teve por objetivo impedir a desordem, os excessos (isto é, as injustiças) da justiça de mão própria aplicada pelo próprio interessado e assegurar a melhor realização possível das normas jurídicas (MIRANDA, 1972, p. 237).

²⁵ CC, art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1o O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Ocorre que, conforme explicamos supra, a dificuldades em concretizar o acesso à justiça devido à inúmeros fatores, como o congestionamento dos tribunais, a morosidade da justiça, os altos custos, a ideia de que o processo judicial se resume a um “jogo” em que vence aquele que seguiu estritamente suas regras, colocando de lado o senso de justiça, foram a fonte de inspiração de formular outros métodos, mais rápidos e econômicos para a solução dos litígios.

Analisando os excessos observados no processo litigioso a doutrina avalia positivamente este movimento, partindo da premissa de que nem todas as causas necessariamente precisam ajuizadas no âmbito de um procedimento formal e completo, o juiz passa a ser uma espécie de manager (administrador, gerente, dirigente) processual, que teria, além de suas tradicionais atribuições, a função de encaminhar as demandas ao tipo de procedimento (alternativo) mais adaptado às suas peculiaridades (REHNQUIST, 1993, p. 9).

Observa-se portanto um esgotamento do monopólio da jurisdição do Estado, passando a ser considerados outros meios de resolução dos litígios, com maior flexibilidade e rapidez, com o fim atingir maior satisfação e senso de justiça por parte dos jurisdicionados.

Examinar-se-á então os métodos não adversariais em espécie para a resolução dos conflitos.

4.1.1 NEGOCIAÇÃO

Portanto, baseados nestes princípios, podemos enumerar que o primeiro método de resolução de litígios em ambiente não adversarial seria a negociação. Trata-se a negociação como “uma comunicação voltada à persuasão (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 20).”

A dinâmica de uma negociação simples e direta envolve total controle sobre o processo e o respectivo resultado. Assim, em linhas gerais, os interessados escolhem o momento e o local da negociação, determinam como ocorrerá a negociação, em especial quanto à ordem e ocasião de discussão de questões que se seguirão, poderão continuar, suspender, abandonar ou recomeçar as negociações, estabelecem os protocolos dos trabalhos na negociação e podem ou não chegar a um acordo e têm controle completo do resultado.

O acordo na negociação pode abranger valores ou questões relacionadas ao litígio e variam muito quanto à matéria e à forma, podendo inclusive, envolver um pedido de desculpas, trocas criativas, valores pecuniários, valores não pecuniários. Portanto, todos os aspectos devem ser considerados relevantes e negociáveis (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 20).

Nota-se, assim, na negociação uma total liberdade de transigir, cuja única restrição seria, obviamente, a própria lei, que condiciona a validade de um negócio jurídico a existência de agentes capazes, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa na lei (CC, art. 104).

4.1.2 MEDIAÇÃO

Trata-se a mediação de uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. Numa definição mais ampla, pode ser definida como um processo autocompositivo pelo qual as partes em litígio são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição.

Na mediação a resolução das disputas se desenvolve num processo composto de vários atos procedimentais, pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, propiciando uma melhor compreensão de suas posições e encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.

Cumprе anotar que os denominados “processos autocompositivos” compreendem tanto os processos que se conduzem diretamente ao acordo, como é de forma preponderante a conciliação, quanto às soluções facilitadas ou estimuladas por um terceiro, usualmente, mas nem sempre, denominado “mediador”. Em ambos os casos, existe a presença de um terceiro imparcial, e a introdução deste significa que os interessados renunciaram parte do controle sobre a condução da resolução da disputa.

Anote-se, ainda, que nos processos autocompositivos as partes podem continuar, suspender, abandonar e retomar as negociações. Considerando que os interessados não são obrigados a participarem da mediação, é permitido encerrar o processo a qualquer tempo.

Inobstante o mediador exercer influência sobre a maneira de se conduzirem as comunicações ou de se negociar, as partes também podem de se comunicar diretamente, durante a mediação, da forma estimulada pelo mediador.

O mediador pode e deve contribuir para a criação de opções que superam a questão monetária ou discutir assuntos que não estão diretamente ligados à disputa, mas que afetam a dinâmica dos envolvidos. Tal como ocorre na negociação, nenhuma questão ou solução deve ser desconsiderada. Ainda, tanto na mediação, quanto na conciliação, como na negociação, as partes não precisam necessariamente chegar a um acordo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 20).

Na mediação os interessados têm ainda a prerrogativa de encerrar a mediação a qualquer hora sem sofrerem maiores prejuízos, pois este é um processo não vinculante.

Um processo é vinculante quando os interessados possuem o ônus de participar dos atos procedimentais em que a desistência de participação no processo gera um prejuízo processual e uma potencial penalidade. Por exemplo se, em uma arbitragem ou em um processo judicial, a parte ré opta por não mais participar do procedimento, presumir-se-ão verdadeiros alguns dos fatos alegados pela outra parte e, como consequência, há uma maior probabilidade de condenação daquela que não participou do processo.

No caso dos processos não vinculantes, não há prejuízos em razão da desistência da participação no processo. Todavia, isto não significa que a parte não sofrerá prejuízo em razão do não atingimento dos objetivos que possivelmente seriam alcançados se este não tivesse desistido do processo. Assim, característica dos processos não vinculantes consiste na inexistência do ônus de participar do processo.

Anote-se que tanto a mediação como a conciliação são métodos não vinculantes e se caracterizam pela redução ou delegação do direcionamento e do controle do procedimento a um terceiro, mas pela manutenção do controle sobre o resultado pelas partes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 21).

4.1.3 CONCILIAÇÃO

A conciliação é um processo autocompositivo breve no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 21).

Originalmente, foram estabelecidas diversas diferenças entre a mediação e conciliação: 1) a mediação visaria à “resolução do conflito” enquanto a conciliação

buscaria apenas o acordo; 2) a mediação visaria à restauração da relação social subjacente ao caso enquanto a conciliação buscaria o fim do litígio; 3) a mediação partiria de uma abordagem de incentivo (ou facilitação) do entendimento enquanto a conciliação permitiria a sugestão de uma proposta de acordo por parte do conciliador; 4) a mediação seria, em regra, mais demorada e envolveria diversas sessões enquanto a conciliação seria um processo mais breve com apenas uma sessão; 5) a mediação seria voltada às pessoas e teria o cunho preponderantemente subjetivo enquanto a conciliação seria voltada aos fatos e direitos e com enfoque essencialmente objetivo; 6) a mediação seria confidencial enquanto a conciliação seria pública; 7) a mediação seria prospectiva, com enfoque no futuro e em soluções, enquanto a conciliação seria com enfoque retrospectivo e voltado à culpa; 8) a mediação seria um procedimento em que os interessados encontram suas próprias soluções enquanto a conciliação seria um processo voltado a esclarecer aos litigantes fatos, direitos ou interesses ainda não compreendidos por esses; 9) a mediação seria um processo com lastro multidisciplinar, envolvendo as áreas da psicologia, administração, direito, matemática, comunicação, entre outros, enquanto a conciliação seria fundamentada no direito.

Anote-se que as distinções acima apresentadas mostravam-se necessárias em razão da inexistência de uma abertura, por parte de órgãos públicos, para as críticas à forma com que se conduziam as conciliações até o início do século XXI. Com lançamento do Movimento pela Conciliação, pelo Conselho Nacional de Justiça, partiu-se do princípio de que um poder judiciário moderno não poderia permitir a condução de trabalhos sem técnica. Após esta abertura, passou-se a se defender explicitamente a utilização de técnicas na conciliação. Com isso, as diferenças entre mediação e conciliação passaram, progressivamente, a se reduzir.

Atualmente, fundado na política pública preconizada pelo Conselho Nacional de Justiça e consolidada em resoluções e publicações diversas, pode-se afirmar que a conciliação no Poder Judiciário busca: 1) além do acordo, uma efetiva harmonização social das partes; 2) restaurar, dentro dos limites possíveis, a relação social das partes; 3) utilizar técnicas persuasivas, mas não impositivas ou coercitivas para se alcançarem soluções; 4) demorar o suficiente para que os interessados compreendam que o conciliador se importa com o caso e a solução encontrada; 5) humanizar o processo de resolução de disputas; 6) preservar a vida privada dos interessados sempre que possível; 7) visar a uma solução construtiva para o conflito, com enfoque prospectivo para a relação dos envolvidos; 8) permitir que as partes sintam-se ouvidas; e 9) utilizar-se de

técnicas multidisciplinares para permitir que se encontrem soluções satisfatórias no menor prazo possível (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 21-22).

Nesse sentido, pode-se afirmar que a conciliação no século XX, na perspectiva do Poder Judiciário, era muito distinta de muitos tribunais brasileiros no século XXI. Assim, pode-se afirmar que ainda existe distinção em relação à mediação, todavia, a conciliação atualmente é (ou ao menos deveria ser) um processo consensual breve, que envolve conflitos de menor complexidade, no quais as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro à disputa, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa para ajudá-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou acordo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 22).

Cumprido anotar que o CPC prevê atribuições distintas para conciliadores e mediadores:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Percebe-se que, de acordo com o Código de Processo Civil, uma das atribuições do conciliador é a possibilidade de sugerir às partes soluções para o litígio, ao passo que a atuação do mediador é auxiliar os interessados em conflito através do restabelecimento da comunicação e identificação, por si próprios, as soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

O Código de Processo Civil ainda prevê os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada tanto para a conciliação quanto para a mediação (CPC, art. 166).

Dentre os principais princípios podemos dizer que a imparcialidade ordena ao conciliador/mediador não tomar partido de nenhuma das partes. O princípio da autonomia da vontade das partes diz respeito à decisão final, qualquer que seja ela, cabe

tão somente às partes, sendo vedado ao conciliador e ao mediador qualquer imposição. A confidencialidade determina que tudo o que for trazido, gerado, conversado entre as partes durante a conciliação ou mediação fica adstrito ao processo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 23).

4.1.4 ARBITRAGEM

Trata-se a arbitragem como um processo eminentemente privado – embora existem arbitragens internacionais públicas – no qual as partes buscam o auxílio de um terceiro, neutro ao conflito, ou de um painel de pessoas sem interesse na causa, para após um devido procedimento, proferir uma decisão, denominada sentença arbitral, com o fim de encerrar a disputa.

A arbitragem, como regra geral, é um processo vinculante, no qual ouvem-se testemunhas e analisam-se documentos. Normalmente, em razão dos custos, apenas causas de maior valor são submetidas à arbitragem e os procedimentos podem durar vários meses.

Inobstante as regras quanto às provas poderem ser flexibilizadas²⁶, eis que se trata de heterocomposição privada, em certa parte, o processo por examinar fatos e direitos se assemelha ao processo judicial. Neste sentido, a característica principal da arbitragem é a sua coercibilidade e capacidade de atingir a resolução de conflito, visto que não há previsão de recurso contra a sentença.

Conforme a Lei nº 9.307/96, o Poder Judiciário executa as sentenças arbitrais como se judiciais fossem. Se uma das partes queira questionar uma decisão arbitral devido, por exemplo, à parcialidade dos árbitros, uma demanda anulatória deve ser proposta (e não um recurso) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 23).

A despeito de a arbitragem ser o procedimento decisório mais parecido com um processo judicial, esse método privado oferece a vantagem das partes deter o controle sobre o procedimento na medida em que podem escolher o(s) árbitro(s) e as regras procedimentais da preparação à decisão arbitral. Em caso de consenso entre as partes quanto ao procedimento, a liberdade de escolha estende-se inclusive ao direito e a

²⁶Lei nº 9.307/96, art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

possibilidade de julgamento por equidade pelo árbitro²⁷. Ainda, a arbitragem é reconhecidamente ser mais sigilosa e célere que o processo judicial (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 24).

Anote-se, ainda, que a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, possibilitou a Administração Pública utilizar-se da arbitragem “para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, §1º). E em obediência ao princípio da publicidade e legalidade, a arbitragem que envolva a administração pública “será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade (art. 1º, §3º)” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 24).

4.1.5 MED-ARB E OUTROS PROCESSOS HÍBRIDOS

A med-arb consiste em um processo híbrido no qual se inicia com uma mediação e, no caso de insucesso de atingir a um consenso, seguirá para uma arbitragem. O processo med-arb foi concebida na década de 80, que utilizava o mesmo profissional para atuar como mediador e árbitro. Mais tarde, considerando se tratar de abordagens bastantes diferentes passou a indicar profissionais distintos para as duas etapas desse processo híbrido.

Naturalmente, para haver uma med-arb, é imprescindível a existência de uma convenção ou cláusula denominada de “escalonada”. Do mesmo modo, a cláusula contratual ou o compromisso de resolução de disputas pode prever uma fase prioritária à mediação que consiste em negociação direta de gestores ou diretores.

Nesse caso, denomina-se o processo de neg-med-arb, por se tratar de uma negociação, seguida de uma mediação e, em caso de insucesso das duas fases preliminares, o conflito será resolvido por arbitragem.

Sinale-se que todos os processos de resolução de disputas possuem grande flexibilidade procedimental a ponto de, conforme anotado posteriormente, ser possível a concepção ou o “desenho” de um processo de resolução de disputas que melhor se adeque ao conflito concreto e aos seus participantes.

²⁷ Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

É importante ressaltar que determinados procedimentos poderiam ser adaptados conforme o grau de especificidade da causa. Esta flexibilidade em relação ao litígio substitui com enormes vantagens a adoção das “varas especializadas” da Fazenda Pública, dos juizados especiais e muitos outros que enfrentam um constante aumento de litígios, desvirtuando o objetivo para os quais foram criados que seria um julgamento mais célere em relação aos feitos que exigem conhecimentos especializados²⁸.

Citemos, por exemplo, o caso das lides contra o INSS que demandam perícias que investigam doenças não comuns ou que decorram das condições sociais ou do ambiente laboral do periciado. Tratam-se perícias que podem ser denominadas de “biopsicossocial”, que conforme Chagas exatamente por agregar a perspectiva biológica, individual e social, encontramos a incapacidade focada em outras bases (CHAGAS, 138, 2005). Neste caso, considerando a especificidade da perícia biopsicossocial, esta poderia ser utilizada um procedimento não adversarial para a resolução do conflito contra o INSS, ao invés do uso das fórmulas processuais de praxe, que se contentam com perícias muito mais com a finalidade de cumprir com as formalidades dos ritos, do que propriamente investigar a incapacidade do segurado.

Portanto, pode-se dizer que não existe um processo que seja absolutamente melhor que outro. Seria errôneo afirmar que a mediação seria sempre melhor que a arbitragem ou o processo judicial. Por exemplo, uma ação de indenização por danos morais movida contra uma escola de ensino fundamental em razão de prática de racismo. Uma mediação confidencial pode não ser mais adequada para os envolvidos, em especial, para a coletividade (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 24-25).

4.1.6 PRÁTICAS AUTOCOMPOSITIVAS INOMINADAS

O século XXI, impôs ao Poder Judiciário o desafio de combater sua posição singularista de que para cada conflito de interesse só pode haver uma solução correta – a do magistrado, se torna a “verdadeira solução” para o caso.

Todavia, a ideia recorrente de que o jurisdicionado, quando busca o Poder Judiciário, o faz na ânsia de receber a solução de um terceiro para suas questões, progressivamente vem sendo mudada para uma visão de Estado que orienta os

²⁸ Dados conforme os relatórios do Conselho Nacional de Justiça em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pi-justica-em-numeros> Acesso em 15 de setembro de 2017.

interessados a resolverem de forma mais consensual e amigável seus próprios conflitos e apenas, em caráter excepcional, como última hipótese, decidirá em substituição às partes.

Com este propósito, se trabalha no fundamento de que o Estado precisa preparar o jurisdicionado para utilizar de modo adequado o sistema público de resolução de disputas, assim como, se possível, resolver seus próprios conflitos.

Neste sentido, diversos tribunais do Brasil organizam organizado treinamentos, *workshops*, aulas, grupos de apoio, oficinas, entre outras práticas para orientar o jurisdicionado a resolver melhor seus conflitos, que se destacam as oficinas que tratam do direito de família, que orientam pais divorciados a lidarem com conflitos nessa fase de transição, evitando que evolua para um conflito familiar.

Igualmente, partindo da mesma premissa, existem oficinas de comunicação conciliatória que buscam transmitir aos participantes estruturas comunicativas recomendáveis para que esses possam melhor interagir com outras pessoas por meio do aperfeiçoamento das suas consciências verbais. Essas oficinas possibilitam mudanças estruturais de modo a melhorar as relações humanas (gestão de grupos e organizações), além de trabalhar a questão de responsabilidade, diminuindo a probabilidade de violência ou interações contraproducentes. Anote-se que essas práticas evidentemente não podem ser definidas como práticas mediativas, mas possuem relevante papel de prevenção de conflitos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 25-26).

Cumpre dizer, ainda, que além destas práticas há no nosso país oficinas de abordagem e auxílio a dependentes químicos, de resolução de conflitos familiares, oficinas de abordagens não mediativas de prevenção da violência familiar, círculos restaurativos, negociações assistidas para a resolução de questões cíveis em contextos de violência familiar, entre outros (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 26).

4.2 A PROBLEMÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RESOLVER SEUS LITÍGIOS EM AMBIENTES NÃO ADVERSARIAIS

A doutrina não é pacífica no que diz respeito à Administração resolver seus litígios em ambientes não adversariais. Neste sentido Gonçalves afirma que:

o processo judicial é indicado para casos que envolvam interesse público e direitos indisponíveis, já a mediação e a conciliação buscam construção de soluções autocompositivas (pelas próprias partes), a arbitragem, por sua vez,

difere desses métodos por sua evidente natureza técnica e heterocompositiva (2014, p. 193).

Assim, claramente se vê que a doutrina não é unânime quanto à adequação dos processos não adversariais quando o conflito envolver interesse público e direitos indisponíveis, que são questões que dizem respeito diretamente à Administração Pública.

Portanto, tentar-se-á expor as principais razões por que a Administração resiste em resolver seus conflitos por métodos não adversariais a seguir.

4.2.1 DESCONFIANÇA DA SOCIEDADE QUANTO À IDONEIDADE DOS AGENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RAZÃO DAS ORIGENS DO ESTADO PATRIMONIALISTA

Raimundo Faoro, explicando as origens dos estados da península ibérica anota que a ascendência do rei com a rede de seus agentes cobrindo o país, controlando-o e dirigindo-o e a domesticação sem aniquilamento da nobreza são as características que distinguiram o caráter à sociedade nascente da península ibérica.

A propriedade do rei, suas terras e riquezas, se confunde com seus aspectos público e particular. Rendas e despesas se aplicam, sem diferenciação normativa prévia, nos gastos de família ou em obras e serviços de utilidade geral (FAORO, p. 23, 2013). Neste sentido, “o estado patrimonial, implacável nos seus passos, não respeitará o peso dos séculos, nem os privilégios de linhagem antiga romana (FAORO, p. 26, 2013)”.

Por outro lado, o racionalismo formal do direito, com os monumentos das codificações, servirá para disciplinar a ação política, encaminhada ao constante rumo da ordem social, sob o comando e o magistério da Coroa (FAORO, p. 27, 2013). As codificações, que herdaram na maior parte o direito romano, disciplinaram os servidores em relação ao Estado, a expansão de um quadro de súditos ligados ao rei sob o comando de regras racionais.

Contudo, eram regras racionais só no aspecto formal. O racionalismo do novo pensamento jurídico, reduzida ao aspecto formal, não excluiu, na cúpula, o comando irracional da tradição ou do capricho do príncipe, procurando quebrar os vínculos das camadas mais nobres. A justiça não ganhou foros de impessoalidade, assegurada nas garantias processuais isentas da interferência arbitrária dos julgados (FAORO, p. 29, 2013). Estes fundamentos formam a base do estado patrimonial. A realidade econômica

com o advento da economia monetária e a ascendência do mercado dará a expressão completa a esse fenômeno, já latente nas navegações comerciais da Idade Média. A moeda, padrão de todas as coisas, medida de todos os valores, poder sobre todos os poderes transforma o mundo aberto ao desenvolvimento do comércio, renovando as bases da estrutura social, política e econômica (FAORO, p. 32, 2000).

Anote-se que após o descobrimento do Brasil, durante o processo de povoamento, desde o século XVII, o Frei Vicente Salvador já advertia que os portugueses, conhecidos conquistadores de terras, se contentavam “andar arranhando ao longo do mar como caranguejos” (SALVADOR, apud FAORO, p. 178, 2013). Segundo o Frei Vicente Salvador, o responsável pela situação era o rei, que só cuidava do país para colher “rendas e direitos”, sem olvidar do espírito dos colonos:

Os quais, por mais arraigados que na terra estejam e mais ricos que sejam, tudo pretendem levar a Portugal, porque tudo querem para lá. E isto não têm só os que de lá vieram, mas ainda os que de cá nasceram, que uns e outros usam da terra, não como senhores, mas como usufrutuários, só para desfrutarem e a deixarem destruída. Donde nasce também que nem um homem nesta terra é repúblico, nem zela ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular (SALVADOR, apud FAORO, p. 178, 2013).

Por outro lado, a objetividade, a impessoalidade das relações entre súdito e autoridade, com os vínculos racionais de competências limitadas e controles hierárquicos, será obra do futuro, do distante e incerto futuro. O sistema naquele estágio é o de manda quem pode e obedece quem tem juízo, aberto ao acesso ao apelo de correção do rei somente aos poderosos. O funcionário é a sombra do rei, e o rei tudo pode, eis que o Estado pré-liberal não reconhece a força dos direitos individuais, armas contra o despotismo e o arbítrio (FAORO, p. 197-199, 2000).

Neste mesmo sentido, Schwartz afirma que:

A inaptidão judiciária contribuía para criar condições de turbulência no Brasil, mas na raiz desse estado de coisas estavam as muitas oportunidades de desvios e excessos. O braço da lei não alcançava as regiões remotas, e a esparsa povoação não contava, assim, com pressões comunitárias em apoio da moralidade consagrada e do respeito à lei (SCHWARTZ, p. 47, 2011).

Os abusos do sistema não passaram despercebidos pelo Padre Antônio Vieira, com a crítica à rapinagem burocrática e à drenagem de recursos para a metrópole (FAORO, p. 199, 2000). Em 1655 na Igreja da Misericórdia de Lisboa proferiu o

“Discurso do Bom Ladrão” que aludia à deterioração moral da corte, o que, evidentemente se refletia na colônia²⁹.

Portanto, percebe-se que a pessoalidade, o autoritarismo, o arbítrio e o patrimonialismo das autoridades sempre fizeram parte da nossa cultura desde o tempo do Brasil colônia, tradição que, lamentavelmente, observa-se até o presente.

4.2.2 INSEGURANÇA JURÍDICA EM RAZÃO DA COMPLEXIDADE DAS LEIS E IMPREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS GERANDO INCERTEZA PARA AS BASES DE DISCUSSÃO NA RESOLUÇÃO, OU NÃO, DOS LITÍGIOS NUM AMBIENTE NÃO ADVERSARIAL

Com o fim de combater os abusos e a corrupção do Estado e na tradição do rigorismo formal da legislação atinente as normas de atuação da Administração Pública, foram promulgadas diversas leis que impedem a livre disponibilidade do patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, o que dificulta e causa insegurança jurídica no que diz respeito da possibilidade da Fazenda Pública transigir seus interesses, tanto em juízo, quanto fora dele.

A título de exemplo citemos a disciplina da divisão entre bens públicos e particulares no Código Civil de 1916³⁰. Por sua vez, o Código Civil de 1916 era

²⁹ E para um discurso tão importante e tão grave vá assentado sobre fundamentos sólidos e inrefragáveis, suponho primeiramente que sem restituição do alheio não pode haver salvação (...). Quer dizer: se o alheio que se tomou ou retém, se pode restituir e não se restituiu, a penitência deste e dos outros pecados não é verdadeira penitência, senão simulada e fingida, porque se não perdoa o pecado sem se restituir o roubado, quando quem o roubou tem possibilidade de o restituir (...). Suposta esta primeira verdade, certa e infalível; a segunda cousa que suponho com a mesma certeza, é que a restituição do alheio sob forma de salvação não só obriga aos súditos e particulares, senão também aos cetros e às coroas. Cuidam, ou devem cuidar alguns príncipes, que assim como são superiores a todos, assim são senhores de tudo, e é engano. A lei da restituição é lei natural e lei divina. Enquanto lei natural obriga aos reis, porque a natureza fez iguais a todos; e enquanto lei divina também os obriga, porque Deus, que os fez maiores que os outros, é maior que eles. (...) Quer dizer: a rapina, ou roubo, é tomar o alheio violentamente contra vontade de seu dono: os príncipes tomam muitas coisas a seus vassalos violentamente, e contra sua vontade; logo parece que o roubo é lícito em alguns casos; porque se dissermos que os príncipes pecam nisto, todos eles, ou quase todos se condenariam: *fere omnes principes damnarentur* (...). Não são só ladrões, diz o santo, os que cortam bolsas, ou espreitam os que se vão banhar, para lhes colher a roupa; os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título, são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. Os outros ladrões roubam um homem, estes roubam cidades e reinos; os outros furtam debaixo do seu risco, este sem temor, nem perigo: os outros se furtam, são enforcados, estes furtam e enforcam. (BOSI, 2011, p. 490-498).

³⁰ Código Civil de 1916:

Art. 65. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art.66. Os bens públicos são:

taxativo ao dispor no art. 67 que: “os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever”. Anote-se que o conteúdo das regras que classificam os bens em públicos e privados foram reproduzidas pelo Código Civil vigente, acrescentando que os bens públicos não estão sujeitos à usucapião (CC, art. 102)³¹, reproduzindo a jurisprudência anterior do Supremo Tribunal Federal, formalizada pela Súmula nº 340: “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

Citemos, ainda, a Lei Federal nº 4320, de 17 de março de 1964, com a promessa de conceber uma gestão moderna nas finanças públicas do Brasil, estatuiu as normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. A lei padronizou os procedimentos contábeis de todas as esferas da Federação, “facilitando os procedimentos contábeis, financeiros e orçamentários nos diversos níveis de gestão governamental” (MAIA, p. 13, 2010). O art. 67 da Lei nº 4320/64 prevê que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em razão de sentença judicial, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios, proibindo a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim³².

I - de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças;
II - os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal;
III - os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades.

³¹ Código Civil:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispõem a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Art. 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.

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.

³² Lei 4320/64, art. 67. Os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim.

Neste mesmo espírito modernizador quanto a um controle mais rigoroso dos dinheiros públicos adveio a Constituição de 1988, que representou uma quebra de paradigmas do sistema anterior, que era fundado no autoritarismo e no interesse primário do Estado que precedia aos direitos fundamentais.

A Carta Magna também reforçou os meios de controle da Administração Pública pelo Congresso Nacional, com o auxílio dos tribunais de contas, cuja fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária será obrigada a prestar contas de seus atos³³.

Os tribunais de contas tiveram sua competência ampliada para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (CF, art. 71, II).

Foi concedida aos Tribunais de contas a competência para aplicar multa aos responsáveis em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade das contas, sanções previstas em lei e multa proporcional ao dano causado ao Erário (CF, art. 71, VIII).

Poderá o Tribunal de contas assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao cumprimento da lei, caso verificada ilegalidade e sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (CF, art. 71, IX e X). Competirá ao Tribunal de Contas representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados (CF, art. 71, XI). As decisões do Tribunal de Contas que imputam débito ou multa possuirão natureza de título executivo extrajudicial. (CF, art. 71, §3º)³⁴.

³³ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

³⁴ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

Importante também citar o aumento de atribuições do Ministério Público referente ao controle externo da Administração Pública, “incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127, caput)”, assegurando-lhe os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e independência funcional (CF, art. 127§1º). A Constituição previu como função institucional do Ministério Público “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (CF, art. 129, II) e promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III).

Na parte da legislação procedimental, o Código de Processo Civil determina que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público (CPC, 496, I), que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal (CPC, 496, II), no caso de não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á (CPC, 496, §1º), com a interposição, ou não, do recurso, o tribunal julgará a remessa necessária (CPC, 496, §2º).

Percebe-se, portanto, uma secular tradição jurídica formalista, lógica e rígida que está submetida à Administração Pública no que diz respeito à gestão de seus bens e ao pagamento de suas obrigações, inclusive obrigações judiciais, com o objetivo de coibir abusos e desmandos, observados desde a colonização do nosso país, muito bem documentados de longa data, inclusive neste trabalho.

Dessarte, considerando a rigidez constitucional e legal do nosso ordenamento jurídico, em princípio, podemos afirmar que o processo judicial contra a Fazenda Pública deveria ser julgado exclusivamente pela jurisdição estatal e prosseguir até o esgotamento de todos os recursos, até o trânsito em julgado, mesmo contra a vontade da Administração, sem possibilidade desta transigir seus interesses. Caso a Administração Pública abdicar da jurisdição estatal ou conciliar em juízo poderá incidir em ilegalidade, sujeitando o agente público em sanções penais, cíveis e administrativas.

Neste sentido, toda e qualquer resolução de um litígio num ambiente não adversarial efetuada pelo Estado, em tese, ficaria a mercê de anulação ou pelo Poder Judiciário ou pelo próprio Estado, através de seus diferentes órgãos que exercem o controle interno da Administração Pública. Trata-se, portanto de uma situação que resulta em insegurança jurídica não só em relação aos agentes públicos como o próprio jurisdicionado.

4.2.3 DESCONHECIMENTO DOS MEDIADORES SOBRE AS PECULIARIDADES DO REGIME JURÍDICO DO DIREITO PÚBLICO

Conforme o Conselho Nacional de Justiça, o mediador é uma pessoa selecionada para exercer o *munus* público de auxiliar as partes a resolver o litígio. No exercício dessa imprescindível função ele deve agir com imparcialidade e ressaltar às partes que ele não defenderá nenhuma delas em detrimento da outra – pois não está ali para julgá-

las e sim para e sim para ajuda-las a melhor entender suas perspectivas, interesses e necessidades (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 141).

Ocorre que toda a estratégia de negociação do mediador/conciliador é baseada numa relação que pressupõe a existência de pessoas físicas, ou seja, particulares, dotados de autonomia para as práticas dos atos da vida civil, sendo que os mediadores/conciliadores são orientados a dar atenção a questões emotivas que são trazidas pelas partes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 204). Segundo o Conselho Nacional de Justiça “reconhecer e validar sentimentos consiste em uma técnica muito utilizada durante a mediação, principalmente quando se busca estabelecer uma relação de confiança com as partes (2015, p. 206)”.

Por outro lado, é sabido que a atuação da Administração Pública observa o princípio da legalidade e impessoalidade. Ao contrário dos particulares, que podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe fundados no princípio da autonomia da vontade, a Administração somente atua no meio social fundada na lei, como vimos supra.

Neste sentido, é de suma importância recordar que o Código Civil, de 10 de janeiro de 2002, foi taxativo em declarar que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação” (CC, art. 841).

Como consequência direta desde dispositivo cabe lembrar que o cumprimento das sentenças judiciais na qual a Fazenda Pública foi condenada a efetuar pagamento foi mantida a regra do precatório judicial, conforme a ordem cronológica, sendo proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim (CF, art. 100)³⁵.

³⁵ Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 94, de 2016)

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

Portanto, é evidente que a abordagem da negociação por parte do mediador deve ser completamente diversa quando o litígio envolver a Administração Pública, sendo imprescindível que o mediador/conciliador tenha uma noção básica do regime jurídico das pessoas de direito público, sob pena de enveredar por um caminho no processo de mediação/conciliação que levará a um fracasso completo na negociação.

Esta observação sugere que, pelo menos em princípio, talvez a arbitragem fundada nas regras de direito seja o melhor método de resolução de conflitos por métodos não adversariais – conforme prescreve a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre arbitragem³⁶. Todavia, numa análise mais profunda, pode-se admitir a participação da Administração Pública nos processos de mediação/conciliação desde que os mediadores/conciliadores recebam o adequado conhecimento sobre o regime jurídico que rege a Administração Pública. Assim, talvez mediadores que atuam exclusivamente em métodos de resolução de disputas que envolvam direito de família ou vizinhança não sejam os mais indicados para atuar quando o conflito envolva as pessoas jurídicas de direito público.

Outro erro que pode ocorrer em razão do despreparo dos conciliadores/mediadores é o excesso de informalidade na sessão de conciliação. Embora a sessão de conciliação não seja solene, tal como ocorre com os atos judiciais e admita-se que a relação do mediador/conciliador com as partes não seja de autoridade, eventuais excessos no que diz respeito ao uso de linguagem inadequada, vestimentas, disposição dos móveis podem causar imagem de desleixo ou falta profissionalismo, minando a necessária confiança e na seriedade do ato da negociação, contrariando inclusive a regra geral da prática dos atos administrativos, que sempre decorre da formalidade da lei.

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (...)

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).(...)

³⁶ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Como exemplo prático, se por um lado abolir a mesa que separam as partes e advogados pode ser vista como um meio de tentar derrubar a dificuldade do diálogo, por outro lado, poderá causar desconforto e desconfiança quanto a seriedade da negociação. Igualmente, se eventualmente o mediador/conciliador usar na negociação frases prontas ou clichês demonstrando desconhecimento do conflito ou das leis poderá contribuir para o fracasso da negociação em razão de incentivar falta de confiança do mediador/conciliador.

Por fim, outro erro que a conciliador/mediador pode cometer é tentar “vender” a ideia de que o eventual acordo no ambiente não adversarial resolverá todos os problemas do mundo, sendo que, realisticamente falando, o que se pretende é apenas um método mais eficaz e racional para a resolução dos litígios e aliviar a carga do Poder Judiciário. Igualmente, uma abordagem superficial do problema aliado ao uso de um discurso vazio de conteúdo aumentam as chances de fracasso da negociação.

4.2.4 PARTICIPAÇÃO EM AMBIENTES NÃO ADVERSARIAIS COMO MEDIDA IMPOSITIVA, SEM ADEQUADO PREPARO E SEM “NEGOCIAR A NEGOCIAÇÃO”

Conforme a clássica divisão dos poderes compete ao Poder Executivo governar, ao Poder Legislativo criar as leis e ao Poder Judiciário aplicá-las.

Neste sentido, deve ser lembrada a realidade: ao Poder Judiciário cabe única e exclusivamente a função de resolver os conflitos da sociedade, ou, como dizem os processualistas, “entregar a prestação jurisdicional”. Portanto, o exercício da jurisdição é levado a cabo através da sentença, que se trata do ato processual em que o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. Após a sentença, o Estado cumpre seu ofício de entregar a prestação jurisdicional. “O juiz entrega a prestação, e o seu ofício acaba: *functus officium* (MIRANDA, 1972. p. 156)”.

Por outro lado, no que diz respeito às atribuições do Poder Executivo é sabido que o *Welfare State* incumbiu a Administração Pública de inúmeras obrigações, na cada vez mais complexa atividade política da gestão da *res publica*.

Apenas para exemplificar, os direitos do cidadão antes se resumiam aos direitos fundamentais, posteriormente foram acrescidos os direitos sociais e hoje englobam “novos” direitos, cuja concretização torna-se cada vez mais complexa, mormente num país de economia periférica que é o caso do Brasil.

Assim, conforme observa Faria, numa situação limite, as contradições socioeconômicas, que geram demandas para as quais as instituições não têm condições de oferecer respostas imediatas e eficazes, resultam na afetação da própria estrutura organizacional estatal. Portanto, ao ficar dividido entre tarefas e exigências inconciliáveis, o Estado não só se vê impossibilitado de formular políticas públicas segundo as regras formais, como ainda se revela incapaz de expressar a “razão histórica” da própria sociedade, eis que sua práxis decisória não consegue mais expressar a vontade coletiva em torno de um projeto comum (FARIA, 2005, p. 13).

Desnecessário lembrar ainda que, sobretudo em nível local, a gestão pública, por falta de recursos ou de pessoal qualificado, não raras vezes resume-se em resolver problemas exclusivamente mais imediatos, embora legítimos, como buraco da rua, construir o posto de saúde, pagar os fornecedores ou reformar a escola.

Portanto, o regime jurídico ao qual as pessoas jurídicas de direito público estão submetidas e a complexidade de tal ordem que é a atividade da Administração Pública não aconselha a adesão a um programa de resolução de conflitos em ambientes não adversariais sem um adequado preparo conjunto que trate o assunto com a devida profundidade que envolva as autoridades, serventuários da justiça, conciliadores/mediadores e os representantes da Fazenda Pública.

Cumprir dizer que, embora se demonstre boa vontade entre Administração e Poder Judiciário em participar de ambientes não adversariais para resolução de litígios, a falta de uma negociação prévia, ou uma negociação prévia mal feita ou manifestações que nada mais se resumam a um mero protocolo de intenções em nada irá resolver as questões delicadas que envolvam as peculiaridades da participação da Administração Pública na mediação ou conciliação.

Portanto, antes de tudo, “negociar a negociação” com a Administração Pública, com a devida profundidade entre os agentes envolvidos para que surtam os efeitos desejados.

4.2.5 ADMINISTRAÇÃO VOLTADA EXCLUSIVAMENTE PARA O INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO, ISTO É, VOLTADA PARA SI MESMA

Conforme já exposto, a supremacia do interesse público constitui princípio geral do direito que é inerente a toda e qualquer sociedade. O princípio da supremacia do interesse público não está previsto em nenhum dispositivo da Constituição, embora

vários outras normas resultam de manifestações concretas dele, como por exemplo a função social da sociedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente, porquanto o princípio referido é imprescindível ao convívio social (MELLO, 2004, p. 86).

No entanto, conforme leciona Bandeira de Mello, deve ser diferenciado aquilo que é interesse público e o interesse meramente das pessoas estatais, que ora são coincidentes, ora são antagônicos. Assim temos o interesse público ou o interesse público primário, isto é, aquele que é pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente buscar, eis que é do interesse que a lei consagra e entrega à competência do Estado como representante da sociedade.

Já o interesse secundário é aquele que diz respeito tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode ser referido a ele como interesse no próprio organismo estatal. Com efeito, os que exercem função, os sujeitos da Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, não o próprio interesse de seu próprio organismo, tal qual considerado, muito menos o interesse de seus agentes estatais (MELLO, 2004, p. 90).

Neste sentido, percebe-se o risco da dinâmica de funcionamento duma Administração Pública acomodada em seus próprios interesses, não raro confundindo o interesse público verdadeiro, que interessa à comunidade como um todo, com os seus próprios interesses, que nem sempre atendem ao que é verdadeiramente público ou aos valores republicanos.

Pelo contrário, a atuação da Administração Pública segue uma linha oposta, concedendo força a institutos que reafirmam o poder de império do Estado, como fundamento de sua ação discricionária, a exclusão do cidadão na formação do processo decisório, a executividade e a autotutela (MOREIRA NETO, 2000, p. 9). Este “desenvolvimento” divergente explica a razão pela qual a Administração Pública tornou-se o ramo mais conservador do Estado, sempre mais resistente à modificações e o setor que mais se beneficiou com o período de hipertrofia estatal (MOREIRA NETO, 2000, p. 11).

Neste sentido, de acordo com Serau é perceptível que a cultura de desrespeito ao cidadão é um dos fatores que levam à preferência forçosa da ação judicial como mecanismo de resolução dos conflitos, apesar de que o sistema judicial seja, muitas vezes, igualmente autoritário e conservador. (SERAU, 2014, p. 57).

Esta postura retrógada da Administração Pública visando a construção do mega-Estado que se difundiu no mundo contemporâneo em contraste com importante

aberturas e conquistas sociais que foram penosamente obtidas por juristas e ratificadas pela jurisprudência no desenvolvimento da doutrina do Direito Administrativo, como, por exemplo, a do controle do ato administrativo e da desmitificação da discricionariedade, o que só, recentemente, a partir dos anos setenta, é que seu enclausuramento político vem se revertendo e apresentando mudanças de rumo que paulatinamente reabilitam o cidadão como administrado, em status de igualdade em sintonia já conquistada como eleitor e jurisdicionado (MOREIRA NETO, 2000, p. 11).

Outrossim, cumpre ressaltar que as pesquisas têm demonstrado que o que torna um procedimento de mediação eficaz depende das necessidades das partes em conflito, dos valores sociais ligados às questões em debate e, principalmente, da qualidade dos programas de mediação/conciliação.

Chegou-se à conclusão que não houve vantagens importantes para a mediação quando comparada ao processo judicial e concluiu que esses resultados insatisfatórios decorreram de programas que não foram adequadamente desenvolvidos para atender os objetivos específicos que os usuários do processo buscavam.

Esses projetos tiveram, como conclui essa pesquisa, insuficiente treinamento de mediadores e oportunidades inadequadas para a participação dos envolvidos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 149).

Enfim, é certo que a elaboração de programa de resolução de litígios num ambiente não adversarial que seja pobremente preparado não resultará em vantagens tanto para a Administração como o jurisdicionado.

4. 3 OS MOTIVOS PELOS QUAIS A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEVERÁ RESOLVER SEUS LITÍGIOS EM AMBIENTES NÃO ADVERSARIAIS: UMA QUESTÃO DE LEGITIMIDADE COMO MEIO DE ATINGIR O OBJETIVO FUNDAMENTAL DA SOLIDARIEDADE E ACESSO À JUSTIÇA

Conforme nos explica Habermas, os indivíduos pertencem à sociedade como membros de uma coletividade ou como partes de um todo que se constitui através de ligação de suas partes. Desse modo, as sociedades modernas tornaram-se tão complexas, ao ponto de essas duas figuras de pensamento – a de uma sociedade centrada no Estado e a da sociedade composta de indivíduos não poderem mais ser utilizadas sem distinção (HABERMAS, p. 17-18, 1994). Assim, é imprescindível a adoção da razão

comunicativa, que possibilita uma orientação na base de pretensões de validade, isto é, de legitimidade.

O conceito da razão comunicativa atribui às forças da linguagem orientada ao entendimento. A linguagem passa a ser considerada como um *medium* universal de incorporação da razão. Assim, Habermas entende a linguagem como um meio de superar as diferenças através de um “agir comunicativo”. Tão logo as forças convincentes das ações da fala assumem um papel de coordenação da ação, a própria linguagem passa a ser explorada como fonte primária da integração social (HABERMAS, p. 36, 1994).

Por outro lado, para um sistema jurídico possuir validade, isto é legitimidade, em primeiro lugar, é necessário ter eficácia na sociedade e em segundo lugar, ele deve ser justificado eticamente, enquanto que a validade jurídica de normas particulares depende de uma legalização conforme uma constituição que satisfaça aos critérios apresentados, além disso, essas normas jurídicas devem revelar por si mesmas um mínimo de eficácia social ou chance de eficácia, assim como um mínimo de justificativa ética, isto é, uma capacidade de justificativa.

Esta é a razão pela qual o conceito do direito é explicado pela pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica constituída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da vontade unida e coincidente de todos de cidadãos livres e iguais. (HABERMAS, p. 53, 1994).

Desse modo, é preciso que o direito continue insistindo que os sistemas dirigidos pelo capital e pelo poder administrativo não fujam inteiramente a uma integração social fundada por uma consciência que leva em consideração a sociedade como um todo.

Ocorre que, aparentemente essa pretensão é vítima do desencantamento sociológico do direito, que vê o direito como uma ciência isolada das outras ciências sociais, como a moral, sociologia, a economia e a política.

Contudo, em oposição ao ceticismo das teorias sociais do direito, as teorias filosóficas da justiça destacam, decididamente, o conteúdo moral das ordens jurídicas modernas. Estas construções racionais do direito servem para a fundamentação dos princípios, segundo os quais uma sociedade bem ordenada deveria ser organizada. Entretanto, nessa tentativa, elas se distanciam tanto da realidade das sociedades contemporâneas, a ponto de encontrarem dificuldades no momento de especificar condições para a realização desses princípios (HABERMAS, 1994, p. 65-66).

Com efeito, entender o direito com uma visão autopoietica, alienante, parte do pressuposto que a ciência jurídica foi marginalizada narcisisticamente e só pode reagir a problemas próprios, que podem, quando muito, ser provocados externamente.

Entretanto, é necessário aceitar um *medium* da “comunicação social geral”. Na conclusão de um contrato de arrendamento, por exemplo, o ato jurídico “se cruza” com uma transação econômica e com fenômenos da vida dos participantes.

Dessarte, através da interferência sistêmica entre direito, mundo da vida e economia, os sistemas parciais podem fazer mais do que simplesmente observarem-se uns aos outros ou apenas regularem-se a si mesmos. Eles podem comunicar-se entre si, porquanto toda comunicação especial é sempre será *uno actu*, isto é, uma comunicação social geral. Tal como a expressão não teórica, “mundo da vida” revela, é necessário aceitar um *medium* de comunicação comum para todas as comunicações sociais, no qual os códigos especiais dos sistemas parciais simplesmente estão ancorados.

Fundados nestas premissas, pode-se dizer que o direito detém uma função de ligação entre sistema e mundo da vida, que não se compatibiliza com a ideia de isolamento do sistema jurídico.

Cumprir dizer que o direito funciona como uma espécie de transformador, o qual impede, em primeiro lugar, que a rede geral da comunicação, socialmente integradora, se rompa. Comandos normativos só conseguem circular amplamente na sociedade através da linguagem do direito; sem tradução para o código do direito, que é complexo, porém aberto tanto ao mundo da vida como ao sistema, estes não encontrariam eco nos universos de ação dirigidos por meios (HABERMAS, 1994, p. 75-82).

Anote-se que a doutrina entende que o direito moderno é uma correia de transmissão abstrata e necessária, através da qual é possível passar solidariedade para as condições anônimas e sistematicamente mediadas de uma sociedade complexa, e consequentemente para as estruturas pretensivas de reconhecimento recíproco, as quais nós descobrimos nas condições de vida concretas (HABERMAS, 1994, p. 105).

O desenvolvimento mais ou menos linear que a doutrina descreve o conceito de cidadania quiçá se refira àquilo que os sociólogos conceituam como “inclusão” (HABERMAS, 1994, p. 108). Devendo até mesmo o direito privado passar por uma reinterpretação, quando da mudança de paradigma do direito formal burguês para o direito materializado do Estado social (HABERMAS, 1994, p. 120).

Um direito, afinal de contas é uma relação e uma prática social, em ambos os aspectos essenciais na expressão. Direitos são proposições públicas envolvendo

obrigações para os outros, assim como direitos contra estes. Direitos, aparentemente, pelo menos, são uma forma de cooperação social, sem dúvida, mas ainda, em última análise, a própria cooperação social.

Anote-se que direitos subjetivos não se referem, de acordo com seu conceito, a indivíduos atomizados e alienados, que se disputam possessivamente uns contra os outros. Como elementos da ordem jurídica eles se fundamentam na colaboração de sujeitos, que se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres, reciprocamente uns aos outros, como membros livres e iguais de direito. Este reconhecimento recíproco é constitutivo para a ordem jurídica, da qual é possível extrair direitos subjetivos que podem ser reivindicados judicialmente.

As histórias de vida e tradições culturais promovem o individualismo dos projetos de vida individuais e um pluralismo de formas de vida coletivas. Simultaneamente, as normas de convivência tornam-se reflexivas e impõe-se orientações de valores universais. A isso equivale, no âmbito da constituição de uma sociedade justa, a liberdade política do direito racional, isto é, a autolegislação democrática.

Cumprir notar que na medida em que tradições culturais e processos de socialização tornam-se reflexivos, transformam-se em consciência da lógica de questões éticas e morais, que resultam em estruturas de ações orientadas pelo entendimento que, sem o fundamento das cosmovisões metafísicas ou religiosas, imunes à crítica, como era no passado, as orientações práticas só podem ser obtidas, em última instância, através de argumentações, isto é, através de formas de reflexão do próprio agir comunicativo (HABERMAS, 1994, p. 131-132).

Destarte, podemos concluir que o direito não se limita a disciplinar estaticamente as relações de poder. O direito na verdade é uma realidade dinâmica, que se legitima através do poder comunicativo, que fundamenta a autoridade do Estado. Nesta mesma linha, podemos citar Birnfeld que entende a Constituição, a lei das leis, como um contrato social, isto é, “ambiente onde convivem o embate e o consenso, a ação e a reação, vitórias e derrotas. Um acordo que se afirma e reafirma, dinâmica e continuamente delineando os paradigmas de uma civilização (BIRNFELD, 2008, p. 12)”.

Note-se que embora reconheça-se os inevitáveis conflitos, as vitórias e as derrotas, tudo isto ocorre num ambiente que previamente foi pactuado dentro de um

contrato social, isto é, antes de tudo houve um consenso, e dentro deste se reconhece o conflito, que paradoxalmente é fruto deste consenso.

Portanto, para a reconstrução do se assenta no plano de uma explicação de significado do direito, é através do sistema jurídico que explicitamos os pressupostos nos quais os membros de uma comunidade jurídica moderna se apoiam quando pretendem legitimidade, sem apelar para motivos de ordem religiosa ou metafísica.

A conexão jurídica entre autonomia pública e privada duradoura não se limita as liberdades subjetivas de ação das pessoas privadas e às liberdades comunicativas dos cidadãos, deve se estender simultaneamente ao poder político, o que reclama uma ulterior necessidade de legitimação, isto é, a de canalizar o poder político executivo, de organização e de sanção, pelas vias do direito. Esta é o fundamento, lançando mão das condições a serem preenchidas para a produção do poder comunicativo e para o uso do poder administrativo ligado ao poder comunicativo (HABERMAS, 1994, p. 169-170).

É preciso ressaltar que no passado o direito tinha como fundamento as cosmovisões religiosas reconhecidas, ocupando uma base sagrada, interpretado por juristas teólogos, ficando subtraído do poder humano. Ainda, o detentor do poder político na qualidade de senhor supremo do tribunal estava subordinado ao direito natural. Posteriormente, o direito normatizado burocraticamente pelo senhor, o direito positivo pós moderno apoiava sua autoridade na legitimidade do senhor, mediada através da competência judicial, na sua interpretação de uma ordem jurídica dada preliminarmente, ou no costume, sendo que o direito consuetudinário extraía sua autoridade da tradição.

Porém, com a passagem para a modernidade, a cosmovisão religiosa obrigatória decompôs-se em forças de fé subjetivas, fazendo com que o direito perdesse sua indisponibilidade e a dignidade metafísica. A implosão do caráter sagrado do direito deixou para trás as ruínas de duas colunas: a do direito instaurado politicamente e a do poder utilizável instrumentalmente.

Assim, era imprescindível a busca de um substituto racional para o direito sagrado, que se autorizava por si mesmo, capaz de recolocar a verdadeira autoridade nas mãos do legislador político, entendido como um detentor do poder.

Anote-se que o conceito de autonomia política, apoiado numa teoria do discurso, abre uma nova perspectiva, ao esclarecer por que a produção de um direito legítimo corresponde à mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos. Este modelo coloca a legislação na dependência do poder comunicativo, baseado na premissa de que

o direito e o poder comunicativo surgem cooriginariamente da opinião em torno da qual muitos se uniram publicamente. Se o poder da administração do estado constituído conforme o direito, não estiver apoiado num poder comunicativo normatizador, a fonte da justiça, da qual o direito extrai sua legitimidade, secará (HABERMAS, 1994, p. 184-186).

Anote-se que para Hannah Arendt (*apud* HABERMAS, 1994, p. 187) o poder político não é um meio de imposição de interesses próprios ou a realização de fins coletivos, nem um poder administrativo capaz de tomar decisões obrigatórias coletivamente; ele é uma força autorizadora que se manifesta na criação do direito legítimo e na fundação de instituições. O direito se manifesta em ordens que protegem a liberdade política, em oposição às opressões que ameaçam a liberdade política a partir de dentro ou de fora, principalmente nos atos instauradores de liberdade “que dão vida a novas instituições e leis” (*apud* HABERMAS, 1994, p. 188).

Desse modo, é possível definir uma ideia de Estado de direito fundamentado nos princípios segundo os quais o direito legítimo é produzido a partir do poder comunicativo e este é novamente transformado em poder administrativo pelo caminho do direito legitimamente normatizado (HABERMAS, 1994, p. 212).

Fundado no princípio de que o direito legítimo emana do poder comunicativo, sendo novamente transformado em poder administrativo pela via do direito normatizado legitimamente, podemos afirmar que, estranhamente, a Administração Pública, inobstante mais próxima da interação do Estado e a sociedade, pouco avançou na linha destes princípios democráticos.

Cumprir destacar o papel da era das comunicações que produziu a elevação dos índices de informação e educação da cidadania, o que veio a despertar a consciência sobre seus interesses, seu poder e a natureza de sua relação com o Estado, o que levou a reivindicar maior participação nas atividades por ele desenvolvido.

Assim, as pessoas não mais se conformam em limitar-se a fazer a tradicional escolha dos governantes e, agora, reclamam progressivamente ser também ouvidas na tomada de decisões que envolvam seus interesses individuais e metaindividuais específicos, notadamente aquelas no encargo da Administração Pública que atua no nível mais próximo aos administrados (MOREIRA NETO, 2000, p. 12).

Anote-se que a Administração Pública como gestão de interesses gerais constitucionalmente cometida às organizações políticas, passou por várias fases evolutivas, que podemos resumir assim: a do absolutismo, a do estatismo e a da

democracia. Na época do absolutismo prevalecia o interesse do rei, caracterizando a Administração regaliana. A fase do estatismo, quando o interesse do estado prevalecia, foi caracterizado pela administração burocrática. Por fim, adveio a fase da democracia, ascendendo como prevalente o interesse da sociedade, definindo esta etapa da administração gerencial.

No nosso país a transição da administração burocrática para a gerencial está ocorrendo antes de completar a fase burocrática, eis que as atividades e comportamentos do Estado-administrador continuam aferrados ao patrimonialismo, ao paternalismo e ao assistencialismo personalizantes e ineficientes, herdados do Brasil colônia e pouco mudados no Império (MOREIRA NETO, 2000, p. 17).

Assim, para o êxito da adoção de um modelo de administração gerencial é preciso cumprir com determinados princípios técnico-administrativos, devendo ser lembrados, como de maior importância, o da autonomia e profissionalização. O princípio da autonomia pressupõe uma descentralização racional, com o objetivo de outorgar a flexibilidade a entidades e órgãos para cumprirem suas funções às diferentes necessidades de gestão da coisa pública, de acordo com suas características próprias e não obedientes a uma conformidade com um padrão burocrático geral predeterminado. Parte-se do princípio de que esta flexibilidade é indispensável para uma atuação eficiente e de baixo custo para a sociedade, o que não seria possível para um Estado congelado em órgãos e funções enrijecidas e burocraticamente estruturadas, que deve atuar num mundo em constante transformação no qual processos decisivos assumem forma de fluxos globais, que inclusive estão fora do alcance de medidas estatais (mercado financeiro, meio ambiente) (MOREIRA NETO, 2000, p. 23).

Já o princípio da profissionalização, vinculado ao da eficiência, visa afastar qualquer burocratização de entidade e órgão público além do mínimo indispensável para o cumprimento de suas tarefas, ou seja, o desempenho de suas atividades-meio. Assim, todas as tarefas devem ser necessariamente orientadas pela atividade-fim, isto é, pela finalidade (MOREIRA NETO, 2000, p. 24).

Cumprir, ainda, dois princípios jurídicos mais relevantes nas reformas da administração pública: o da transparência e da consensualidade. O princípio da transparência é daqueles de caráter instrumental para a realização dos princípios da participação e da impessoalidade, na medida que permite a efetiva aplicação dos dois tipos de controles da Administração Pública: estatais, efetuados pela própria Administração e pelos outros poderes e sociais, pelos cidadãos e pelas entidades da

sociedade civil (MOREIRA NETO, 2000, p. 25). Quanto ao princípio da consensualidade é importante citar que substitui, sempre que possível, a imperatividade pelo consenso nas relações estado-sociedade e à criação de atrativos para que os entes da sociedade civil atuem em diversas formas de parceria com o Estado (MOREIRA NETO, 2000, p. 26).

Neste sentido, a administração pública pode ser exercida tanto pelo modo da subordinação quanto da coordenação. A administração pública subordinativa é unilateral, hierárquica e linear, pondo fim as suas formas de atuação coercitivas no campo da gestão dos interesses públicos. A contrário senso, a administração pública coordenativa é constituída multilateralmente, equiordinada e radial, apresentando manifestações consensuais novas e em plena expansão. da sociedade civil e do progresso, e a parceria que potencia a ação desses dois atores

Como consequência da participação, a consensualidade aparece tanto como uma técnica de coordenação de interesses e de ações, como uma nova maneira de valorização do indivíduo, prestigiando, ao mesmo tempo, a autonomia de vontade, mola propulsora protagônicos: a sociedade e o Estado (MOREIRA NETO, 2000, p. 26).

Desse modo é que a ascensão da sociedade civil, se apresenta como um resultado de densificação da consciência de seus interesses e de ser ela própria a origem e destinatária do poder político, está produzindo uma rica tipologia contemporânea da consensualidade, envolvendo o Estado na produção de normas, na administração pública e na solução de conflitos, nos órgãos e formas alternativas de composição (MOREIRA NETO, 2000, p. 27).

Dessarte, o direito administrativo que se originou como o “direito do Estado” enquanto administrador, se transformou a ser um direito do Estado e dos administrados, tornando-se atualmente com seu fundamento constitucional e como sua extensão, um direito comum dos administrados face ao Estado administrador (MOREIRA NETO, 2000, p. 23). Portanto, conforme Moreira Neto:

Muito mais do que isso, é preciso mudar a mentalidade dos administradores públicos, para que não se considerem os senhores da coisa pública, olímpicamente distanciados dos administrados, como se não tivessem outra obrigação que a de meramente desempenhar as rotinas burocráticas para terem cumprido seu dever funcional (2000, p. 34).

Por outro lado, a consensualidade pelo caminho da participação política, vem alterando a atuação do Estado na legislação na administração e jurisdição. Com efeito, é

na Administração Pública o segmento mais aberto e mais diversificado para obter o consenso, tanto na esfera decisória como operacional. Assim é preciso anotar que Administração Pública de modelo unilateral, hierárquico e linear se esgotou, ao passo que a Administração Pública coordenativa, multilateral e radial manifesta-se com ideias novas e em plena expansão (MOREIRA NETO, 2000, p. 42).

Neste sentido, é imprescindível que a Administração siga estes pressupostos de atuação também no processo judicial, adotando uma linha de consensualidade e diálogo.

É preciso anotar, todavia, que a adoção de um processo consensual de modo algum visa abolir o princípio do contraditório. Pelo contrário, o princípio do contraditório no âmbito de processo consensual, tem por objetivo, com este redimensionamento, segundo Didier, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como espectador do litígio entre as partes. O contraditório é valorizado “como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida” (DIDIER, 2017).

Nesta mesma linha, no que diz respeito especificamente consensualidade, segundo Bacelar Filho, a predominância da autoridade no Direito Administrativo fez com que o vocábulo “negócio” fosse excluído do dicionário administrativo. O atributo de imperatividade dos atos administrativos corresponde à sacralização do poder estatal, que dificultava e ainda dificulta a compreensão de uma Administração inserida num contexto sob a égide da bilateralidade e o consenso.

Trata-se da razão pela qual a Administração Pública tanto resiste em aceitar os institutos da transação, porquanto adota uma interpretação mecanicista e, distante da realidade, do princípio da indisponibilidade do interesse público. Trata-se de uma visão que se baseia num conceito monolítico de Administração Pública, que faz a leitura de um “interesse público” absoluto e homogêneo, que nega interpretações dissidentes (BACELAR FILHO, 2007, p. 192-193).

Neste sentido, o Novo Código de Processo Civil dispõe “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (CPC, art. 6º). Portanto, não há dúvida alguma que, o ordenamento jurídico pátrio adotou a cooperação como princípio norteador do processo civil.

Imprescindível sinalar, ainda, a subordinação constitucional que a Administração Pública encontra-se sob o princípio da moralidade. Afigura-se aqui, no

caso concreto, o exemplo do ato legal em razão de ser fundamentado na lei, mas deformante da verdade do fato, viciando a vontade, infringindo a moralidade, levando à fraude. Aqui tratamos de atos que poderão ser avaliados, não só em função dos vícios, e sim pela influência que esses vícios possam ter na moralidade.

Neste sentido, a análise da moralidade é mais exigente do que a da ilegalidade e, sem dúvida, muito mais difícil. Anote-se que a imoralidade administrativa se disfarça na legalidade e a única maneira de pô-la a nu é proceder-se a uma análise desses dois elementos – o motivo e o objeto – em direta relação com o interesse público específico identificado como o elemento finalidade. Assim, este é a análise que se propõe para a percepção dos vícios da discricionariedade, isto é, o mal uso ou abuso dessa faculdade administrativa.

Do mesmo modo acontece com o vício da moralidade administrativa quando o agente público praticar ato administrativo, contrato administrativo e ato administrativo complexo visando objeto: a) impossível; b) desconforme e c) ineficiente (MOREIRA NETO, 2000, p. 63-69).

Neste aspecto, neste trabalho cumpre analisar os objetos desconforme e ineficiente. O objeto é desconforme quando ocorrer uma incompatibilidade lógica entre a escolha discricionária e o interesse público contido na regra da finalidade. A conformidade que interessa neste caso é com o dever de boa administração, que é obrigação do administrador. Toda vez que logicamente incompatível o objeto do ato praticado com esse dever há imoralidade administrativa, pois não poderia, o agente utilizar o poder estatal que está a seu cargo atingir um resultado contrário ao interesse público a que vai atender.

Já o objeto ineficiente acontece quando verificamos uma violação do dever da boa administração. É injustificável que o agente público malbarate ou desperdice recursos do Erário com escolhas que pouco ou mal atendem aos interesses públicos, para os quais foi empossado (MOREIRA NETO, 2000, p. 70).

Anote-se que a sujeição do Estado à sociedade foi, posteriormente, importante conquista política realizada pelas revoluções inglesa, francesa e americana, configurando o ordenamento jurídico de um sistema de legitimidade que fez com que surgisse o Estado Liberal e Democrático. Agora, nesta nova fase, a submissão do estado à moral, a mais ambiciosa e exigente das conquistas éticas, encontra-se num estágio embrionário, se integrando lentamente ao ordenamento jurídico, como um sistema autônomo de licitude, tornando possível, onde o Estado Democrático de Direito já está

maduro, a preparação do Estado de Justiça. Assim, é inaceitável deixar que o progresso se confunda com o mero crescimento da economia, solapando valores principais que devem unir e elevar os esforços das sociedades humanas (MOREIRA NETO, 2000, p. 75).

Portanto, tudo leva a crer que estamos diante de uma série de tendências em pleno curso, chamando a atenção de que a consciência dos interesses por parte da sociedade, sua capacidade de organização e o anseio de participação, ainda estão por produzir em próximo futuro outros instrumentos de colaboração no campo das atividades voltadas ao atendimento dos interesses públicos. É importante ressaltar que a consciência de interesses por parte da sociedade, sua capacidade de organização e o anseio de participação, no futuro produzirão ainda outros e mais importantes instrumentos de colaboração no campo das atividades voltadas ao atendimento dos interesses públicos.

Cumprir dizer, ainda, que a consensualidade vem se tornando, baseado nestes princípios de atuação da Administração, um princípio tão fundamental que o da imperatividade dos seus atos. É certo que a escolha que é legítima no Estado Democrático de Direito já não se limita exclusivamente aos agentes públicos, mas amplia-se ao como queremos ser governados.

Parece evidente, em termos de tendências, que o encantamento popular proporcionado pela Era da Informação colocará cada vez mais pressão o Estado a atingir a eficiência, da legitimidade e da sua capacidade de intervenção sobre as manifestações deletérias de poder que escapa da sua autoridade. E ainda deverá promover mudanças para atender essas demandas, inclusive como condição de sobrevivência do modelo de instituição estatal que hoje conhecemos.

Assim, o que aparentemente se tratava de uma crise do Estado, pode ser senão uma crise de seu funcionamento, razão pela qual a maioria das reformas que vem sendo desenvolvidas na atualidade em vários países não modificam propriamente o Estado e sim seu aparato administrativo, com o objetivo de dotá-lo, simultaneamente de maior eficiência e economicidade funcional (MOREIRA NETO, 2000, p. 140-141).

No campo do direito processual, no que diz respeito à ideia de uma administração pública fundada na consensualidade podemos citar a falta de cultura por parte do Estado para atingir à composição através da conciliação ou transação das lides em juízo. A razão de ser possui raízes culturais, eis que o positivismo jurídico realça a sobrevalorização das fórmulas escritas, juntamente com o estatismo, que exalta o papel

do Estado, aliada a uma processualística kafkiana (MOREIRA NETO, 2000, p. 221). Citemos, a título de exemplo de uma ideia de um processo civil voltado à justiça, a redação expressa na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939: “À concepção do processo como instrumento de luta entre os particulares, haveria de substituir-se a concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça” (SENADO, 2017).

Percebe-se, assim, que o Código de Processo Civil, já em 1939, procurava ordenar o rito dos tribunais conforme a ideia de instrumento de investigação da verdade, afastando a ideia de conflito, luta ou briga entre as partes. Assim doravante, o processo deveria ser fundamentado como um instrumento para o descobrimento da verdade e dessa maneira atingir a paz social.

Contudo, seguindo esta premissa, ainda não é afastada a ideia do conflito. Entretanto, atualmente, levando-se em conta os clamores da sociedade percebe-se uma revalorização da consensualidade, como uma fecunda alternativa ao exercício absoluto da coerção estatal. Novas soluções consensuais surgem neste movimento de socialização oferecem um sem número de vantagens sobre os tradicionais procedimentos imperativos, que podemos citar, como exemplo:

- 1) Serve para melhorar a governabilidade dos Estados, aliviando as inúmeras atividades que lhes são impostas, apresentando vantagem no campo da eficiência;
- 2) Oferece novos mecanismos de prevenção e controle contra o abuso do poder estatal, o que vem a ser uma conquista no campo do princípio da legalidade;
- 3) Assegura mais ampla e detida atenção a todos os interesses envolvidos, garantindo um avanço no campo da justiça;
- 4) Possibilitam decisões mais aceitáveis e facilmente acatáveis, o que representa um avanço no campo da legitimidade;
- 5) Incentivam a participação responsável dos indivíduos, podendo ser considerado como um progresso no campo do civismo (MOREIRA NETO, 2000, p. 223).

Podemos dizer, assim, que cada vez mais a Administração Pública do Estado Democrático de Direito, que deve se pautar pela eficiência, pluralismo e participação, deve se preparar para a possibilidade de permitir à máquina estatal à participação dos administrados, assim como estabelecer mecanismos para que os diferentes interesses em conflito possam encontrar a solução no âmbito interno da própria Administração, evitando-se, desse modo, controvérsias jurídicas intermináveis, favorecendo, por outro

lado, a aceitabilidade das decisões pelos atingidos e, sobretudo, pela própria coletividade.

Neste sentido, podemos observar o crescente desprestígio das decisões administrativas unilaterais, assim como a abertura das portas da Administração para a procura de soluções consensuais, consolidando assim o modelo de uma administração pública consensual. Abrem-se nesta perspectiva de “transações” e soluções conjuntas da Administração e os administrados, com o fim de possibilitar maior justiça e eficácia na atuação administrativa concreta (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 45).

Anote-se que a democracia moderna fundamenta-se na possibilidade de controle eleitoral e, a partir daí, na própria opinião pública, fundamentalmente em face dos poderosos meios modernos de comunicação de massa. Contudo, isto não significa que são somente os poderosos meios de comunicação que, tais como jornais, revistas, televisão devem ser vigilantes na causa democrática, mas também os cidadãos, quer valendo-se da ação popular (CF, art. 5º, LXIII), quer pela ação das organizações não governamentais (ONGs, etc).

É preciso sinalar que a ideia de uma “democracia de participação” e de uma “administração pública consensual”, assim como os fundamentos reitores da atuação administrativa da eficiência, imparcialidade e moralidade, apontam nesse contexto, para uma intensificação dos mecanismos de participação direta dos administrados no procedimento administrativo levado a efeito no seio da Administração Pública (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 45).

Em resumo, a necessidade de participação dos administrados, como consequência direta do fundamento democrático, não pode se limitar as formas de sufrágio, pelo contrário, a Administração Pública deve atuar de maneira transparente, autorizando enquetes, consultas, audiências, garantindo o direito dos administrados de apresentarem objeções e reclamações, possibilitando o direito de audiência e participação no procedimento administrativo etc. A possibilidade de participação ampla dos administrados na ação administrativa é o elemento que molda a ordem democrática imprescindível em todo processo de formação de vontade e decisões (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 46).

Por outro lado, nesse conflito de realidades, porém, constata-se a evidente incapacidade dos governos democráticos de dominarem os conflitos da moderna sociedade pluralista e complexa, o que chama os riscos de uma mais grave crise de ingovernabilidade, pelo motivo de, dentre tantos fatores, da sobrecarga resultante da

desproporção crescente entre o número de demandas originárias da sociedade civil e a capacidade de resposta do aparato governamental e político, de nível de fluidez com que as demandas são encaminhadas ao Estado para serem atendidas no mais breve tempo possível; maior intensidade dos conflitos sociais nos regimes democráticos do que nos autocráticos, onde as demandas e os conflitos tendem a ser reprimidos; da diluição do poder nos regimes democráticos, criando uma tendência de conflitos entre os próprios centros de poder; impossibilidade de construir os debates de interesses em um processo totalmente racional e sem contradições.

Anote-se que o modelo pluralista traz, ainda, como risco a possibilidade de se buscar soluções imediatistas, empurrando para o futuro distante as providências necessárias de longo prazo, além de favorecer a perda de fundamental fator de integração da comunidade, em razão da ideologia do Estado e de certeza de orientação a ela associada. Desse modo é que o Estado pluralista apresenta outras fraquezas, tal como o risco de uma inadequada defesa de interesses. Várias vezes os interesses existentes em comunidades se mostram de forma desproporcionalmente forte ou fraca, isto é, em medida inadequada ao número de interessados ou ao peso, relevância ou importância.

Por outro lado, as grandes associações impõem seus interesses com peso desarrazoado (como interesse de segmentos econômicos por uma menor carga fiscal), ou as minorias veem seus interesses relevantes preteridos. Frequentemente, os interesses gerais (comuns a todos os cidadãos) contam com menor empenho e se organizam com maior dificuldade do que os interesses particularizados, o que prejudica uma ação estatal orientada pelos interesses comuns de longo prazo (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 47).

Anote-se que o risco da influência exacerbada de interesses particulares, assim como a desagregação da harmonização democrática de interesses expõe a necessidade de conter os interesses particularizados à luz de um juízo de razoabilidade em favor dos interesses gerais, como obrigação indeclinável do Estado Democrático de Direito, que deve ser pautado pela eficiência, participação e pluralismo, que, para tanto, inobstante deve possibilitar o debate franco e aberto e possibilitar negociações em favor do bem comum, deve atuar com firmeza, sem se tornar um Estado fraco. Necessário, ainda, a recomendada transparência, deixando-se às claras as influências ocultas, expondo as ações dos grupos de interesse à crítica e ao controle do Estado.

É preciso sinalar que essas contradições podem levar mesmo a se questionar se, no mundo atual, pluralista (da comunicação), a forma democrática de Estado é a mais eficaz para a regulação eficaz de interesses. Todavia, a única certeza que se tem é de que ninguém possui a fórmula racional e universalmente convincente que se possa convencer a todos sobre uma alternativa ao compromisso democrático. Pelo contrário, a pluralidade de grupos concorrentes constitui, na sociedade contemporânea, garantia essencial contra os riscos de um poder de Estado totalitário, eis que o Estado Democrático de Direito (eficiente, pluralista e participativo) é a alternativa ao estado totalitário, que participam, ainda, os grupos pluralistas de interesses e opiniões como fiéis adicionais de garantia à liberdade no esquema de balanço (e separação) do poder, limitando-se e controlando-se, reciprocamente, bem como aos órgãos de Estado.

Anote-se que o Estado Democrático de Direito (eficiente, pluralista e participativo) demanda, neste sentido, uma imprescindível melhoria no funcionamento dos órgãos de decisão do Estado. É imprescindível para o Estado que a Administração Pública se torne mais dúctil e flexível; exigindo-se, com maior intensidade e eficiência da máquina pública.

Por outro lado, tornam-se necessários a negociação e um amplo e aberto diálogo entre os grupos de interesse, principalmente, destes com os órgãos do Estado, através de debates permanentes, em que se possam contraditar forças sociais, interesses e ideias, de maneira a permitir o esclarecimento, a modelagem e a alteração das metas políticas de um Estado que necessita ser atuar prospectivamente.

Nesta época de democracia, o método legítimo e adequado para a composição otimizada de interesses reclama o máximo de participação dos cidadãos em debates e compromissos abertos, além da imprescindível abertura à adoção de soluções administrativas consensuais e acordadas. Com estas atitudes ficam fortalecidos alguns dos princípios do Direito Administrativo moderno, como a participação decisória dos cidadãos, exigência de controles mais eficientes de razoabilidade, de oportunidade e de mérito, além de mecanismos operativos de responsabilidade etc (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 48-49).

Atinente à estrutura administrativa, é imprescindível a desburocratização, assim como a aproximação da Administração Pública dos administrados, tanto em razão de exigência da legitimidade, como para que bem possam controlar os atos e atuação administrativa, assim como a demanda por eficiência, com o objetivo de que os anseios da coletividade sejam satisfeitas mediante a atuação de órgãos mais próximos daqueles

que o utilizam. Neste sentido, a Administração Pública moderna para ser eficiente deve ter presente que o Estado não se trata de mero instrumento de garantia da propriedade, mas deve formular e concretizar políticas públicas estratégicas na área social, como científica e tecnológica. Exige-se um Estado que seja capaz num mundo globalizado dispor de estratégias inovadoras, que utilize técnicas gerenciais modernas, que seja apto a satisfazer às novas necessidades dos administrados, mas que não renuncie a sua visão pública (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 50).

A Constituição de 1988 exige um Estado Democrático de Direito (eficiente, pluralista e participativo) que, além de democrático e social, na essência, deve ser também mais do que eficiente, exige-se um Estado voltado para as questões sociais, orientado por normas postas de Direito e guiado por valores gerados pela própria sociedade (legítimo e democrático). Trata-se, dessarte, de um Estado que, em especial em países pobres, em nome da dignidade da pessoa humana, possa assegurar a liberdade de proporcionar o atendimento dos mínimos sociais existenciais, ou seja, para ser possível maximizar a possibilidade de existência digna (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 50).

Assim, o Estado pluralista exige uma dimensão infra-estrutural da Administração, tanto quando atua por meio de atos genéricos, assim como igualmente quando atua de maneira individual, eis que tais atos não afetam, normalmente, apenas os destinatários imediatos, mas produzem efeitos que transcendem muito além das pessoas visadas, como por exemplo, as subvenções, as autorizações de construções ou para a abertura de uma indústria).

Neste sentido, a Administração conformadora/infra-estrutural do Estado pluralista não pode mais se limitar o presente, mas deve se pautar por um comprometimento de preparo para um futuro, razão pela qual deve adotar um plano de desenvolvimento e diretivas. Administração, assim, não se limita a se posicionar perante o administrado como uma entidade eminentemente autoritária, assim como limitar-se a ser um complexo de fornecimento de prestações individualizadas, mas possui indiscutível “função conformadora da sociedade”, com a incumbência de zelar pelo equilíbrio de posições jurídicas antagônicas.

A Administração Pública conformadora, assim, especialmente nos Estados mais pobres, nos quais os recursos são mais escassos, transforma-se em uma entidade de composição de interesses (públicos e privados) das mais diferentes naturezas, movida

pelo princípio da eficiência administrativa, que deve contemplar a longo prazo (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 51).

A Administração Pública conformadora que molda o Estado Democrático de Direito (eficiente, pluralista e participativa) deve estar atenta à coexistência de valores individualistas com a persistência de valores concernentes à solidariedade social. Assim, as decisões de uma Administração Pública moderna não se limitam a resolver problemas concretos e isolados, relativos a administrados individuais, mas muitas vezes, criam condições gerais e premissas para novas decisões.

Cumpra anotar que esta multilateralidade exige, conseqüentemente, o aumento da proteção jurídica dos administrados perante a Administração Pública, eis que a atuação administrativa pode afetar indivíduos distintos dos imediatos destinatários, tornando necessário a salvaguarda as posições jurídicas de terceiros (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 52).

Dessarte, o Estado Democrático de Direito, eficiente, pluralista, participativo e infra-estrutural autoriza a consolidação da ideia de uma “administração concertada”, como modelo de administrar, através do qual, a Administração Pública, em princípio, renuncia à imposição de seu próprio critério de modo imperativo e unilateral e empreende esforços para encontrar um ponto de equilíbrio adequado para os interesses públicos que deve atingir e os interesses particulares das pessoas físicas e jurídicas, sem o concurso de quem, mais dificilmente, pode perseguir seus objetivos.

Neste sentido, quando à Administração é obrigada a cumprir determinada finalidade, zelando pelo atendimento de determinado interesse público, em determinadas oportunidades ela pode despir-se de seu manto de poder e prescindir da possibilidade de atuar autoritariamente em favor de uma solução consensual, através de acordos com os administrados.

Neste sentido, a transação tanto pode ser utilizada tanto para prevenir quanto para encerrar litígios. É a lei, portanto, que poderá prever a possibilidade de transação administrativa, seja preventiva ou terminativa. Anote-se que transação administrativa está submetida, em linhas gerais, a regime jurídico diferente do que é aplicável à transação privada, razão por que se pode dizer que a transação administrativa não é a mesma do direito privado. Todavia, à transação administrativa se aplica supletivamente as normas de direito privado.

Anote-se que a transação se trata de um instituto jurídico universal e perene, podendo abranger situações tanto do Direito Público quanto do Direito Privado. Os

fundamentos básicos da transação são os mesmos para todos os ramos do direito. É preciso sinalar que a teoria da transação foi erigida no direito privado e não seria razoável, desse modo, as normas do direito privado devem ser aplicadas supletivamente à transação administrativa, observando os princípios e peculiaridades do direito público (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 325-327).

Neste sentido, a Administração Pública deve mudar porque o Estado está se transformando pressionado pelas mudanças da sociedade. Fenômeno que ocorre no Brasil e no mundo, todavia com intensidade e ritmo nem sempre uniforme, de acordo com a inserção de cada país no fluxo da civilização ocidental, sendo inevitável a necessidade de conhecer as tendências para a melhor escolha de alternativas de adaptação, na busca de respostas eficientes. Não se deve deixar de observar neste período da história a transformação das sociedades, que podemos descrever como a mobilidade da informação, que altera a noção de tempo e distância com o uso da informática e redes de comunicação; a mobilidade da produção, que internacionaliza a economia, passando a produzir insumos padronizados; a mobilidade financeira, que muda o fluxo dos capitais ao redor do mundo, surgindo uma nova era do capitalismo de terceira geração e a moeda eletrônica, internacionalizando o sistema financeiro global; a mobilidade social, deixando de ser apenas na vertical, uma conquista da revolução industrial, mas passa a ser também na horizontal, observando-se a tendência que pluraliza as expressões das múltiplas relações interpessoais, continuamente produzidas no Estado contemporâneo (MOREIRA NETO, 2000, p. 37-38).

Desse modo, o retraimento da imperatividade e a tendência reequilibradora da afirmação imemorial da coerção, são os fundamentos do Estado que vai se conformando ao influxo dos princípios mencionados, reconhecendo-se que o não só possui limites jurídicos, como condicionantes políticas para que se possa ser alcançada maior eficiência administrativa.

Anote-se que no passado o único limite que atuava era o moral, inspirada pelo sentimento religioso. Contudo, com o Estado de Direito surgiu o limite da legalidade, estabelecido pela lei. Através do Estado Democrático de Direito afirma-se o limite da legitimidade, dependendo do consenso sócio-político, cabendo lembrar que a participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias modernas, uma vez que contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência), propiciam mais freios contra o abuso (legalidade), assegura a atenção de todos os interesses (justiça), proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade), desenvolve a

responsabilidade das pessoas (civismo) e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem) (MOREIRA NETO, 2000, p. 40-41).

Portanto, o direito ao acesso à justiça, consequência da conquista do Estado Democrático de Direito, não pode ser justificado única e exclusivamente na lei, ou no *jus imperium*. Antes de tudo, o Estado Democrático de Direito conquista sua legitimidade quando fundamenta sua atuação quando entende que o direito é um meio de comunicação entre os atores sociais, eis que superada a época que o poder era legitimado pela força das armas ou pela autoridade religiosa. Assim, a Administração Pública, como instrumento do Estado do Estado Democrático de Direito destinado a promover o bem comum deve prescindir de atuar o interesse puramente estatal, denominado “interesse público”, para obter soluções consensuais, inclusive na gestão de conflitos perante o Poder Judiciário.

5 POSSIBILIDADES E REQUISITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARTICIPAR DE AMBIENTES NÃO NEGOCIAIS PARA A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Os direitos fundamentais foram consagrados primeiramente nas cartas de direitos inglesas, que tiveram influência fundamental para sua adoção na sua ex-colônia no novo mundo, que foram positivados no *Bill of Rights* americano, nas 13 emendas constitucionais subsequentes.

Em *Marbury vs. Madison* foi assegurada a judiciabilidade da constituição, isto é, a possibilidade de ser invocada em juízo, o que permitiu conseqüentemente a possibilidade dos cidadãos demandarem judicialmente seus direitos.

Por sua vez, os direitos sociais coletivos, tiveram origem nas leis fabris de 1815, que regulamentaram a jornada de trabalho e a proibição de menores no setor de manufatura. Além dos direitos dos trabalhadores foram declarados outros direitos coletivos, como a saúde, a educação, o acesso à justiça e a razoável duração do processo.

Cumprido dizer que ao analisarmos os direitos do cidadão, em especial ao direito ao acesso à justiça e à razoável duração do processo, concluímos que muitos deles não são concretizados, assim como muitos direitos, por razões estruturais, sendo necessário criar condições para que isso aconteça, sob pena das promessas terminarem no vazio.

Deve ser lembrando, ainda, o "poder invisível", não tão invisível assim no

Brasil, isto é, a presença de núcleos poderosos que dominam as políticas do Estado fazendo este agir com fins diferentes daqueles que pomposamente se anuncia, o que representa outro entrave à concretização dos direitos.

De qualquer sorte, uma vez que foram assegurados os direitos fundamentais e sociais, com as devidas ressalvas de falta de condições estruturais, crises econômicas, regimes autoritários e o mau uso do *jus imperium* da Administração, hoje os juristas se debruçam com o direito de acesso à justiça.

O estudo do acesso à justiça tem por objetivo de concretizar e não se contentar em serem meramente simbólicos – os direitos do cidadão, um ato corajoso que exige reformas e uma criatividade inovadora. Neste sentido, é imprescindível ressaltar a atuação positiva do Estado para assegurar a todos esses direitos sociais básicos, em especial, o direito de acesso à justiça através da transação por parte da Administração, que é objeto deste trabalho. Assim, este movimento pelo acesso à justiça é imprescindível para concretizar, ou melhor ainda, tornar realmente acessíveis a todos os direitos supracitados.

Conforme vimos, a solução do conflito pelo Poder Judiciário (jurisdição estatal) decorre de suas atribuições constitucionais, vindo a impor a solução aos conflitos, inclusive no que diz respeito à Administração Pública, eis que nosso país não adotou o sistema do contencioso administrativo, tal como muitas nações da Europa.

No caso da arbitragem trata-se de um método privado e alternativo à solução judicial de conflitos, desde que esses conflitos sejam decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis, que recentemente a Administração Pública foi autorizada a participar, nos termos da Lei nº 9307/96, modificada pela Lei nº 13.129/2015)³⁷. Assim como acontece com a jurisdição estatal, a solução para o conflito vem imposta por um terceiro, estranho às partes e ao Poder Judiciário.

Na conciliação, a pessoa encarregada, seja o juiz, ou conciliador, limita-se a sugerir uma solução, contudo, não lhe é permitido obrigar sua sugestão de modo compulsório, tal como ocorre ao árbitro ou ao Poder Judiciário. O conciliador, ou o juiz, procura persuadir para que as partes consintam na análise do caso e oferecimento de alternativas para a solução do conflito, que deverá ser adotada pelas partes de modo espontâneo. Conforme vimos supra, do resultado da conciliação surge a transação, isto

³⁷ Lei nº 9.307/96, art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1o A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (...).

é, o acordo entabulado entre as partes, que atingiu a resolução do conflito. Conforme vimos, não há conciliação sem acordo entre as partes, tal como ocorre nas soluções judiciais e arbitrais, quando o juiz ou arbitro podem resolver o litígio inobstante a falta de acordo entre os litigantes.

Na mediação, modo diverso, um mediador, neutro e imparcial, limita-se a auxiliar as partes a resolver o litígio sem sugerir ou impor a solução ou ainda sem interferir nos termos do acordo. Assim como na conciliação, o resultado da mediação é a transação.

A resolução dos conflitos por meio do Poder Judiciário ou pelo mediador configura uma heterocomposição, eis que foi atingida por meio de um terceiro investido de poder para determinar, em sentença, a solução para o conflito entre as partes litigantes.

No caso da conciliação e a mediação a resolução do conflito se dá por autocomposição, ou seja, o mediador e o conciliador se limitam, respectivamente, orientar as partes e sugerir a solução do conflito, de maneira que não lhes é autorizado impor qualquer solução.

Anote-se que a Administração Pública pode ser demandada em juízo tanto no polo ativo como no polo passivo. Fazendo parte da relação processual, o Município, o Estado/DF ou a União poderão ativamente contribuir para a efetivação do acesso à justiça propondo-se a conciliar seus interesses, contribuindo para a paz social e a celeridade da demanda.

Por outro lado, os entes públicos poderão adotar a estratégia de interpor inúmeros recursos de ordem protelatória, aumentando o ônus ao Erário com acréscimo de juros e correção monetária, em especial nas causas que envolvam prestações pecuniárias.

Cumpra anotar o advento das Leis nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre a instituição e competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal e nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que disciplina as competências Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, autorizam os entes públicos a conciliar seus interesses em juízo, propiciando uma forma de acesso à justiça, pacificação social e prestigiando a celeridade da prestação jurisdicional, dando fim à lide³⁸.

³⁸ Lei nº 10.259, art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não. Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas

Por sua vez, a União promulgou a Ordem de Serviço nº 13, de 9 de outubro de 2009, com o fim de disciplinar o procedimento e os valores máximos para efetuar acordos e transações em juízos.

É importante mencionar, ainda, a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, que é orientada pelos princípios da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé³⁹. O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes que tem por função conduzir o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito⁴⁰.

A Lei nº 13.140/2015 prevê a existência da mediação judicial e extrajudicial (arts. 21 e 24) e na hipótese de controvérsia jurídica que envolva a Administração Pública federal direta, suas autarquias e fundações poderá ser objeto de transação por adesão, desde que autorizado pelo Advogado-Geral da União, fundado na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores, ou em parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República (art. 35, inciso I e II).

Neste sentido, a Lei nº 13.140/2015 prevê a possibilidade da Administração, espontaneamente, transigir e reconhecer o pedido administrativo, quando o pedido estiver fundado na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores, sendo um importante indicativo de que finalmente a Administração reconhecerá que seus atos devem se submeter ao princípio de que o sistema constitucional brasileiro confere ao Poder Judiciário dar a palavra final nos litígios judiciais. Assim, uma vez pacificada a jurisprudência, não pode mais a Administração

públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

Lei nº 12.153, art. 8º. Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.

³⁹Lei nº 13140/2015, art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé. § 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação. § 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

⁴⁰Lei nº 13.140/2015, art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes. § 1º O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito. § 2º Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação.

por capricho, ou espírito protelatório resistir à pretensão já pacificada nas cortes superiores.

A lei teve o cuidado de conceder efeitos gerais à resolução administrativa oriunda da transação, que será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia (art. 35§3º). Não se deve deixar de louvar esta disposição da lei ao conceder efeitos gerais para casos idênticos, eis que se trata de medida de equidade, fundado na ideia de que a casos iguais devem ser concedidas soluções também iguais.

Anote-se que o espírito da razoável duração do processo com ênfase na conciliação também não passou despercebido pelo Novo Código de Processo Civil, ao determinar que os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, que serão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição⁴¹. Há um regramento próprio da conciliação no Novo Código de Processo Civil (art. 165 e seguintes), que observará os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada⁴².

Considerando a notória litigiosidade que existe entre particulares e administração pública, o Novo Código de Processo Civil que determina que:

⁴¹ Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

⁴² Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

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

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

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

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

Neste sentido, pretende o legislador que a Administração Pública adote uma postura ativa visando a solução consensual de conflitos dispensando, assim, a intervenção judicial e, quando couber, poderá a Administração até mesmo celebrar termo de ajustamento de conduta. Tratam-se de importantes inovações, mas cujo efeito prático dependerá enormemente de uma mudança de mentalidades, conforme veremos depois.

Tecidas estas considerações, passemos a analisar os requisitos para a Administração transigir seus interesses em juízo.

5.1 NECESSIDADE DE LEI AUTORIZATIVA

O primeiro requisito seria a edição de lei pertinente à pessoa de direito público autorizando o Ente Público participar de ambientes não adversariais para a resolução dos conflitos. Anote-se que, conforme vimos supra, a Lei Federal do Juizado Especial da Fazenda Pública autoriza aos procuradores celebrar acordo em juízo. Todavia, conforme o princípio da legalidade, é imprescindível haver lei específica regulando sobre o este assunto, em especial, que atenda aos interesses, peculiaridades e a diversidade das nossas unidades federativas.

Anote-se que a edição de lei que preveja as situações que a Fazenda Pública poderá participar de ambientes não adversariais para a resolução dos litígios se trata de poder discricionário, sob pena de ferir o equilíbrio do poder que é inerente ao pacto federativo. Trata-se de uma delicada questão, considerando o histórico autoritarismo centralizador que em muitas épocas foi reinante no nosso país. É preciso levar em consideração que a questão envolve o interesse de 26 estados e 5561 municípios da

Federação, números fornecidos pelo IBGE⁴³, sendo alguns entes federativos muito ricos, outros muito pobres.

Por outro lado, deixa de ser poder discricionário caso o ente público se propositalmente se omitir em não legislar sobre a participação da Fazenda Pública em ambientes não adversariais para resolução de conflitos, tratando-se de um típico caso de inconstitucionalidade por omissão, atacável por ação direta de inconstitucionalidade por negar acesso à justiça e a razoável duração do processo.

Com efeito, não seria razoável esperar esta conduta do ente público num Estado Democrático de Direito, uma vez que é nele em especial que se espera não só o cumprimento das leis, como também propiciar o acesso à justiça.

Anote-se, ainda, a oportuna observação de Serau no sentido de que é consensual o princípio de que os direitos fundamentais são irrenunciáveis e inalienáveis o que, em tese, inviabilizaria os processos de mediação/conciliação para resolução dos conflitos sobre estes direitos. Contudo, analisando com maior profundidade, a mesma doutrina afirma que, havendo autorização legal expressa, autoriza a transação ou conciliação relativos a direitos indisponíveis – inclusive os fundamentais (SERAU, 2014, p. 52-53).

5.2 PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA

Outro requisito para a Administração Pública resolver seus litígios em ambientes não adversariais seria a previsão orçamentária.

Com efeito, considerando as inúmeras hipóteses que a Administração discute direitos patrimoniais, de nada adiantaria se dispor em participar de ambientes não adversariais para resolver seus litígios sem a disponibilidade orçamentária para os acordos.

Anote-se que nestes casos a alocação de recursos é fundamental para a Administração honrar os eventuais acordos. Com efeito, conforme bem explica Sunstein, o custo dos direitos implica dolorosamente, mas realisticamente, que os poderes executivos e legislativos extraem e realocam recursos públicos, o que substancialmente afetam o valor, escopo e previsibilidade dos nossos direitos (SUNSTEIN; HOLMES, 2000, p. 29).

⁴³ Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm Acesso em 17 de julho de 2016.

Caso o Estado não investir recursos que visam encontrar soluções com o objetivo de proporcionar o acesso à justiça em favor do cidadão nas controvérsias entre estes e a Administração, de nada adiantará os nobres objetivos do Estado Democrático de Direito, inobstante pomposas promessas contidas na Carta Magna, não sendo possível criar as condições para que os direitos sociais se realizem, conforme lembrou Bobbio, como vimos no início deste trabalho. Dessarte, o acúmulo das escolhas da comunidade para gastar decisivamente afeta a extensão de quais os direitos fundamentais são protegidos pelo governo (SUNSTEIN; HOLMES, 2000, p. 30).

Não se pode esquecer ainda a não desprezível atuação do “poder invisível”, que no Brasil apresenta-se visibilíssimo, formados por grupos que atuam à sombra que recebem importante fatia do orçamento em favor de seus interesses nem sempre legítimos. Trata-se de uma dinâmica que enfraquece as pretensões legítimas de acesso à justiça em favor do cidadão, o que frustra os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Anote-se que levar em conta o custo dos direitos levanta várias questões adicionais, não apenas sobre quanto dos vários direitos atualmente custam, mas também quem decide como alocar os recursos públicos escassos para a proteção destes direitos, e para quem. Que princípios são comuns invocados para guiar estas alocações? E podem estes princípios ser defendidos? A atenção aos custos dos direitos individuais podem lançar novas luzes sobre a velha questão como a dimensão apropriada sobre os direitos do estado social de direito e a relação entre governo moderno e os direitos liberais clássicos. Decisões de políticas públicas não devem ser feitas fundado na imaginária hostilidade entre liberdade e arrecadação de impostos, se estes fossem genuinamente um mal, todas nossas liberdades fundamentais seriam candidatas à abolição (SUNSTEIN; HOLMES, 2000, p. 31).

Neste sentido, em última análise, para levar a sério o princípio do acesso à justiça e o direito à razoável duração do processo será necessário à sociedade decidir, por meio da votação da lei orçamentária, se realmente deseja financiá-los. Anote-se que a questão é séria, eis que em verdade todos os direitos são positivos e todos os direitos consequentemente necessitam de uma intervenção do Estado.

A título de exemplo, citemos o precedente *Roe v. Wade*, de 1973, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que impedir uma mulher de abortar feria a 14ª emenda à Constituição que assegurava a privacidade e que ninguém poderia ser privado de um direito sem o devido processo legal. A Suprema Corte decidiu que era

direito abortar até a sua viabilidade. A decisão revogou várias leis estaduais e federais que proibiam o aborto nos Estados Unidos.

Alguns anos após outras implicações de *Roe v. Wade* apareceram. Em *Maher v. Roe* a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que o governo não tinha a obrigação de custear abortos em mães carentes em razão de que “uma mulher indigente que deseja abortar não sofre prejuízo em consequência da decisão do estado em subsidiar partos”. A decisão da Suprema Corte entendeu que o legislador se recusou a pagar esta conta em particular negando pagar aborto a uma mulher pobre não viola o direito de escolha da mulher. A liberdade de escolha de maneira alguma não resulta num benefício constitucional por financiamento para provê-la de uma ampla gama de escolhas protegidas.

Os casos citados servem de exemplo àqueles que classificam os direitos em “positivos” e “negativos”. Direitos negativos assegurados no caso *Roe* e direitos positivos negados em *Maher*. Mas esta distinção faz sentido? Ao longo do tempo foi assegurado uma vasta gama de direitos que são tão diversos que uma generalização sobre eles estão além do nosso alcance. Como se pode pensar sistematicamente sobre direitos tão díspares como direito de greve, liberdade de consciência, direito de processar jornalistas por difamação, direito de não usar algemas?

Cite-se o caso do direito de greve. É lugar comum dizer que o direito de greve é um direito social. Mas para seu exercício não depende de uma prestação do Estado. Pode-se dizer então que é um direito positivo (SUNSTEIN; HOLMES, 2000, p. 35-37)?

O direito de ir e vir seria comumente chamado de um direito negativo pela doutrina tradicional, em que exige um *non facere* do Estado. Ocorre que o governo tem que manter as ruas e estradas em condições para serem usadas, embora isto represente custo ao Erário e requeira um ato afirmativo. Igualmente, o direito de propriedade exige do governo que ele mantenha o aparato repressivo policial, bem como o aparato judicial para obrigar o cumprimento do direito de propriedade (SUNSTEIN; HOLMES, 2000, p. 52).

Isto não significa que as decisões políticas da mais alta relevância devem ser feitas por contadores, mas sim apenas por autoridades e cidadãos que acreditam na democracia devem levar o orçamento em consideração (SUNSTEIN; HOLMES, 2000, p. 97-98).

Portanto, a previsão orçamentária para a Administração honrar as conciliações obtidas nos ambientes não adversariais para resolução dos conflitos em ambientes não

adversariais é tão importante quanto a previsão legal para fazê-lo, sob pena de mais um direito ficar previsto apenas no plano das intenções.

5.3 AUTORIZAÇÃO DO AGENTE POLÍTICO

É importante sinalar que todo agente público se submete ao controle hierárquico exercido pela Administração Pública. Assim, nenhum agente público detém poder absoluto para a prática dos atos da administração, eis que sua atuação é limitada pelo poder hierárquico. Na definição de Hely Lopes Meirelles:

Poder hierárquico é o que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores de seu quadro de pessoal (...). O poder hierárquico tem por objetivo ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas, no âmbito interno da administração pública. Ordena as atividades da Administração, repartindo e escalonando as funções entre os agentes de poder, de modo que cada um possa exercer eficientemente o seu encargo; coordena, entrosando as funções no sentido de obter o funcionamento harmônico de todos os serviços a cargo do mesmo órgão; controla, velando pelo cumprimento da lei e das instruções, e acompanhando a conduta e o rendimento de cada servidor; corrige os atos administrativos, pela ação revisora dos superiores sobre os atos dos inferiores. Desse modo, a hierarquia atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento de serviço, e age como meio de responsabilização dos agentes administrativos, impondo-lhes o dever de obediência.

Neste sentido, o que mais interessa à conciliação dos interesses da Administração é que estes atos sejam supervisionados por servidores hierarquicamente superiores no uso dos meios de controle interno da administração pública, que podem ser anteriores, concomitantes e posteriores à prática dos seus atos, fundamentada, como analogia, o art. 77 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui as normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal: a verificação da legalidade dos atos de execução orçamentária será prévia, concomitante e subsequente.

Com efeito, o ato administrativo no qual autoriza a Administração compor seus interesses em ambientes não adversariais, tanto em juízo quanto fora dele, envolverá necessariamente a autorização da autoridade superior, observando os princípios do poder hierárquico, que tem por objetivo de controlar e corrigir as atividades administrativas na seara interna da Administração Pública, com o fim de coibir os tantos abusos cometidos por esta, desde longa data, já mencionados nesta dissertação.

5.4 AUSÊNCIA DE DOLO COM O OBJETIVO DE FRAUDAR O REGIME DO PRECATÓRIO

Por fim, o último requisito para a administração conciliar seus interesses é o da ausência de dolo para evasão do regime do precatório. Sinala-se que o Código Civil dedicou um capítulo acerca da invalidade do negócio jurídico, cominando de nulidade aquele: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção (CC, art. 166).

A consequência da nulidade é que ela se trata de uma sanção, imposta pela norma jurídica, que determina a privação dos efeitos jurídicos do ato negocial praticado em desobediência ao que prescreve. Declarada a nulidade absoluta do negócio jurídico, este não produzirá qualquer efeito por ofender os princípios de ordem pública, eis estar inquinado de vícios essenciais. O negócio nulo é como se nunca tivesse existido desde sua formação, eis que a declaração de sua invalidade produz efeito *ex nunc* (DINIZ, 2002, p. 158).

Anote-se que embora o Código Civil seja aplicável, em princípio, aos negócios jurídicos privados, sua legislação deve legislar subsidiariamente o direito público. Assim, sendo o caso de uma vez observada a vontade da Administração em fraudar o regime de precatório, aplica-se a teoria da nulidade do negócio jurídico.

Portanto, o primeiro requisito para a Fazenda Pública conciliar seus interesses em juízo seria a edição de lei pertinente à pessoa de direito público a autorizando para tanto; segundo para cumprir com o que foi pactuado na transação, é preciso previsão orçamentária para honrar seus compromissos que acarretem despesas ao Erário Público; terceiro é necessária a autorização do agente público para realizar a conciliação, como meio de coibir abusos e ser possível à Administração controlar as ações de seus agentes e por fim, ausência de dolo de fraude à ordem dos precatórios.

CONCLUSÃO

A verdadeira cidadania, entendida como a prerrogativa de criar normas de convivência e administrar a coisa pública ainda não foi concretizada na maioria das nações do mundo, sobretudo nas economias periféricas, como é o caso do Brasil. Anote-se que a concretização da cidadania não depende apenas de boas intenções ou declarações pomposas de direito. É imprescindível que sejam criadas as condições que ela aconteça. A criação destas condições se trata de um problema real que não pode ser negligenciado, correndo o risco de não apenas deixar de concretizar, mas sequer compreender o que seja a ideia de cidadania, inobstante as pomposas e extensas declarações de direito.

Neste sentido, desperta a importância do estudo do direito de acesso à justiça, que é fundamental para concretizar aqueles direitos que estão previstos em favor do cidadão.

Com o objetivo de atingir este fundamento a administração pública deverá agir dentro dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Por sua vez, com o escopo de atingir a este objetivo, observando a longa história de abusos, patrimonialismo e autoritarismo do Estado que prevaleceu sobre o interesse público desde o tempo do período colonial, nosso direito foi erigido por um sistema lógico formal, que estabelece rigorosamente as regras da disponibilidade do patrimônio da Fazenda Pública.

Como consequência, a Administração Pública não poderá livremente dispor sobre o seu patrimônio, cujo fundamento é de que o gestor público não administra bem de sua propriedade, e sim de um terceiro, que é a coletividade, cujo objetivo é a obtenção do bem-comum.

Assim, aparece a questão se a Administração Pública poderá ou não participar de ambientes não adversariais com o objetivo de resolver os conflitos com particulares, considerando essencialmente três obstáculos: primeiro, o fato do gestor público não possui a livre disponibilidade do patrimônio da Fazenda Pública; segundo, a regra constitucional dos precatórios que disciplina o regime de pagamento das sentenças judiciais transitadas em julgado e por fim a existência de várias instâncias que efetuem do controle dos atos administrativos como o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e o denominado por alguns como “quarto poder” o Ministério Público.

Neste aspecto, observa-se uma interferência sistêmica entre direito, o mundo da vida e economia, que podem e efetivamente o fazem muito mais do que observarem-se

uns aos outros, ou apenas regularem-se entre si mesmos. O direito possui uma função integradora entre seu próprio sistema e o mundo da vida, que é incompatível com a ideia de isolamento do sistema jurídico.

Desse modo, o direito moderno é uma correia de transmissão abstrata e imprescindível, através pela qual passa a solidariedade para as relações anônimas e sistematicamente mediadas por uma sociedade complexa.

Os direitos são um meio de cooperação social, diferente da concepção individualista de sujeitos isolados, que se lutam possessivamente uns contra os outros. Os direitos, como elementos da ordem jurídica, eles se fundamentam na colaboração de sujeitos, que se reconhecem reciprocamente em seus direitos e deveres, reciprocamente uns aos outros, como membros livres e iguais de direito.

Por outro lado, para um sistema jurídico possuir legitimidade, em primeiro lugar, é necessário ter eficácia na sociedade e em segundo lugar, ele deve ser justificado eticamente. Este é o motivo pelo qual o direito é explicado pela pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica constituída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da vontade unida e coincidente de todos de cidadãos livres e iguais.

Entretanto, a Administração Pública inobstante sendo a instituição que intermedeia o Estado e a sociedade, pouco avançou nestes fundamentos democráticos.

A Administração Pública continua a prestigiar institutos que reforçam o poder de império do Estado como método de sua ação discricionária, a exclusão do cidadão do processo decisório, a executividade, a autotutela, a recusa sistemática em conciliar em juízo e participar de ambientes não adversariais para resolver seus litígios com os particulares.

Com efeito, a consensualidade substitui a imperatividade pelo consenso nas relações estado e sociedade. Quando o princípio da consensualidade atua no campo da jurisdição podemos falar então de um processo consensual. Cumpre dizer que o processo consensual tem por objetivo incluir a Administração Pública no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como mero espectador de litígio entre as partes.

Com efeito, a Administração Pública ficar inerte à crescente litigiosidade existente entre particulares, adotar procedimentos protelatórios nos litígios perante o Poder Judiciário ofende o direito ao acesso à justiça e a solidariedade social.

Neste sentido, deverão ser observados os seguintes requisitos para a Fazenda Pública participar de ambientes não adversariais: promulgação de lei específica da pessoa jurídica de direito público autorizando a conciliação. A lei específica é imprescindível considerando a autonomia dos entes federativos para legislar sobre a disposição de seus próprios bens.

O segundo requisito seria a previsão orçamentária. Com efeito, as indenizações pecuniárias da Fazenda Pública representam um importante segmento das ações ajuizadas no Poder Judiciário, eis que nada adiantaria a disponibilidade da Fazenda Pública participar de ambientes não e adversariais e conciliar sem a correspondente dotação orçamentária.

Além dos requisitos da previsão legal e orçamentária para a Administração conciliar seus interesses é necessária autorização do agente político hierarquicamente superior. A razão para tanto é que a atuação de todo o servidor público se submete ao controle hierárquico. Neste sentido, é fundamental que haja controle dos atos dos servidores com o fim de facilitar o controle dos atos administrativos e coibir ilegalidades.

Por fim, o último requisito para a administração conciliar seus interesses é o da ausência de dolo para evasão do regime do precatório. Este quesito é de suma importância, eis que a nobre decisão da Administração em participar de ambientes não adversariais para a resolução de conflitos, visando a pacificação social, não poderia ser utilizado como meio de fraudar ou frustrar a demorada fila dos precatórios judiciais. Sinal-se que apenas no caso concreto seria possível avaliar se há dolo do administrador em fazê-lo, neste caso estaria incurso em improbidade administrativa.

Obedecidos estes quesitos estamos diante de uma orientação segura para a Administração Pública conciliar em juízo, o que representa uma importante contribuição para a segurança jurídica e justiça social.

BIBLIOGRAFIA

ARCHIVES. **Charters of Freedom. Declaration of Independence.** Disponível em http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html Acesso em: 15 de julho de 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BATISTA JÚNIOR, Onofre. **Transações Administrativas**. Belo Horizonte: Quarter Latin do Brasil, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Rio, 1984.

BIRNFELD, Carlos André. **A arquitetura normativa da ordem constitucional brasileira**. Pelotas: Delfos, 2008.

BIRNFELD, Carlos André. **Cidadania ecológica**. Pelotas: Delfos, 2006.

BLACKSTONE. William. **Commentaries on the laws of England**. Lexington: Forgotten Books, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 12ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

BOSI, Alfredo. **Padre Antônio Vieira**. São Paulo: Pengun, 2011.

BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em 17 de julho 2016.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm Acesso em 27 de julho de 2016.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 17 de julho de 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm Acesso em 26 de julho de 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.259**, de 12 julho de 2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm Acesso em 17 de julho de 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.153**, de 22 de dezembro de 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm Acesso em 17 de julho de 2016.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**, 2004. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm> Acesso em 24 de julho de 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2348189> Acesso em 21 de julho de 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008. Informativo nº 495. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo495.htm> Acesso em 31 de julho de 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428> Acesso em 20 de julho de 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; Garth, BRYANT, Brian. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CANOTILHO et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo; Saraiva/Almedina, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Manual da Mediação Judicial. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf> Acesso em 13 de janeiro de 2016.

CHAGAS, José Ricardo. **Neoconservadorismo e direitos previdenciários: a (des) constituição dos direitos sociais previdenciários nas duas últimas décadas**. LOBATO, Anderson; BRAUNER, Maria Cláudia (org.). Disponível em http://www.ppgd.furg.br/images/pdf/05costa_djs.pdf Acesso em 15 de julho de 2016.

CHAGAS, José Ricardo. **Perícia biopsicossocial: reflexões para a efetivação dos direitos sociais previdenciários por incapacidade laboral a partir de um novo paradigma**. Disponível em <https://www.seer.furg.br/juris/article/view/6259/3915> Acesso em 15 de setembro de 2017.

COMPARATO, Fábio. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Legal Information Institute. Scott v. Sandford. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/60/393> Acesso em: 15 de julho de 2016. <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/60/393>

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. 10ª ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1980.

CRISTIANI, Cláudio. **O direito do Brasil colonial**. WOLKMER, Antônio (org.). 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Disponível em https://www.academia.edu/1771108/Os_tr%C3%AAs_modelos_de_direito_processual?auto=download Acesso em 21 de fevereiro de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder – Formação do patronato político brasileiro**. 6ª Edição. São Paulo: Globo, 2013.
- FARIA, José. (org.) **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FRIEDMAN, Lawrence. **A history of American law**. New York: Simon & Schuster. 2005.
- FUNARI, Pedro. **A cidadania entre os romanos**. PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (org.). História da Cidadania. 6ª ed. São Paulo: Contexto, 2014.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GONÇALVES, Vinícius. **Tribunais Multiportas: pela efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos**. Curitiba: Juruá, 2014.
- GUARINELLO, Norberto. **Cidades - Estado na antiguidade clássica**. PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (org.). História da Cidadania. 6ª ed. São Paulo: Contexto, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1994.
- HACHEM, Daniel. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- HENSLER, Deborah R. **Puzzling over ADR: Drawing Meaning from the RAND Report**, *Dispute Resolution Magazine*. n. 8, 1997.
- HOLMES, S; SUSTEIN C. **The cost of rights**. New York: W.W. Norton & Company, Inc., 2000.
- HOUSE OF LORDS. **Scott (otherwise Morgan) and another appellants; and Scott respondent**. Disponível em <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1913/2.html> Acesso em 13 de setembro de 2017.
- KARNAL, Leandro. **Estados Unidos, liberdade e cidadania**. PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (org.). História da Cidadania. 6ª ed. São Paulo: Contexto, 2014.
- KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. 2ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- MAIA, Wagner. **Associação dos Gestores Públicos do Estado de São Paulo**. Disponível em <http://agesp.org.br/wp-content/uploads/2013/05/Artigo-HistOrcamento.pdf> Acesso em 13 de janeiro de 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO², Marcos. **Teoria do Fato Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONDAINI, Marco. **O respeito aos direitos dos indivíduos**. PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (org.). **História da Cidadania**. 6ª ed. São Paulo: Contexto, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NEBRASKA COLLEGE OF LAW. **Roscoe Pound: The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice**. Disponível em <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf> Acesso em 8 de julho de 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição brasileira**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETO MOREIRA, Diogo. **Mutações de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil. Vol. II**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PINSKY, Jaime; PINSKY, CARLA. **História da Cidadania**. 6ª ed. São Paulo: Contexto, 2014.

REVISTA JURIS. **Revista da Faculdade de Direito**. Disponível em <https://www.seer.furg.br/juris/>

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

REHNQUIST, William H. **Seen in a Glass Darkly: The Future of the Federal Courts**. *Wisconsin Law Review*, 1993.

RIBEIRO, Wagner. **Em busca da qualidade de vida**. PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (org.). **História da Cidadania**. 6ª ed. São Paulo: Editora Contexto, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 70066126665**. 8ª Câmara Cível.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Resolução do conflito previdenciário e direitos fundamentais**. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-11042016-094659/publico/Tese_Marco_Aurelio_Serau_Jr.pdf Acesso em 7 de setembro de 2017.

SCHWARTZ, Stuart. **Burocracia e sociedade no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SENADO. DECRETO-LEI Nº 1.608, DE 18 DE SETEMBRO DE 1939. **Código de Processo Civil (1939)**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-exposicaodemotivos-pe.doc> Acesso em 21 de fevereiro de 2017.

SILVA, Juvêncio. **Revista de Direito Brasileira**. Disponível em <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/23/22> Acesso em 15 de junho de 2017.

SINGER, Paul. **A cidadania para todos**. PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (org.). História da Cidadania. 6ª ed. São Paulo: Contexto, 2014.

SUIÇA. Bundesverfassungsgericht. Disponível em <http://sorminiserv.unibe.ch:8080/tools/ainfo.exe?Command=ShowPrintText&Name=bv009089> Acesso em 20 de julho de 2016.

TAVARES, André. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 48ª ed. São Paulo: Forense, 2008.

VILLELA, João. **Sobre a Transação no Novo Código Civil**. Disponível em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_123.pdf Acesso em 28 de dezembro de 2016.

ZERON, Carlos. **A cidadania em Florença e Salamanca**. PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (org.). História da Cidadania. 6ª ed. São Paulo: Editora Contexto, 2014.

WAMBIER, Luiz; ALMEIDA, Flávio; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.