

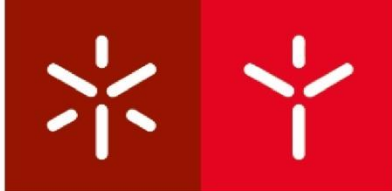


Universidade do Minho
Escola de Direito

Marcílio Barenco Corrêa de Mello

**Termo de Ajustamento de Gestão como
instrumento de composição no controle
das despesas públicas**





Universidade do Minho

Escola de Direito

Marcílio Barenco Corrêa de Mello

**Termo de Ajustamento de Gestão como
instrumento de composição no controle
das despesas públicas**

Tese de Doutoramento
Doutoramento em Ciências Jurídicas Públicas

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Isabel Celeste Monteiro da Fonseca

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho acadêmico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras de boas práticas internacionalmente aceitas, no que concerne aos direitos do autor e direitos conexos. Assim, é permitida a reprodução parcial da presente obra, para fins de investigação, mediante termo. Caso o utilizador necessite de permissão para fazer uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contatar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho, observadas às regras dispostas no Despacho RT – 31/2019, cujo acesso mundial estará autorizado após três anos.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição

CC BY

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

AGRADECIMENTOS

A conclusão de mais uma etapa acadêmica, remete-me ao exercício da gratidão àqueles que me incentivaram durante toda essa jornada. Não foram poucos.

Meu primeiro agradecimento vai a Deus, pela abertura de caminhos no encontro de mestres e pessoas que - dativamente - apoiaram-me durante as angústias e dúvidas sempre recorrentes.

Meu segundo agradecimento vai para minha família. Para meus pais que propiciaram todo esteio de meus projetos profissionais e acadêmicos, sem os quais não teria sido possível. À minha esposa Luise, incansável substituta, por gestos diários de amor, compreensão, cuidado e carinho. Às minhas filhas Luise e Annelise, cujo legado será o exemplo de esforço e de estudo como único meio para conquista de seus próprios objetivos de vida. Para meus irmãos, em especial Márcio Barenco, por todo apoio por mais um ciclo que se fecha.

Em terceiro lugar, aos meus colegas acadêmicos, de trabalho e colaboradores, com quem posso diariamente exercitar o aprendizado, com recebimento e transmissão de conhecimento.

Por fim, um agradecimento especial à minha orientadora Professora Doutora Isabel Celeste Monteiro da Fonseca, quem abriu caminhos a minha vida acadêmica “além-mar”, sendo exemplo de ternura, saber, firmeza e apoio, bem como a todos os mestres com quem convivi por consequência, os quais jamais serão esquecidos pelo compartilhamento de todo saber.

Belo Horizonte/MG – Petrópolis/RJ – Braga/PT, março de 2021.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho acadêmico e confirmo que não recorri à prática de plágio, nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mas declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Termo de Ajustamento de Gestão como instrumento de composição no controle das despesas públicas

RESUMO

A atividade administrativa de controle de juridicidade da administração pública é matéria que envolve o conhecimento jurídico, contábil, financeiro, econômico e orçamental, dentre outros. Nos Estados contemporâneos existem quatro grandes preocupações tangenciadas às despesas públicas: o direito-dever do Estado de implementação, a precedência do custeio dos gastos públicos, a sustentabilidade orgânica e finalística do ente, e, por fim, o seu indispensável equilíbrio orçamental, temas estes abordados pontualmente em nosso primeiro capítulo da presente premissa. Atuando nas atividades administrativas de gestão pública encontram-se as atividades administrativas de controle externo em matéria de legalidade da administração do erário, que baseada na teoria de uma administração pública dialógica, deve agir com todos os instrumentos extrajudiciais decorrentes da lei. Uma gama de possibilidades de transações administrativas surgiu nas últimas duas décadas como instrumento de racionalização, materialidade e relevância para atuação concertada entre atores estatais controlados e controladores. Nessa toada de solução consensual das controvérsias, surgiram/surgem diversas espécies de transações administrativas inauguradas em neófitas legislações brasileiras, lastradas no princípio processual da colaboração das partes para solução das lides, sendo nosso objeto de dissertação do segundo capítulo da tese formulada. As finanças públicas, para expressar maior realização do interesse público, devem se submeter as variadas espécies de controle externo, primando-se pela publicidade dos atos dos gestores, emergindo-se protagonismo dos Ministérios Públicos brasileiros numa nova visão de seu atuar, descrição pontuada no terceiro capítulo da tese. Assim surgiu o Termo de Ajustamento de Gestão realçado pelo método rápido, seguro – juridicamente – e eficaz na autocomposição dos litígios, prestando-se a controlar – consensual e externamente -, de comum acordo com o agente público controlado e o órgão controlador, a juridicidade das despesas públicas no ordenamento jurídico brasileiro, cada vez mais crescentes em face de imposição constitucional de implementação de políticas inerentes ao Estado Social, descrição esposada no nosso quarto e último capítulo.

Palavras-Chave: Ajustamento de Gestão. Composição. Controle Administrativo. Despesas Públicas.

Management Adjustment Term as an instrument of composition in the control of public expenses

ABSTRACT

The administrative activity of control of the Public Administration's legality is a matter that involves legal, accounting, financial, economic and budgetary knowledge, among others. In contemporary States there are four major concerns related to public expenditure: the state's duty-to-implement, the precedence of the costing of public expenditure, the organic and finalist sustainability of the entity, and, finally, its indispensable budgetary balance; topics which are addressed punctually in our first chapter of this premise. Acting on administrative activities of public management are the administrative activities of external control in matters of legality of the administration of the treasury, which based on the theory of a dialogical public administration, must act with all the extrajudicial instruments deriving from the law. A range of possibilities for administrative transactions have emerged in the last two decades as an instrument of rationalization, materiality and relevance for concerted action between controlled and controlling state actors. In this attempt to reach a consensual solution to controversies, several kinds of administrative transactions were initiated/have emerged in neophyte Brazilian legislations, based on the procedural principle of the parties' collaboration to resolve the disputes, being this theme, the discussion presented in the second chapter of the formulated thesis. Public finances in order to express greater fulfillment of the public interest, must submit to various types of external control, emphasizing the publicity of the actions of managers, emerging protagonism of the Brazilian Public Ministries and a new vision of their performance, description punctuated in the third chapter of the thesis. So arise the Management Adjustment Term highlighted by the fast, legally secure and effective method of self-dispute settlement lends itself to controlling – consensually and externally, by mutual agreement with the controlled public agent and the controlling body – the legality of public expenses in the Brazilian legal system, which are increasingly increasing due to the constitutional imposition of the implementation of public policies inherent to the Social Rule of Law, a description espoused in our fourth and last chapter.

Keywords: Management Adjustment. Composition. Administrative Control. Public Expenditure

DEDICATÓRIA

“ENQUANTO SE PUDER REDUZIR A DESPESA,
NÃO HÁ DIREITO DE CRIAR NOVOS IMPOSTOS.
DESPESA INÚTIL É FURTO À NAÇÃO”.

DOM PEDRO II, IMPERADOR DO BRASIL.

A DEUS, PELA FORÇA ESPIRITUAL
E ALIMENTO D`ALMA
NOS MOMENTOS DE DIFICULDADE.

AOS MEUS AVÓS MATERNOS,
ALUIZIA GABRICH E VÍRGILIO BARENCO,
PELA DEDICAÇÃO DE PARTE DE SUAS VIDAS
À MINHA FORMAÇÃO.

AOS MEUS PAIS LUCÍLIA BARENCO E RUI MELLO,
PELO ESTEIO DOS PRIMEIROS PASSOS
À ETERNIDADE.

PARA TI LUISE CALEGARI, POR TODO APOIO,
PACIÊNCIA, AMOR, CUMPLICIDADE,
COMPREENSÃO E DEDICAÇÃO.

PARA AS MINHAS QUERIDAS FILHAS,
LUISE E ANNELISE, COM AS QUAIS APRENDI
A AMAR INCONDICIONALMENTE.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	i
DEDICATÓRIA	vii
RESUMO	v
ABSTRACT	vi
ÍNDICE DE TABELAS	xix
LISTA DE ABREVIATURAS	xx
1. INTRODUÇÃO	1
1.1. Delimitação do objeto de investigação.....	1
1.2. Terminologia	4
1.3. Plano de estudos.....	5
1.4. Uma visão sobre as perspectivas dogmáticas da atuação estatal	6
1.5. A composição por meio da transação administrativa	8
1.6. Das finanças públicas e o controle externo democrático	9
1.7. O compromisso de ajustamento de gestão pública	10
CAPÍTULO I	11
2. PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS DE ATUAÇÃO ESTATAL	11
2.1. Das despesas públicas: o direito-dever do gasto público	12
2.1.1. Do regime da despesa pública brasileira	14
2.1.2. Natureza jurídica da despesa pública	16
2.1.3. Sistematização doutrinária do direito dos gastos públicos	17
2.1.4. Do poder e da relação jurídica de gastos públicos	18
2.1.5. Conceituando a despesa pública	19
2.1.6. Dos gastos tributários	20
2.1.7. Dos benefícios creditícios.....	21
2.1.8. Classificação da despesa pública	22
2.1.9. Do fato gerador do gasto público.....	24
2.1.10. Regime jurídico das renúncias fiscais.....	24
2.1.11. Regime jurídico dos benefícios creditícios.....	26

2.1.12. Princípios jurídicos aplicáveis às despesas públicas	27
2.1.13. Princípios da despesa pública no direito estrangeiro.....	28
2.1.14. Princípios constitucionais fundamentais	29
2.1.15. Princípios constitucionais gerais.....	32
2.1.16. Princípios orçamentários	33
2.1.17. O princípio da segregação de funções.....	34
2.1.18. Da conformidade jurídica orçamentária.....	36
2.1.19. Legitimidade do gasto público.....	37
2.1.20. Princípio da legitimidade.....	38
2.1.21. Dever de prestar contas e sujeição a mecanismos de controle	40
2.1.22. Dever de colaboração com órgãos de controle	41
2.1.23. Normas de carácter permanente sobre o gasto público.....	41
2.1.24. Desorçamentação (off-budget expenditures)	42
2.1.24.1 Despesas operacionais das estatais	43
2.1.24.2. Renúncias de receitas e benefícios creditícios	43
2.2. DA PRECEDÊNCIA DO CUSTEIO DOS GASTOS PÚBLICOS	44
2.2.1. Do princípio da precedência do custeio dos gastos públicos	44
2.2.2. Da natureza jurídica da contribuição social e seus aspectos	47
2.3. A SUSTENTABILIDADE E O EQUILÍBRIO ORÇAMENTAL DO ESTADO	48
2.3.1. Dos objetivos de desenvolvimento sustentável da Organização das Nações Unidas	48
2.3.2. Das dimensões de sustentabilidade em despesas públicas.....	51
2.3.3. Das despesas públicas racionais, equilibradas e eficientes como meio de alcance de uma administração pública sustentável	53
2.3.4. O equilíbrio orçamental dos “Estados-Membros” em prol da estabilidade da “União”	58
2.3.5. Da autonomia orçamentário-financeira sob a ótica de parte em relação ao todo... 60	
2.3.6. Do Tratado sobre a estabilidade, a coordenação e a governação no modelo europeísta	66
2.4. DA EVOLUÇÃO DA TEORIA DOS PODERES ADMINISTRATIVOS.....	70
2.4.1. Da imperatividade da atuação administrativa	70

2.4.2. Do regime de prerrogativas públicas como elemento nuclear do poder administrativo	76
2.5. DA ATUAÇÃO REGULATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	84
2.5.1. Da regulação estatal heterônoma e a autorregulação privada	84
2.5.2. Dimensão sociológica: apontamentos teóricos e históricos sobre as fontes de direito	87
2.5.3. Dimensão normativa: a dicotomia entre fontes de direito na elaboração de regras jurídicas e contratuais.....	91
2.5.4. Dimensão axiológica: caracteres da regulação estatal e da autorregulação privada	96
2.5.4.1. Elementos constitutivos da regulação estatal.....	96
2.5.4.2. Elementos constitutivos da autorregulação privada.....	100
2.5.5. Dimensão realística: espécies de regulação estatal, autorregulação privada e contratualização entre particulares	104
2.6. POR UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA.....	108
2.6.1. Do processo administrativo na administração pública dialógica	108
2.6.2. Relação jurídica administrativa.....	109
2.6.3. Juridicidade administrativa.....	111
2.6.4. Jurisdição administrativa (extrajurisdicional)	113
2.6.5. Processualidade administrativa	116
2.6.6. Consensualidade administrativa.....	117
2.6.7. Justiça administrativa	121
2.7. Da legitimação da atuação estatal ao controle de motivação constitucional.....	122
2.7.1. Da agregação da teoria da essencialidade dos direitos fundamentais à teoria das relações especiais (requisito de motivação constitucional).....	128
2.7.2. Uma concepção contemporânea das relações de sujeição especiais.....	139
2.8. Conclusões parciais.....	143
CAPÍTULO II	147
3. DOS INSTRUMENTOS DE COMPOSIÇÃO ADMINISTRATIVA	147
3.1. O <i>iter iustitia</i> em tempos de soluções extrajudiciais: fundamentos do controle consensual	148

3.2. Da travessia da atividade administrativa imperativa à consensual	150
3.3. O ponto de partida da transação: o conflito de interesses de pretensão publicista	153
3.4. A inafastabilidade do controle jurisdicional como possibilidade de solução de controvérsias	155
3.5. A (re)colocação do princípio da jurisdição una	160
3.6. Da técnica do sistema multiportas	165
3.7. Das espécies de composição: autotutela, autocomposição e heterocomposição.....	166
3.7.1. Da autotutela.....	166
3.7.2. Da autocomposição	167
3.7.3. Da heterocomposição	173
3.8. Premissas tópicas parciais.....	175
3.9. Da formulação de pretensões pelas partes na jurisdição estatal.....	177
3.10. Dos métodos extrajudiciais de resolução de controvérsias	178
3.10.1. Da Negociação	178
3.10.2. Da Mediação	179
3.10.3. Da Conciliação	183
3.10.4. Da Arbitragem	185
3.11. Das técnicas híbridas da solução de conflitos de interesses.....	189
3.12. Dos requisitos objetivos e subjetivos das técnicas extrajudiciais	191
3.12.1. Dos requisitos objetivos e subjetivos da heterocomposição arbitral	191
3.12.2. Dos requisitos objetivos e subjetivos da utilização de métodos consensuais	195
3.13. Da adequação do método ao conflito de interesses de pretensão resistida.....	197
3.14. Premissas tópicas parciais.....	199
3.15. Da nova era da consensualidade da atividade estatal	200
3.16. Das novas modas de solução de conflitos: o direito administrativo em mutação.....	204
3.17. Do compromisso de conduta em matéria de direitos difusos ou coletivos	209
3.18. Premissas tópicas parciais.....	217
3.19. Requisitos subjetivos do uso de técnicas (extra)judiciais	219
3.19.1. Da capacidade ativa	219
3.19.2. Natureza jurídica da legitimação ativa	222
3.20. Requisitos objetivos de uso das técnicas (extra)judiciais	225

3.20.1. Direitos difusos e coletivos <i>stricto sensu</i> : indisponibilidade material, disponibilidade instrumental e extrapatrimonialidade original	225
3.20.2. Direitos individuais homogêneos: disponibilidade material, disponibilidade instrumental e patrimonialidade.....	232
3.21. Da cognição de adequação.....	234
3.21.1. Da adequação compositiva em matéria de direitos difusos e direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	235
3.21.1.1. Da utilização da negociação como meio (extra)judicial.....	235
3.21.1.2. Da utilização da mediação como meio (extra)judicial	236
3.21.1.3. Da utilização da conciliação como meio (extra)judicial	238
3.21.1.4. Da utilização da arbitragem como meio (extra)judicial	239
3.21.2. Da adequação compositiva em matéria de direitos individuais homogêneos.....	242
3.21.2.1. Da utilização da negociação como meio (extra)judicial.....	242
3.21.2.2. Da utilização da mediação como meio (extra)judicial	244
3.21.2.3. Da utilização da conciliação como meio (extra)judicial	245
3.21.2.4. Da utilização da arbitragem como meio (extra)judicial	246
3.22. Negociação e conciliação de conflitos que envolvam direitos difusos e coletivos <i>stricto sensu</i>	247
3.23. Da negociação e conciliação de conflitos que envolvam direitos individuais homogêneos	249
3.24. Da arbitragem para resolução de litígios relativos a direitos difusos e coletivos <i>stricto sensu</i>	251
3.25. Da arbitragem para resolução de litígios sobre direitos individuais homogêneos.....	254
3.25.1. As class arbitrations estadunidense (anglo-americana)	254
3.25.1.1. Historicidade	254
3.25.1.2. O leading case em class arbitrations.....	256
3.25.1.3. Dos precedentes jurisprudenciais da Suprema Corte estadunidense.....	259
3.25.1.4. O due process of law nas arbitragens de classe	261
3.25.1.5. Da autorregulação das arbitragens de classe	265
3.26. Premissas tópicas parciais.....	267
3.27. Da arbitragem em razão da matéria: o direito consumerista brasileiro	269
3.27.1. Do pensamento jurídico brasileiro	271

3.28. Premissas tópicas parciais.....	273
3.29. Da travessia da litigiosidade a uma nova cultura de atuação administrativa	276
3.30. O novo “norte” de acesso à Justiça e seus reflexos.....	281
3.31. O novo protagonista brasileiro da segunda onda de acesso à Justiça	287
3.32. Das potencialidades da terceira onda do acesso à Justiça	289
3.33. O marco da consensualidade nos pactos republicanos brasileiros	301
3.34. O consenso na solução de litígios como política de democratização de acesso à Justiça	302
3.35. O marco da normação da consensualidade no Conselho Nacional de Justiça	305
3.36. O pragmatismo da resolução pacífica de conflitos	306
3.37. A proposta do neoculturalismo acadêmico dos métodos consensuados	307
3.38. O novo olhar do acesso à Justiça na ótica do Conselho Nacional do Ministério Público	308
3.39. Conclusões parciais.....	312

CAPÍTULO III 314

4. DO CONTROLE EXTERNO DEMOCRÁTICO E DAS FINANÇAS PÚBLICAS.....	314
4.1. As finanças públicas e o controle social	314
4.2. Os serviços da dívida pública e seus reflexos: controle dos orçamentos deficitários....	321
4.2.1. Da teoria das escolhas.....	321
4.2.2. Do controle do processo orçamental: da despesa pública e dos serviços da dívida.	324
4.2.2.1. Das despesas públicas e seus indicadores	324
4.2.2.2. Da dívida pública e seus indicadores.....	326
4.3. Das múltiplas instâncias de controle administrativo	336
4.4. Do controle social: mecanismos e eficácia	337
4.5. A lei de acesso à informação: instrumento de reforço do controle social	341
4.6. O direito à informação pública administrativa	344
4.7. Rol de subprincípios do direito de acesso à informação pública administrativa	349
4.8. Da transparência pública à eficiência do controle social	353
4.9. O Ministério Público de Contas: uma instituição de controle externo de finanças públicas	357

4.10. O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais	359
4.11. Do protagonismo do Ministério Público em tempos de consensualidade	363
4.11.1. O poder-dever da resolução (pacífica) das controvérsias	364
4.11.2. Da ampliação da legitimação de atuação institucional	367
4.11.3. Do dever de cautela na proteção de bens jurídicos: princípio da prevenção geral	367
4.11.4. A atividade pedagógico-preventiva	368
4.11.5. Da dialógica institucional em audiências públicas.....	369
4.11.6. Do planeamento institucional e da fiscalização orçamentário-financeira	371
4.11.7. Do controle de constitucionalidade por legitimação universal	372
4.11.8. Da prevalência da atuação extrajudicial	373
4.11.9. Do exercício de atribuições vinculadas	374
4.11.10. Da independência funcional do órgão ministerial executivo.....	375
4.11.11. A remodelação da função de custos legis.....	376
4.11.12. Das ações estratégicas de relevante interesse social	376
4.11.13. Da interoperabilidade disciplinar para resolução de conflitos	378
4.11.14. O demandismo judiciário versus a resolutividade extrajudicial	379
4.11.15. Do modelo negocial híbrido e os processos restaurativos	384
4.12. Premissas tópicas parciais.....	386
4.13. Limites negociais de atuação ministerial	388
4.13.1. Da indisponibilidade material dos direitos fundamentais.....	391
4.13.2. A concretude dos direitos fundamentais pelos métodos autocompositivos	393
4.13.3. Os requisitos de validade da autocomposição pelos órgãos ministeriais	397
4.14. DAS TÉCNICAS NEGOCIAIS DISPONÍVEIS AOS ÓRGÃOS MINISTERIAIS.....	399
4.14.1. Da comunicação ativa	400
4.14.2. Etapas dos métodos alternativos.....	403
4.14.2.1. Do planeamento da ação estratégica.....	403
4.14.2.1.1. Da sumarização negocial	404
4.14.2.1.2. Da instrução procedimental (meios de prova).....	404
4.14.2.1.3. Da prova técnica.....	405
4.14.2.1.4. Da prova social.....	406
4.14.2.1.5. Outros fundamentos de prova	407

4.14.3. Do objeto negocial	408
4.14.3.1. Da delimitação das metas.....	409
4.14.3.2. Do plano geral de ação.....	409
4.14.3.3. Da implementação do plano geral de ação.....	410
4.14.3.4. A aproximação entre o interlocutor e os interessados	412
4.14.3.5. Construindo laços negociais.....	413
4.14.3.5.1. Da apreciação	414
4.14.3.5.2. Da afiliação	414
4.14.3.5.3. Da autonomia.....	415
4.14.3.5.4. Do status quo	415
4.14.3.5.5. Do papel	415
4.14.4. Das balizas de formulação negocial	416
4.14.4.1. Do modus operandi do negociador: persuasão racional e psicologia. ..	417
4.14.4.1.1. Da defesa cognitiva.....	417
4.14.4.1.2. Da formulação de indagações objetivas.....	417
4.14.4.1.3. Dos interesses focais	419
4.14.4.1.4. Espécies de indagações.....	420
4.14.4.1.4.1. Das perguntas flexíveis	420
4.14.4.1.4.2. Das perguntas rígidas	420
4.14.4.1.5. Da comunicação ativa.....	421
4.14.4.1.6. Da recepção das respostas	421
4.14.4.1.7. Mensagens produtivas e improdutivas.....	423
4.14.4.1.8. Do cognóscio.....	424
4.14.4.1.9. Defesa às táticas distributivas	427
4.14.4.1.10. Do constrangimento legal	427
4.14.4.1.11. Dos confrontos pessoalizados	428
4.14.4.1.12. Entre “ataques” e “afagos”	429
4.14.4.1.13. Da ultimação decisória	429
4.14.4.1.14. Do desvio focal	430
4.14.4.1.15. Dos lanços	430
4.14.4.1.16. Da indulgência	431
4.14.4.1.17. Das inverdades.....	432

4.14.4.1.18. Do óbice técnico.....	432
4.14.4.1.19. Procrastinação	433
4.14.4.1.20. Fundamento surreal	433
4.14.5. Formulação da proposta do termo de compromisso de gestão	434
4.14.6. Da celebração do instrumento negocial.....	434
4.14.7. Do monitoramento.....	436
4.15. A mediação e o controle externo pelos órgãos ministeriais	439
4.15.1. Do escopo da autocomposição facilitada	440
4.15.2. Dos objetivos da mediação pelos órgãos ministeriais.....	441
4.15.3. Da função ministerial em sede de mediação	441
4.15.4. Da assistência jurídica	444
4.15.5. Da submissão de questões.....	444
4.15.6. Da qualificação do mediador.....	445
4.15.7. Resgatando laços interpessoais	447
4.15.8. Das fases da mediação ministerial	448
4.15.9. Da pré-mediação	449
4.15.10. Da instauração	450
4.15.10.1. Dos atos preparatórios.....	450
4.15.10.2. Da abertura formal procedimental	450
4.15.10.3. Da colheita de dados e informações.....	451
4.15.10.4. Da identificação dos interesses	452
4.15.10.5. Delimitação dos vórtices conflituosos e dos vértices de interesses	452
4.15.10.6. Da resolutividade da controvérsia.....	453
4.15.10.7. Do tombamento das autossoluções	454
4.16. DAS TÉCNICAS DE MEDIAÇÃO DISPONÍVEIS AO CONTROLE PUBLICISTA	455
4.16.1. Da escuta ativa do mediador publicista	456
4.16.2. Da resenha colaborativa	456
4.16.3. Da estabilização	457
4.16.4. Da distensão conflitual.....	458
4.16.5. Da despessoalização dos conflitos	458
4.16.6. Da (re)contextualização	459
4.16.7. Da percepção de propostas	459

4.16.8. Do empoderamento emocional	460
4.16.9. Do escopo prospectivo.....	460
4.16.10. Do silêncio obsequioso	460
4.16.11. Das reuniões individuais (caucus)	461
4.16.12. Da substituição dos polos	461
4.16.13. Da comunicação orientada	462
4.16.14. Do realismo empírico.....	462
4.16.15. (Re)conhecimento emocional.....	463
4.17. Conclusões parciais.....	463

CAPÍTULO IV 468

5. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO	468
5.1. Princiologia.....	469
5.2. Princípios de direito privatístico informadores do ajustamento de gestão.....	472
5.2.1. Princípio da solidariedade	472
5.2.2. Princípio da autonomia privatística	474
5.2.3. Do princípio da liberdade de iniciativa	475
5.2.4. Princípio da imputação civil pela prática de ilícito	477
5.2.5. Da função social do compromisso de gestão	479
5.2.6. Do princípio da lealdade	482
5.3. Princípios de direito público informadores do ajustamento de gestão.....	484
5.3.1. Princípio da estrita legalidade administrativa	484
5.3.2. Princípio da impessoalidade	486
5.3.4. Princípio da probidade	488
5.3.5. Princípio da publicidade.....	490
5.3.6. Princípio da eficiência	492
5.3.7. Dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade	494
5.3.8. Do princípio da jurisdição universal e o meio alternativo de acesso à Justiça	496
5.4. Da violação dos princípios jurídicos aplicáveis à espécie.....	498
5.5. DO PLANO DA EXISTÊNCIA E DA VALIDADE	500
5.5.1. Da historicidade do instituto jurídico.....	501
5.5.2. Das espécies de ajustamento de gestão	504

5.5.2.1. Da cessação de prática ilegal ou de seus efeitos deletérios.....	505
5.5.3. Da natureza jurídica do ajustamento de gestão	507
5.5.4. Da indisponibilidade dos direitos metaindividuais	512
5.5.5. A tomada de compromisso de gestão: negócio jurídico sinalagmático.....	521
5.5.6. Da capacidade de fato para celebração do negócio jurídico	526
5.5.7. Do objeto no ajustamento de gestão	532
5.5.8. Da aplicação do regime jurídico administrativo ao ciclo de gestão pública.....	539
5.5.9. Das sanções pelo inadimplemento do ajuste compromissal.....	543
5.5.10. Da concretude formal da tomada de compromisso extrajudicial.....	548
5.5.11. Do conceito do termo de ajustamento de gestão	551
5.6. Da travessia do exercício poder estatal à adequação de ajuste privatístico	552
5.7. Da eficácia do ajustamento de gestão	555
5.8. Incumprimento do ajustamento de gestão.....	560
5.9. Da efetividade do ajustamento de gestão na defesa de direitos metaindividuais	563
5.10. <i>Leading case</i> do Ministério Público de Contas brasileiro <i>versus</i> ente subnacional.....	564
5.11. O ajustamento de gestão e os Tribunais de Contas	574
5.12. Multiorganicidade na tomada de compromisso.....	580
5.13. Conclusões parciais.....	582
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	585
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	593

ÍNDICE DE TABELAS

Tabela 1 - Evolução das Contas do Governo Federal em Percentual.....	318
Tabela 2 - Evolução das Contas do Governo Federal em Bilhões de Reais.....	319
Tabela 3 - Dívida Bruta do Governo Geral	319
Tabela 4 - Evolução das Receitas Primárias.....	320
Tabela 5 - Evolução das Despesas Primárias.....	320

LISTA DE ABREVIATURAS

AAA	ARBITRATION AMERICAN ASSOCIATION
ADC	AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE
ADCT	ATOS DE DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS
ADI	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
ADPF	AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
ADR	ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION
BCB	BANCO CENTRAL DO BRASIL
BCE	BANCO CENTRAL EUROPEU
BNDES	BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL
BNDESPar	BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL PARTICIPAÇÕES S/A
BVGE	BÜNDESVERWALTUNGSGERICHT
CADE	CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
CCAF	CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM FEDERAL
CCP	CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS
CCP	COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA
CEJUS	CENTRO DE ESTUDOS SOBRE O SISTEMA DE JUSTIÇA
CEJUSC	CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA
CF	CONSTITUIÇÃO FEDERAL
CGMP	CORREGEDORIA GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CIC	CENTRO INTEGRADO DE CIDADANIA
CLT	CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS
CNJ	CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
CNMP	CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
COPOM	COMITÊ DE POLÍTICA MONETÁRIA
CPA	CÓDIGO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO
CPB	CÓDIGO PENAL BRASILEIRO
CPC	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
CPI	COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO
CPP	CÓDIGO PROCESSO PENAL

CR	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA
CRP	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA
DBGG	DÍVIDA BRUTA DO GOVERNO GERAL
DL	DECRETO-LEI
DLSP	DÍVIDA LÍQUIDA DO SETOR PÚBLICO
DPFE	DÍVIDA PÚBLICA FEDERAL EXTERNA
DPMFi	DÍVIDA PÚBLICA MOBILIÁRIA FEDERAL INTERNA
ENAM	ESCOLA NACIONAL DE MEDIAÇÃO E DE CONCILIAÇÃO
FAA	FEDERAL ARBITRATION ACT
FGTS	FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO
IBGE	INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA
IC	INQUÉRITO CIVIL
ICMS	IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS
INSS	INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL
IPCA	ÍNDICE DE PREÇOS AO CONSUMIDOR FINAL
JAMS	JUDICIAL ARBITRATION AND MEDIATION SERVICES
L	LEI
LINDB	LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DE DIREITO BRASILEIRO
LOA	LEI DO ORÇAMENTO ANUAL
LOPTC	LEI DE ORGANIZAÇÃO E PROCESSO DO TRIBUNAL DE CONTAS
MAANA	MELHOR ALTERNATIVA À NEGOCIAÇÃO DE UM ACORDO
MASA	MELHOR ALTERNATIVA SEM ACORDO
MASC	MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO CONFLITOS
MDF	MANUAL DE DEMONSTRATIVOS FISCAIS
MEE	MECANISMO EUROPEU DE ESTABILIDADE
MF	MINISTÉRIO DA FAZENDA
MP	MEDIDA PROVISÓRIA
MP	MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO
MPC	MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
MPCMG	MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DE MINAS GERAIS
MPE	MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
MPF	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

NASD	NATIONAL ASSOCIATION OF SECURITIES DEALERS
NCPC	NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
NEMESC	ÚCLEO DE ESTUDOS DE MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS
NFSP	NECESSIDADE DE FINANCIAMENTO DO SETOR PÚBLICO
NUPEMEC	NÚCLEOS PERMANENTES DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS
NYSE	NEW YORK STOCK EXCHANGE
ODM	OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO
ODS	OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL
ONU	ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS
OS	ORGANIZAÇÕES SOCIAIS
OSC	ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL
OSCIP	ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO
PAF	PLANO ANUAL DE FINANCIAMENTO
PDG	PLANO DE DISPÊNDIOS GLOBAIS
PEC	PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO
PGJ	PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
PIB	PRODUTO INTERNO BRUTO
PP	PROCEDIMENTO PRELIMINAR
PROPS	PROCEDIMENTOS PARA A INSTAURAÇÃO, PROMOÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE PROJETOS SOCIAIS
RAD	RELATÓRIO ANUAL DA DÍVIDA
REG	REGULAMENTO
S	SERVIÇOS SOCIAIS
SAC	SERVIÇO DE ATENDIMENTO DO CONSUMIDOR
SELIC	SISTEMA ESPECIAL DE LIQUIDAÇÃO E CUSTÓDIA
SFCI	SISTEMA FEDERAL DE CONTROLE INTERNO
SISNAMA	SISTEMA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE
SOF	SECRETARIA DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS
STA	SUPREMO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
STF	SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
STJ	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJP	SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PORTUGAL
STN	SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL
TAC	TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA
TACGP	TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA DE GESTÃO PÚBLICA
TACTC	TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA DO TRIBUNAL DE CONTAS
TAG	TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO
TCC	TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO
TCE	TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
TCG	TERMO DE COMPROMISSO DE GESTÃO
TCU	TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
TJ	TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TJCE	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA
TJRS	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
TTAC	TERMO DE TRANSAÇÃO E DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA
UE	UNIÃO EUROPEIA

1. INTRODUÇÃO

1.1. Delimitação do objeto de investigação

A escolha do Termo de Ajustamento de Gestão como instrumento de composição no controle das despesas públicas ganhou sobrelevô e despertou interesse acadêmico após as funções desempenhadas pelos órgãos da Administração Pública e do Ministério Público, em especial destaque, do Ministério Público de Contas, conquanto organismos tutores da ordem jurídica e dos direitos transindividuais, de um lado, revelando as dificuldades percorridas para garantia de efetividade dos direitos fundamentais e da implementação eficiente de políticas públicas, e, lado outro, nas dificuldades encetadas no controle administrativo e de juridicidade nos atos de gestão volvidos à execução de direitos coletivos em sociedades complexas – como a brasileira –, onde as emergências (orçamentária, financeira, social, econômica e política) são inimigas do dever ordinário de planejamento, da sustentabilidade e da eficiência do agir estatal.

A efetividade da tutela jurídica controladora (administrativo-jurisdicional) foi posta em xeque nos últimos anos, donde a complexidade dessas relações jurídicas incutida numa sociedade de cultura demandista, arraigou a litigiosidade como forma clássica de resolução – ou não – de conflitos, confrontando-se com os fenômenos (re)correntes de mutações socioeconômicas emergentes, além de ir de encontro a soluções mais eficazes num cenário de elevada carga de litigiosidade jurisdicional, agregada à morosidade da máquina pública, à burocratização da justiça universal comum centrada no Poder Judiciário, e ao surgimento da “teoria do medo” na responsabilização de gestores públicos¹, em face dos variados diplomas jurídicos e (re)orientações fiscalizatórias a serem seguidas sobre uma mesma disciplina, isto é, em especial, acerca das normas atinentes às despesas públicas.

Se não fosse só isso, a ausência de qualificação técnica dos gestores e de seus estafes – corpo técnico e de ordenadores de despesas –, trouxe um cenário de incertezas na tomada de decisões, ocasionando, por vez, a paralisia ou a letargia do órgão executivo, seja por receio de responsabilização futura de seus mandatários (elemento psicológico), seja pela insegurança na conformidade legal do ato praticado (elemento pragmático), desaguando no surgimento de neófitos mecanismos de solução de

¹ Cf. CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana - A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle [em linha]. Revista de Direito. Viçosa. V 09. N 01 (2017), pp. 189-216. [03.09.2019]. Disponível em <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/252703892017090107/pdf>.

controvérsias, visando, sobretudo, a efetividade da tutela jurídica e do cumprimento eficiente dos objetivos preconizados na norma mandamental.

Não sem razão, o novo Digesto Processual Civil brasileiro (2015) estabeleceu o dever do Estado ao estímulo, sempre que possível, à solução pacífica das controvérsias². Somente em razão de relevância, risco e materialidade, onde a desigualdade das partes for óbice ao fomento consensual da justiça, ou diante da ausência peremptória da predisposição volitiva à solução consensuada da controvérsia, deveria a instância judiciária ser provocada para fins de (re)visitação do corolário constitucional da garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional.

Tudo isso, depende da cultura de travessia de uma administração unilateral para a forma dialógica, que importa incutir nos agentes públicos uma noção de que, nem sempre ter razão na atuação funcional implica exigir do cidadão que a internalize – passivamente – na forma legal como lhe é imposta, sem não antes admitir o diálogo para (con)formação do ato administrativo.

Algumas questões precisam ser enfrentadas, dentre elas: (i) a possibilidade de construção de um modelo administrativo alternativo capaz de suplantar o fenômeno adversarial do processo heterocompositivo (estatal); (ii) a indisponibilidade do interesse público como óbice a celebração de transação negocial em matéria de direitos indisponíveis; (iii) a administração pública imperativa em ambiente de consenso; (iv) o princípio da supremacia do interesse público a interditar uma ação dialógica nas fases de elaboração dos atos administrativos imperativos; (v) a transação privatística transportada para acordos administrativos públicos celebrados entre a administração pública, seus órgãos de controle e os administrados; (vi) utilidade do controle administrativo das despesas públicas na realização de objetivos fundamentais republicanos; e, (vii) o termo de ajustamento de gestão como meio legal na busca (extra)judicial de acesso à justiça.

Todas essas reflexões e indagações desafiam respostas no curso de nossa investigação acadêmica.

Não defenderemos uma instância conciliatória prévia e obrigatória, como contingente do corolário de acesso ao Poder Judiciário, apesar de haver movimentos isolados nesse sentido³, nem poderíamos, face à cláusula constitucional da jurisdição una e inafastável; interpretá-la corretamente ao tempo é imprescindível. Traremos sim, de uma fase conciliatória prévia (alternativa) posta à disposição das partes, que - voluntária e consensualmente -, dotada de maior celeridade, possa ver a termo o

² Cf. art. 3º, do Código Civil brasileiro: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

³ Cf. OLIVEIRA, Luís Henrique Guimarães de – A tentativa prévia de autocomposição como condição da ação [em linha]. 2020. Artigo. Conjur. [18.08.2020]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-ago-18/opinioao-tentativa-autocomposicao-condicao-acao>.

conflito de interesses de pretensão resistida, como numa coesão e sinergia de vontades para formação de um resultado eficaz e substitutivo da sentença judicial clássica (heterocompositiva), mantendo-se, assim, laços de boa-fé e segurança jurídica nas relações encetadas entre as partes, de modo a preservá-las em obediência na proteção da confiança entre Estado e sociedade.

Desta feita, a equivalência de formas de acesso à justiça – métodos (auto)compositivos – precisam ser inculcados como ideia preventiva de solução de problemas, por meio de técnicas extrajudiciais disponibilizadas às partes, para (con)formação volitiva e desfecho consensual exitoso da lide; de igual modo, desvelar-se-á em importante instrumento de participação democrática a dispor das partes perante às instituições democráticas que exercem funções essenciais à administração da justiça, quais sejam: advocacias públicas e privadas, defensoria pública e órgãos ministeriais.

A jurisdição – própria dos órgãos do Poder Judiciário – deverá ser tida como *ultima ratio* de natureza adjetiva – pela via de curso forçado - na busca da realização e tutela de direitos coletivos.

Tais métodos volitivos e (auto)compositivos de conflitos emergiram sob as mais variadas formas de denominação: transação, conciliação, arbitragem, mediação, compromisso, acordo, leniência, colaboração premiada, delação, confissão, ajustamento de conduta e ajustamento de gestão, acordos de não persecução penal e acordos de não persecução cível, dentre outros. Sua grande maioria carece de descrição acadêmico-doutrinária acerca de seus elementos constitutivos (teoria própria), a fim de contribuir ao dogmatismo e ao sentimento de idoneidade instrumental na eficácia à tutela jurídica de direitos metaindividuais (difusos, individuais homogêneos e coletivos *stricto sensu*), de tudo visando à realização da justiça social.

A obra do Termo de Ajustamento de Gestão como instrumento de composição no controle das despesas públicas investigará os fenômenos histórico-jurídicos que se desenvolveram na atuação administrativa da gestão pública e do controle administrativo de legalidade das atividades estatais, sob o viés do controle externo em face dos atos dos gestores públicos, com enfoque na escorreita realização do direito-dever das despesas públicas, voltada ao desenvolvimento de elementos de eficácia, sustentabilidade e equilíbrio orçamental, por meio de neófitos mecanismos alternativos descritos nas doutrinas de direito público e privado, dentre eles, em especial, o compromisso de ajustamento de gestão.

Inovando na questão da celebração de termo de compromisso no ajustamento de conduta, agora em especialidade na matéria de gestão pública, temos a possibilidade de firmamento de acordo extrajudicial pelos órgãos e instâncias controladoras e seus controlados (autoridades públicas e gestores públicos – ditos interessados), incidindo-se – consensuadamente - na (con)formidade de atos

administrativos e de gestão da *res publica*, dotando-os, em especial, de maior segurança jurídica, transparência, eficiência e sustentabilidade na realização executiva dos gastos públicos, e por consequência, contribuindo sobremaneira para efetividade da atividade de controle externo.

Na elaboração conjunta de um instrumento autocompositivo com essência público-privada de negócio jurídico bilateral, residirá o neófito contrato administrativo erigido sob a volitividade das partes para solução consensuada das controvérsias administrativas, com eficácia imediata para atingimento de sua finalidade na execução do correto gasto público, isto é, atendimento do interesse público relevante cujo maior destinatário é a sociedade.

O objeto a ser transacionado está ligado à realização das atividades de gestão pública direcionada na implementação de políticas públicas desempenhadas pelos poderes estatais, volvido à consecução do bem comum da sociedade, em que envolvam o dispêndio de recursos públicos para o fiel funcionamento da máquina estatal, e, sobretudo, para fazer face aos deveres estatais na realização dos direitos metaindividuais em favor da sociedade (saúde, educação, segurança, transporte, moradia, alimentação, previdência, assistência social, dentre outros).

Por fim, além de perscrutação doutrinária da atuação e do controle externo da atividade estatal, desenvolveremos estudos de dados estatísticos econômico-orçamentário-financeiros dos entes públicos que compõem a federação brasileira, trazendo casos práticos de ajustamento de gestão para correção de irregularidades - formais e materiais - identificadas no curso do exercício de controle externo de conformidade, verificando-se o agir estatal (controlador e executivo) sob a ótica de maior eficiência e coesão de vontades para solução de controvérsias em matéria de gestão pública.

1.2. Terminologia

A terminologia do Termo de Ajustamento de Gestão decorreu da própria natureza jurídica envolta de seu objeto negocial, qual seja, instrumento formal de celebração de compromisso entre partes em ajustamento do compromissário ao cumprimento das exigências legais em matéria de gestão pública, operando-se efeitos em face de atos administrativos executivos da administração pública ou privada que tenha por objetivo a realização de interesses públicos relevantes, tendencialmente realizados por meio das despesas públicas.

Enquanto instrumento de controle - interno ou externo - alinhado à contemporânea tendência da administração pública e do direito administrativo moderno, desvela-se viés menos autoritário e mais convencional dos órgãos estatais em relação aos seus controlados, possibilitando consensualidade

alternativa aos compromitentes como preferível à imperatividade estatal - tanto quanto possível – e sempre que for despendida a utilização coercitiva do poder estatal.

A terminologia adotada afina-se aos princípios de direito público e privado que informam o neófito instituto de natureza jurídica híbrida (público-privado), a garantir-lhe tratamento próprio dissociado de purismos clássicos com a identificação clara de limites de sua conformação.

Resta, assim, calcado na ideia de negócio jurídico transacional propiciado pela predisposição das partes em dialogar e consensualmente firmar compromissos, negociando o cumprimento de obrigações na preservação e maior efetividade de direitos metaindividuais.

Assim, o Termo de Ajustamento de Gestão é identificado como conjunto de direitos e obrigações pactuados entre o poder público (compromitente) e órgãos/pessoas interessadas (compromissários), voltado à preservação ou promoção dos direitos constitucionais transindividuais, em destaque na atuação do controle administrativo externo das despesas públicas volvidas a realização do bem-estar social.

1.3. Plano de estudos

Para consecução dos objetivos de formulação da presente obra, foram encetados planos de estudos de variadas matizes e conformação multidisciplinar estratégica.

O primeiro se deu no plano internacional (Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha, Argentina, México, Estados Unidos da América), com a busca de autores renomados sobre a temática correlata ou afim, operada na reunião de material bibliográfico de densidade acadêmica idônea e aprofundamento de estudos clássicos, a sustentar as premissas que envolvam os objetos nucleares de investigação, enquadrados nos núcleos de despesas públicas, instrumentos consensuados de transação, finanças públicas, controle externo democrático, e por fim, no termo de ajustamento de gestão. Portanto, estamos diante de múltiplas teses.

Numa segunda linha de atuação planeada, temos no plano nacional (brasileiro) na busca de estudos em autores de experiência acadêmica e profissionais do direito nas disciplinas de constituição, normação, direito financeiro, direito orçamental, processo e meios alternativos à solução de conflitos (transação, mediação, conciliação e arbitragem).

Numa terceira linha de planeamento dos estudos sob orientação, foram cursadas seis disciplinas presenciais com identidade temática sobre a investigação, com *expertise* docente sobre o tema proposto perante à Universidade do Minho, havendo aproveitamento ímpar e exitoso de aprovação em todas as disciplinas, quais sejam: (i) Teoria da Normação; (ii) Direito, Ciência e Prova; (iii) Direito Global da

Contratação Pública; (iv) Metodologia Jurídica e Fundamentação das Decisões Judiciais; (v) Interconstitucionalidade e Integração Europeia na Sociedade Mundial; e, (vi) Seminários de Filosofia e Teoria do Direito.

Complementarmente aos estudos encetados durante todo curso, foram realizadas pesquisas orçamentais e financeiras dos entes estatais brasileiros, acompanhadas de pesquisa de campo no âmbito dos tribunais de contas e dos ministérios públicos de contas brasileiros.

Sem prejuízo, durante todo tempo foram realizados encontros pessoais com doutores e *experts* sobre o tema no plano nacional e internacional (português), em discussão profícua para embasamento acadêmico, (re)orientação e com a participação em diversos encontros acadêmicos nacionais e internacionais para busca de respostas acerca das investigações acadêmicas ora encetadas.

Além disso, os avanços normativos brasileiros dos últimos cinco anos foram de suma importância sobre a temática desenvolvida, ora para melhor subsidiar a idoneidade doutrinária do neófito instituto como mecanismo de transformação da sociedade e dos órgãos públicos, ora para demonstrar a transformação da cultura jurídica em travessia de uma ordem pública litigiosa (heterocompositiva) a uma nova ordem pública consensuada (autocompositiva).

Diversos temas em desenvolvimento acadêmico na seara do direito publicista emergiram no curso da investigação proposta, todos a fundamentar e a consolidar a utilidade e efetividade do termo de ajustamento de gestão como instrumento de composição no controle das despesas públicas, meio célere, eficaz e alternativo de acesso à justiça.

1.4. Uma visão sobre as perspectivas dogmáticas da atuação estatal

No primeiro capítulo trazemos o tópico das despesas públicas, sob as premissas do direito-dever que representam para a sociedade e o Estado, respectivamente, imbricadas à realização dos objetivos sociais do Estado Democrático de Direito em perspectivas da contemporaneidade do milênio.

Sendo o ente estatal apropriador de riquezas do particular para realização de seus consectários constitucionais, a precedência do custeio dos gastos públicos hauridos de bens, serviços e rendas dos particulares precisa restar minudentemente planeada sob perspectiva realística, a fim de evitar a erosão de orçamentos com receitas públicas superestimadas e/ou despesas públicas subestimadas, maiores responsáveis pela ocorrência de *déficits* que desequilibram o funcionamento da máquina pública, em curto espaço de tempo, podendo inviabilizá-la a médio e longo prazo.

A sustentabilidade orgânico-finalística do ente perpassa, assim, pela garantia do equilíbrio orçamental, sem a ocorrência de distorções significativas que inviabilizem – no todo ou em parte – a realização dos deveres constitucionais, estampados pela vontade do legislador nas normas orçamentais, de diretrizes orçamentárias e dos planos plurianuais. Por consequência, as despesas públicas gravadas de obrigação de realização pelo ente político estatal têm que manter-se preservadas e equilibradas, num cenário projetado de exequibilidade mínima em relação a receita estimada, realidade díspar no cenário brasileiro.

Lado outro, o surgimento de fatores externos – econômico-financeiros – poderá ser capaz de “contingenciar a eficácia” do ordenamento jurídico vigente, mitigando-se, inclusive, de forma hódiosa, direitos que outrora eram regidos pela segurança jurídica da estrita legalidade (plano da existência e da validade).

Explico. Na ausência de verbas públicas disponíveis (recursos financeiros), os direitos tidos perenes e imutáveis não subsistirão à luz da segurança jurídica (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), em forçosa relativização do princípio da legalidade, pilar do Estado de Direito, a incidir a “ressignificação” dos corolários constitucionais de regência. Estamos diante de um abalo do clássico Estado de Direito.

Abordaremos, ainda, uma nova visão do controle externo administrativo de juridicidade da administração pública, outro foco de nossa obra. A teoria dos poderes administrativos lastrada em seus primórdios nos atos de império de governos monocráticos, sofreu mutações advindas da ruptura decorrente de movimentos liberais, sem perder sua essência constitutiva enquanto incidente sobre as relações jurídicas fincadas entre o Estado e o particular (cidadão).

Alguns espaços regulatório-normativos baseados na teoria da autonomia vontade – onde o que “não é proibido é permitido” –, foram sendo gradativamente ocupados por atividades regulatórias privadas (autorregulação), permeadas de dimensões que ingressaram no ordenamento jurídico, conformando e transformando a ideia clássica de normação face à entronização regulatória heterogênea (normas morais, normas religiosas, normas consuetudinárias, normas comerciais privadas, etc.), que vieram a exercer papel de “calibração” do ordenamento jurídico composto de normas eminentemente estatais.

Assim, aliadas às atuações regulatórias homônomas estatais, volvidas à própria administração pública e seus agentes, assim como, atuações regulatórias heterônomas, voltadas aos particulares, regras baseadas na teoria da vontade (direitos disponíveis) exerceram importante influência de regulação, sempre que necessário, para o exercício de poderes de polícia (direitos indisponíveis) e na preservação

do convívio harmônico em sociedade ou entre órgãos de poderes públicos; interviu-se, quando necessário, em condutas, posturas, bens, serviços e liberdades públicas nocivas à coletividade e à ordem jurídica vigente, a fim de manutenção da ordem pública e paz social.

Tais características legitimadoras de um novo ordenamento jurídico (trans)formado no tempo e no espaço, mais elástico em relação à doutrina clássica *kelseniana* (Teoria Pura do Direito), abriram “trilhas” para a formação de uma administração pública dialógica. Nessa, os atos de império, dotados de autoexecutoriedade e coercibilidade, deram lugar à legitimação democrática participativa do cidadão na formação dos atos administrativos decisórios ou de gestão, cujo elemento psicológico na construção de resultados convergentes em objetivos, trouxe maior aceitação e menor oposição no cumprimento de questões, havendo maior proteção de interesses públicos em lastro de preservação.

Mas não é só. Essa nova onda participativa, com maior transparência pública ativa e passiva dos atos administrativos, fez nascer novos ideários – também consensuados – de controle externo de juridicidade estatal, seja pelo controle difuso do particular exercido pela sociedade (cidadãos e organizações civis), seja pelo controle externo exercido constitucionalmente pelas instituições democráticas, cuja função primordial são de administração da justiça (advocacia privada, advocacia pública, defensoria pública, ministério público, tribunais de contas, poder legislativo e poder judiciário), deferidos a órgãos e poderes estatais que detêm competências comuns na tutela da ordem jurídica e dos direitos coletivos.

1.5. A composição por meio da transação administrativa

Nesse cenário de composição da formação prévia, concomitante ou póstuma de controle externo dos atos administrativos e de gestão pública, os instrumentos de transação das mais variadas matizes consolidaram um novo *iter justitia* e de equivalentes jurisdicionais mais céleres, mais eficazes e dotados de segurança jurídica para solução pacífica e definitiva de controvérsias, mantendo-se uma relação “amistosa” póstuma (“de convívio”) entre controladores e controlados, sem qualquer tentativa de sobreposição de atividades e funções típicas de cada qual.

Mediante requisitos objetivos e subjetivos para celebração de transações administrativas propriamente ditas, extraímos o contexto fático-jurídico indispensável em prol da solução pacífica dos conflitos de interesses, numa nova realidade inaugurada, com vistas à substituição da cultura demandista pela cultura consensuada da resolução de lides, tudo por métodos e instrumentos extrajudiciais de acesso à justiça.

1.6. Das finanças públicas e o controle externo democrático

A grande função do Estado se realiza no seio das ações desenvolvidas por ele próprio, cuja motivação de agir se encontra parametrizada num escopo predeterminado em lei. Assim, o agir compulsório a esse parâmetro normativo de ações concertadas para atingimento de um objetivo, denominamos de fins do Estado. Esse “roteiro” preestabelecido de ações governamentais não se confunde com os objetivos estatais, desvelando-se, cada qual, meios e fins, respectivamente.

A aproximação das finanças públicas e os fins do Estado ganha sobreleva quando as primeiras se mostram “finitas”, limitadas pelas disponibilidades de recursos, e os segundos mostram-se “infinitos”, abarcando um extenso rol de direitos sociais, numa comunidade contemporânea de relações complexas em que o Estado se apresenta como “provedor” dos direitos coletivos, visando, assim, propiciar a edificação de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Pela “finitude” dessas disponibilidades financeiras, a fiscalização de seu bom uso e a boa gestão perpassa por variadas formas de monitoramento e controle, desde as controladorias internas dos entes estatais, até o controle externo democratizado onde o cidadão é “peça-chave” na fiscalização do cumprimento escorreito de regras de direito financeiro, apresentando-se, assim, a realização de uma das facetas de cidadania plena.

O surgimento de órgãos estatais autônomos com finalidades fiscalizatórias em finanças públicas, também se amolda como importante mecanismo publicista de controle externo das contas públicas. Daí a necessidade de “remodelá-los” – organicamente - com a finalidade de atualização de suas atribuições, numa nova realidade “holística” de uma administração pública democrática, caracterizada pelo viés dialógico que lhe reinaugura em essência institucional.

Por tais fatos, também discorreremos em nosso terceiro capítulo, acerca da publicidade e da transparência das finanças públicas como “molas-mestras” de ações de controle externo, enriquecidas em efetividade pela realização difusa encetada pelos concidadãos e pelas organizações civis da sociedade.

Na mesma banda, os órgãos de controle externo publicistas têm a seu dispor um novo viés consensual para solução de inconsistências eventualmente estampadas no direito financeiro, enquanto meio de concretização dos objetivos do Estado, que dependem de instrumentos bem planejados em matéria de finanças públicas, volvendo-se a estas um “olhar” acurado em multiplicidade de atores na gestão pública e na fiscalização dos recursos públicos despendidos a seus encargos.

Nesse diapasão, os órgãos ministeriais brasileiros surgem como protagonistas de ações de controle, dispendo de novas técnicas de atuação para melhor proteção dos direitos transindividuais, quer seja como parte do processo ou terceiro facilitador (mediador), em política institucional de aproximação dos gestores públicos e da sociedade perante os órgãos estatais de controle, a melhor “formatar” o escopo próprio das finanças públicas, enquanto também meios de realização dos fins do Estado.

1.7. O compromisso de ajustamento de gestão pública

Por fim, no quarto e último capítulo, discorreremos sobre a visão de uma teoria do Termo de Ajustamento de Gestão, fazendo-o emergir como mecanismo de composição no controle externo administrativo, dentre todas as “novas modas” de composição de conflitos de interesses, com especial destaque a correccionar e sanar irregularidades materiais e formais (re)correntes de forma imediata, cujo elemento central será a volitividade dos representantes do órgão controlador e do órgão controlado, cuja autocomposição trará a formação do conteúdo de (re)ajustamento de suas atividades sociais, voltadas sempre a uma gestão pública fiscal responsável e de acordo com a lei, sempre visando o atingimento dos objetivos mais adequados em matéria de interesses públicos relevantes que visam tutelar.

Deste modo, o neófito Termo de Ajustamento de Gestão nasce como instrumento autocompositivo dotado de voluntariedade adesiva nos termos da lei, com eficácia preventiva/repressiva imediata na correção de desvios de finalidades/irregularidades das atividades administrativas e de gestão pública, a romper com o paradigma da litigiosidade como única via – afeta ao Poder Judiciário – para resolução de lides, numa nova “era” de solução dialogal de controvérsias.

CAPÍTULO I

2. PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS DE ATUAÇÃO ESTATAL

Na busca de respostas para atuação administrativa eficiente e concertada entre órgãos de execução e suas instâncias de controle nos Estados contemporâneos, elegemos perspectivas dogmáticas indispensáveis para formação de uma doutrina de funcionamento mínimo e de sustentabilidade dos entes responsáveis pela implementação de políticas públicas voltadas a promoção do bem-estar da sociedade.

Num primeiro momento, as despesas públicas surgem como direito-dever, posto que o dever dos entes estatais em realizar ações governamentais que consagrem a realização de direitos e garantias individuais e coletivos – corolários constitucionais – deferem direitos a todos os membros dessa mesma sociedade.

Por seu turno, na lógica de que todo direito corresponde a um dever⁴, temos a responsabilidade do cidadão em contribuir - social e financeiramente - para subvenção de políticas públicas e funcionamento da máquina estatal, a fim de que não se beneficie a si próprio, mas a toda a sociedade que pertence por decorrência do princípio da solidariedade que o vincula a um “espírito” de grupo.

Todos os gastos públicos, para que sejam sustentáveis no tempo e no espaço, precedem da demonstração de suas fontes tributárias de custeio (arrecadação), gravando alguns direitos sociais (saúde, educação e assistência social) de vinculação das contribuições que lhe servirão de supedâneo financeiro para realização. O desequilíbrio das contas públicas será capaz de ameaçar a sustentabilidade desses gastos públicos primários e da conformação orgânico-finalística do próprio ente estatal, cujo equilíbrio orçamental será a “mola-mestra” da realização de despesas públicas racionais, equilibradas e eficientes.

A teoria dos poderes administrativos evoluída pela agregação dos direitos humanos como centro das normas fundamentais, exigiu do Estado de Direito uma nova postura regulatória heterônoma em face de atividades privadas que ameacem os interesses públicos sob sua órbita tutelar, em especial os direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos, numa sociedade cada vez mais globalizada, imediatista e complexa. A produção de normas jurídicas como fonte primeva do Direito não conseguiu acompanhar

⁴ Fundamento histórico-filosófico da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

em velocidade (tempo) e modo (forma), a experimentada “modernidade líquida” e de “incertezas sólidas” retratadas em ZYGMUNT BAUMAN⁵ como a era da pós-contemporaneidade.

De outra banda, a travessia de uma administração pública imperativa para uma nova ordem dialógica, em política de proximidade do cidadão, desautoriza uma “visão inimiga” entre o público e privado, fazendo nascer uma onda de acesso à justiça pela processualidade consensual, diametralmente oposta ao processo contencioso de natureza litigiosa e adversarial.

Tudo isso, só poderá ser exercido em plenitude sob a ótica do ordenamento jurídico, se submetido ao crivo de instâncias controladoras (sistemas de freios e contrapesos), limitadora dos abusos e das ilegalidades dos agentes estatais, onde os acessos da produção de atos administrativos deverão se dar pela via da transparência pública (ativa ou passiva). Esta mesma lógica é aplicável ao procedimento administrativo despesista, sem o qual restará impossibilitado a consecução dos objetivos sociais republicanos do bem-estar da coletividade.

Desta feita, todos os temas aqui entronizados foram objeto de investigação acadêmica para conformação de respostas indispensáveis a formulação dos elementos constitutivos de nossa obra. Começemos, então, pelo direito-dever dos gastos públicos.

2.1. Das despesas públicas: o direito-dever do gasto público

O estudo acerca do conjunto de regras e princípios que regulam a despesa pública brasileira adquiriu relevância sob a ótica constitucional em 1988 - Carta Magna e democrática, tendo sua maior expressão com o advento da estabilidade monetária de 1992 em diante⁶, derivando daí leis extravagantes que disciplinaram – pormenorizadamente – questões de boa gestão e responsabilidade fiscal.

Ainda que permeadas de questões eminentemente políticas⁷, o direito-dever das despesas públicas deve abranger não só as hipóteses de gastos públicos tradicionais, devendo também “mirar” na dimensão das despesas públicas indiretas, isto é, a concessão de benefícios creditícios e de renúncias fiscais, tão importantes⁸ quanto a busca incessante da implementação direta de políticas públicas decorrentes de normas constitucionais programáticas⁹.

⁵ Cf. OLIVEIRA, Larissa Pascutti de - ZYGMUNT BAUMAN: a sociedade contemporânea e a sociologia na modernidade líquida. Sem aspas. Araraquara. V. I. N. I (2012), pp. 25-36.

⁶ Implantação da política monetária brasileira da Unidade Real de Valor (URV) e da moeda do REAL (R\$).

⁷ Para Joaquim Rocha, a despesa pública tem lugar num conjunto de representações e valorações da realidade que são incondicionalmente aceites por uma maioria comunitária, não devendo merecer contestações pelo fato de que não existiria sociedade sem afetação de recursos do erário as finalidades comuns, assumindo a ideia de consciência coletiva. In ROCHA, Joaquim de Freitas – Direito da despesa pública. Coimbra: Almeida, 2019, p. 15.

⁸ Para o fomento de atividades de produção locais e regionais, com desenvolvimento socioeconômico.

⁹ Discorrendo sobre as normas constitucionais brasileiras, J. J. Gomes Canotilho aduz que “A Constituição brasileira foi um grito de modernidade ouvido trinta anos depois da criação de Brasília, em 1958, um estatuto de contraste com a ditadura da qual o país se libertou. É um texto assentado sobre os

Para JOAQUIM ROCHA¹⁰, considerando a aparente simplicidade do direito da despesa pública conceituado como conjunto de normas jurídicas em que a despesa pública é o objeto, desvela-se a complexidade que lhe subjaz pelo conceito aberto e pela multiplicidade normativa regulatória aplicável à espécie (constitucional, legal, regulamentar administrativa, norma europeia, convenções internacionais, dentre outras).

Fonte *mater* da despesa pública é a Constituição, cujos mandamentos são aderidos às Leis Orçamentárias Anuais¹¹, a ponto de erigi-las como segunda fonte de direito orçamental mais relevante no Brasil¹², *pari passu* ao Plano Plurianual¹³, a Lei de Diretrizes Orçamentárias¹⁴, aos princípios de direito orçamental, agregadas às normas gerais de direito financeiro. Daqui se desdobram as alocações e dotações orçamentárias que irão permitir o exercício do direito das despesas públicas condicionadas pelo orçamento público, instrumento de vontade da maioria política voltado para realização do gasto público – faceta de um dever estatal.

Esta multiplicidade de fontes regulatórias fez nascer uma ideia assistemática, lacunosa e complexa em “trama” do direito da despesa pública no Estado brasileiro, causando, por vezes, insegurança jurídica aos gestores públicos, face toda “sorte” de confrontações que restam sujeitos perante os variados órgãos de controle interno e externo, a incutir uma ideia de um “medo de ação” e consequente responsabilização.

Aspectos constitucionais relevantes de legitimidade, legalidade, economicidade, efetividade, qualidade do gasto público, repartição de receitas tributárias, transparência pública, espécies de controle (interno e externo), transferência obrigatória de recursos, transferência voluntária de recursos, bem como a destinação de recursos públicos ao particular, poderão ter abrangência macroeconômica em sede de fiscalização e controle de conformidade, conforme veremos adiante.

princípios da democracia representativa, garantidor dos direitos fundamentais, mas que nem por isso deixa de ser alvo de contestação, por englobar o trato dos problemas sociais do país, a articulação dos poderes regionais e dos conflitos políticos. É uma empreitada quase impossível. É, talvez, a mais complexa Constituição, em face do volume e do detalhamento. É um fator gerador de tensões e que desafia a dialética, mas que completa vinte anos consagrando a separação de Poderes.” Seguindo acerca da natureza das normas constitucionais, ressalta que “É uma Constituição programática, espessa, muito diferente do que se poderia produzir em 1934 ou em outra época qualquer. Mas para saber, para avaliar a sua carga de bondade e de maldade, vale recorrer à proposta de Saramago, quando descreve sua gralha: acrescenta um “não” diante de cada artigo da Constituição.” Por fim, discorrendo sobre a complexidade de temas tratados nas normas constitucionais brasileiras, aduz “Quando discutimos os problemas da energia, mineração ou da produção industrial ficamos muito próximos da querela política. É uma opção que deve ser feita. Queremos que a Constituição traduza diretrizes programáticas para orientar o legislador em sua tarefa ou resumi-la a uma lei quadro, numa “Constituição dirigente”, deixando para o legislador a missão de regular?”. In GOMES CANOTILHO, José Joaquim – Problemas estão na ruas, não na Constituição [em linha]. CONJUR. [29.01.2019]. (10.08.2017). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-10/jose-joaquim-canotilho-problemas-estao-nas-ruas-nao>.

¹⁰ Cf. ROCHA, Joaquim de Freitas – Direito da despesa pública. Coimbra: Almeida, 2019, p. 13.

¹¹ Artigo 165, inciso III c/c §5º do mesmo edito, da Constituição da República brasileira de 1988.

¹² Que se extrai do excerto do julgamento do Supremo Tribunal Federal de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) n. 4048-1/DF, de 14 de agosto de 2008, p. 92, sob relatoria do Ministro Carlos Ayres de Brito. (18.05.2017). Disponível para consulta em <http://www.stf.jus.br>.

¹³ Artigo 165, inciso I c/c §1º do mesmo edito, da Constituição da República brasileira de 1988.

¹⁴ Artigo 165, inciso II c/c §1º do mesmo edito, da Constituição da República brasileira de 1988.

Não sem razão há quem defenda a existência de um regime jurídico próprio das despesas públicas no Brasil, sem, contudo, gravar-lhe como unitário, face às minudências da organização político-administrativa de nossa forma federativa de Estado¹⁵.

Dessa expressão defendida, podemos exprimir a assertiva da existência de exame permanente de conformidade ou juridicidade, isto é, se uma despesa pública está ou não de acordo com o ordenamento jurídico vigente, tanto sob a ótica do direito, quanto sob a ótica do dever, fazendo surgir o conceito de um direito-dever das despesas públicas.

2.1.1. Do regime da despesa pública brasileira

A melhoria da qualidade do gasto público nos dias atuais é uma questão de grande atenção econômico-social, em tempos de sucessivos orçamentos deficitários e contingências financeiras de arrecadação¹⁶, sendo *mister* o emvidamento de esforços por uma gestão pública eficiente dos recursos financeiros, de modo a assegurar o atendimento das demandas coletivas no contexto sociopolítico-nacional.

A rigor, percebe-se que os recursos públicos são escassos para atender às necessidades sociais cada vez mais crescentes, portanto, ilimitadas, decorrência natural de um “estado de felicidade” dos membros da sociedade. Tal fato ocasiona um estado de premência constante para que seja alcançada a utilização racional e o emprego adequado de recursos financeiros estatais, dentro de critérios mínimos de gestão fiscal responsável, focada no atendimento das necessidades básicas dos cidadãos, na melhoria da qualidade dos serviços públicos ofertados, na redução de custos da máquina pública, na superação de desafios de crises econômicas, na adequação das despesas às normas de regência indispensáveis ao mínimo existencial e na prevenção de impactos negativos em decorrência das medidas governamentais de contingência dos gastos públicos (teto orçamentário de gastos públicos) que afetam políticas públicas essenciais à sociedade organizada.

É preciso observar que a má gestão dos recursos públicos estatais resulta, por conseguinte lógico, no fornecimento aos cidadãos de serviços de transporte, segurança, educação e saúde menos

¹⁵ GOMES, Emerson Cesar da Silva – O Direito dos Gastos Públicos no Brasil. São Paulo: Almedina, 2015, p. 135.

¹⁶ Defendendo a reversão do aumento de subsídios tributários brasileiros concedidos entre os exercícios de 2006 a 2014, Alexandre Manoel discorre que o desequilíbrio fiscal estrutural não é novo, vindo desde o advento da República. Sugere que num mundo ideal do gasto público a diminuição deva ser a solução, mas - historicamente - o Brasil prevê o aumento do gasto proporcional à renda. Deste modo, um teto de gastos crível e austero seria aquele conjugado a metas de resultados primários que levem a uma dívida pública sustentável, mantendo-se a despesa pública variante ao crescimento do produto potencial a longo prazo. Finaliza não parece ser crível o alcance de um superávit orçamentário sustentável, sem recuperar o nível médio da carga tributária existente entre os anos de 2006 a 2014, época em que houve o início da série histórica de sucessivos déficits orçamentais públicos. In MANOEL, Alexandre – Problema fiscal no Brasil é gasto demais ou receita de menos? [em linha]. Valor Econômico. [21.09.2020]. (21.09.2020). Disponível em <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/problema-fiscal-no-brasil-e-gasto-demais-ou-receita-de-menos.ghtml>.

eficazes, dentre outros, que afetam o núcleo mínimo – pedra de toque – da dignidade da pessoa humana na idade contemporânea. Nesse contexto, deve ser intensificada a atuação dos órgãos de controle governamentais frente às operações financeiras e problemas de gestão existentes, inclusive com o estabelecimento de diretrizes a serem seguidas pelos administradores na realização mais eficiente dos gastos públicos, sem se imiscuir nas atividades típicas de cada poder.

De outra banda, a legislação sobre gastos públicos brasileira é densa e assistemática (não consolidada), desproporcionando uma solução direta e expressa que possa orientar a conduta dos administradores de forma objetiva, com a segurança jurídica que se espera da fonte do direito coroada em lei, isto é, a ação do gestor público – que deve pautar-se com base no ordenamento jurídico – é permeada de dificuldades operacionais e insegurança jurídica na realização das suas funções típicas (ordenador de despesas), face às variadas instâncias de controle – interno e externo -, com entendimento jurídico – por vezes – diametralmente opostos¹⁷.

É possível dizer que a ausência de comandos claros sobre o que é permitido, e o que é proibido, ou o que é obrigatório e o que é dispensável (discricionário), aliados à carência de estudos jurídicos aprofundados sobre o correto emprego das verbas públicas e à ausência de qualificação de gestão pública dos ordenadores de despesas, acaba por constituir um incentivo ao uso desarrazoado, também porta de entrada do desvio de recursos financeiros, dificultando até mesmo o sistema de fiscalização exercido pelos órgãos de controle – interno e externo –, bem como atuação eficaz pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Ademais, os gastos públicos podem “surgir” independentemente das previsões contidas na lei orçamentária anual e de forma autônoma. Explico: embora o orçamento público tenha

¹⁷ Exemplo maior atual de tal faceta de insegurança está expressa no Manual de Demonstrativos Fiscais (MDF) da lavra da Secretaria do Tesouro Nacional, que limita os gastos máximos de despesas de pessoal com cada ente federativo anualmente (incluindo todos os poderes e órgãos estatais respectivos, inclusive administração direta e indireta) nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar federal n. 101/2000), isto é, estabelece percentual máximo de gastos com pessoal, incluindo as despesas com ativos e inativos dos respectivos entes. Contudo, a título exemplificativo, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, dentre outros, órgão de controle externo da Administração Pública e dos Poderes constituídos, editou a Instrução Normativa TCEMG n. 01/2001, de 18 de abril de 2001 (alterada pela Instrução Normativa n. 05, de 19 de dezembro de 2001), excluindo da metodologia indicada pelo Governo Federal o montante dos gastos com inativos, flexibilizando-se, assim, por ato normativo secundário, o cumprimento de metas fiscais quanto ao cômputo dos inativos (aposentados e pensionistas). Tal fato foi objeto de recente INSTRUÇÃO NORMATIVA do TCEMG n. 01/2018, com vigência a partir de 01 de janeiro de 2019, passando a exigir o cômputo dos gastos com inativos somente a partir da sua vigência, o que propiciou uma extrapolação dos limites máximos previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, a contribuir para o endividamento do ente, atenuando a aplicação da regra preconizada na alínea “c”, do inciso II, do artigo 20, da Lei de Responsabilidade Fiscal, onde, já no exercício de 2018, apontava o excesso de gastos com pessoal na ordem de 17,65%, além do limite percentual máximo de 49% (Poder Executivo estadual), perfazendo o total de 66,65% incidente sobre a Receita Corrente Líquida do ente (Processo TCEMG n. 1.066.559 – Balanço Geral do Estado de Minas Gerais, exercício de 2018. Disponível para consulta processual na íntegra em <http://www.tce.mg.gov.br>). Outro exemplo é o Projeto de Decreto Legislativo (Brasil) n. 263, de 2019, apresentado à Câmara dos Deputados pelo parlamentar federal Afonso Florence (Disponível para consulta pública em <http://www.camara.gov.br>, que visa sustar a aplicação das Portarias da Secretaria do Tesouro Nacional n. 389, de 14 de junho de 2018, n. 233, de 15 de abril de 2019, e n. 286, de 07 de maio de 2019, que alinhadas a um regime de gestão fiscal responsável, determinaram a inclusão nos gastos de pessoal dos entes, dos valores repassados de parcela referente ao pagamento de remuneração de pessoal que exerça atividade fim do ente público, havida pela contratação pública de Organizações Sociais (OS) quando da formulação de contratos públicos de gestão, inclusive afeto às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e Organizações da Sociedade Civil (OSC), em virtude de termos de colaboração e de termos de fomento.

importante papel de planeamento e na regulação das despesas estatais, existem diversos gastos de natureza pública que nem sempre estão sujeitos à legalidade orçamentária, ou que estão sujeitos a outras normas de natureza permanente, o que relativiza (incongruentemente) a importância do princípio do orçamento único. A título de exemplo brasileiro, especificamente, vem crescendo a importância dos gastos indiretos que não estão contemplados pelo orçamento público único, tais como, o gasto tributário em renúncias fiscais, os gastos operacionais de empresas estatais não dependentes – regidas pelas regras de direito privado –, e os benefícios creditícios concedidos indistintamente¹⁸.

Desse modo, torna-se necessária uma (re)conceituação ampla do conteúdo do gasto público, abrangendo não apenas os gastos orçamentários propriamente ditos (despesas públicas), como também qualquer utilização de recursos financeiros por entidades de direito público ou de direito privado que orbitam ao entorno do Estado, submetidas ao controle exercido pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público brasileiros (empresas estatais, organizações sociais, OSCIPS, Sistemas S [Sesi, Senac, etc], entidades privadas que celebram convênios, termos ou cooperações), bem como os gastos tributários e os benefícios fiscal-creditícios (despesas indiretas), o que eleva a uma categoria jurídica mais ampla o conceito clássico de despesa pública.

2.1.2. Natureza jurídica da despesa pública

O caráter jurídico do gasto público *exsurge* na execução da despesa, que resta contingenciada, em regra, aos limites previstos no direito orçamental para o atendimento das necessidades coletivas da sociedade¹⁹. Tem-se por núcleo essencial das necessidades coletivas, a dignidade da pessoa humana como qualidade intrínseca e distintiva em cada ser cidadão, que o faz destinatário de idêntico respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, ao qual se impõem um complexo de direitos e deveres fundamentais que protejam a pessoa contra qualquer ato potencial de cunho desumano ou degradante, assim como garanta as condições existenciais mínimas para uma vida saudável²⁰.

¹⁸ São as chamadas off-budget expenditures. Estas operações com características especiais fazem parte de um fenômeno iniciado em Portugal, chamado de “desorçamentação”, ou seja, estão excluídas das contas regulares. De fato, trata-se realmente de uma exceção ao princípio da plenitude orçamental (unidade e universalidade), segundo o qual o orçamento deve ser único e nele devem estar contidas todas as receitas e as despesas do Estado. Nessa linha de raciocínio, ao discorrer sobre o tema, Allen Schick observa que a questão das off-budget expenditures está relacionada às transformações do setor público, onde, em uma fase inicial, o orçamento cobria toda a atividade financeira do Estado. Ou seja, as despesas eram realizadas a partir da aprovação pelo parlamento das dotações orçamentárias para os órgãos e entidades públicas, que aplicavam os recursos nas suas próprias operações; contudo, este modelo não deve mais prevalecer na visão do autor, sendo que os governos atuais operam em grande parte por meio de transferências a terceiros, onde os recursos são desembolsados para parceiros à margem do governo, buscando atingir objetivos públicos por meio de ações privadas. Cf. SCHICK, Allen. Off-budget expenditure: an economic and political framework [em linha]. OECD Journal on Budgeting, V 7, N 3 (2007), pp. 1-32 [12.10.2018]. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/42/28/43411741.pdf>.

¹⁹ Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva – O Direito dos Gastos Públicos no Brasil. São Paulo: Almedina, 2015, p. 25.

²⁰ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang – Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62.

Vale destacar que a maior parte dos recursos financeiros arrecadados pelo Estado é de origem tributária, hauridos do patrimônio e renda dos cidadãos contribuintes, o que reforça a tese de sujeição na sua utilização de regras legais objetivas e impessoais.

Mas não é só. Diante das sucessivas crises financeiras dos entes estatais das últimas décadas, dentre elas Brasil (2014) e Portugal (2008), agrega-se aos conceitos antepostos um novo olhar sobre o direito, sob influência iminentemente empírica, na qual surge a indagação: há direitos adquiridos diante a indisponibilidade de recursos para fazer face aos gastos públicos obrigatórios²¹?

De certo, as decisões referentes aos gastos públicos devem ser adotadas pelos mandatários eleitos pelo povo (executivo e legislativo); mas, não são derivados de uma decisão exclusivamente política, desvelando-se claramente em objeto de estudo do direito financeiro²².

Quanto à disciplina da despesa pública brasileira, observamos que a decisão de gastar está sujeita a todo um arcabouço jurídico preexistente à realização do gasto em si, abrangendo a lei orçamentária anual, a lei de diretrizes orçamentárias, as normas gerais de direito financeiro, os princípios constitucionais da despesa pública e os princípios orçamentários.

Dentre os normativos antepostos, a lei orçamentária anual estabelece as necessidades públicas a serem atendidas num cenário de escassez de recursos, não podendo vir a ser utilizada para a instituição de direitos subjetivos de natureza pecuniária ou não.

Na lição de REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA²³, o texto da lei orçamentária não pode instituir tributo nem qualquer outra determinação que fuja às finalidades específicas da previsão de receita e fixação de despesa, com exceção de autorizações para abertura de créditos suplementares e a contratação de operações de crédito.

2.1.3. Sistematização doutrinária do direito dos gastos públicos

No México, a despesa pública é tratada de forma sintetizada dentro do direito financeiro, no capítulo referente ao direito orçamental²⁴. Já em Portugal, observamos que o direito das despesas públicas não é tratado como um ramo específico do direito financeiro, mas sim como um capítulo próprio

²¹ No Brasil, consideram-se gastos públicos obrigatórios todos àqueles que têm previsão constitucional e de aplicação de percentuais mínimos das receitas correntes líquidas pelos entes estatais (saúde e educação), as transferências compulsórias entre os entes federados na repartição da receita tributária, assim como todo gasto público decorrente de lei que acarrete prestação continuada (vencimentos, proventos, soldos de aposentadoria ou pensão, etc.), dentre outros.

²² Cf. MORATAL, Germán Orón – La configuración constitucional del gasto público. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, pp. 138-139.

²³ Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de – Curso de Direito Financeiro. São Paulo: RT, 2006, pp. 326-327.

²⁴ Cf. BORJAS, Maria de la Luz Mijangos – Conceptos generales del derecho financiero. in Panorama de derecho mexicano – derecho financiero. In Chapoy Bonfaz; Beatriz Dolores (org.), México: Mc Graw Hill, 1997, p. 7.

do direito orçamental²⁵. Na Espanha, o controle dos gastos públicos é tratado no âmbito do direito orçamentário, dentro do direito financeiro, compreendendo o regime jurídico dos gastos públicos²⁶.

De outra banda, ainda na Espanha, é possível identificar o entendimento diverso de que a autonomia da despesa pública em relação aos demais ramos do direito financeiro, especialmente ao direito orçamentário, seria suscetível a uma ordenação jurídico material que transcenderia o âmbito jurídico formal²⁷.

Sob essa visão, o direito orçamental teria a finalidade de autorizar a administração pública a comprometer os recursos financeiros para fazer face aos gastos públicos durante determinado período (princípio da anualidade), ao passo que o direito dos gastos públicos teria como objetivo o atendimento das necessidades coletivas por meio de utilização dos recursos públicos escassos.

No Brasil, a matéria ainda é controversa, sobretudo, pois, a lei orçamentária anual não esgota a disciplina jurídica das despesas públicas na medida em que não contemplaria apenas gastos orçamentais, mas, sobretudo, onde as despesas públicas (discricionárias) seriam contingenciadas à fonte de custeio respectivo, isto é, nas receitas públicas. Entretanto, são os gastos públicos o principal instituto jurídico de direito financeiro, após o direito tributário, visto que, face ao maior volume de despesas públicas obrigatórias (constitucionais e legais) teria o ente estatal que buscar as receitas públicas correspondentes, num movimento inverso, onde a despesa condicionará a receita, denotando-se, assim, a relevância do gasto público frente à arrecadação de recursos, e sobre a própria sustentabilidade do orçamento público em si²⁸.

Teríamos aqui, o direito dos gastos públicos como ramo do direito financeiro, que disciplinaria a despesa pública de forma relativamente autônoma ao direito orçamental, sendo, assim, seu pressuposto de legitimidade e validade.

2.1.4. Do poder e da relação jurídica de gastos públicos

O estudo do direito do gasto público ganha certa autonomia, quando são delineados institutos próprios aplicáveis a si, tais como: o poder de gasto público e a relação jurídica de gasto público.

O poder de gasto público representa a capacidade de comprometer o emprego dos fundos públicos destinados a satisfazer uma necessidade, cuja determinação e avaliação também foram

²⁵ Cf. FRANCO, Antônio Luciano de Souza – Finanças Públicas e Direito Financeiro. Vol. I. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 495.

²⁶ Cf. LAPATZA, José Juan Ferreiro – Derecho Financiero. vol. I. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, p. 333.

²⁷ Cf. PEROGORDO, Juan José Bayona de; ROCH, María Teresa Soler – Derecho Financiero. Vol. I. 2.ª ed., Alicante: Librería Compas, 1989, p. 717.

²⁸ Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva. Op. cit. pp. 33-35.

especificadas por esse poder. Já a relação jurídica de gasto público representa um vínculo obrigacional entre a Administração Pública e outro sujeito de direito, por ocasião da realização de dada despesa pública, possuindo como fonte primária a lei, ou ainda, decorrente de um contrato ou um ato administrativo²⁹.

Em Portugal, o conceito de relação jurídica de despesa pública indica um direito do Estado de exigir da coletividade uma contribuição para fazer face às despesas públicas, segundo a capacidade contributiva do indivíduo (relação jurídica tributária), ao passo que haveria também o dever do Estado em aplicar as receitas públicas hauridas dessa relação jurídica na satisfação das necessidades coletivas³⁰, sendo sujeito ativo da relação jurídica a própria coletividade.

2.1.5. Conceituando a despesa pública

A despesa pública é o conjunto de dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de direito público, prevista numa autorização legislativa para o funcionamento dos serviços públicos ou a execução de fim a cargo do governo³¹.

Temos ainda, que despesa pública corresponde à soma dos gastos públicos realizados pelo Estado na realização de obras e para a prestação de serviços públicos³².

Já o gasto público representa toda aplicação, geralmente em dinheiro, que incide sobre as finanças do Estado e que se destina ao cumprimento dos fins administrativos ou econômico-sociais, não necessitando ser realizado por um organismo estatal, isto é, podendo ser também levado a cabo por entidades de direito privado ou semiprivado que recebem delegação de poder e das quais o Estado se valha para o cumprimento de seus fins de ordem econômico-social³³.

Assim, os gastos públicos são dispêndios em dinheiro realizados pelo Estado em virtude de lei, para cumprir os seus fins consistentes na satisfação das necessidades coletivas, incluindo àqueles que não correspondem ao fim de satisfação das necessidades coletivas, ainda que considerados gastos públicos ilegítimos³⁴.

Temos ainda, que as despesas públicas do Estado são definidas como o conjunto de necessidades públicas cuja satisfação exige o emprego de recursos públicos, realizado por ente estatal

²⁹ Cf. PEROGORDO, Juan José Bayona de; ROCH, María Teresa Soler – Derecho Financiero. Vol. I. 2.ª ed. Alicante: Librería Compas, 1989, pp. 505-507.

³⁰ Cf. MAGALHÃES, Carla Sofia Dantas – Regime Jurídico da Despesa Pública: do direito da despesa ao direito à despesa. 2011. Dissertação de Mestrado em Direito. Escola de Direito, Universidade do Minho, Braga, Portugal, p. 137.

³¹ Cf. BALEEIRO, Aliomar – Uma introdução à ciência das finanças. 14.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 493.

³² Cf. TORRES, Ricardo Lobo – Curso de Direito Financeiro e Tributário. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 357.

³³ Cf. FONROUGE, Carlos M. Giuliani – Derecho Financiero. Vol. I. 6.ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 651.

³⁴ Cf. VILLEGAS, Héctor B. – Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. 7.ª ed. Buenos Aires: Depalma, 2001, p. 977.

mediamente procedimento funcionalizado, abrangendo o emprego de recursos que emanam do erário público para a satisfação de uma necessidade específica ou coletiva³⁵.

Desta feita, os gastos públicos e as despesas públicas governamentais representam a aplicação de recursos financeiros públicos pelos órgãos e entidades públicas integrantes do orçamento fiscal e da seguridade social previstas na lei orçamentária anual, e pelas entidades paraestatais, entidades privadas e outras entidades que gravitam no entorno da administração pública centralizada brasileira, gerindo-se os recursos públicos³⁶.

O gasto público brasileiro compreende todo dispêndio de recursos financeiros para satisfazer as despesas orçamentais³⁷, abrangendo também os gastos públicos atípicos (despesas públicas indiretas) representados nos gastos tributários ou renúncias de receitas, assim como nos benefícios fiscais-creditícios. Nestes últimos, existem despesas públicas que tendem a ficar à margem da lei orçamentária, também denominadas *off-budget expenditures*, submetidas aos princípios que regem à administração pública e ao controle de legalidade pelos órgãos de controle externo (artigos 37 e 70, da CR/88), face a possibilidade de impacto nas finanças públicas, conquanto instrumentos de políticas públicas específicas.

2.1.6. Dos gastos tributários

O gasto tributário corresponde a uma “desoneração legal” de tributo ao sujeito passivo da relação jurídica tributária, acompanhada de renúncia de receita pública, na busca de determinado objetivo de interesse público, em especial, a implementação de políticas públicas específicas de fomento e desenvolvimento social e regional. Em certa medida, representa empobrecimento do ente estatal em face da diminuição – total ou parcial – de tributos que deveriam ser arrecadados por força de lei, mas renunciados em favor do contribuinte, produzindo-se o mesmo efeito financeiro das despesas públicas, denominando-se, assim, despesas públicas indiretas³⁸.

³⁵ Cf. PEROGORDO, Juan José Bayona de; ROCH, María Teresa Soler – Derecho Financiero. Vol. I. 2.ª ed., Alicante: Librería Compas, 1989, p. 472.

³⁶ Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva – O Direito dos Gastos Públicos no Brasil. São Paulo: Almedina, 2015, pp. 50-56.

³⁷ Ex vi artigos 12 e 13, da Lei federal n. 4.320/1964, da República Federativa do Brasil.

³⁸ Cf. HENRIQUES, Élcio Fiori – Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário: o gasto tributário no direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 284-285.

Usualmente, os gastos tributários³⁹ são utilizados como ferramentas de políticas públicas buscando atingir certos objetivos de interesse público, assim como estimular o consumo de certos bens ou serviços, ou ainda, fomentar os investimentos em determinados setores ou regiões⁴⁰.

A Lei Complementar federal brasileira nº 101/2000, em seu art. 14, § 1º, adotou critério jurídico-formal para a identificação dos gastos tributários com base na derrogação das regras ordinárias de tributação, atribuindo-se certas vantagens ao contribuinte – sujeito passivo da relação jurídica tributária –, compreendendo a concessão de “anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado”.

Por fim, as espécies de benefícios fiscais no direito brasileiro abrangem as isenções, a não incidência, a alíquota zero, a redução de base de cálculo ou de alíquota, os créditos presumidos, as anistias, a remissão, os diferimentos, a concessão de moratória ou parcelamento, as depreciações aceleradas e a concessão de prazos mais favorecidos⁴¹.

2.1.7. Dos benefícios creditícios

A expressão benefícios creditícios ou benefícios de natureza creditícia deriva da disposição contida no art. 165, § 6º, da Constituição da República de 1988, tratando-se de gastos decorrentes de programas oficiais de crédito que ofereçam taxas de juros mais acessíveis aos tomadores de empréstimo em relação aos juros que remuneram títulos emitidos no mercado financeiro, impondo que o projeto de lei orçamentária deverá ser “acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia”.

Deste modo, considerando que os benefícios creditícios não constam dos orçamentos públicos, mas apenas de demonstrativo regionalizado do efeito, poderão ser considerados *off-budget expenditures*, sobretudo, pois, as diferenças das taxas de juros assumidas pelo governo⁴², e não constantes do

³⁹ O conceito surgiu inicialmente nos Estados Unidos com os estudos de Stanley S. Surrey, que cunhou a expressão *tax expenditures* – gastos tributários – para designar as reduções de receita pública causadas pelos benefícios fiscais. [12.10.2018]. Disponível em <http://www.oecd.org/gov/budgeting/39515114.pdf>.

⁴⁰ Cf. VILLELA, Luiz; LEMGRUBER, Andrea; JORRAT, Michael – Los presupuestos de gastos tributários: conceptos y desafíos de implementación. Washington: BID, 2009, pp. 69-70.

⁴¹ Cf. HENRIQUES, Élcio Fiori – Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário: o gasto tributário no direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 284-285.

⁴² Além deste custo financeiro, há ainda o custo orçamentário relativo ao Programa de Sustentação do Investimento (PSI), envolvendo a execução de despesa destinada à equalização das taxas de juros. Ou seja, o Tesouro Nacional tabela a taxa de juros para o mutuário e cobre os custos referentes à diferença para

orçamento público, trarão reflexos negativos à dívida pública, compreendidos como gastos públicos indiretos⁴³.

Como exemplo de benefícios creditícios, podem ser citados os empréstimos concedidos pelo tesouro nacional ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico brasileiro. Estas operações de empréstimos do tesouro nacional ao BNDES importam em um custo direto elevado, sem processo orçamental anual de revisão, dotados de ausência de transparência pública indispensável, cujos custos deveriam ser compensados em longo prazo, por ganhos fiscais decorrentes de previsão de aumento de receita da ordem de bilhões de reais, sem se considerar os prejuízos – “calotes” – de empréstimos concedidos a países estrangeiros, sem garantias reais nos últimos governos, o que agravou a subestimação de gastos públicos indiretos face às incertezas de seus custos reais⁴⁴.

Acrescente-se a tais fatores, que por vezes foram concedidos benefícios creditícios em operações de crédito economicamente inviáveis (*verbi gratia* a exploração dos poços de petróleo do pré-sal), ou ainda, com base em critérios políticos, operações creditícias sigilosas para países estrangeiros de regimes autoritários (*verbi gratia* Cuba, Venezuela, Filipinas e “Repúblicas” Africanas, dentre outros), sem retorno de benefícios efetivamente programados, servindo de “porta de saída de recursos” em métodos hodiernos de corrupção na administração pública brasileira, com escoamento vultoso de recursos públicos.

2.1.8. Classificação da despesa pública

Podemos classificar o gasto público a partir da distinção entre as despesas orçamentárias e as denominadas *off-budget expenditures*.

As primeiras, também chamadas despesas públicas propriamente ditas, são aquelas submetidas ao princípio da legalidade orçamental, abrangidas as despesas correntes e despesas de capital, podendo ser obrigatórias (gastos constitucionais), quase-obrigatórias (gastos legais), ou facultativas (onde não é estabelecida obrigatoriedade de sua realização na lei ou na Constituição)⁴⁵.

Outrossim, as despesas orçamentárias no Brasil dividem-se em ordinárias (para atender necessidades estáveis da Administração) e extraordinárias (decorrentes de fatos imprevisíveis). É preciso

os bancos privados. Essa despesa de equalização de juros só é reconhecida após decorridos vinte e quatro meses do término de cada semestre de apuração (Portaria Ministério da Fazenda nº 357, de 15/10/2012), deixando de ser apropriada no exercício financeiro de competência. Por conseguinte, o custo do PSI não pode ser considerado uma despesa orçamentária direta, mas sim *off-budget*. Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva. Op. cit. p. 69.

⁴³ Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva. Op. cit. pp. 64-69.

⁴⁴ Cf. PEREIRA, Thiago Rabelo; SIMÕES, Adriano; CARVALHAL, André – Mensurando o Resultado Fiscal das Operações de Empréstimo do Tesouro ao BNDES – custo ou ganho líquido esperado para a União? Rio de Janeiro: IPEA, 2011, pp. 43-44.

⁴⁵ Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva. Op. cit. pp. 74-75.

ressaltar que as despesas extraordinárias podem ser instituídas por empréstimos compulsórios (art. 148, inciso I, CR/88) e realizadas por abertura de créditos extraordinários (art. 167, § 3º, CR/88), que independem de prévia autorização legislativa⁴⁶.

Já as segundas, não submetidas ao princípio da legalidade orçamental, abrangem as despesas operacionais de empresas estatais (administração indireta brasileira), as despesas de entes paraestatais (organizações de serviços sociais brasileiros), o gasto tributário ou despesa fiscal (renúncias fiscais), e a concessão de benefícios creditícios (fomentos e subvenção a dadas atividades regionais ou atividades de bens e serviços), todas caracterizadas pelo instituto da desorçamentação⁴⁷.

Na desorçamentação, temos o desenquadramento dos gastos públicos das estruturas legais temporais (legalidade orçamental), seja por fatores de necessidade do Estado em reduzir significativamente o peso das despesas públicas insensíveis à demografia, seja por estar ligada ao envelhecimento da população, ambas imbricadas ao recrudescimento das dívidas públicas face ao progresso técnico e a acumulação de capitais, transformações dos sistemas sociais, e, sobretudo, causas instrumentais (custos dos serviços públicos, modificações demográficas, guerras e conflitos, papel humanitário estatal, concausas financeiras, dentre outras)⁴⁸.

Trata-se, pois, de exceção ao princípio da plenitude orçamental, com a tentativa de criar fórmulas de evolução sustentável dos orçamentos públicos dos entes, cada vez mais deficitários, com a transferência de atividades típicas do setor público para o setor público negocial, adstrita a motivos de eficiência, como o caracterizado pela contratação privatística⁴⁹ (função pública, regimes financeiros, regimes de contratação pública de bens e serviços, dentre outros), assim como por motivos financeiros, por meio de instrumentos de contingência da escalada na alta da dívida pública e recorrente *déficits* fiscais.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Cf. NUNES, Pedro – O fenómeno da desorçamentação: breves considerações à nomenclatura [em linha]. [13.10.2018]. Porto: Instituto Politécnico do Porto, 2009, pp. 101-123. Disponível em http://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/2190/1/A_Pedro%20Nunes_2009.pdf.

⁴⁸ Idem, pp. 102-103.

⁴⁹ Discorrendo sobre o Direito da despesa pública e o Direito Privado, Joaquim Rocha aponta o contato entre ambos institutos, cuja influência do último e sua utilização no procedimento de despesas públicas decorre de raízes seculares jusprivatísticas em que se fincam os contratos, onde as ideias privatísticas de mercado e concorrência encontram-se espalhadas no Código de contratos públicos português. In ROCHA, Joaquim de Freitas – Direito da despesa pública. Coimbra: Almeida, 2019, pp. 42-43.

2.1.9. Do fato gerador do gasto público

O fato gerador do gasto público é identificado no momento de realização da despesa pública, seja para fins de delimitação do exercício financeiro aplicável à espécie, seja para respeito à limitação quantitativa prevista nas dotações orçamentárias respectivas⁵⁰.

Além disso, o momento de realização do gasto público é importante para fins de elaboração das demonstrações fiscais e contábeis, além de servir de instrumentos que assegurem o exercício da transparência pública e o acesso à informação, elementos indispensáveis ao exercício do controle externo das atividades estatais.

Para o controle externo da Administração Pública é igualmente importante identificar o momento em que o gasto público foi realizado, para fins de responsabilização administrativa, criminal e cível, no caso de apuração de eventual irregularidade passível de sanção.

As despesas orçamentárias brasileiras tem ancoragem no art. 35, inciso II, da Lei federal nº 4.320/1964, impondo-se regime de “competência” aos gastos públicos, isto é, considerando-se realizadas no momento do empenho. A propósito, o regime de competência também se aplica no cômputo da despesa total de pessoal para fins de controle dos limites máximos de gastos, na forma prevista no art. 18, § 2º, da Lei Complementar federal nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade fiscal).

Todavia, no caso de responsabilização financeira por eventual prática de dano causado ao erário, observamos que deve ser considerada a data do pagamento para fins de base de cálculo de juros e correção monetária, incidente sobre o *quantum debeatur* a ser ressarcido pelo gestor, considerada a data da (in)disponibilização financeira para todos os efeitos legais.

Já no tocante ao gasto tributário ou despesa fiscal (renúncias de receitas), a despesa pública deve ser considerada realizada no prazo de vencimento, isto é, na data que os recursos financeiros renunciados deveriam ser arrecadados aos cofres públicos, se não houvesse sido realizada a despesa pública indireta com a concessão do benefício fiscal.

2.1.10. Regime jurídico das renúncias fiscais

Os gastos tributários e despesas fiscais representados pelas renúncias fiscais, foram disciplinados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tanto sob aspecto executivo,

⁵⁰ Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva. Op. cit. p. 76.

quanto sob aspecto legislativo, de modo a implementar os objetivos republicanos contidos nos princípios constitucionais fundamentais (art. 3º, da CR/88), em especial ao desenvolvimento social e regional, e ao combate da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

Como se extrai de excertos dos dispositivos constitucionais (art. 43, art. 70, art. 150 e art. 165)⁵¹, a norma magna impõe como regra, lei específica para o tratamento tributário diferenciado que dá origem ao gasto tributário (art. 150, § 6º, CR/88).

Por seu turno, o projeto de lei orçamentária anual deve conter os demonstrativos com os efeitos regionalizados, dos benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia (art. 165, § 6º). Também há previsão constitucional de utilização dos gastos tributários para a promoção do desenvolvimento e redução das desigualdades regionais (art. 43, § 2º). Além disso, as renúncias de receitas devem ser submetidas à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (art. 70, *caput*).

Destaca-se que o tratamento dado à matéria no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar federal n. 101/2000)⁵², estabelece que a concessão ou ampliação de benefícios de natureza tributária deve estar acompanhada dos seguintes elementos: a) estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deve iniciar sua vigência e nos dois seguintes; b) atendimento ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias; c) demonstração de que a renúncia foi considerada na estimativa da lei orçamentária anual e que não afetará as metas de resultados fiscais previstas na lei de diretrizes orçamentárias, ou, estar acompanhada de medidas de compensação por meio do aumento de receita.

O gasto tributário é instrumento de política pública com objetivo específico a ser atendido. Se os objetivos são ilegítimos, o gasto tributário também será ilegítimo. Ademais, é importante apurar se os objetivos estão sendo atingidos (em eficácia) com o menor gasto tributário possível (em eficiência). Essa

⁵¹ Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. § 2º – Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei: [...] III – isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas; 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; Art. 150. [...] § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g; Art. 165. [...] § 6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

⁵² Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. § 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o caput deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso. § 3º O disposto neste artigo não se aplica: I – às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º; II – ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

avaliação a ser realizada pelo Tribunal de Contas e/ou Ministério Público – órgãos de controle externo – é fundamental para que o Poder Executivo e Legislativo possam deliberar sobre manutenção ou não do tratamento tributário diferenciado⁵³.

Hodiernamente no Brasil, observamos que os gastos indiretos executados pelo sistema tributário resultam frequentemente em desperdícios e má alocação de recursos, sendo necessário que o governo passe a conhecer mais sobre os seus programas de investimentos públicos (custos, funcionamento, benefícios esperados, objetivos atingidos) para que uma reforma em sua política de incentivos fiscais possa vir a ocorrer, inclusive com a extinção ou substituição de certas despesas fiscais ineficazes, por formas mais efetivas e menos dispendiosas de auxílios⁵⁴.

O sistema tributário acaba por conceder benefícios fiscais cujos objetivos não estão claros, permanecendo o referido benefício em vigor indefinidamente por decorrência de carência de um processo de revisão periódico⁵⁵. Tal fato também não passou despercebido pelo legislador constituinte originário, dispondo sobre a matéria nos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias⁵⁶.

Portanto, a utilização dos gastos tributários e despesas fiscais como instrumento de políticas públicas, deve restar sujeita a diversos critérios de (re)avaliação, tais como a eficiência, a eficácia, a efetividade, a equidade, a economicidade, a justiça, a transparência, o equilíbrio e os efeitos no orçamento, como revisões periódicas que lhe possam atestar a legitimidade para atendimento dos objetivos que foram concedidos.

2.1.11. Regime jurídico dos benefícios creditícios

Os benefícios creditícios são gastos públicos decorrentes de programas oficiais de crédito que oferecem condições mais acessíveis aos tomadores, não estando alocados no orçamento público. A ausência de transparência em suas concessões são o grande desafio para auditá-los quanto aos objetivos

⁵³ Cf. No sistema jurídico brasileiro, os Tribunais de Contas e os órgãos de execução do Ministério Público, exercem controle administrativo das despesas públicas, posto que não pertencentes ao Poder Judiciário. Cf. Joaquim Rocha, o controle administrativo da despesa pública é aquele realizado por órgãos administrativos, valendo-se de critérios jurídicos, sendo suas espécies decorrentes de controle hierárquico, controle de tutela e controle de superintendência. In ROCHA, Joaquim de Freitas – Direito da despesa pública. Coimbra: Almeida, 2019, p. 183.

⁵⁴ Cf. ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro de - A renúncia de receita como fonte alternativa de recursos orçamentários. In Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, V 32, N 88 (2001).

⁵⁵ Em 29 de janeiro de 2019, o Estado do Rio de Janeiro mergulhado na grave crise fiscal brasileira, onde em 2017, a despesa de pessoal com o Estado atingiu 72% da Receita Corrente Líquida, ultrapassando em 12% o limite máximo para o ente de 60% (incluindo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como o Tribunal de Contas), editou Resolução n. 06/2019, da lavra da Secretaria Estadual de Fazenda, com medidas de combate à sonegação fiscal, dentre elas a revisão de benefícios fiscais, de modo a verificar o cumprimento de requisitos de suas concessões e evitar reduções ilegais da carga tributária.

⁵⁶ Art. 41. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis. § 1º Considerar-se-ão revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei. § 2º A revogação não prejudicará os direitos que já tiverem sido adquiridos, àquela data, em relação a incentivos concedidos sob condição e com prazo certo. § 3º Os incentivos concedidos por convênio entre Estados, celebrados nos termos do art. 23, § 6º, da Constituição de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, também deverão ser reavaliados e reconfirmados nos prazos deste artigo.

propostos e seus fins (anti)econômicos. O art. 165, § 6º, da Constituição da República de 1988, trouxe previsão de que as informações sobre os benefícios creditícios fossem enviadas em demonstrativo juntamente com o projeto de lei orçamentária anual⁵⁷.

Como se verifica, o demonstrativo de benefícios financeiros e creditícios compõe as informações complementares do projeto de lei orçamentária anual e subsidia o relatório sobre as contas do governo. Ainda sob esse aspecto, destaca-se o art. 49, Parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar federal n. 101/2000)⁵⁸.

Postas estas premissas, resta claro que tais benefícios creditícios submetem-se às regras de fiscalização pelo controle externo da administração pública, em especial o art. 70, *caput*, da Constituição da República de 1988, por restarem inseridos na concepção ampliada de renúncias de receitas, isto é, despesas públicas indiretas, onde a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, serão exercidas pelo Congresso Nacional (controle externo) e pelo controle interno de cada Poder.

Portanto, resta evidenciada a importância de se otimizar a avaliação periódica das ações do setor público, incluindo o desempenho orçamentário e financeiro dos programas relacionados aos benefícios creditícios e os resultados da efetividade de sua operacionalização.

2.1.12. Princípios jurídicos aplicáveis às despesas públicas

O princípio é um mandamento nuclear de um sistema jurídico, isto é, um alicerce, uma disposição fundamental que irradia sobre as diferentes normas do ordenamento jurídico, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão. Sua violação é fato jurídico grave, superando até mesmo a transgressão das normas legais, por implicar ofensa a todo um sistema de comandos⁵⁹.

⁵⁷Art. 165. [...] § 6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

⁵⁸ Art. 49. [...] Parágrafo único. A prestação de contas da União conterá demonstrativos do Tesouro Nacional e das agências financeiras oficiais de fomento, incluído o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, especificando os empréstimos e financiamentos concedidos com recursos oriundos dos orçamentos fiscal e da seguridade social e, no caso das agências financeiras, avaliação circunstanciada do impacto fiscal de suas atividades no exercício. Também, a Lei federal nº 11.948/2009, que regula a concessão de crédito ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, trouxe a seguinte regra acerca da avaliação de resultados obtidos na aplicação dos benefícios: Art. 1º. [...] § 6º O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES deverá encaminhar ao Congresso Nacional, até o último dia útil do mês subsequente de cada trimestre, relatório pormenorizado sobre as operações realizadas, indicando, entre outras informações, quantidade e valor das operações de financiamento realizadas, detalhadas por modalidade do investimento, setor produtivo beneficiado e localização dos empreendimentos; e estimativa dos impactos econômicos gerados pelos projetos, principalmente em termos de geração de emprego e renda, resguardado o sigilo bancário.

⁵⁹Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de – Curso de Direito Administrativo. 18.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 882-883.

Nesse sentir, os princípios jurídicos têm importante papel na interpretação das normas, na supressão de lacunas e na solução de contradições verificadas no sistema normativo, o que se mostra essencial no caso específico do direito das despesas públicas, em decorrência da legislação não consolidada (assistemática), da disciplina material infralegal variada (normas diversas), da carência de doutrina aprofundada da matéria (incipiência acadêmica) e da falta de uniformidade das decisões dos órgãos de controle externo e interno (sobreposição de atuações sobre um mesmo fato).

Os princípios são vagos, abstratos e indeterminados, necessitando de um elemento mediador (juiz ou legislador) que os possa relacionar a determinadas hipóteses específicas de aplicação (subsunção do fato à norma). Já as regras jurídicas, de forma contrária aos princípios, possuem aplicação imediata e direta no caso concreto, não deixando margem para interpretação subjetiva, em regra. Numa possível colisão entre princípios, deve ser utilizada a hierarquização axiológica, a ponderação de valores no caso concreto, aplicando-se-lhes os princípios coexistentes de modo gradual, com maior ou menor intensidade de um ou outro⁶⁰, dirimindo-se a questão posta.

Na doutrina de EMERSON GOMES⁶¹ os princípios incidentes sobre o direito-dever dos gastos públicos decorrentes da Constituição da República brasileira podem ser subdivididos em: (i) princípios fundamentais (Princípio do Estado de Direito, princípio republicano, princípio democrático, princípio da separação de poderes, princípio federativo); (ii) princípios constitucionais gerais (isonomia, segurança jurídica); (iii) princípios da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência); (iv) princípios setoriais dos gastos públicos (legalidade, legitimidade, economicidade); e, (v) princípios da responsabilidade fiscal (planejamento, transparência, responsabilização, controle, equilíbrio das contas públicas).

Assim, diante das mais variadas classificações, volver-nos-emos aos princípios conformadores das despesas públicas no Direito estrangeiro.

2.1.13. Princípios da despesa pública no direito estrangeiro

Em Portugal, CARLA MAGALHÃES⁶² elenca como princípios de direito dos gastos públicos, a legalidade, a prossecução do interesse público e a justiça na satisfação das necessidades coletivas. O princípio da legalidade estabelece que a execução do gasto público deve estar vinculada à lei; o princípio

⁶⁰Cf. RAMOS, Giselda Gondin – Princípios Jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 611-612.

⁶¹Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva. Op. cit. pp. 215-217.

⁶² Cf. MAGALHÃES, Carla Sofia Dantas – Regime Jurídico da Despesa Pública: do direito da despesa ao direito à despesa. 2011. Dissertação de Mestrado em Direito. Escola de Direito, Universidade do Minho, Braga, Portugal, p. 137.

da prossecução do interesse público dispõe que a administração financeira deve buscar a satisfação das necessidades coletivas; e o princípio da justiça financeira é alcançado pela eficiente satisfação das necessidades públicas de uma coletividade.

Há ainda a referência de princípios e de regras do processo orçamental, tais como a anualidade, a plenitude orçamental, a discriminação orçamental, a publicidade, o equilíbrio orçamental, a estabilidade orçamental, a solidariedade recíproca e a transparência orçamental.

Na doutrina de JOAQUIM ROCHA⁶³ os princípios aplicáveis a conformação do Direito da despesa pública são classificados como: (i) princípio da prossecução do interesse do interesse público; (ii) princípio da equidade intergeracional; (iii) princípio democrático; (iv) princípio da seletividade da despesa pública; (v) princípio da conformidade jurídica (vi) princípio da segregação das funções; (vii) princípio da proteção da confiança; (viii) princípio da boa gestão (economia, eficiência e eficácia); (ix) princípio da transparência; (x) princípio da concorrência; e, (xi) princípio da responsabilização.

Na Espanha, FRANCISCO RAYA⁶⁴ tomando por base o art. 31 da Constituição Espanhola de 1978, elenca os princípios que afetam os ingressos públicos, tais como os da generalidade, da capacidade econômica, da igualdade, da progressividade, da interdição ao alcance confiscatório e da legalidade. Além disso, especialmente no que tange aos gastos públicos, compreendem o princípio da alocação equitativa do produto da arrecadação, a eficiência e a economia na sua programação e execução.

Ainda na Espanha, também há referência ao princípio da justiça material dos gastos públicos, relacionado à finalidade e ao destino dos correspondentes ingressos de recursos financeiros.

Adiante, passaremos à análise dos princípios constitucionais fundamentais.

2.1.14. Princípios constitucionais fundamentais

Os princípios fundamentais, conquanto normas jurídicas de natureza abstrata e mandados de otimização, estão situados no topo do ordenamento jurídico brasileiro (arts. 1º ao 4º da CR/88), compreendendo o princípio do Estado de Direito, o princípio republicano, o princípio democrático, o princípio da separação de poderes e o princípio federativo.

De acordo com EMERSON GOMES⁶⁵, o princípio do Estado de Direito estaria ligado ao caráter jurídico da despesa pública, ou seja, à submissão da decisão de despender às normas de direito público. O

⁶³Cf. ROCHA, Joaquim de Freitas. Op. cit. pp. 76-97.

⁶⁴ Cf. RAYA, Francisco José Carrera - Manual de Derecho Financiero (derecho financiero y teoría de los ingresos públicos). Vol. I. Madrid: Tecnos, 1994, p. 278.

⁶⁵ Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva. Op. cit. p. 221.

princípio republicano traz a noção de coisa pública aplicável aos recursos financeiros, que devem servir de base para a realização de gasto público permeado de interesse coletivo, e nunca para satisfação de interesses pessoais das autoridades gestoras. Por sua vez, o princípio democrático estaria ligado à transparência pública e controle social da despesa pública. A seu turno, o princípio da separação de poderes implicaria na competência atribuída a cada um dos poderes na realização dos gastos necessários ao exercício de suas funções, atrelada à ideia de autonomia financeira. Por fim, o princípio federativo levaria à repartição de responsabilidades de gastos públicos entre a União, Estados e Municípios brasileiros.

Assim, o princípio do Estado de Direito está imbricado à estrita legalidade aplicável à Administração Pública (Art. 37, da CR/88), pensamento este que impõe que o próprio Estado aplique a si próprio as regras de direito, a elas se subsumindo enquanto também Estado-legislador. É na legalidade que cada indivíduo encontrará o fundamento de suas prerrogativas (direitos e garantias), assim como a fonte de suas obrigações (deveres jurídicos). O princípio da legalidade é vetor do livre arbítrio do gestor público, ao passo que legitima sua atuação, impondo-lhe limites de agir, sob pena de invalidade do ato e responsabilização de seu autor.

Para JOAQUIM ROCHA⁶⁶, o princípio da legalidade deveria denominar-se princípio da juridicidade ou conformidade jurídica, posto que a atuação despesista deve se pautar em consonância à lei entendida em sentido amplo, abrangente de qualquer norma jurídica (constitucional, legal, internacional ou comunitária europeia).

A diferença entre o administrador privado e o público, reside que, na seara privada, o gestor particular age com os poderes inerentes ao direito de propriedade (*dominus*), sendo que tudo que não lhe é defeso, é permitido pela autonomia da vontade, inclusive escolha de eventual administração perdulária de seus bens; já quanto ao administrador público, este não poderá agir com *animus domini* e com o que lhe pareça mais cômodo, mas somente com que lhe é autorizado previamente por lei, parametrizando seu modo de agir de forma expressa, em atendimento ao axioma do princípio da indisponibilidade do interesse público.

No que tange ao princípio republicano, representa “viga-mestra” estruturante do Estado democrático, com a desconcentração do poder nas funções executiva, legislativa e judiciária, volvidas ao desenvolvimento de interesses públicos coletivos⁶⁷, onde a “pedra de toque” do mandado de otimização

⁶⁶ Cf. ROCHA, Joaquim de Freitas. Op. cit. p. 84.

⁶⁷ A tese segundo a qual a representação popular configura o cerne de um governo republicano contribuiu para dominância do pensamento político norte-americano contemporâneo, onde o governo decorre seus poderes – direta ou indiretamente – do povo, cujas pessoas detentoras de mandatos os exercerão temporariamente e sob responsabilidade pessoal pela prática de seus atos enquanto bem servirem à própria nação que governam, associando-se a ideia da

será a realização do gasto público centrado no sentimento de pertença coletiva (coisa pública), onde os interesses, bens e serviços devem voltar-se ao atendimento dos concidadãos e das instituições publicistas.

O princípio democrático que é realizado no Estado Democrático de Direito, ou seja, a democracia qualificando o ente, antes mesmo das próprias regras de direito, impõe um processo de convivência social num ambiente comunitário livre, justo e solidário (art. 3º, inciso II, da CR/88), em que o poder emanado do povo, deverá ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por seus representantes eleitos (Art. 1º, Parágrafo único, da CR/88), dando-se por meio participativo crescente nos processos decisórios e na formação de atos de governo, com pluralidade de ideias, culturas e etnias, e com a “convivência harmônica” do diálogo de opiniões e pensamentos antagônicos⁶⁸.

Na seara de contas públicas tem relevante papel, onde, por meio do acesso à informação e transparência de dados ao povo, propiciar-se-á o exercício da plenitude do controle externo social, tipicamente difuso e inerente ao conceito de cidadania plena.

Para ALESSANDRA SILVEIRA⁶⁹ a democracia popularizou-se no ocidente por uma razão de senso comum, pela qual *“é o melhor sistema político que a humanidade conseguiu produzir”*, permitindo a escolha dos governantes por decisão do povo, dotada de grau de intervenção/escolha em processos decisórios, com dominância de um homem sobre o outro sob o fundamento da volitividade popular e legitimadora do poder político de quem governa, com métodos de controle das faculdades governamentais e da própria autoridade que governa.

O princípio da separação dos poderes, em sistema de freios e contrapesos (art. 2º, da CR/88), impõe a autonomia orçamentário-financeira dos poderes constituídos, como mecanismo garantista da independência e harmonia entre si, sobretudo para que não sofram ingerências nas suas funções típicas, que terão o condão de tolher arbitrios, inclusive em matéria de gastos públicos de poderes constituídos.

Por fim, o princípio federativo brasileiro, além de garantir a autonomia da organização político-administrativa da união indissolúvel dos entes federados (art. 18, da CR/88), tem o condão de definir as competências executivas e legislativas, atribuindo-lhes as responsabilidades pelas ações governamentais em políticas públicas e gastos públicos, nos termos da norma fundamental.

Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, da CR/88) também servem de orientação para o levantamento de problemas e necessidades coletivas que serão objeto das políticas

separação dos poderes em Montesquieu como mecanismo de contenção do arbítrio dos agentes estatais temporários. Cf. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James – The Federalist. Indianapolis: Gideon Edition, 2001.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da – O Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, N 173 (1988), pp. 15-34, p. 21.

⁶⁹ SILVEIRA, Alessandra – Princípios de Direito da União Europeia: doutrina e jurisprudência. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 41.

governamentais proporcionadas pelo direito das despesas públicas. De outro lado, à vista de elementos normativos deficientes (não claramente delimitados), acaba-se por decorrer óbice à aplicabilidade direta e imediata das “regras-programa” constantes dos objetivos fundamentais. Todavia, seus efeitos jurídicos irradiam para todo o sistema jurídico, estabelecendo vínculo obrigatório para os órgãos públicos, limitando a discricionariedade dos órgãos legislativos e evitando de inconstitucionalidade as normas infralegais que disponham em contrário.

Assim, é vedada a edição de normas antagônicas aos objetivos republicanos, servindo de elemento integrativo do sistema constitucional e de fonte interpretativa às normas infralegais, além de funcionar como diretriz do legislador ordinário⁷⁰.

2.1.15. Princípios constitucionais gerais

No que concerne aos princípios constitucionais gerais, são aplicáveis a todos os ramos do direito (art. 5º, da CR/88), possuindo a característica dúplice de conter o poder estatal e de resguardar os interesses individuais insculpidos nos princípios da liberdade, da segurança jurídica, do devido processo legal, da isonomia e da universalidade da jurisdição, todos destinados a assegurar direitos que devam ser garantidos pelo ente estatal na realização das despesas públicas.

O princípio da liberdade no curso da história ganha relevância destacada, ao passo que serve de garantia e dever aos indivíduos e ao próprio Estado. Vinculado à ideia de própria humanidade, é remontado – hodiernamente – como direito que expressa e possibilita uma “comunidade de princípios”, integrada por membros concidadãos que se reconhecem mutuamente livres e iguais, coautores de normas que regem suas vidas em comum, recobrando os ideários de cidadania e direito de participação no debate político constitutivo e conformador da soberania democrática; desse modo, o princípio resta dotado de instrumentalidade em superação a ideia material de sua concepção (liberdade pública)⁷¹.

Já o princípio da segurança jurídica, na doutrina de JOSÉ AFONSO DA SILVA, consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”⁷², representado máxime em força normativa no princípio da irretroatividade das leis (art. 5º, inciso XXXVI, da CR/88), onde “a lei não

⁷⁰Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio – As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível [em linha]. Revista de Informação Legislativa. Brasília, A 49, N 193 (2012), pp. 7-20, pp. 9-10. [03.02.2018]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/rii/edicoes/49/193/rii_v.49_n193_p7pdf.

⁷¹ Cf. CATTONI, Marcelo (Coord.) – Jurisdição e Hermenêutica Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 37.

⁷² Cf. SILVA, José Afonso da – Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133.

prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito”, que se espraia a diversos dispositivos infraconstitucionais.

Tem por escopo a estabilidade das relações jurídicas sob o aspecto objetivo, servindo como garantidor da proteção da confiança em sua faceta subjetiva, onde o cidadão acredita e espera que os atos praticados pelo poder público sejam dotados de legitimidade ou licitude, e, nesses contextos, serão mantidos incólumes e respeitados pela própria administração pública e terceiros, servindo de verdadeiro instrumento de pacificação social.

O princípio do devido processo legal, como leciona GOMES CANOTILHO⁷³, é àquele “processo devido” que deve informar-se materialmente pelos princípios de justiça, tanto no campo jurídico-processual, quanto no campo normativo-legislativo, por meio de critérios de formação equânime de acordo com as normas constitucionais, cabendo às cortes superiores expurgar do ordenamento jurídico as leis que se desvelem dissonantes às Constituições e seus respectivos princípios, tanto sob aspectos formais, quanto aspectos materiais.

Pelo princípio da igualdade, integrante das Constituições modernas e dotado de autoaplicabilidade, há uma tríplice finalidade de consecução da isonomia: (i) limitação legislativa – denominada igualdade na lei de forma abstrata (isonomia formal), onde não serão incluídas distinções que rompam com a ordem de igualdade; (ii) limitação ao intérprete da lei – denominada igualdade perante a lei (isonomia material), consistente na aplicação de norma já existente a dado caso concreto, sem utilização de métodos de interpretação que ocasionem discriminações; e, (iii) limitação ao particular (isonomia empírica) – denominada vedação de prática de tratamento discriminatório, preconceituoso ou racista.

Por fim, pelo princípio da universalidade de jurisdição (Art. 5º, inciso XXXV, da CR/88) temos que a “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”, também denominado princípio da jurisdição uma.

2.1.16. Princípios orçamentários

Os princípios orçamentários são as premissas básicas para a elaboração do orçamento público.

Segundo os ensinamentos de JAMES GIACOMONI (2005)⁷⁴, no Brasil são identificados os seguintes princípios orçamentários: (i) unidade; (ii) universalidade; (iii) orçamento bruto; (iv) anualidade

⁷³ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 494-495.

⁷⁴ Cf. GIACOMONI, James – Orçamento Público. 13.ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 311.

(periodicidade); (v) exclusividade; (vi) não afetação; (vii) discriminação ou especificação; (viii) clareza; (ix) publicidade; (x) exatidão; e, (xi) programação.

Há de se observar, que alguns princípios orçamentários estão previstos expressamente na Constituição da República de 1988, como o princípio da exclusividade (art. 165, § 8º) e o princípio da não afetação (art. 167, inciso IV), coexistindo também princípios estabelecidos na Lei federal nº 4.320/1964 e na Lei Complementar federal n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Quanto à aplicação dos princípios orçamentários à fase de realização da despesa, EMERSON GOMES (2015)⁷⁵ aponta o princípio do orçamento bruto, previsto no art. 6º, *caput*, da Lei federal nº 4.320/1964, segundo o qual “todas as receitas e despesas constarão da Lei de Orçamento pelos seus totais, vedada quaisquer deduções”. Trata-se assim, da transparência do orçamento público com a indicação de todas as despesas e de todas as receitas necessárias pelos seus valores brutos.

Ainda quanto à aplicação dos princípios orçamentários na disciplina da realização do gasto público, decorre o princípio da exclusividade, previsto no art. 165, §8º, da norma fundamental, ao dispor que a lei orçamentária anual não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa.

Também merece destaque o princípio da anualidade, segundo o qual a autorização de gastos estará sujeita a uma limitação temporal anual. O mesmo autor⁷⁶ também faz referência ao princípio da discriminação ou especificação e ao princípio da programação, os quais condicionam a realização da despesa pública, fazendo com que o orçamento estabeleça uma limitação qualitativa ou finalística do gasto público a ser realizado com dada dotação orçamentária.

Por fim, há de se ressaltar que os princípios orçamentários são aplicáveis apenas às despesas orçamentárias, não incidindo sobre as despesas *off-budget*.

2.1.17. O princípio da segregação de funções

O princípio da segregação de funções está relacionado ao sistema de controle interno ou de auditoria, tendo sido estruturado na separação de atribuições ou de responsabilidades, com aplicação direta no procedimento de realização do gasto público.

Para JOAQUIM ROCHA⁷⁷ o princípio exige a cisão clara entre os diferentes que atuam no procedimento despesista, em especial o decisor e o executor.

⁷⁵ Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva. Op. cit. p. 230.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Cf. ROCHA, Joaquim de Freitas. Op. cit. p. 86

No Brasil, era prevista na Portaria TCU nº 63/1996 (revogada), bem como ao Manual do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal aprovado pela Instrução Normativa SFCI nº 01/2001, a segregação de funções como princípio básico do sistema de controle interno administrativo, consistente na separação das funções de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização de operações, de tal forma que nenhuma pessoa detivesse competências e atribuições em desacordo com o mandato de otimização anteposto.

Na lição de JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES⁷⁸, “nenhum servidor ou seção administrativa deve controlar todos os passos-chave de uma mesma transação ou fato”, coibindo-se a concentração de funções incompatíveis em determinados órgãos ou agentes, reduzindo-se os riscos da ocorrência de fraudes ou desvios, estando ligado aos princípios da moralidade e da impessoalidade (art. 37, da CR/88).

Ressalte-se que a incompatibilidade restará caracterizada, quando houver o exercício de uma função por determinado agente, em conjunto com o controle desta mesma função.

O princípio da segregação de funções é amplamente aplicável no âmbito da execução da despesa pública, em razão da atuação de agentes governamentais nas mais diversas fases de realização dos gastos públicos, cujas etapas se mostrem incompatíveis entre si, tais como a requisição de bem ou serviço, a emissão de empenho, o atesto de recebimento, a realização de pagamentos e a contabilização.

Em Portugal, o princípio está expressamente previsto no art. 42 da Lei de Enquadramento Orçamental (Lei nº 91/2001), onde as “operações de execução do orçamento das receitas e das despesas obedecem ao princípio da segregação das funções de liquidação e cobrança, quanto às primeiras, e de autorização da despesa, de autorização de pagamento e pagamento, quanto às segundas”.

Na França, de acordo com MICHEL BOUVIER, MARIE-CHRISTINE ESCLASSAN e JEAN-PIERRE LASSALE⁷⁹, o princípio da segregação de funções aparece na separação entre os ordenadores e os contadores públicos na fase de execução de receitas e despesas públicas, envolvendo a divisão de competências, a independência das autoridades e a incompatibilidade das funções.

Quais são os gastos públicos submetidos à legalidade orçamentária no Brasil?

Submetem-se à legalidade orçamentária a autorização de despesas relacionadas às entidades incluídas no orçamento fiscal e de seguridade social, compreendendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o Ministério Público, os Tribunais de Contas, os órgãos, as autarquias (com exceção dos

⁷⁸Cf. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby – Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 890.

⁷⁹ Cf. BOUVIER, Michel; ESCLASSAN, Marie-Christine; LASSALE, Jean-Pierre – Finances Publiques. 8.ª ed. Paris: LGDJ-EJA, 2006, p. 882.

Conselhos de fiscalização de atividade profissional), as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as empresas estatais dependentes.

Por sua vez, as entidades paraestatais (integrantes do Sistema S brasileiro) e as entidades de colaboração (Organizações Sociais e OSCIPS) não estão sujeitas à legalidade orçamentária.

Da mesma forma, os gastos tributários (despesas fiscais) e os benefícios de natureza creditícia não necessitam de autorização na lei orçamentária anual, mas integram a LOA a título de informações complementares, conforme art. 165, § 6º, da Constituição da República de 1988. Os gastos tributários e os benefícios creditícios podem vir a ter suas regras previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, em função de dispor sobre as alterações na legislação tributária e sobre a política de aplicação das agências oficiais de fomento (art. 165, § 2º, CR/88).

2.1.18. Da conformidade jurídica orçamentária

A legalidade orçamentária foi ampliada juntamente com a evolução do orçamento público, passando a ser utilizada nova classificação orçamental que condiciona a despesa pública de forma mais detalhada.

De fato, conforme leciona ALIOMAR BALEEIRO⁸⁰, inicialmente o orçamento era um instrumento político para a defesa dos contribuintes contra os governos, com o objetivo de conter as despesas públicas e a tributação, bem como manter o equilíbrio orçamentário. Era o chamado orçamento tradicional na época de pleno desenvolvimento do liberalismo.

O orçamento acompanhou a evolução do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social, passando a desempenhar novas funções de intervenção na ordem econômico-social, deixando de ser um mero demonstrativo de previsão de receitas e autorização de despesas.

Posteriormente, houve o surgimento do orçamento-programa, focado no desempenho (eficácia e efetividade) e nas realizações de ações governamentais (políticas públicas) diante de metas e objetivos traçados, de modo que a especificação da despesa pública passou a ser muito mais detalhada do que no orçamento tradicional.

⁸⁰ Cf. BALEEIRO, Aliomar – Uma introdução à ciência das finanças. 14.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 493.

2.1.19. Legitimidade do gasto público

Na lição de EMERSON GOMES⁸¹, decorre o surgimento de um novo princípio na Constituição da República de 1988, denominado de princípio da legitimidade do gasto público.

Consoante ensina RODRIGO BORJA⁸², legítimo é o que guarda conformidade com a justiça, a equidade, a paz, a dignidade, a liberdade, os direitos humanos e outros valores da vida social.

Observamos que a legitimidade orçamental brasileira abrange os atos de gestão, as políticas públicas e os dispêndios de dinheiros públicos, encontrando previsão expressa no art. 70, *caput*, da Constituição da República de 1988⁸³.

Como se verifica, o controle de legitimidade é função constitucionalmente atribuída aos Tribunais de Contas, assim como ao Ministério Público Brasileiro⁸⁴. Nesse contexto, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei federal nº 8.443/92) faz referência à legitimidade dos atos de gestão como parâmetro para o julgamento das contas públicas (de governo e de gestão)⁸⁵.

BRUNO NAGATA⁸⁶ observa que o princípio da legitimidade deve servir como critério para o processamento do controle da atividade financeira estatal e correção de condutas contrárias aos valores por ele expressos. Portanto, a legitimidade é princípio de gestão pública, com importante função de orientar a conduta dos gestores e ordenadores de despesas públicas.

Nesse mesmo sentir, EMERSON GOMES⁸⁷ aduz que a questão referente à legitimidade da gestão pública é encontrada na Constituição da Bolívia de 2009, como princípio da Administração Pública; na Constituição de Burkina Faso de 1991, no âmbito das políticas públicas; na Constituição da Hungria de 2011, ao tratar de decisões administrativas; na Constituição da Itália de 1947, ao tratar do controle prévio das medidas governamentais; e na Constituição da Namíbia de 1990, ao tratar das políticas públicas. Na Espanha, referenciam-se à justiça financeira atrelada à atribuição equitativa dos recursos

⁸¹ Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva. Op. cit. p. 277.

⁸² Cf. BORJA, Rodrigo – Enciclopedia de La Política. 2.ª ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 1040.

⁸³ 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.

⁸⁴ Art. 129. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁸⁵ Art. 1º. [...] § 1º No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas. [...] Art. 16. As contas serão julgadas: I – regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável; [...] Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: [...] III – ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário; [...].

⁸⁶ Cf. NAGATA, Bruno Mitsuo - A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (org.) – Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: RT, 2011, p. 373.

⁸⁷ Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva. Op. cit. pp. 279-280.

públicos e a distribuição igualitária dos gastos com probidade, eficiência e economia, de forma bem próxima ao princípio da legitimidade.

Conforme expõe JOSÉ GARCÍA⁸⁸, o princípio da justiça material dos gastos no direito espanhol busca a extinção das despesas injustas e arbitrárias, que favoreçam as desigualdades entre os cidadãos e contradigam as aspirações socioeconômicas plasmadas na Constituição. Assim, os recursos públicos devem ser empregados de forma equitativa entre os indivíduos, de acordo com os níveis de necessidade econômica, buscando assegurar a liberdade, a igualdade e o direito a uma vida digna.

Na Itália, de acordo com LUIGI DELPINO e FREDERICO DEL GIUDICE⁸⁹, os requisitos da legitimidade do ato administrativo são aqueles exigidos pela lei orçamental como condição de validade do ato. Na Bélgica, o instituto mais próximo da legitimidade é o controle do bom emprego dos dinheiros públicos, com base nos conceitos de economicidade, eficácia e eficiência. Na Alemanha, os critérios de controle utilizados pela Corte de Contas federal são a regularidade (legalidade) e a economicidade (custo-benefício), não havendo controle de legitimidade propriamente dito.

2.1.20. Princípio da legitimidade

No Brasil, FRANCISCO CHAVES⁹⁰ entende que a atuação dos administradores deve ser avaliada não apenas pelos aspectos legais, mas também pela legitimidade, relacionada aos aspectos de impessoalidade, de moralidade e do atendimento do interesse público. PEDRO DECOMAIN⁹¹ menciona a existência de uma relação direta entre a legitimidade e a moralidade administrativa. Já HELY LOPES MEIRELLES⁹² associa a legitimidade com a realização do interesse público.

O autor LINO SILVA⁹³ reconhece a legitimidade como um princípio jurídico da despesa pública, estando ligada aos aspectos de oportunidade (situação econômica do momento), utilidade (gastos necessários), consentimento coletivo (atuação dos representantes do povo por ocasião da aprovação da lei orçamentária) e possibilidade contributiva (harmonia entre a entidade arrecadadora e os contribuintes).

⁸⁸ Cf. GARCÍA, José Pascual - Régimen Jurídico del Gasto Público – presupuestación, ejecución y control. 4.ª ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2005, p. 917.

⁸⁹ Cf. DELPINO, Luigi; GIUDICE, Frederico del – Diritto Amministrativo. 25.ª ed. Napoli: Simone, 2008, p. 342.

⁹⁰ Cf. CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho – Controle Externo da Gestão Pública: a fiscalização pelo legislativo e pelos Tribunais de Contas – teoria e jurisprudência. Niterói: Impetus, 2007, p. 355.

⁹¹ Cf. DECOMAIN, Pedro Roberto – Tribunais de Contas do Brasil. São Paulo: Dialética, 2006, p. 202.

⁹² Cf. MEIRELLES, Hely Lopes – Direito Administrativo Brasileiro. 19.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 569-570.

⁹³ Cf. SILVA, Lino Martins da – Contabilidade Governamental – um enfoque administrativo. 7.ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 127-128.

A seu turno, REGIS DE OLIVEIRA⁹⁴ faz a associação entre legitimidade e atendimento das necessidades públicas, entendendo que devem ser analisados não apenas os aspectos formais da lei, mas também o respeito das finalidades encampadas no sistema financeiro. HÉLIO MILESKI⁹⁵ atenta o princípio da legitimidade associado à moralidade administrativa, ao interesse público, à justiça e à racionalidade no exercício da atividade financeira. JOSÉ NAGEL⁹⁶ também vincula o controle de legitimidade do ato, aos aspectos de moralidade administrativa e atendimento da finalidade pública.

Na doutrina de JACOBY FERNANDES⁹⁷, no plano jurídico, a legitimidade é o atributo do ato que guarda conformidade com a lei, assumindo feição ética na esfera do controle, estando relacionado ao uso dos recursos públicos no atendimento da finalidade pública. JOSÉ AFONSO DA SILVA⁹⁸ aduz que o controle de legitimidade é o exame de mérito da despesa pública em si. Para RICARDO LOBO TORRES⁹⁹, o controle de legitimidade abrange a análise da economicidade da execução financeira e orçamentária, dos resultados, da justiça e do custo-benefício, buscando aferir se o cidadão realmente obtém a contrapartida do sacrifício econômico suportado.

FRANCISCO ALMEIDA¹⁰⁰ entende que a legitimidade deve até mesmo prevalecer sobre a legalidade, por envolver aspectos éticos ligados às necessidades coletivas e por expressar o dinamismo presente na relação entre o ordenamento jurídico positivo e a realidade social. Já BRUNO NAGATA¹⁰¹, discorre sobre o princípio da legitimidade sob perspectiva finalística, na busca do interesse coletivo, de modo que as escolhas discricionárias do administrador somente serão legítimas se atenderem ao interesse público.

O Conselheiro do Tribunal de Contas do Maranhão, JOSÉ DE RIBAMAR CALDAS FURTADO¹⁰², entende que o controle de legitimidade da Administração Pública envolve a análise da gestão, o exame dos resultados e a concretização da justiça na aplicação dos recursos públicos. DURVAL CARNEIRO NETO¹⁰³ indica que uma atuação legítima toma como ponto de partida a obediência das disposições legais, mas também deve se orientar pelas normas de natureza principiológica e demais valores encontrados no sistema jurídico.

⁹⁴ Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de – Curso de Direito Financeiro. São Paulo: RT, 2006, p. 382.

⁹⁵ Cf. MILESKI, Hélio Saul – O controle da gestão pública. São Paulo: RT, 2003, pp. 249-250.

⁹⁶ Cf. NAGEL, José – Normas gerais sobre fiscalização e julgamento a cargo do TCU. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, N 74, pp. 31-48 (1997).

⁹⁷ Cf. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby – Tribunais de Contas do Brasil – jurisdição e competência. Belo Horizonte: Fórum, 2003, pp. 653-654.

⁹⁸ Cf. SILVA, José Afonso da – Comentário Contextual à Constituição. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 463.

⁹⁹ Cf. TORRES, Ricardo Lobo – Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. O orçamento na constituição. Vol. V. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

¹⁰⁰ Cf. ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro de – Introdução à Auditoria. Apostila do Curso de Formação AFCE-CE. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa/TCU, 2000.

¹⁰¹ Cf. NAGATA, Bruno Mitsuo – A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. In CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (org). Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: RT, 2011, pp. 357-383.

¹⁰² Cf. FURTADO, José de Ribamar Caldas. O controle de legitimidade do gasto público. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, A 5, N 54 (2006). [03.03.2019]. Disponível a partir de <http://www.editoraforum.com.br>.

¹⁰³ Cf. CARNEIRO NETO, Durval – Os conselhos de fiscalização profissional: uma trajetória em busca de sua identidade jurídica. In MODESTO, Paulo (org). Nova Organização Administrativa Brasileira. 2.ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 275-320.

Assim, o princípio da legitimidade alcança a formulação das políticas públicas, servindo de diretriz a todos os gestores públicos e ordenadores de despesas, nos atos de gestão e nos procedimentos despesistas, todos volvidos ao alcance dos objetivos fundamentais republicanos, escoimados em normas de natureza programática (Art. 3º, da CR/88), onde a legitimidade do gasto público se faz presente no atendimento das necessidades básicas da sociedade.

De outra banda, ausente estará em situações envolvendo a má utilização de recursos públicos, em que a ilegitimidade se torna patente, como no caso dos gastos com banda musicais, festas regionais ou locais, almoços receptivos e coquetéis em solenidades, tudo dada a conjuntura socioeconômica negativa brasileira, assim como nos casos de flagrante ilegalidade: promoção pessoal em publicidade pública, nepotismo, viagens ao exterior, pagamento de tratamento em hospitais privados, patrocínios a times desportivos e premiação a seus jogadores, fatos flagrantemente contrários a moralidade administrativa.

2.1.21. Dever de prestar contas e sujeição a mecanismos de controle

O exercício do controle está ligado à ideia de transparência pública e alcance de resultados (efetividade), podendo ser conceituado, segundo a definição de HELY LOPES MEIRELLES¹⁰⁴, como a fiscalização, a vigilância, a orientação e a correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro. Sendo assim, o princípio do controle é corolário do Estado Democrático de Direito, incidindo sobre todas as funções estatais, em especial as atividades afetas à realização de gastos públicos.

JOSÉ GARCÍA¹⁰⁵ observa que o controle (prévio) exercido sobre o gasto público manifesta-se por meio da aprovação do orçamento pelo parlamento, assim como por meio de diversos atos contábeis na fase de execução (concomitante) e, ainda, mediante a fiscalização póstuma (conformidade) das contas dos recursos geridos. No Brasil, o dever de prestar contas (*accountability*) encontra-se previsto no art. 70, Parágrafo único, da Constituição da República de 1988¹⁰⁶.

Na visão de LUIS MELLADO¹⁰⁷, as autoridades do serviço público devem prestar contas à controladoria respectiva (interna e externa), acerca da adequada utilização dos recursos financeiros

¹⁰⁴ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes – Direito Administrativo Brasileiro. 19.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 570.

¹⁰⁵ Cf. GARCÍA, José Pascual – Régimen Jurídico del Gasto Público: presupuestación, ejecución y control. 4.ª ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2005, p. 147.

¹⁰⁶ Art. 70. [...] 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, assumia obrigações de natureza pecuniária.

¹⁰⁷ Cf. MELLADO, Luis Miguel Téllez – Gestión de Control Público. Santiago: Puntotex, 2007, p. 396.

postos a sua disposição. Os principais aspectos da prestação de contas compreendem o procedimento formal, destinado a verificabilidade do atendimento da legalidade, legitimidade, economicidade e alcance de metas na gestão dos recursos públicos, podendo ser dirigida à administração pública ou aos órgãos de controle. A prestação de contas deve ser composta de demonstrativos contábeis ou financeiros, comprovantes de despesas, extratos bancários, relatórios e informações de desempenho da gestão.

De certo, a prestação de contas deve vir acompanhada da motivação da despesa pública, sob pena de ser confrontada em legitimidade.

A justificativa da despesa pública é uma consequência derivada do princípio da motivação, consistindo na indicação das razões de fato e fundamentos de direito em que se apoia determinado gasto público, bem como na apresentação de documentação comprobatória, tais como processos licitatórios, procedimentos de contratação direta (dispensas ou inexigibilidades), contratos administrativos, termos aditivos, convênios, contratos de repasse, atos administrativos, notas de empenho e comprovantes de entrega dos bens ou de realização dos serviços, todos indispensáveis na demonstração da boa gestão¹⁰⁸ e a regularidade na aplicação dos recursos públicos.

A justificação da despesa pública é representada na apresentação de informação sobre o contexto do gasto público, incluindo a indicação do programa ou política pública no qual se insere, de modo a permitir a verificação de sua conformidade com o ordenamento jurídico vigente. A ausência de justificação da despesa pública poderá caracterizar dano ao erário presumido (*in re ipsa*), sujeitando o responsável (ordenador de despesas) à obrigação de ressarcimento aos cofres públicos.

2.1.22. Dever de colaboração com órgãos de controle

Os processos em curso nos Tribunais de Contas e os procedimentos investigativos em curso nos Ministérios Públicos brasileiros, trazem – subliminarmente – pela teoria dos poderes implícitos, o dever jurídico de cooperação dos gestores com o órgão de controle, não podendo haver a sonegação de informações ou documentos requisitados, tampouco o desatendimento de diligências ou a obstrução de inspeções e auditorias, sob pena de aplicação de multa aos responsáveis, além de caracterizar ato de improbidade administrativa. O dever de colaboração tem a função de viabilizar o exercício das atividades de controle externo, da mesma forma que a transparência pública viabiliza o exercício do controle social.

2.1.23. Normas de caráter permanente sobre o gasto público

¹⁰⁸ Pelo princípio da boa gestão, Joaquim Rocha leciona para uma verificabilidade de adequada ponderação entre os meios ao dispor do ente público (recursos) e os fins envolvidos na sua aplicação (resultados), decorrendo má gestão pelo não atingimento destes últimos. Constitui-se, portanto, parâmetro material para aferição da correção da despesa pública, cuja inobservância acarretará o reconhecimento de ilegalidade. In ROCHA, Joaquim de Freitas. Op. cit. p. 89.

O orçamento é um conjunto de normas de natureza temporária, sujeitas, em regra, ao princípio da anualidade. No entanto, existem regras e princípios de caráter permanente, que incidem sobre a realização da despesa pública no tempo e no espaço.

No sistema jurídico brasileiro, EMERSON GOMES¹⁰⁹ correlaciona como exemplos de normas de caráter permanente a Lei federal nº 4.320/1964 (Finanças públicas), a Lei federal nº 8.666/1993 (Licitações e contratos), a Lei complementar federal nº 101/2000 (Responsabilidade fiscal), bem como os princípios constitucionais da legalidade, legitimidade e economicidade.

Nesse contexto, no que tange aos gastos públicos, é possível verificar que a Lei federal nº 4.320/1964 dispõe sobre o empenho, a liquidação e o pagamento; a Lei federal nº 8.666/1993 regula o procedimento licitatório, que é fase essencial precursora da realização da despesa e, ainda, dispõe sobre as regras dos pagamentos decorrentes dos contratos ajustados. A Lei complementar federal nº 101/2000 regula a geração da despesa, os limites da despesa com pessoal e a limitação de empenho.

O princípio da legalidade está relacionado à conformidade jurídica do ato gerador de despesa com as normas legais aplicáveis e com o próprio orçamento; o princípio da economicidade é a utilização racional das dotações orçamentárias aprovadas; e o princípio da legitimidade é a realização da despesa voltada para o atendimento de uma necessidade pública no interesse da comunidade.

Portanto, o gasto público está sujeito a diversas normas de caráter permanente, além das insculpidas nas leis de natureza orçamentária.

2.1.24. Desorçamentação (*off-budget expenditures*)

Como visto em item precedente, existem várias normas de caráter permanente apenas ao orçamento público, que acabam por relativizar a força normativa orçamentária em relação ao gasto público. Além disso, a lei orçamentária anual não exerce qualquer papel normativo em relação às despesas *off-budget*, muito embora sejam de montante extremamente expressivo na realidade brasileira.

As principais despesas *off-budget* são as despesas operacionais das empresas estatais, os gastos tributários e os benefícios creditícios.

¹⁰⁹ Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva. Op. cit. p. 432.

2.1.24.1 Despesas operacionais das estatais

A lei orçamentária anual abrange as despesas de investimento das empresas estatais (art. 165, § 5º, II, CR/88). Além disso, as empresas estatais dependentes têm suas despesas correntes e de capital inseridas no orçamento fiscal ou da seguridade social a depender desse objetivo de criação (art. 1º, §3º, inciso I, alínea “b”, da LRF). Por sua vez, as despesas correntes (incluídas as despesas operacionais) das empresas estatais não dependentes, não estão incluídas na lei orçamentária anual brasileira, apesar do elevado montante dos recursos envolvidos; em alguns casos, de valor até mesmo superior à despesa fixada para os ministérios da administração federal e órgãos orçamentários da União (p. ex. Petrobrás, Eletrobrás e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, dentre outras).

No âmbito das empresas estatais federais há a elaboração do Plano de Dispêndios Globais (PDG), elaborado pelo Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (órgão integrante do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão federal), que traz informações sobre o volume de recursos e dispêndios anuais dessas entidades públicas, compatibilizando-os com as metas de política econômica governamental.

Nada obstante, é importante registrar que o referido PDG é aprovado por decreto presidencial, sem qualquer análise prévia do Poder Legislativo, não possuindo idêntica força normativa da lei orçamentária anual, sem vedação legal ou constitucional que proíba as estatais de efetuarem despesas correntes em valores superiores aos constantes do PDG, assumindo-se, assim, papel orientativo.

Destarte, a existência de recursos financeiros despendidos por empresas estatais não dependentes, todos excluídos da lei orçamentária anual, é fato que reforça a tese de inexistência de vínculo estreito entre o orçamento público e o gasto público dessas empresas pertencentes à administração pública indireta brasileira.

2.1.24.2. Renúncias de receitas e benefícios creditícios

As renúncias de receitas (gastos tributários) e os benefícios creditícios concedidos a particulares, em montantes expressivos (em alguns casos superiores às despesas executadas com saúde, educação e assistência social), também não estão sujeitos às normas constantes do orçamento público. Logo, uma relevante parcela das despesas públicas, em sentido amplo, não está sujeita às limitações constantes da lei orçamentária anual, trazendo problemas ao eficiente planejamento orçamental por representarem despesas públicas indiretas “mascaradas” no regime jurídico financeiro brasileiro.

2.2. DA PRECEDÊNCIA DO CUSTEIO DOS GASTOS PÚBLICOS

2.2.1. Do princípio da precedência do custeio dos gastos públicos

O princípio da precedência do custeio no direito brasileiro, conquanto fonte *mater* da seguridade social prevista no ordenamento jurídico, tem sua previsão nas variadas formas de organização, planejamento e captação de recursos financeiros para fazer face às políticas públicas especificadas na norma constitucional¹¹⁰, isto é, benefícios assistenciais e previdenciários destinados aos membros da sociedade que se encontrem em situação de contingência ou subjetivados em direitos securitários, onde decorra obrigação de tutela estatal.

Encontramos, neste modelo de orçamento diferenciado¹¹¹, a obrigação do Poder Executivo em estabelecer os matizes da lei orçamentária anual, que compreenderá o orçamento da seguridade social, devendo abranger todas as entidades e órgãos que se vinculam, como os fundos de previdência e pensão e fundações mantidas pelo Poder Público.

Ainda assim, decorre disposição de que a seguridade social deverá ser financiada por toda sociedade e, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; tal receita também não será integrada ao orçamento unificado da União. Adiante explico.

O orçamento da seguridade social deverá ser elaborado pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, identificando as prioridades e metas estabelecidas na lei orçamentária anual¹¹². Aqui, vemos claramente os parâmetros da política pública setorial expressa na norma constitucional, o que facilita seu controle de planejamento, manutenção, desenvolvimento e efetividade na busca da excelência do agir finalístico estadualista.

Observemos que a Constituição da República brasileira estabeleceu que a receita da seguridade social constasse de orçamento independente, evitando-se a trestinação dos recursos públicos arrecadados com finalidade específica, a fim de autossustentabilidade a longo prazo.

¹¹⁰ Cf. MELLO, Marcilio Barenco Corrêa de – A precedência do custeio na implementação de políticas públicas sob a tutela dos direitos fundamentais do cidadão [Em linha]. 2013. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Alagoas, Brasil. [10.08.2019]. Disponível em <http://www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/1272/1/A%20proced%3%aaancia%20do%20custeio%20na%20implementa%3%a7%3%a3o%20de%20pol%3%adticas%20p%3%ablicas%20sob%20a%20tutela%20dos%20direitos%20fundamentais%20do%20cidad%3%a3o.pdf>.

¹¹¹ Artigo 165, §5º, inciso III, da Constituição da República de 1988.

¹¹² Artigo 195, §1º e §2º, da Constituição da República de 1988.

Criou-se, portanto, um mecanismo eficaz de combate na utilização das verbas em outras atividades e políticas públicas estranhas à seguridade social, que arrecadará suas contribuições e as utilizará, sempre de forma vinculada (receitas *versus* despesas).

Nos regimes constitucionais anteriores inexistia um mecanismo de proteção como o atual, fazendo o – hoje – Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) amargar os *déficits* orçamentários experimentados pela União e suas autarquias predecessoras, sobretudo pela desídia de um passado carente de planejamentos eficazes e má-gestão do erário securitário brasileiro¹¹³.

Já em relação às demais políticas públicas, em que há previsão constitucional-orçamentária para fazer face aos gastos públicos correspondentes, a fonte de receitas é prevista na concepção de orçamento anual unitário, com formas gerais de captação de recursos que, em tempos de projeções hiperprovisionadas de receitas e hipoprovisionadas de gastos, acarretaram odioso desequilíbrio fiscal da seguridade experimentada atual em números deficitários anuais.

Temos ainda exemplos de desvios de finalidade dos recursos arrecadados, tais como: a construção da cidade de Brasília (Capital), a constituição e o aumento dos capitais de sociedades estatais (dependentes e não dependentes), dentre outros, que em muito colaboraram para constituição de um “espólio” de passivos financeiros e sociais atuais, deixando o regime de seguridade social insolvente e dependente de complementação dos recursos da União para adimplemento de suas obrigações ordinárias e regulares, com reflexo em todas as contas públicas. Mas não é só.

CÉLIA CARBONE, comentando sobre o tema, reporta que a União deixou de contribuir 6% da receita total do Fundo de Previdência e Assistência Social entre os anos de 1977 a 1986, acarretando uma dívida na moeda da época, na monta de Cz\$ 7,9 bilhões (de cruzeiros), concorrendo como uma das causas para o atual regime deficitário existente¹¹⁴.

Na ótica de JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO, as normas constitucionais que dispõem sobre o orçamento diferenciado da seguridade social constantes da Constituição da República de 1988, trouxeram uma incomunicabilidade dos orçamentos e de sua administração, tudo como fonte de proteção em face dos arbítrios e má gestão de recursos estatais¹¹⁵.

O princípio da precedência da fonte de custeio revela que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio

¹¹³ STEPHANES, Reinhold – Reforma da previdência sem segredos. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 95.

¹¹⁴ CARBONE, Celia Opice – Seguridade Social no Brasil: ficção ou realidade? São Paulo: Atlas, 1994, p. 54.

¹¹⁵ MELO, José Eduardo Soares de – Contribuições sociais no sistema tributário, 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 121.

total¹¹⁶. Indaga-se: por que não o aplicar de forma ampliada a todas as políticas públicas, como forma de manutenção da higidez dos orçamentos públicos?

Vemos uma nítida vontade legislativa de preservação e tentativa de equilíbrio da fonte de custeio (receitas de contribuições sociais) para fazer face aos presentes e futuros benefícios previdenciários ou assistenciais (despesas públicas), criando-se um mecanismo de planeamento e autossustentabilidade e de provisão de fundos a médio e a longo prazo, aliada à tramitação da Proposta de Emenda Constitucional (nova reforma previdenciária brasileira), aprovada e sancionada pelo parlamento brasileiro como Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019.

Em estrita observância ao princípio ora esposado, experimentamos no passado a extensão do benefício previdenciário do salário-maternidade para as trabalhadoras autônomas, por força de Lei¹¹⁷, não sem antes aumentar a contribuição das empresas, calculada sobre os pagamentos creditados em favor dos contribuintes individuais.

Decorre, portanto, tentativa de um elo entre o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, onde só ocorrerá aumento de despesa para o fundo previdenciário, quando exista também, em proporção adequada, receita que venha a cobrir os gastos decorrentes da alteração legislativa, a fim de evitar um colapso nas contas do regime previdenciário, tudo por força de exigência constitucional.

Temos aqui, um exemplo de planejamento orçamental-financeiro-tributário, que pode servir de norte para as outras políticas públicas que compõem o rol dos direitos humanos ao mínimo existencial do indivíduo, cada vez mais frequentes em tempos de deveres constitucionais erigidos aos Estados, sem querer ter o condão de “engessar” os governos na implementação de políticas públicas a seu tempo, diante da realidade do Estado e entes subnacionais que governam.

Sem a prévia indicação da fonte do custeio (receitas públicas), ainda que provisionadamente, não há que se falar em equilíbrio das finanças públicas sobre o controle de gastos (despesas públicas), que só devem ser realizados, de forma responsável e proba sem se afastar dos objetivos republicanos a que se prestam: bem-estar da coletividade.

¹¹⁶ Artigo 195, §6º da Constituição da República de 1988.

¹¹⁷ Lei federal n. 9.876, de 26 de novembro de 1999.

2.2.2. Da natureza jurídica da contribuição social e seus aspectos

Não podemos deixar de olvidar que, sendo a contribuição social espécie do gênero tributo, traz em seu contexto o princípio da capacidade contributiva como função instrumental, como já visto linha atrás.

Assim, as contribuições sociais poderão ter alíquotas ou bases de cálculos diferenciadas em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho¹¹⁸. Estamos diante da implementação do princípio da igualdade material, corolário de direito tributário.

SERGIO PINTO MARTINS leciona acerca da natureza jurídica da contribuição social, aduzindo: “a contribuição para seguridade social é tributo. Tributo é gênero, do qual são espécies: o imposto, a taxa, a contribuição de melhoria, as contribuições, ou até mesmo o empréstimo compulsório, segundo alguns juristas”¹¹⁹.

Nesse mesmo sentido temos ROQUE CARRAZZA, afirmando que “as contribuições são sem sombra de dúvidas, tributos, uma vez que devem necessariamente obedecer ao regime jurídico tributário, isto é, aos princípios que informam a tributação”¹²⁰.

Destarte, por ter natureza de tributo, restam exigíveis de forma compulsória à sociedade e a todos aqueles que se encontram sob a égide das hipóteses de incidência legais, garantindo-se o financiamento público em prol do princípio constitucional da solidariedade social.

Não é demais ressaltar, que por medida de segurança jurídica, encontram-se submetidas ao regime de noventena¹²¹, isto é, não poderá ser exigida antes de decorridos noventa dias da lei que as houver instituído ou modificado, excetuada, contudo, da submissão ao princípio da anterioridade¹²², circunscrito nas limitações do poder de tributar brasileiras.

Temos assim, na instituição da contribuição social, forte instrumento tributário de minoração das desigualdades sociais, amparo tutelar estatal e concretização de políticas públicas específicas, descritas na esfera dos direitos fundamentais sociais¹²³.

Ainda que tardiamente instituído no Brasil, o sistema de precedência da fonte de custeio tem o condão de manter o equilíbrio e a autossustentabilidade das receitas e despesas públicas, só não

¹¹⁸ Artigo 195, §9º, da Constituição da República de 1988.

¹¹⁹ MARTINS, Sergio Pinto – Direito da Seguridade Social. 11.ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, pp.74-75.

¹²⁰ CARRAZZA, Roque Antonio – Curso de Direito Constitucional. 9.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 345.

¹²¹ Artigo 195, § 6º, da Constituição da República de 1988.

¹²² Artigo 150, inciso III, alínea b, da Constituição da República de 1988.

¹²³ Artigo 6º, da Constituição da República de 1988.

alcançadas em patamares idealizados, pela inclusão do déficit público ocasionado pela própria União no passado e dá má gestão dos recursos arrecadados e/ou tredestinados.

2.3. A SUSTENTABILIDADE E O EQUILÍBRIO ORÇAMENTAL DO ESTADO

2.3.1. Dos objetivos de desenvolvimento sustentável da Organização das Nações Unidas

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável lançada pela Organização das Nações Unidas (ONU) lançou-se à preocupação de transformação de nosso mundo, remetendo o controle da receita e despesa pública à ótica da eficiência na realização de dezessete objetivos ambiciosos. Tais metas ali traçadas têm por escopo a efetivação universal dos direitos humanos, para alcance da igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas, integrando e equilibrando três dimensões do desenvolvimento sustentável: econômica, social e ambiental.

A estratégia de planejamento idealizada com ênfase no desenvolvimento formará o legado do atual milênio para futuras gerações, lastrada na terra e na humanidade: pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria. Contrapõem-se a atual estratégia global os orçamentos públicos edificados sob perspectiva deficitária, algo irrazoável à luz de pequenas economias, quiçá tão grandes como as estatais.

Não à toa o artigo 165, §2º da CR/88, regulamentado no artigo 4º da Lei Complementar federal n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), previu a necessidade de se alcançar um equilíbrio entre receitas e despesas públicas com vistas à edificação do direito ao futuro, com controle de custos e avaliação de resultados (eficiência). Tal planejamento perpassa pela existência de uma administração pública sustentável, ora inviabilizada pela inauguração da esdrúxula “Era dos Orçamentos Públicos Deficitários”.

O Estado brasileiro e na maioria de seus entes subnacionais (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) experimentaram nos sete últimos anos a incapacidade de arrecadação (receitas públicas) nos limites planejados anualmente na Lei de Orçamento Anual, havendo superestimação de receitas e subestimação de despesas públicas, acarretando sucessivos *déficits* bilionários, com o ápice a inviabilizar serviços públicos básicos e políticas públicas mínimas no seio das administrações públicas regionais e locais.

A tomada de compromisso dos gestores públicos é imprescindível para realização das normas programáticas constitucionais remetidas ao Estado, sem se descurar da solvência a encargo da

administração pública nas esferas federal, distrital, estaduais e municipais. Os atores do controle público terão papel fundamental não só por meio de métodos coercitivos, mas, sobretudo, métodos indutivos, pedagógicos e preventivos.

Em tempos de recursos orçamentário-financeiros escassos, em especial nos países de franco desenvolvimento socioeconômico, o equilíbrio das receitas *versus* despesas públicas, volvido à eficiência do agir estatal, dividirá o espaço no atendimento do “passado” (passivos financeiro-sociais), do “agora” (imediatismos estatais e pandêmicos [direito de guerra]), e principalmente do “amanhã” (legado de um futuro sustentável à humanidade).

O espírito de colaboração entre países na edificação sustentável¹²⁴ de seus Estados será “mola-mestra” de libertação da raça humana das tiranias da pobreza, objetivo maior de extirpação das metas desenvolvimentistas das Nações Unidas.

Nesse sentir, trazemos reflexão acerca da realização dos orçamentos públicos sob a ótica do controle da eficiência, atentos não só às questões de transformações locais, mas também às de transformações no mundo. A premissa da regular implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis da ONU será a edificação de uma Administração Pública Sustentável como política atuarial dos Estados, em especial do Estado Social brasileiro.

Atenta às transformações e diretrizes globais mundiais *exsurge* a Agenda 2030 apresentada pela Organização das Nações Unidas em 2015, como oportunidade histórica de ação global voltada às pessoas e ao planeta, orientando países em desenvolvimento para novos rumos com vistas ao sucesso e perspectivas de vida frutíferas em seus próprios *habitats*, rumo a um “estado de felicidade” almejado.

Lastradas nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio 2000/2015 (ODM), que se expandiu em países de liderança pública e responsabilidade social, com foco no primado de combates à pobreza, a ausência de instrução primária, a mortalidade infantil, a falta de acesso à água potável e patologias infecciosas e infectocontagiosas graves (malária, AIDS e tuberculose), define-se agora uma nova agenda de metas e planejamento intitulados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), todos negociados na Assembleia Geral da ONU, tanto com os Estados-membros, quanto a sociedade civil.

¹²⁴ Para Denise Garcia e Heloíse Siqueira “a sustentabilidade é uma dimensão ética, trata de uma questão existencial, pois é algo que busca garantir a vida, não estando simplesmente relacionada à natureza, mas a toda uma relação entre indivíduo e todo o ambiente a sua volta”. In GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloíse Siqueira -. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e as novas perspectivas do desenvolvimento sustentável pela Organização das Nações Unidas. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre, N 35 (2016), Vol. esp., pp. 192-206, p. 198.

Assim, a abertura de um “Caminho para Dignidade em 2030”¹²⁵ indica um mapa de objetivos para os próximos 15 anos, face ao sucesso das metas anteriormente edificadas e implementadas com as ODMs.

Os espíritos de parceria e colaboração são imprescindíveis para o sucesso ora almejado, a fim de direcionar o mundo a um trajeto perene e sustentável, nas dimensões de desenvolvimento econômico, social e ambiental, tudo em prol da humanidade e da terra.

Na ótica de benefício às *Pessoas*, a erradicação da pobreza e da fome, em todas as formas e dimensões irá garantir um futuro seguro de dignidade e igualdade.

Na ótica do *Planeta*, a proteção da degradação por meio de consumo e produção sustentáveis, virá como ação urgente acerca do clima, garantindo não só as atuais, mas, sobretudo, as futuras gerações.

Na ótica da *Prosperidade*, uma vida de progresso e plena realização pessoal se harmonizarão socioeconômico e tecnologicamente com a natureza.

Na ótica da *Paz*, a edificação de sociedades pacíficas, justas e inclusivas será instrumento de desenvolvimento estatal sustentável.

Por fim, na ótica da *Parceria*, a mobilização de uma agenda global surgiu como meta material a ser alcançada pelas nações unidas, com transformação da atualidade para um mundo melhor.

De certo, a inclusão das metas pelos Estados compromissados e coordenados dependerá de indispensável equilíbrio fiscal, suficientemente capaz de equalizar e racionalizar receitas e despesas públicas, sem que estas não superem àquelas, permitindo-se o órgão executor e responsável pela implementação das políticas públicas traçadas – a administração pública – sustentabilidade de cunho orçamentário-financeiro, tão difícil de alcançar em tempos de crises econômicas, escassez de recursos e ausência de planejamento tempestivo dos gastos públicos.

Agrega-se aos fatos acima a necessidade de aferição da eficiência durante a execução do planejamento agendado: controle de conformidade de resultados. O compromisso dos gestores públicos no cumprimento de certas normas de conduta representa método indutor de boas práticas e da escorreita administração dos recursos públicos com vistas ao resultado de maior relevância e interesse públicos: erradicação da pobreza extrema em todas as suas formas.

O princípio da colaboração entre os povos para progresso da humanidade, estampado no inciso IX, do artigo 4º, da CR/88, aparece como norma de regência constitucional brasileira nas relações

¹²⁵ Relatório apresentado pelo secretário-geral da Organização das Nações Unidas Ban Ki-moon. [04.12.2014]. (02.11.2016) Disponível em: <http://www.nacoesunidas.org>.

internacionais, representando aqui compromisso a ser firmado pelos gestores públicos vocacionados (poder-dever) em cumprir as metas pactuadas, com proteção primária aos direitos humanos, à dignidade da pessoa, do Estado de Direito, da justiça, da igualdade, do respeito às diversidades (cor, raça, etnia, cultura, religião), contribuindo assim, para a edificação de um mundo provido de prosperidade sustentável compartilhada, ainda que em níveis antagônicos de pensamento da sociedade global.

O desafio de superação das vulnerabilidades dos países menos desenvolvidos socioeconomicamente merece atenção especial, sobretudo nos países em conflito e pós-conflito, com compartilhamento da riqueza e combate à desigualdade social a setores estruturalmente postos, fortalecendo-se a capacidade produtiva de cada nação.

O fornecimento de educação equitativa e de qualidade em todos os níveis (infância, primário, secundário, superior, técnico e profissional), visa à inclusão de pessoas em situação de vulnerabilidade, com acesso a oportunidades de aprendizado ao longo da vida, aquisição de conhecimentos (técnicos e empíricos) e habilidades que permitem a igualdade condições de participação em sociedade, num ambiente saudável, próspero e autossustentável.

2.3.2. Das dimensões de sustentabilidade em despesas públicas

Os Chefes de Estado e de Governo, reunidos na sede das Nações Unidas em Nova York de 25 a 27 de setembro de 2015, decidiram criar uma agenda de ações globais afirmativas, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2016 e intitulada “*Agenda 2030*”, criando 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável de natureza ambiciosa e transformadora, para criação de um mundo mais inclusivo, equilibrado e integrado, com empenho colaborativo ao desenvolvimento sustentável sob as dimensões econômica, social e ambiental.

O reconhecimento da necessidade de erradicação da pobreza em todas as suas formas foi esculpido como maior desafio global de meta a ser transposta, requisito indispensável para o verdadeiro desenvolvimento conforme se extrai da síntese do relatório denominado “O caminho para dignidade até 2030: acabando com a pobreza, transformando todas as vidas e protegendo o planeta” elaborado pelo Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas¹²⁶.

¹²⁶. Relatório apresentado pelo secretário-geral da Organização das Nações Unidas Ban Ki-moon. [04.12.2014]. (02.11.2016) Disponível em: <http://www.nacoesunidas.org>.

Constituíram-se 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)¹²⁷, em metas dispostas para alcance e superação¹²⁸ provisionadas para os próximos 15 anos, representando compromisso de transformação do mundo, com ênfase no desenvolvimento sustentável e formação de legado do atual milênio para futuras gerações, lastradas na terra e na humanidade: pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria.

Desses objetivos de autossustentabilidade destacamos àqueles de natureza socioeconômica, que serão propulsores da libertação dos povos da dependência externa de capital estrangeiro, que “escravizam” o trabalho interno para pagamento de “rentistas” internacionais, que se beneficiam cada vez mais das políticas de endividamento público e instituição de juros em anatocismo, sem “luz” no fim do túnel para independência das nações menos desenvolvidas.

Trata-se muito mais de uma carta de intenções governamentais de natureza orientativa, posto que sua realização se apresenta como política de resultados aos países que integram a ONU, devendo as leis orçamentárias refletirem os objetivos ali traçados, em especial, países mais desenvolvidos traçarem metas de ajudas humanitárias e financeiras aos menos desenvolvidos, em expressão máxima do princípio da solidariedade.

¹²⁷ ODS 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares, atualmente aferidas como pessoas vivendo com menos de US\$ 1,25 por dia. ODS 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável. ODS 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades, reduzindo a taxa de mortalidade materna global para menos de 70 mortes por 100.000 nascituros. ODS 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, de promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos, permitindo que meninos e meninas tenham acesso a um desenvolvimento na primeira infância e educação pré-escolar, completem o ensino primário e secundário livre, equitativo e de qualidade, com política de resultados. ODS 5. Alcançar à igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas, extirpando-se todas as formas de discriminação. ODS 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos, com acesso universal, equitativo e seguro. ODS 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível de energia para todos. ODS 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos, com crescimento anual de pelo menos 7% do Produto Interno Bruto (PIB) nos países menos desenvolvidos. ODS 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação, a bem do desenvolvimento econômico e bem-estar humanos. ODS 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles, com progresso no crescimento da renda dos 40% da população mais pobre a uma taxa maior que a média nacional. ODS 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis, com habitação segura, adequada e a preço acessível e urbanização das favelas. ODS 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis, com gestão e uso eficiente dos recursos naturais. ODS 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos, com políticas e planejamentos estratégicos de cada país, sem afastar o foro internacional competente disposto na Convenção Quatro das Nações Unidas. ODS 14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável, prevenindo e reduzindo todos os tipos de poluição marinha. ODS 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade, em conformidade com os acordos internacionais. ODS 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis, reduzindo as formas de violência e mortalidade. ODS 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável, com a mobilização de recursos internos, apoio internacional para os países em desenvolvimento e melhoria da capacidade da arrecadação de impostos e outras receitas, bem como multiplicidade de fontes.

¹²⁸ Objetivos de desenvolvimento sustentável constante do Relatório apresentado pelo secretário-geral da Organização das Nações Unidas Ban Ki-moon. [04.12.2014]. (02.11.2016) Disponível em: <http://www.nacoesunidas.org>.

2.3.3. Das despesas públicas racionais, equilibradas e eficientes como meio de alcance de uma administração pública sustentável

Após um rol de metas planejadas minuciosamente sob a perspectiva de sustentabilidade da humanidade e do planeta (políticas públicas globais), preocupou-se acertadamente a Organização das Nações Unidas em edificar no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 17, sob a ótica das finanças públicas.

Sem a fonte primária de recursos dispostos e disponibilizados pelos Estados comprometidos à implementação das metas, não há que se falar em possibilidade de adimplemento de compromissos assumidos na agenda propositiva.

Nos últimos sete exercícios orçamentário-financeiros vimos sistematicamente o Estado Brasileiro, por meio dos entes que compõem a federação (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) organizados político-administrativamente na forma do art. 18, *caput*, da CR/88¹²⁹, amargar a inauguração da “era dos orçamentos públicos deficitários”.

O descompasso com a teleologia do mandamento constitucional preconizado no art. 169, §5º, da CR/88¹³⁰, materializada no art. 5º, da Lei Complementar federal n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)¹³¹, possibilitou a provisão de receitas públicas superestimadas e as despesas públicas subestimadas, causando desequilíbrio das contas públicas em bilhões de reais¹³².

A Lei Orçamentária Anual disposta nos editos descritos acima, deve contemplar as dotações alocadas às unidades orçamentárias segundo o regime constitucional de autorizações (permissões) para que os administradores públicos realizem as despesas públicas com limitações temporais (via de regra, dentro do exercício financeiro), quantitativas (ao montante previsto na dotação orçamentária) e qualitativas (vinculada a uma finalidade de ação intitulada previamente)¹³³.

Por óbvio, a permissão de uma despesa pública pressupõe uma correspondente previsão de arrecadação de receita, que também virá descrita na Lei Orçamentária Anual, independentemente de adentrarmos na discussão acadêmica se aquela se encontra alocada doutrinariamente na seara de direito orçamentário ou direito financeiro.

¹²⁹ BRASIL. Constituição da República de 1988. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] de 05 de out. 1988, Brasília, DF.

¹³⁰ Ibidem.

¹³¹ BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]: Brasília, DF.

¹³² Tal fato é público e notório e levou ao impedimento da Presidente da República Dilma Rousseff sendo conhecido como “pedalada fiscal”, que nada mais foi que a ausência de recursos financeiros para adimplemento de programas sociais, valendo-se de adiantamento de receitas de bancos públicos (empréstimos) para cobrir despesas públicas correntes.

¹³³ GOMES, Emerson Cesar da Silva – O Direito dos Gastos Públicos no Brasil. São Paulo: Almedina, 2015, p. 191.

É neste planejamento anual que as contas governamentais brasileiras não vêm “fechando”, pois, o aumento gradativo dos gastos públicos, aliado à dívida pública pretérita, juros da dívida, ausência de recursos para investimento (rolagem da dívida pública) e ao *déficit* previdenciário acumulado, tem dificultado e comprometem não só a realização dos objetivos sociais de relevância para desenvolvimento sustentável da nação, mas sobretudo do funcionamento escoreito da própria Administração Pública em si.

Os orçamentos públicos brasileiros se (des)equilibram sobre a vertente de receitas públicas (acentuado pelas desonerações), dos passivos socioeconômicos (dívidas pretéritas), das despesas atuais e prementes (presentes e emergenciais) e dos objetivos e metas determinados no planos plurianuais (vertente ao futuro)¹³⁴, devendo pautar-se o controle de gastos pelo equilíbrio, racionalidade e eficiência em políticas de resultados traçados no escopo erigido pela Lei de Diretrizes Orçamentárias¹³⁵.

Não à toa, houve a tramitação no Congresso Nacional de uma proposta de emenda à Constituição (PEC 241/2016)¹³⁶ intitulada “novo regime fiscal”, transformada na Emenda Constitucional n. 95/2016, que tratou sobre o “teto de gastos públicos”, inclusive destinado em parte aos entes subnacionais, sob justificativa de ponto de inflexão para retomada do crescimento econômico brasileiro. Em apertada síntese, tentou-se estabelecer um teto para os gastos públicos da União, que será reajustado pelo índice da inflação do ano anterior pelo prazo de 20 anos. Aprovada, dispôs para a primeira década o Índice de Preços ao Consumidor Anual – IPCA como percentual de reajuste das despesas públicas correntes em relação ao exercício anterior.

Antes mesmo de criar um ambiente de produção de efeitos concretos nos orçamentos públicos brasileiros, a crise sanitária pandêmica da Covid-19 demonstrou que nada que esteja “tão ruim não possa substancialmente piorar”. O “direito da emergência” se viu na obrigação em aprovar – de forma urgente - nova política orçamentária e financeira de regime extraordinário para enfrentamento da calamidade pública nacional descrito em projeto de Emenda à Constituição (PEC n. 10/2020), transformada na Emenda Constitucional n. 106/2020, intitulada “Orçamento de Guerra”, a reboque do que o Estado Português já havia se antecipado em tempos de emergências sanitárias.

Já sob atual vigência do Estado de emergência, o teto constitucional de gastos brasileiros excepcionado pelo “orçamento de guerra”, trará – certamente - agravamento dos déficits públicos nos exercícios seguintes, onde restará defeso à União federal brasileira aumentar seus gastos públicos pós-

¹³⁴ Art. 165, §1º da Constituição da República do Brasil de 1988.

¹³⁵ Art. 165, §2º da Constituição da República do Brasil de 1988 c/c art. 4º e incisos da Lei Complementar federal n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

¹³⁶ Disponível para consulta em: <http://www.camara.gov.br>. Acesso em 02 nov. 2016.

pandemia, gerando-se mais endividamento e impossibilitando o cumprimento no plano factual das metas e políticas de resultado aqui antepostas.

Na visão prospectiva descrita por PEDRO CANÁRIO¹³⁷ em 2016, sem a aprovação da proposta de emenda à Constituição (teto de gastos), o *déficit* primário do país iria se ampliar e chegar a 10% do Produto Interno Bruto (PIB) em 2036, e a dívida bruta chegaria a 272% do PIB, o que tornaria o cenário fiscal insustentável. Mas os fatos conseguintes anteciparam esse quadro caótico do “estados de coisas financeiras” brasileiras.

O cenário proposto pela aprovação da PEC, com o PIB saindo de um déficit de 1,8% em 2015, para um superávit primário de 6,4% em 2036, enquanto a dívida pública retraindo de 76% do PIB para 37,3%, num cenário de 20 anos, já não será mais possível. A vontade legislativa na aprovação do “teto de gastos públicos brasileiros”, já se esvaiu em projeções inalcançáveis.

Atentemos ao fato que junto ao novo regime fiscal proposto, a reforma da Previdência Social também foi aprovada, sob justificativa de propiciar melhores resultados possíveis do cenário de outras áreas mais sensíveis (educação, saúde, segurança pública, assistência social), pois o crescimento da despesa previdenciária (deficitária) vem sendo suplementada mensalmente pelos cofres públicos federais, obrigando o corte de gastos públicos primários indispensáveis ao crescimento sustentável da nação brasileira, o que representa uma verdadeira antinomia às metas traçadas pela agenda de ações afirmativas de 2030 da ONU.

Ademais, numa preocupação exacerbada com as despesas públicas, passamos a sofrer de uma “distrofia focal”, não nos preocupando com a receita pública que é premissa maior e antecedente, sem a qual o direito-dever estatal não poderá ser realizado. O que temos é o aumento do endividamento estatal para fazer face as despesas públicas primárias, com o instrumento da “rolagem” da dívida pública, isto é, contração de nova dívida pública para pagar dívidas pretéritas.

Aqui chamamos atenção às hipóteses excepcionais de renúncia de receitas, que compreendem circunstâncias já esposadas acima, onde determinado ente federativo abdica do direito de arrecadar parte de suas receitas constitucionalmente deferidas, gravando a si próprio de perda fiscal do ente titular, seja pela concessão de benefícios a grupo de pessoas, seja a contribuintes específicos.

Embora os fundamentos para instituição da renúncia fiscal sejam de natureza publicista, as atividades de contrapartida nem sempre são executadas pelo agente privado, sem exercício de meios de controle idôneos de verificabilidade e conformidade no cumprimento das obrigações assumidas pelo

¹³⁷ CANÁRIO, Pedro - Novo Regime Fiscal: Para consultores legislativos do Senado, teto dos gastos públicos não é suficiente [em linha]. 2016. São Paulo. Conjur. [08.11.2016]. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-nov-08/consultores-senado-teto-gastos-publicos-nao-suficiente>.

benefício creditício e fiscal concedido. Os orçamentos públicos estão cada vez mais comprimidos pela dívida pública, impossibilitando-se maiores investimentos estatais ou realização do direito-dever dos gastos públicos primários.

A fim de evitar distorções e abusos no lançamento das renúncias fiscais, estas devem ser contabilizadas como gastos tributários indiretos advindos de perdas na arrecadação fiscal, em compromisso ao regulamentado pelo art. 165, §6º da CR/88¹³⁸, que os elenca - *in numerus clausus* - como: anistia, remissão, crédito presumido, isenção de caráter não geral e diminuição da alíquota de tributo ou modificação de sua base de cálculo; todas estas, acaso deferidas, deverão vir acompanhadas de estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício de início de sua vigência e nos dois exercícios seguintes, a fim de retratar os “realismos fiscais” do ente federal e dos entes subnacionais, permitindo-se maior controle externo.

Sem planejamento e fiscalização adequados, tal perda fiscal arrecadatória poderá trazer prejuízos inimagináveis em longo prazo, visto que concedidos às vezes por décadas (10, 20 ou 30 anos), comprometendo a higidez do “direito ao futuro” na implementação de políticas públicas às gerações vindouras, em flagrante prejuízo ao princípio da equidade intergeracional.

Em estudo de caso concreto, podemos trazer à baila levantamentos atuais realizados no site de transparência pública do Estado do Rio de Janeiro – Brasil¹³⁹, que se encontra sobre decretação de calamidade financeira, em insolvência de obrigações legais e constitucionais como: atraso no salário dos servidores à época, falta de pagamento de fornecedores, atraso no repasse dos duodécimos dos poderes constituídos e inadimplemento de políticas públicas setoriais (saúde, educação, segurança pública, previdência e assistência social), bem como ausência nos pagamentos de despesas de custeio e obras e serviços de infraestrutura já executados.

A arrecadação do Imposto sobre Circulação de Bens e Serviços – ICMS, de competência constitucional dos Estados-membros¹⁴⁰, sofreu no Estado do Rio de Janeiro decréscimo por meio da concessão de benefícios fiscais à monta de R\$ 35 bilhões no ano de 2015 a contribuintes e pessoas; em contraposição a folha anual do pagamento dos servidores públicos, correspondeu em 2016 à monta aproximada de R\$ 26 bilhões, folha esta mensalmente inadimplida e quitada parceladamente em meses seguintes, com futuro postergado quando da rubrica de 13º salário (gratificação natalina) dos servidores públicos, fato experimentado nos exercícios de 2015 e 2016.

¹³⁸ BRASIL, Constituição da República de 1988. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] de 05 de out. 1988: Brasília, DF.

¹³⁹ Consulta pública de dados fiscais. [08.11.2016]. Disponível em <http://www.transparencia.rj.gov.br>.

¹⁴⁰ Art. 155, inciso II, da Constituição da República do Brasil de 1988.

Assim, é importante nos debruçarmos não só ao exame de conformidade jurídica, economicidade, eficiência e interesse público primário na realização das despesas públicas, impondo também a detenção de olhar mais acurado quanto às desonerações fiscais, cujos impactos negativos se espraiam por décadas seguintes, mitigando a implementação segura dos objetivos de desenvolvimento sustentável como política de governo mundial.

A fiscalização permanente dos gastos públicos tem o condão de manter a sustentabilidade perene da administração pública a longo prazo, enquanto órgão responsável pela execução de políticas públicas planejadas pelos governos, em prol da nação e de suas futuras gerações. Há de se controlar os gastos públicos com maior eficiência - interna e externa -, por meio de métodos indutivos e coercitivos na busca do equilíbrio das receitas e despesas públicas para o cumprimento de metas pactuadas na ordem interna (objetivos republicanos) e internacional (objetivos cooperativos), diante de uma realidade orçamental que seja hígida sob critérios de responsabilidade fiscal.

Certamente, a superação de vícios e de inconsistências no planejamento orçamentário-financeiro demandará um conjunto de procedimentos de fiscalização, ética corporativa e auditoria, alçados a um firmamento de compromisso pelo gestor público, em grau de governança corporativa, com a esmerada prestação de contas e transparência, possibilitando permanente controle de seus atos de administração e de gestão do erário público, sendo o termo de ajustamento de gestão importante instrumento na tomada de compromisso ao cumprimento das exigências legais.

A Organização das Nações Unidas ao aprovar a Agenda 2030 possibilitou o marco inaugural no planejamento de ações globais desenvolvimentistas sustentáveis, voltadas às pessoas e a terra, em especial às nações pouco desenvolvidas. Expressou-se assim, a vontade política da comunidade internacional na evolução da humanidade, num planeta equilibrado entre pessoas e os recursos naturais, rumo ao sucesso dos povos, com estrito respeito às diversidades e manutenção das independências e soberanias.

Representam em si, a abertura de caminho do (re)conhecimento da dignidade para toda humanidade, com espírito de parceria e colaboração entre nações, especialmente em favor das menos favorecidas na ótica socioeconômica e ambiental, voltando-se ao conjunto universal de pessoas, do planeta terra, da prosperidade dos povos, da paz social e dos laços virtuosos de parceria.

Contudo, antes mesmo de internalizarmos as metas convencionais externas, há de se criar um ambiente sustentável sob ponto de vista de metas fiscais internas para os entes públicos, a fim de se garantir a sustentabilidade orçamentária e financeira, tão díspar em tempos de crises econômicas,

escassez de recursos financeiros e falta de planejamento adequado na elaboração dos orçamentos públicos, onde se agregue racionalidade, equilíbrio e eficiência entre receitas e despesas públicas.

A pactuação externa (internacional) apresenta-se como indutora de uma repactuação interna (entes federados e seus gestores), impondo-se novas práticas de governança (gestão pública) voltada ao cumprimento de regras (normas), observância de ética (condutas) e submissão a auditorias (controle), na busca de maior relevância e concentração de esforços nos interesses públicos coletivos volvidos ao estado de bem-comum da sociedade.

Assim, o fundamento da meta de colaboração entre as nações como progresso da humanidade apresenta-se como meio eficaz rumo à igualdade e justiça social, em sociedades plúrimas e diversificadas sob ponto de vista étnico, econômico, social e cultural, que possuem algo maior em comum a ser preservado e eternizado na seara do desenvolvimento da sustentabilidade: a plenitude da dignidade da pessoa e a isonomia no exercício dos direitos humanos, somente possíveis de realização por meio de políticas fiscais de equilíbrio orçamental.

2.3.4. O equilíbrio orçamental dos “Estados-Membros” em prol da estabilidade da “União”

O ponto de equilíbrio orçamental desejado nos Estados em tempos de sucessivas crises ocasionadas por descoordenações de estruturas políticas e econômicas, capitaneadas pelas instabilidades financeiras regionais e globais, estão em xeque nas estruturas jurídicas da União, seja no sistema federativo-autônomo (brasileiro) ou federativo-comunitário (europeísta), em que pese suas formações geopolíticas serem significativamente díspares sob ponto de vista orgânico e funcional.

O enfrentamento de tais questões pressupõe a prática célere de estratégias emergenciais de estanque, dentre as principais, medidas de impacto propositivo nas finanças públicas, que possuam ponto de convergência iminentemente orçamental, com especial destaque nas cláusulas de austeridade, proibição de *déficits* excessivos e *no-bailout clause*.

Sem tal esforço em prol da conservação do todo, veremos o perigoso discurso sectário, xenofóbico, contra majoritário e do dissenso prosperar como no episódio do “*Brexit*” em secessão do Reino Unido da Comunidade Europeia e tantos outros que bradam a secessão dos Estados-membros sul-brasileiros (Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná) em detrimento da União Federal.

Há de se enxergar aqui que o fortalecimento do todo perpassa pela resignificação de conceitos da democracia, cidadania, autonomia, soberania, dentre outros, nunca sob a ótica de perda ou

enfraquecimento identitário, mas de fortalecimento e agregação, numa releitura da União na acepção da palavra, tida como associação pactual entre dois ou mais elementos, com ligação estável de convivência entre si.

Nesse sentir, ganham destaque as normas jurídicas que disciplinam a coordenação de normas financeiras e orçamentárias, tão indispensáveis em momentos de crise, que coibirão a lentidão abarcada pela complexidade decisória e imprecisões cirúrgicas em matéria de execução de políticas públicas em condições de Estado de emergência.

A coordenação e governação são mecanismos importantes de enfrentamento às causas de instabilidade económico-financeiras instaladas nos Estados-membros componentes de uniões constitucionais, correspondendo a procedimentos mínimos ao início de superação de controvérsias socioeconómico-financeiras e restabelecimento jurídico-orçamentário-financeiro das estabilidades estatais.

A busca da estabilidade dos Estados-membros componentes de um modelo de União, visa a revisitação e relançamento dos elementos objetivos e subjetivos de comprometimento integrativo, tendentes a satisfazer propósitos de bem comum, progresso das sociedades, erradicação das formas de exclusão, promoção da justiça e da paz, todos calcados em valores de liberdade.

As questões jurídicas e políticas necessitam de interoperabilidade a fim de se criar mecanismos replicados de boa governança e de responsabilidade *per se*, onde a própria existência enquanto Estado-membro é indispensável à existência da União, com reflexos positivos e negativos que necessitam de constante fiscalização, vigilância e coordenação na convergência de estruturas político-económicas, acentuada pela zona monetária única do euro, como na hipótese europeísta.

O abalo da solidez e da solvência de um dos Estados-membros só não colocará em risco ao todo (União), se a patologia e as debilidades existentes forem detectadas e combatidas em tempo hábil de verificação e correção; aqui, se sobrepõem os mecanismos de austeridade fiscal, de controle preventivo orçamental e do controle do endividamento público, sem implicar ao Estado-membro o corte de verbas sociais – visão reducionista de implicações recessivas -, tudo por meio de instrumentos de mercado, economia política, solidariedade e de integração.

Assim, devemos reafirmar os modelos de política democrática supranacional legitimadores do formato da União de nossos Estados, que enquanto membros, celebraram em tempo e espaço próprios, as diretivas de um bem comum e progresso da humanidade, que não devem se submeter ao retrocesso social sob pena de dar azo a discursos fundamentalistas de secessão, como odiosamente já experimentado.

Devemos lembrar-nos da máxima popular de que a “União faz a força”, desde que todos os atores do sistema estejam alinhados e congregados a um mesmo objetivo, que perpassam pela autorresponsabilidade de se manterem íntegros, estáveis e comprometidos, com o direito ao futuro da comunidade supranacional a que se vinculam, integrantes de um modelo de reafirmação da própria identidade: o pertencimento de cidadania.

2.3.5. Da autonomia orçamentário-financeira sob a ótica de parte em relação ao todo

A União Europeia possui um sistema financeiro complexo que interage com a realidade financeira no todo e em parte com cada um dos Estados-membros, articulando finanças nacionais com finanças comunitárias, num movimento de progressivo “esbatimento” do papel central dos Estados e de reforço de competências centrais europeístas¹⁴¹. Assim, o funcionamento da União Europeia impõe um orçamento próprio, sem o qual não poderia funcionar, cujas regras estão agrupadas em três tipos principais: o direito europeu originário – constituído pelos tratados internacionais; o direito europeu derivado – promanado por meio de regulamentos e diretivas comunitárias pelas instituições europeístas próprias, e; as regras emergentes de acordos – celebrados pelas instituições comunitárias de relevância¹⁴².

Por seu turno, os Estados-membros envoltos aos sistemas de integração comunitários submetem-se aos subsistemas financeiros não apenas sob a diluição da independência financeira *per se*, mas pelo desfecho da soberania financeira, orçamental e fiscal sob adesão de uma ótica de totalidade e unidade orçamental plena, devendo respeitar “um só orçamento” e “tudo no orçamento”¹⁴³, evitando-se a pluralidade de orçamentos públicos e a desorçamentação¹⁴⁴.

Guardadas as proporções e peculiaridades federativas brasileiras, considerando a autonomia orçamentário-financeira constitucional deferida na organização administrativa aos entes federados nacional e subnacionais¹⁴⁵, há uma interdependência constitucional fiscal integrante dos plúrimos orçamentos públicos dos entes federalizados (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), haja vista as receitas públicas e despesas públicas próprias, todas constantes de regras orçamentais

¹⁴¹ CATARINO, João Ricardo – O Orçamento da União Europeia. In CATARINO, João Ricardo e TAVARES, José F. F. (coord.) – Finanças Públicas da União Europeia. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 109-110.

¹⁴² *Ibidem*, p. 111.

¹⁴³ Cf. ROCHA, Joaquim de Freitas – Finanças. In SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana e FROUFE, Serafim Pedro Madeira (coord.) – Direito da União Europeia e transnacionalidade. Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 840.

¹⁴⁴ Pulverização de receitas e despesas à órbita do orçamento público unitário.

¹⁴⁵ Artigo 18, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios).

constitucionais erigidas sob pacto federativo¹⁴⁶, assim imbricadas em rol de transferências constitucionais obrigatórias¹⁴⁷.

Aqui, sob a ótica da autonomia orçamentário-financeira dos Estados (membros), temos uma visão dualista decorrente das realidades próprias que passaremos a analisar: a europeísta e a sul-americana (brasileira).

Na primeira hipótese, há quem defenda que a perenidade e sustentabilidade do sistema orçamentário-financeiro demandaria um maior volume de contribuições financeiras por parte dos Estados-membros comunitários em favor da União Europeia, além da criação de uma instância financeira propriamente europeísta, despendida das influências diretas dos Estados comunitários¹⁴⁸. Enquanto isto não ocorre, lidamos com a evidência da falta de instrumentos adequados para lidar com situações extremas e difusas, que decorrem dos orçamentos múltiplos (Estados-membros), necessitando-se lançar mão de instrumentos jurídicos edificados de maneira emergencial regionais e para estancar crises de debilidade das estruturas preexistentes.

No segundo caso, vemos a União federal como detentora da maior parcela de arrecadação das contribuições financeiras advinda dos tributos, em especial dos impostos – ainda que repartida –, subjugando os demais entes federativos subnacionais (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) que ficam obrigados a programar e executar as políticas públicas regionais e locais, despendendo maior fonte de recursos com despesas públicas primárias e necessitando de financiamento extraordinário que a Constituição Federativa não previu. Alimenta-se, assim, o endividamento dos entes federados subnacionais em favor da União federal, gravando-lhes em ineficácia de serviços públicos essenciais numa relação de mitigação de autonomia que a constituição previu, vez que sempre dependentes financeiramente. Não há que se falar em autonomia plena, se não há possibilidade de se executar competências constitucionais de forma independente sob a ótica financeira.

Em ambos os casos orçamentais – europeísta e brasileiro –, o máximo que vislumbramos é um estado de constante vigilância e persuasão dos orçamentos públicos, pois ambos não conseguem ser unos sob prisma de suas próprias realidades jurídico-constitucionais; aqui devem ser introduzidos componentes de disciplina, rigor e controle das finanças públicas nos plúrimos orçamentos coexistentes.

Neste ambiente meramente persuasivo, de sobrelevo dos poderes legislativos próprios na conformação dos orçamentos públicos, devemos atentar à limitação do déficit excessivo e a contenção

¹⁴⁶ Artigo 165 a 169, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁴⁷ Repartição Constitucional Tributária de repasses obrigatórios pela arrecadação (receitas públicas) de impostos de competência da União aos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, bem como dos Estados-membros aos Municípios.

¹⁴⁸ Cf. ROCHA, Joaquim de Freitas – Finanças. In SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana e FROUFE, Serafim Pedro Madeira (coord.) – Direito da União Europeia e transnacionalidade. Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 840.

da dívida pública, surgindo a ideia de “autonomia vigiada”¹⁴⁹ das políticas financeiras, com tônica no controle político em “procedimento de supervisão multilateral”¹⁵⁰ no modelo europeísta – inexistente no Brasil –, com emanção periódica de orientações gerais que servirão de *modus operandi* aos Estados-membros, sob fiscalização das instituições europeias que têm poderes de expedir recomendações ou advertências aos orçamentos públicos erigidos fora da linha da curva equilibrada.

Um exemplo a ser exaltado se encontra no “semestre europeu”, que consiste no escrutínio antecipado pela Comissão Europeia, antes da adoção pelos Estados-membros, dos orçamentos próprios aprovados pelos Parlamentos democraticamente eleitos, a fim de verificar a sua compatibilidade com os compromissos resultantes dos tratados¹⁵¹.

Na realidade brasileira, destacamos o papel exercido pelo Tribunal de Contas, como órgão de envergadura constitucional e auxiliar do Poder Legislativo¹⁵², dotado de competências de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federados. Trata-se de instância de jurisdição-administrativa de controle externo, com poderes próprios de investigação e estrutura própria dotada de *expertise*. Ressalte-se que é órgão jurídico-constitucional autônomo extrajudicial, apesar de agir em auxílio ao Poder Legislativo, não sendo pertencente ao Poder Judiciário, como em Portugal.

Destaque aqui para as cláusulas de não intervenção brasileira¹⁵³ ou de não assunção compromissória e de proibição de salvamento europeísta (*no-bailout clause*)¹⁵⁴, onde, respectivamente, de uma banda, a União não intervirá nos Estados-membros e no Distrito Federal e, o Estado-membro não intervirá nos Municípios, exceto nas causas que dispõem, e de outra banda, a União Europeia e os Estados-membros não responderão por compromissos de governos centrais, das entidades regionais ou locais e de outras entidades públicas ou organismos do setor público de outro Estado-membro.

Sem prejuízo, abro parêntese acerca da política levada a efeito no intuito de equilibrar as práticas financeiras no contexto da União Europeia, denominado Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE) criado por Tratado Internacional, que foi testado sob a ótica da legitimidade jurídica¹⁵⁵, com a instituição de um mecanismo financeiro de estabilização em face das restrições de salvamentos financeiros

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ Artigo 121º, n. 2, do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

¹⁵¹ Cf. SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, Sergio M. T. – Brexit e a reinvenção da economia social de mercado. Braga: Universidade do Minho, 2016, p. 4.

¹⁵² Artigos 70 e 71, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁵³ Artigos 34 a 36, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁵⁴ Artigo 125º, n. 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

¹⁵⁵ Vide Acórdãos do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE), ambos de 20 de setembro de 2016 – Processos C-105/15 P apenas ao C-109/15 e, Processo 8-15 P e C-10/15 P [acesso e citação 02 de Fevereiro de 2016], que suscitavam, respectivamente, anulação da declaração do Eurogrupo e do Memorando de Entendimento celebrado entre a República do Chipre e Mecanismo Europeu de Estabilidade, tendo sido examinado se a Comissão Europeia havia concorrido para violação do direito de propriedade dos recorrentes, com perdas financeiras decorrentes de reestruturação de bancos ciprianos em que eram correntistas, ocasião em que não fora reconhecido pelo TJCE nexos de causalidade a ensejar responsabilidade civil por dano, considerando não atuação do Estado-membro em sede do âmbito de aplicação do direito da União Europeia, para, por via indireta, ver impugnado seus atos por meio de reenvio prejudicial ao TJCE. Precedente no caso Pringle, julgamento Processo n. C-370/12. [02.02.2016], todos disponíveis para consulta em <http://curia.europa.eu>.

decorrentes do Tratado de Funcionamento da União Europeia¹⁵⁶. Representa, portanto, instrumento extra ao direito da União, por negociações intergovernamentais alheias ao método comunitário e às avessas da essência do ordenamento jurídico europeu, sendo solução heterodoxa aos propósitos europeístas¹⁵⁷.

Agora, reportando-me ao modelo brasileiro a ser aplicável a todos os entes federados, *exsurge* a ausência de implementação sistemática de “programas de estabilidade” ou “programas de convergência” como no modelo europeu de coordenação¹⁵⁸, em que os Estados-membros assegurem situações orçamentais excedentárias e próximas do equilíbrio, com proibição de *déficits* excessivos¹⁵⁹, em que pese às diretrizes de boa gestão em finanças públicas preconizadas na Lei de Responsabilidade Fiscal brasileira¹⁶⁰.

No modelo europeísta, os *déficits* excessivos são regidos por mecanismos próprios – “procedimento por *défices* excessivos¹⁶¹” – deflagrando-se por supervisão da Comissão Europeia – preventiva ou cautelar –, passando-se à intervenção gradual do Conselho que poderá declarar “a existência de *défice* excessivo” mediante contraditório do Estado-membro, expedindo-se recomendações sigilosas ao infrator, seguida de notificação acaso inobservadas¹⁶². Ultrapassadas tais recomendações sem atendimento do Estado-membro, deflagrar-se-á a fase coercitiva que consistirá: i) na exigência do Estado-membro em divulgar informações complementares, antes de emitir obrigações e títulos; ii) convidar o Banco Europeu de Investimento a reconsiderar a sua política de empréstimos em relação ao Estado-membro; iii) exigência de depósito compulsório não remunerado, até superação do *déficit* excessivo, ou; iv) imposição de multas¹⁶³.

Qualquer que seja o modelo aqui indicado (comunitário e federalista¹⁶⁴), os problemas dos orçamentos deficitários expõem as entranhas de uma governação econômica claudicante, onde a

¹⁵⁶ Artigo 123º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, que veda a concessão de créditos sob qualquer forma pelo Banco Central Europeu (BCE) e Bancos Centrais Nacionais em favor de autoridades e organismos públicos da União e dos Estados-membros, bem como a compra de títulos de dívida pública destas entidades governamentais.

¹⁵⁷ Cf. FERREIRA, Eduardo P. [et al.] – Um Tratado que não serve a União Europeia. Lisboa: Instituto Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

¹⁵⁸ Artigo 126º, n. 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

¹⁵⁹ O governo federal brasileiro, diante da arrecadação em queda e da dificuldade de cortar gastos e elevar impostos, com aumento da dívida pública, enviou – sucessivamente – propostas de orçamento anual excessivamente deficitárias ao Congresso Nacional. No exercício de 2016 (R\$ 30,5 bilhões de Reais); 2017 (R\$ 143,1 bilhões de Reais), demonstrando a descoordenação e um estado patológico das contas públicas, fato repetido nos exercícios seguintes a desaguar no exercício de 2021 (R\$ 237,3 bilhões de Reais) representado em 3,1% do PIB, e provisão para o exercício em 2022 (R\$ 184,4 bilhões de Reais) e 2023 (R\$ 152,6 bilhões de Reais), representado, respectivamente, em 2,3% do PIB e 1,7% do PIB. [31.08.2020]. Disponível em <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/agosto/governo-apresenta-proposta-de-orcamento-para-2021-ao-congresso-nacional>.

¹⁶⁰ Lei Complementar federal n. 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

¹⁶¹ Artigo 126º, n. 2, alíneas a) e b), do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

¹⁶² Artigo 126º, ns. 6, 7, e 8, do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

¹⁶³ Artigo 126º, n. 11, do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

¹⁶⁴ Também adotado pela União Europeia desde a Declaração Schuman, de 1950. In SILVEIRA, Alessandra e MARQUES, Sergio M. T. – Brexit e a reinvenção da economia social de mercado. Braga: Universidade do Minho, 2016, p. 3.

supervisão das políticas econômicas nacionais terá papel fundamental a uma maior apropriação de normas e políticas acordadas, em prol da estabilidade do bloco a que pertencem.

Contudo, as chamadas “crises” surgem em meio a uma vaguidade de normas jurídicas que não tratam de casos inesperados, impondo a criação de normas para abarcar fatos já ocorridos diante da evidência de falta de instrumentos capazes de enfrentamento das questões extremas e emergenciais. Aqui não reside um “privilégio” a países desenvolvidos ou em desenvolvimento: a ausência de previsibilidade de questões extremas e o tratamento imediato de suas patologias. Em todas as hipóteses é possível uma dissecação jurídica cautelosa, que sem afastar as dimensões extrajurídicas, permite a aproximação em fundamentos razoáveis e creíveis, com a tomada de decisões possíveis.

Assim, definindo as bases mínimas do conceito “crise” como “estado de debilidade das estruturas jurídico-financeiras, que põe em causa a sua normal e regular manutenção”¹⁶⁵, como no “Estado de Guerra” em tempos de pandemia Covid-19, teremos:

- (i) um estado (não um acontecimento esporádico ou episódico);
- (ii) debilidade de estruturas (não de equilíbrio ou de robustecimento); e,
- (iii) risco do *status quo* (não de previsibilidade ou antevisão certa).¹⁶⁶

Sob ponto de vista global e regional, as sucessivas “crises” têm afetado a promoção dos objetivos fundamentais da promoção da paz, do estabelecimento da liberdade, da segurança, da justiça e da prossecução do desenvolvimento sustentável, passível de “fulminar de morte” a mínima estabilidade do direito ao futuro¹⁶⁷.

Vários são os arranjos e ideias como tentativas de solução para tais crises, havendo quem defenda a secessão monetária dos Estados-infratores da zona do Euro (moeda única) ou quem apele para a ideia de solidariedade pelas consequências econômicas nefastas na realidade europeísta.

No Brasil, o pedido de moratória dos juros das dívidas públicas dos Estados-membros (entes subnacionais) devedores da União foi aprovado, com pagamento com descontos progressivos a fim de não ensejar a declaração de insolvência já no exercício financeiro de 2016, considerando o montante exorbitante R\$ 427 bilhões de saldo total devedor.

O lançamento de mecanismos de ajuda emergenciais, por via dos quais se estabelecem assistências financeiras circunstanciais aos Estados-membros brasileiros – dotados de insolvência e

¹⁶⁵ Cf. ROCHA, Joaquim de Freitas – Finanças. In SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana e FROUFE, Serafim Pedro Madeira (coord.) – Direito da União Europeia e transnacionalidade. Lisboa: Quid Juris, p. 845.

¹⁶⁶ Cf., por exemplo, o disposto no artigo 2º do Regulamento da União Europeia n. 1176/2011, de 16 de novembro de 2011, sobre prevenção e correção dos desequilíbrios macroeconômicos.

¹⁶⁷ Desta e das próximas gerações.

iliquidez momentâneas –, também são idênticas às soluções heterodoxas europeístas: casuístas, pontuais e parciais. De fato, as medidas aqui sugeridas são paliativas e perpassam pela ideia de acordo com desestruturação das bases existentes, sejam comunitárias ou federalistas, construídas sob críticas do afogadilho das emergências e para preservação urgente do todo.

Essa não pode e não deve ser a solução, onde a base de fortalecimento deve prevalecer sempre sem rupturas ou secessões dos fundamentos que levaram a criação da União. Deste modo, a estabilidade dos Estados-membros deve estar em voga em prol das Uniões a que pertencem, numa ideia de revisitação dos liames objetivos e subjetivos que os levaram ao *status quo* de conjunto identitário de nações¹⁶⁸.

Outrossim, há de se destacar a necessidade de edificação de instrumentos jurídicos de reforço da coordenação econômico-financeira pelas Uniões constituídas, de modo que impeçam que cada qual Estado-membro continue a buscar soluções meramente internas, por meio de um direito assistencial, casuístico e socorrista.

No seio do modelo europeísta, vimos a edificação de instrumentos relevantes denominados “*six-pack*” de reforço da coordenação econômico-financeira, composto por instrumentos de direito derivado, imbricados sob aspecto material (artigo 121º, n. 6 c/com artigo 136º do Tratado de Funcionamento da União Europeia)¹⁶⁹, todos de 16 de novembro de 2011, exceto o último, a seguir:

- (i) Regulamento (UE) n. 1173/2011, relativo ao exercício eficaz da supervisão orçamental na área do euro, com aplicação de sanções de natureza administrativa, reforçando a aplicação de vertentes preventivas e repressivas do Pacto de Estabilidade e Crescimento na área do euro;
- (ii) Regulamento (UE) n. 1174/2011, relativo às medidas de execução destinadas aos desequilíbrios macroeconômicos excessivos na área do euro, com estabelecimento de sanções neste sentido;
- (iii) Regulamento (UE) n. 1175/2011, que altera o Regulamento (CE) n. 1466/97, relativo ao reforço da supervisão de situações orçamentais e supervisão e coordenação de políticas econômicas, com princípio de independência estatística;

¹⁶⁸ Nesse sentido, o princípio da lealdade europeia preconiza a assistência e respeito mútuo entre União e os Estados-membros acerca do cumprimento das missões decorrentes dos tratados. In SILVEIRA, Alessandra – Princípios de direito da União Europeia. 2.ª ed., Lisboa: Quid Juris, 2011, p. 95.

¹⁶⁹ ROCHA, Joaquim de Freitas – Finanças. In SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana e FROUFE, Serafim Pedro Madeira (coord.) – Direito da União Europeia e transnacionalidade, Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 845.

- (iv) Regulamento (UE) n. 1176/2011, sobre a prevenção e correção dos desequilíbrios macroeconômicos, com mecanismo de alerta e procedimento por desequilíbrio excessivo;
- (v) Regulamento (UE) n. 1177/2011, que altera o Regulamento (CE) n. 1467/97, relativo à aceleração e clarificação da aplicação do procedimento em face aos déficits excessivos;
- (vi) Diretiva 2011/85/UE, de 08 de novembro de 2011, que estabelece requisitos aplicáveis aos quadros orçamentais dos Estados-Membros, relativo a sistemas contábeis integrais e coerentes, abrangendo todos os setores da administração (princípio do orçamento único), com possibilidade de planejamento plurianual.

No âmbito federalista brasileiro, tivemos a aprovação de Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016, que fixou o novo Regime Fiscal no âmbito do Orçamento Fiscal e de Seguridade Social da União aplicável por 20 anos, com imposição de limites individualizados para as despesas primárias dos poderes e órgãos, bem como sua forma de reajustamento anual, sem prejuízo das reformas trabalhista e previdenciária já aprovadas. São medidas parcias de estanque face aos graves problemas locais e regionais, isto é, dos entes subnacionais.

Assim, de todos esses instrumentos normativos acima relatados (portugueses e brasileiros), daremos destaque ao “Tratado sobre a Estabilidade, a Coordenação e a Governança na União Econômica e Monetária Europeia”, que poderá trazer subsídios dogmáticos à realidade brasileira, guardadas as críticas¹⁷⁰ e particularidades dos subsistemas comunitários e federalistas tão díspares entre si, que sequer permitem comparações dogmáticas diretas, mas sob ponto de vista organizacional trazem “luzes” as idiosincrasias de grupo.

2.3.6. Do Tratado sobre a estabilidade, a coordenação e a governança no modelo europeísta

No aspecto normativo, estamos diante de um tratado internacional de direito público firmado em 02 de março de 2012, e não de normas de direito da União Europeia – primárias ou secundárias – em si, caracterizado pela excepcionalidade e transitoriedade, considerando, respectivamente, a ausência de recurso ordinário às regras de direito da União Europeia e transitoriedade dos Estados signatários se

¹⁷⁰ FERREIRA, Eduardo P. Op. cit.

socorrerem plenamente de medidas específicas previstas no Tratado de Funcionamento da União Europeia, com o fito de incorporação em curto prazo às normas europeístas¹⁷¹.

Tal tratado está submetido ao princípio da prevalência ou do primado do Direito da União Europeia¹⁷², devendo ser aplicado na medida em que se mostrar compatível com o Direito da União¹⁷³.

Em sede de objetivos de natureza jurídico-político, situa-se na ideia de melhor governança e preservação da estabilidade do bloco, colmatando ideias de coordenação, solidariedade, não responsabilização (*no-bailout clause*) e procedimento a coibir déficits excessivos, com vistas a uma disciplina orçamental de previsibilidade, solvência e sustentabilidade em curto prazo. Trata-se de regra substancial de equilíbrio orçamental, assegurando que o déficit não exceda 3% do produto interno bruto e que a dívida pública não exceda 60% do produto interno bruto, ambos relativamente a preços de mercado¹⁷⁴.

Quanto aos destinatários do tratado, identificamos o conjunto de sujeitos representados pelos Estados-membros contratantes, cuja moeda seja o euro ou não, a partir da vigência ou ratificação, sendo que à época o Reino Unido e República Tcheca não foram signatários.

Três são os deveres e vertentes jurídicas relevantes extraídas do tratado:

- (i) dever de coordenação das políticas financeiras, enquanto obrigação de reforço da política econômica de interesse comum entre a União Europeia e o Estado-membro: i) dever de debate prévio com as instâncias europeístas acerca das reformas de política econômica interna; ii) dever de comunicação ao Conselho e Comissão Europeia dos planos de emissão de dívida pública, e; iii) dever de realização periódica de reuniões com os chefes de estado e de governo da zona do Euro (Cimeiras do Euro), relativas à governação e estratégias de políticas econômicas convergentes¹⁷⁵;
- (ii) dever de observância do pacto orçamental¹⁷⁶ que disciplina as finanças públicas, sendo proibitiva de déficits orçamentais, com redução da dívida pública¹⁷⁷ e consumação de reformas estruturais¹⁷⁸, devendo excepcionalmente demonstrar situação a médio prazo

¹⁷¹ ROCHA, Joaquim de Freitas – Finanças. In SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana e FROUFE, Serafim Pedro Madeira (coord.) – Direito da União Europeia e transnacionalidade. Lisboa: Quid Juris, 2010, pp. 856-857. Precedentes do TJCE – Processos n. C-370/12, C-105/15, apenso ao C-109/15 P e, C-8/15, apenso ao C-10/15 P, todos disponíveis para consulta em <http://curia.europa.eu>.

¹⁷² Nesse sentido, ex vi o princípio do primado do Direito da União que impõe “a prevalência do Direito da União sobre o direito nacional que lhe seja desconforme”. In SILVEIRA, Alessandra – Princípios de direito da União Europeia. 2.ª ed., Lisboa: Quid Juris, 2011, p. 116.

¹⁷³ Nesse sentido, ex vi o princípio da interpretação conforme ou compatível com o Direito da União imposta à Administração e ao juiz, em relação a aplicação do direito nacional do Estado-membro. In SILVEIRA, Alessandra – Princípios de direito da União Europeia. 2.ª ed., Lisboa: Quid Juris, 2011, p. 127.

¹⁷⁴ ROCHA, Joaquim de Freitas – Finanças. In SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana e FROUFE, Serafim Pedro Madeira (coord.) – Direito da União Europeia e transnacionalidade. Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 859.

¹⁷⁵ Artigos 6º, 9º, 11º e 12º, ns. 1 e 2, do Tratado Internacional de Estabilidade, Coordenação e Governança.

¹⁷⁶ Artigo 3º, n. 1, do Tratado Internacional de Estabilidade, Coordenação e Governança.

¹⁷⁷ Artigo 4º, do Tratado Internacional de Estabilidade, Coordenação e Governança.

¹⁷⁸ Artigo 5º, do Tratado Internacional de Estabilidade, Coordenação e Governança.

de solidez e confiança, sem pôr em risco as coordenações econômicas e de estabilidade da moeda, abarcando as administrações centrais e descentralizadas, sob pena de se deflagrar mecanismos de correção mediante prazo;

- (iii) dever de transposição normativa para o ordenamento interno, que se exprime na transposição nacional dos Estados-membros dos dispositivos adequados a assegurar a aplicação do Tratado Internacional em que foram signatários, decorrendo obrigação de transposição possível, também pela via da legalização ou constitucionalização¹⁷⁹.

Expostas aqui, em breve síntese, medidas de ordem jurídico-políticas e econômicas que visam prevenir e corrigir instabilidades por meio de tomada de decisões, coordenadas no âmbito da União Europeia, servem de contingência a graves crises abruptas e inesperadas que põem em xeque a segurança do bloco, calcadas na previsibilidade decorrente de vigilância, operada pela boa governação e planejamento em busca da estabilidade a curto e médio prazo.

Guardadas as realidades dos sistemas tratados, temos modelo de conformação possível de adaptação ao federalismo brasileiro, submerso numa grave crise político-econômica e sem horizonte fiável nos próximos vinte anos. Aqui reside a importância da interconstitucionalidade e a comunicação de aprendizados dos macrossistemas, visando à prossecução dos objetivos fundamentais globais, num panorama de solidariedade e igualdade entre os Estados para progresso da humanidade.

A busca da estabilidade dos Estados-membros componentes de um modelo de União qualquer que seja o fundamento político (comunitário ou federalista), visa à revisitação e relançamento dos elementos objetivos e subjetivos de comprometimento integrativo, tendentes a satisfazer propósitos de bem comum, progresso das sociedades, erradicação das formas de exclusão, promoção da justiça e da paz, todos calcados em valores de liberdade.

As questões jurídicas e políticas necessitam de interoperabilidade a fim de se criarem mecanismos replicados de boa governança e de responsabilidade *per se*, onde a própria existência enquanto Estado-membro é indispensável à existência da União, com reflexos positivos e negativos que necessitam de constante fiscalização, vigilância e coordenação na convergência de estruturas político-econômicas, acentuada na zona monetária única do Euro.

O abalo na solidez e solvência de um dos Estados-membros só não colocará em risco o todo (União) se a “patologia” e “debilidades” existentes forem detectadas e combatidas em tempo hábil de

¹⁷⁹ Artigo 3º, n. 2, do Tratado Internacional de Estabilidade, Coordenação e Governança.

verificação e correção, o que sobrelevam os mecanismos de austeridade fiscal, de controle preventivo orçamental e do controle de endividamento público, sem implicar ao Estado-membro o corte de verbas sociais – visão reducionista de implicações recessivas que podem vir por meio de instrumentos de mercado, economia política, mitigação da solidariedade e de rupturas de integração.

Para tanto, devemos reafirmar os modelos de política democrática supranacional legitimadoras do formato da União de nossos Estados, que enquanto “membros”, celebraram em tempo e espaço próprios as diretivas de um bem comum e progresso da humanidade, que não podem se submeter ao retrocesso social, sob pena de dar azo a discursos fundamentalistas de secessão.

Por fim reside a máxima de que a “União faz a força”, desde que todos os atores dos subsistemas estejam alinhados e congregados a um mesmo objetivo, que perpassam pela autorresponsabilidade de se manterem íntegros, estáveis e comprometidos com o direito ao futuro da comunidade supranacional a que se vinculam, integrantes de um modelo de reafirmação da própria identidade: a cidadania a que pertencem.

Todos esses fatos só são possíveis de realização se fizerem parte de um ciclo virtuoso de atos administrativos e de gestão pública concertados, tangenciados por uma ordem administrativa sintonizada a sua realidade evolutiva, isto é, ligada à cultura e o estágio de desenvolvimento de sua própria sociedade em atenção aos movimentos globais, pilares de organização do próprio Estado a que pertencem. De nada adianta uma evolução da sociedade, sem que a estrutura – material e formal - dos poderes administrativos estatais não tenham acompanhado os degraus evolutivos da própria humanidade.

Na linha do tempo deste círculo virtuoso proposto, que se inicia com o direito-dever das despesas públicas, atenta ao princípio do custeio para fazer face às políticas públicas voltada a sustentabilidade orgânica do ente estatal e a necessidade de preservação de seu equilíbrio orçamental, volveremos atenção à necessidade de que as atividades administrativas sejam desenvolvidas em compasso à evolução da própria sociedade a que se insiram, administrando-se e promovendo-se a regulação estatal, no que couber, na seara de preservação de interesses públicos subjacentes das diversas relações privatísticas modernas, por vezes, autorreguladas pela autonomia da vontade, mas que demandam proteção estatal inclusiva em defesa da própria coletividade em que se desenvolvam.

Para tanto, nos debruçaremos à evolutividade da Teoria dos Poderes Administrativos e sua conformação aos avanços das nações e da própria humanidade.

2.4. DA EVOLUÇÃO DA TEORIA DOS PODERES ADMINISTRATIVOS

2.4.1. Da imperatividade da atuação administrativa

A imperatividade na atuação da administração pública implica a compreensão prévia do regime jurídico das prerrogativas públicas a si aplicáveis, orientada pelo uso de instrumentos clássicos que se opuseram à consensualidade, com características coercitivas e de cunho sancionatório.

As características essenciais da imperatividade fundam-se em forças antagônicas à consensualidade quando calcadas na ideia de supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público.

Não à toa, a incursão sobre os referidos temas exige o escrutínio de produção acadêmica alienígena, propiciando melhor compreensão dos chamados “privilégios estatais” e seus consequentialismos sancionadores, em especial no direito brasileiro.

Assim, a administração pública conquanto integrante dos entes estatais, resta investida do denominado poder administrativo, decorrente de parcela do poder político. Na doutrina de NORBERTO BOBBIO¹⁸⁰ o poder público constitui-se pelo *dominium* (poder pelas coisas) e o *imperium* (poder de comando sobre as pessoas), transnudando-se o poder administrativo imanente à autoridade pública, em condição de superioridade em relação aos seus destinatários. Daí a compreensão de autoridade pública decorrendo do próprio poder administrativo que advém da ideia de soberania estatal.

Haveria relação direta do poder político com a soberania estatal, cuja dispersão em sociedade constituiria na figura da legitimidade. Sendo o poder político soberano, é detentor do monopólio da coerção como fator indispensável à ordem em sociedade, destacando-se em supremacia sobre os demais poderes sociais como “inoponibilidade” do poder frente aos outros Estados e aos demais polos de poder existentes em sociedade¹⁸¹.

Sob o enfoque epistemológico, o conceito de soberania implica a ordem de superioridade e de preeminência hierárquica a determinar a ordem e o dever de cumpri-la, estando em posição de destaque até mesmo em relação aos poderes do Estado que a ela deve obediência. A autoridade pública liga-se ao poder soberano estabilizado, cujos destinatários servem-se em obediência incondicional.

Assim, o poder administrativo na administração pública funda o próprio conceito de autoridade no direito administrativo, cuja fonte de regras resta imbricada. VASCO PEREIRA DA SILVA¹⁸² leciona que

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto – Estado, Governo, Sociedade. Para uma Teoria Geral da Política. 13.ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 84.

¹⁸¹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo – Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 33.

¹⁸² SILVA, Vasco Pereira da – Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 2006, p. 64.

mesmo com a superação do Estado policalesco com a submissão ao Estado de Direito, as competências administrativas pela administração pública são inerentes ao Estado Social, conjugadas à primazia do interesse público, tendo em si remanescente o elemento de autoritarismo de sua atuação unilateral.

Desse autoritarismo do poder administrativo decorreriam as prerrogativas públicas de essência exorbitante, que reafirmam a superioridade nas relações jurídicas administrativas. Aqui reside a teoria das potestades administrativas, constituída por privilégios estatais em que o direito administrativo se relaciona com os demais ramos, derivativos em especial do direito constitucional, em parcela de soberania reservada ao poder governamental¹⁸³.

Deste modo, podemos afirmar que é atribuído ao Estado o poder de potestade com respeito ao seu exercício, podendo representar prerrogativa inerente a uma função de administração pública, decorrendo de meios jurídicos reconhecidos de múltiplas variedades e outorgados para cumprimento de suas missões.

Reforça-se aqui, o conceito de que as prerrogativas públicas consistem em privilégios destinados à administração pública para exercício de suas funções precípua, decorrente dos poderes administrativos, colocando-a em situação de superioridade em relação a seus administrados. São tais prerrogativas públicas que delimitam o poder administrativo ensimesmado.

Doutrinariamente, podemos listar as prerrogativas públicas como imperatividade, autoexecutoriedade e presunção de veracidade, também denominados atributos dos atos administrativos. Erigidos tradicionalmente sob influência de concepções não democráticas de Estado dentre conceitos pretéritos, a ideia do Estado Democrático de Direito circunscrevem a atividade administrativa como manifestação da “soberania estatal”, por meio da força e da coerção (até violenta)¹⁸⁴.

Já como espécies das prerrogativas públicas, podemos descrever o poder de autotutela, poder hierárquico, poder expropriatório, poder requisitório de bens e serviços, poder de polícia, poder sancionatório, poder disciplinar, poder de servidão pública, poder de modificação e de rescisão unilateral de contratos administrativos. Nesse sentir, podemos destacar as principais características das prerrogativas públicas reconhecidas pela doutrina como a exorbitância e a instrumentalidade, edificadas a partir da influência da escola francesa¹⁸⁵.

Tais publicistas franceses comungavam da ideia de delimitação racional da autonomia do direito público (descolada do direito privado) mediante a revisitação de conceitos fundamentais da Teoria Geral

¹⁸³ CRETELLA JUNIOR, José – Curso de Direito Administrativo. 18.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 32.

¹⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal – Curso de Direito Administrativo. 4.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300.

¹⁸⁵ FARIAS, José Fernando de Castro – A Teoria do Estado no Fim do Século XIX e no Início do Século XX: os Enunciados de León Duguit e de Maurice Hauriou. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, p. 6.

do Estado, dentre eles o da soberania e do Estado enquanto ente, por meio de estudos de abrangência propedêutica (sociologia, filosofia e história).

A Escola de Toulouse lastrada em MAURICE HAURIOU, segunda geração de publicistas franceses da terceira República, delimitou o direito administrativo como ramo autônomo, descolado do direito privado, com regime jurídico próprio e sob os ideais de *puissance publique* inauguradas em LAFERRIÈRE E AUCOC, publicistas de primeira geração¹⁸⁶. Nessa linha, o regime jurídico do direito administrativo caracterizou-se pela centralização das funções administrativas no Poder Executivo, com natureza jurídica de poder autônomo conferido à Administração Pública, decorrendo os direitos exorbitantes, a hierarquização dos agentes públicos e a jurisdição administrativa independente da ordinária, com a nítida separação dos poderes, submissão à lei e fundação de poderes administrativos em seu seio.

A centralização administrativa torna-se “pedra de toque” do regime administrativo, seguida das centralizações jurídica e política do Estado, com relações jurídicas e quadro de pessoal unificado na administração central. Em maior parte, a centralização administrativa do Estado dever-se-ia em virtude da centralização econômica das relações do ente, com dicotomia clara entre interesses gerais (do Estado), com prestações de serviços essenciais à vida, e os interesses privados (particulares). Da regularidade e continuidade de serviços públicos essenciais de segurança e infraestrutura viária, decorreria a centralização econômica no ente estatal, de essência intervencionista, deixando então de ser exercida privatisticamente pelos particulares¹⁸⁷.

Inaugurado os ideários de interesse geral (comum), a centralização administrativa se justificaria por tais necessidades deferidas ao Estado como prestador de serviços públicos essenciais à vida privada e à garantia da ordem pública, dentre outros.

Mas de tal modelo soergueram-se vantagens e desvantagens identificadas no seio da escola francesa da *puissance publique*. Vantajosamente, o regime administrativo inaugurado traria significativas comodidades à vida em sociedade civil organizada, tornando possível a prestação coordenada de serviços públicos de interesse comum por uma Administração Pública centralizada, dotados de maior segurança jurídica e com prestação de serviços regulares e contínuos, constituída de medidas de polícia preventiva. Ainda, a prestação de serviços públicos sem beneficiar dada classe social (burguesia) em sua essência de universalidade, tornaria o regime administrativo inaugurado um dos fundamentos da existência da democracia no regime de Estado. Lado outro, em sede de desvantagens, identificou-se vicissitudes na centralização administrativa como dificuldades de gestão da população local¹⁸⁸.

¹⁸⁶ MEDAUAR, Odete – O Direito Administrativo em Evolução. 2.ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

¹⁸⁷ HAURIOU, Maurice – Principes de Droit Public. Paris: Sirey, 1916, pp. 571-596.

¹⁸⁸ Ibidem..

Nesse particular, ao passo que para LÉON DUGUIT (Escola *Servic Publique*) o serviço público guarda critério identificador do direito administrativo, para HAURIUO (Escola *Puissance Publique*) o poder administrativo de autoridade pública caracterizara-se pelo regime jurídico responsável em conformar o direito administrativo - diverso do direito privado (civil) - àquele por vezes mais maleável e mais vantajoso para conformação da Administração Pública, assim como para os destinatários dos serviços de interesse comum. Deste modo, enquanto o serviço público representaria a prestação administrativa material, o poder público seria o meio de promoção desta.

O direito administrativo que regula a atividade administrativa e os poderes da Administração, bem como o exercício do poder pelas autoridades públicas, acaba por conflitar com interesses privados regulados pelo direito civil. A bem da verdade, a Administração Pública é posta em patamar de superioridade em relação aos destinatários (administrados), com progressão à medida que é exercitada a autoridade pública em decisões unilaterais do que propriamente decorrente da relação jurídica material encetada em administração pública *versus* administrado, isto é, não se “nivelando” pelos ditames de “justiça” inerentes às relações jurídicas comutativas ou sinalagmáticas.

Por exemplo, temos a possibilidade da centralização administrativa no exercício do poder coativo, instituindo-se unilateralmente aos cidadãos obrigações, podendo inclusive impor servidões excepcionais à propriedade privada (direito de uso, direito de passagem, direito de interdição, direito de requisição, dentre outros), tudo como protagonismo na realização dos interesses gerais.

Na doutrina de HAURIUO, identificamos caracteres centrados na autoridade pública com o poder de coação em sede de centralização administrativa, volvida à satisfação de interesses comuns, sobressaindo a finalidade de utilidade pública em característica de notada instrumentalidade, em especial para assegurar a garantia da ordem pública e a gestão de serviços públicos¹⁸⁹.

Nesse sentir, estamos diante de cláusula de exorbitância do direito privado, sobressaindo como regime jurídico administrativo de regras especiais centrais volvidas a disciplinar a organização administrativa e seus poderes públicos (extraídos de parcela da esfera privada), conferindo-se, assim, autonomia ao direito administrativo em relação aos demais ramos do direito.

Da correlação da instrumentalidade e da exorbitância dos poderes de autoridade pública, sobressai a característica de supremacia da administração pública central diante dos particulares, inaugurando-se uma relação jurídica verticalizada (de superioridade) diante do dever de prestar determinados serviços públicos para satisfação de interesses gerais (coletivos).

¹⁸⁹ HAURIUO, Maurice – Précis de Droit Administratif et de Droit Public. 2.^o ed., Paris: L. Larose & Forcel, 1893, pp. 8-10.

Essa afirmação é o supedâneo da construção da teoria da supremacia do interesse público sobre o particular, pois os direitos decorrentes da autoridade pública exigem a finalidade de satisfação de interesses gerais da coletividade, onde a verticalidade das relações administrativas no exercício de tal poder de coerção, consiste na supremacia do interesse comum, cuja tutela passa a ser dever do próprio ente administrativo¹⁹⁰.

Dos poderes de coerção e requisição da esfera privada, para bem prestar os serviços públicos de interesse comum, a Administração Pública passa a deter poderes administrativos com prerrogativas de ação direta unilateral (intervencionista) no âmbito de regime administrativo, sem necessidade de execução forçada pela via judicial, caracterizada pela autoexecutoriedade, um dos atributos dos administrativos.

Nesse sentir, a autoexecutoriedade é elemento indispensável para persecução do interesse público e o mecanismo pelo qual o poder público realiza esse interesse comum, constituindo engrenagem indispensável ao conjunto de prerrogativas de direito administrativo conferidas à Administração Pública para que o ente estatal alcance seus fins¹⁹¹.

Interessa também pensar, a existência de um poder público submetido ao regime de prerrogativas, também firmado a partir de sujeições ou restrições de limites impostos à atuação administrativa, cujo limite de agir será sempre a realização de interesses gerais da coletividade, sob pena de deslegitimação¹⁹².

Logo, os direitos coativos imanentes ao poder público se contrapõem ao direito privado dos indivíduos, cuja legitimação reside na consecução dos interesses gerais da coletividade. Reside aqui o exercício do direito do poder de polícia e do poder de expropriação.

Nessa relação verticalizada de exercício de poderes públicos autoritários em face da liberdade dos indivíduos, fez-se nascer um rol de garantias mínimas aos administrados (relação de bipolaridade), oponíveis contra a Administração Pública, assim delimitada: a) a expropriação deveria ser precedida de procedimento legal; b) uma previsão legal dos encargos e obrigações decorrentes do exercício do poder de autoridade pública; e, c) a observância ao princípio da igualdade material¹⁹³.

Daí se dizer que há uma bipolaridade do direito administrativo concernente na ideia, de um lado, do direito do exercício de prerrogativas verticalizado pelo poder público de autoridade (coerção e requisição), e de outro, o direito de garantia de liberdades do indivíduo ao ser afetado em sua esfera de

¹⁹⁰ PALMA, Juliana Bonarcosi de – Sanção e Acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, pp. 46-47.

¹⁹¹ MARINELA, Fernanda – Direito Administrativo. 5.ª ed., Niterói: Impetus, 2011, pp. 201-202.

¹⁹² Ibidem.

¹⁹³ HAURIUO, Maurice – Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général. 11.ª ed. Bordeaux: Imprimerie Cadout, 1927, pp. 503-504.

patrimônio privado, protegido por um rol de garantias mínimas a ensejar a observância de regras de igualdade material e do devido processo legal¹⁹⁴.

Nesse sentir, o dever de exercício dos direitos de poderes de autoridade pública (exorbitantes), acarretará a inaplicabilidade imediata dos direitos da esfera de direito privado nas relações encetadas com à Administração Pública, com sujeição a limitações materiais e restrições em relação aos particulares, abarcados por um rol mínimo de garantias públicas deferidas constitucionalmente.

Até mesmo nos atos de gestão pública, em especial nos contratos administrativos, os direitos de poderes públicos exorbitantes estarão presentes, sendo inafastável a aplicação dos poderes de autoridades públicas¹⁹⁵.

HAURIOU leciona ainda, que os poderes de potestade das autoridades públicas seriam imprescritíveis e inalienáveis, não se transferindo às concessionárias de serviços públicos, que tão somente exerceriam parte dos direitos de poderes públicos em relação aos particulares¹⁹⁶. Para tanto, aduz a existência de dois estágios superpostos ao direito do poder de potestade, nos quais residem os direitos em de que decorrem a organização dos serviços públicos (funções técnicas na realização da atividade-fim) e os instrumentos de gestão dos serviços públicos (funções administrativas do serviço prestado), notadamente nos direitos sobre os agentes públicos, de domínio público e de expropriação.

Numa visão sintética, a doutrina clássica do *puissance publique* pode ser caracterizada como: a) regime administrativo centralizado com poderes de coerção sobre os particulares; b) interesse geral de domínio do ente estatal, dissociado do particular, com poderes coercitivos em face de parcela de suas esferas privadas; c) autoridade pública centrada em poderes públicos exorbitantes como cerne do regime administrativo, e conseguinte, do próprio direito administrativo; d) poder deferido a administração central de constituir unilateralmente os administrados em obrigações e servidões autoexecutórias, com o fim de satisfazer interesses gerais, por meio de gestão de serviços públicos e garantia da ordem pública (poder de polícia e de requisição); e) características de exorbitância, instrumentalidade e inafastabilidade; e, f) na busca da realização de interesses coletivos, a Administração Pública é dotada de poderes de autoridade sobre direitos de natureza privada, devendo pautar-se por garantias mínimas aos particulares (isonomia e devido processo legal)¹⁹⁷.

¹⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – Direito Administrativo. 22.ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pp. 31-32.

¹⁹⁵ HAURIOU, Maurice – Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général. 11.ª ed., Bordeaux: Imprimerie Cadout, 1927, pp. 503-505.

¹⁹⁶ Ibidem.

¹⁹⁷ PALMA, Juliana Bonarcosi de – Sanção e Acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 50.

2.4.2. Do regime de prerrogativas públicas como elemento nuclear do poder administrativo

No Estado de Direito a Administração Pública conta com prerrogativas inerentes à teoria dos poderes administrativos, calcadas no princípio da supremacia do interesse público, que autoriza o exercício de suas funções com coercibilidade e autoexecutoriedade, de forma extrajudicial, face à esfera do patrimônio jurídico privado do particular.

A bipolaridade da relação entre autoridade e liberdade pública remonta ao Estado Moderno, onde o direito administrativo surge como função reguladora garantista da defesa dos particulares face ao poder público, ao passo da concentração dos poderes públicos na figura do Estado, estavam até então dispersos em sociedade. Sem prejuízo da função garantista, mantêm-se incólumes os poderes exorbitantes e instrumentais à prevalência do interesse público em relação aos privados¹⁹⁸.

Nesse particular, há traços gerais de dicotomia da pessoa pública ou pessoa jurídica pública, e a pessoa privada ou pessoa jurídica privada, ganhando a administração pública central, posição singular.

A doutrina francesa, empregando a singularidade de prerrogativas, trouxe os vocábulos *puissance* e *pouvoir*, sendo o primeiro traduzido pelo nosso poder de potestade, que equivale ao italiano *potestà* e ao espanhol *potestad*; o segundo, é representado em nosso vocabulário jurídico como poder. Como potestade pública, contrário das relações jurídicas privadas que são encetadas na igualdade material jurídica, onde nenhuma vontade privada é superior a outra, teremos o conjunto de prerrogativas que a Administração Pública possui sob égide do poder de império¹⁹⁹.

Tal composto autoritário de imperatividade acaba por colocar a Administração Pública em relação de superioridade ao privado, em *status* jurídico verticalizado sob a égide do dever de exercício de prerrogativas públicas, a fim de satisfazer os interesses gerais ou da manutenção da ordem pública.

Tal regime administrativo de prerrogativas (exorbitância e instrumentalidade) caracterizou o regime jurídico de direito brasileiro (*civil law*) alicerçado no empenho da doutrina em construir a teoria dos atos de império e a teoria dos atos de gestão. Assim, a atividade de potestade pública surge paralela aos atos de império, típica das operações de direito administrativo quando o Estado agia em regime especial de derrogação do direito comum, também diverso das atividades de direito privado calcadas em atos de gestão²⁰⁰.

¹⁹⁸ CRETELLA JÚNIOR, José – Prerrogativas e sujeições da administração pública [em linha]. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, V 103, pp. 16-32 (1971), p. 16. [18.06.2016]. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/35280>.

¹⁹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José – Prerrogativas e sujeições da administração pública [em linha]. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, V 103, pp. 16-32 (1971), p. 17. [18.06.2016]. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/35280>.

²⁰⁰ Idem, pp. 18-19.

Portanto, a atividade de potestade pública era caracterizada por meio de ordens unilaterais, interdições, regulamentações heterônomas, manifestadas por vontades de poder imperante. Lado outro, os atos de gestão eram caracterizados pela formação dos contratos, sem, contudo, retirar-lhes poderes exorbitantes ou de império da Administração.

Temos então, que num primeiro momento, a ideia de formação de regime jurídico administrativo calcou-se na formação do conceito de poderes da autoridade pública, com o surgimento do poder-dever de supremacia de interesse público sobre o particular, enquanto exercido na realização de interesse comum e de garantia da ordem pública, que residiu na Escola *Puissance Publique*, nomeadamente nos países adeptos da *civil law*. Daqui decorreu a constituição de prerrogativas em favor da Administração Pública, sem não a deixar de submeter também a deveres em prol da garantia dos direitos dos particulares, oponíveis aos agentes públicos pela via do procedimento legal e da isonomia material.

Os fundamentos filosóficos, políticos e constitucionais irão se reportar à clássica disputa de DUGUIT e HAURIOU, iniciada nos primórdios do século XX, onde o primeiro defendia a teoria dos serviços públicos e o segundo a teoria da potestade pública, vistas linhas atrás. Sob a influência do segundo, mas não só, houve um viés na construção do direito administrativo brasileiro nomeadamente autoritário, lastrado nas prerrogativas públicas e na teorização do poder público, decorrendo modelo de centralização e verticalização da Administração Pública.

Desse modelo, as características fundamentais das prerrogativas públicas de exorbitância e instrumentalidade conferem legitimação e materialidade à teoria da potestade pública. O contexto de que a Administração Pública pode e o particular não pode, em tomada de uma série de decisões, quando submetidos a dadas relações jurídicas, colocará a Administração em desfrute de posição de superioridade, sem lhe impor restrições e sujeições de terceiros, senão da lei.

Por tais prerrogativas ou maximizações que têm o condão de derrogar o direito comum, a Administração beneficia-se de prazos maiores, com ampliação de iniciativas que limitam a atuação do exercício de liberdades do particular. Lado outro, pelas restrições e sujeições ou minimizações, a Administração é obrigada a agir de forma impessoal enquanto poder público, impedindo que pretensões pessoais dos agentes públicos ou qualquer motivação de ordem particular façam emergir inclinações pessoais que interfiram nos deveres de concretização do interesse comum envolvido na relação jurídico-administrativa²⁰¹.

²⁰¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit. p. 21.

A exorbitância das prerrogativas públicas em relação aos particulares fundou-se na dicotomia dos ramos do direito público e do direito privado, com a teorização daquele ramo de direito administrativo. Traduz-se como característica imanente do regime administrativo em suas peculiaridades conceituais, regras, princípios e finalidades integrantes do direito administrativo, derogatórias do direito comum²⁰².

Contudo, comporta exceções pontuais, pois a Administração Pública não goza de privilégios plenos em atos praticados sob a submissão de outros regimes jurídicos (não administrativos por essência), a exemplo da permuta e a doação que são regidas pelas regras de direito civil e dos contratos de trabalho submetidos às leis trabalhistas²⁰³, no Brasil denominadas “celetistas”.

Observamos que as prerrogativas agregam-se à própria estrutura orgânica da Administração Pública, sendo antecedente à própria atividade administrativa exercida, onde, na prática, acabam por interpenetrar-se, confundindo o poder administrativo exercido com as atribuições do Poder Executivo (competências), na exata medida em que a Administração consiste parte orgânica do ente estatal, sendo dotada de poderes públicos, e o ente estatal é detentor do poder-dever de implementação do interesse comum²⁰⁴.

Ressalte-se a exorbitância como elemento chave nas relações administrativas encetadas entre a Administração Pública e o particular, funcionando como fator de desequilíbrio da relação por imposição unilateral em sede de verticalidade, viabilizando a imposição de obrigações aos administrados em patamar de superioridade²⁰⁵.

Já a instrumentalidade baseou-se nos meios legítimos de trabalho conferidos à Administração Pública, volvidos à execução de seus objetivos de interesse comum ou garantia da ordem pública, tudo em grau de supremacia do interesse público sobre o particular, porquanto está ligada a função exercida por ela numa relação de consequencialismos.

As prerrogativas públicas funcionais podem ser identificadas em três categorias, que legitimam sua atuação instrumental com escopo no interesse público, a saber: a) para satisfação da tutela do interesse comum; b) para afirmação da supremacia do interesse público sobre o privado; e c) para melhor consecução de seus objetivos e fins em atendimento ao princípio da eficiência²⁰⁶.

As regras de competência são lastradas em conformação e impulsão no desenvolvimento das atividades administrativas, desumindo-se em fator de justificação de primazia de atuação administrativa

²⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – Direito Administrativo. 22.ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, pp. 256-257.

²⁰³ GASPARINI, Diógenes – Direito Administrativo. 12.ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, pp. 58-59.

²⁰⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit. pp. 22-25.

²⁰⁵ PALMA, Juliana Bonarcosi de – Sanção e Acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 55.

²⁰⁶ GASPARINI, Diógenes – Direito Administrativo. 12.ª ed., São Paulo: Atlas, 2007, pp. 142-143.

funcionalizada, constituída pelo caráter instrumental do poder. Assim, em relação ao fim público, temos a instrumentalidade-fim das prerrogativas públicas²⁰⁷.

Deste modo, independente da instrumentalidade específica da prerrogativa na satisfação do interesse público, supremacia do interesse público ou atendimento à eficiência, há de se observar um especial fim de agir na utilidade pública (viés instrumental da atividade-meio para consecução de atividade-fim). Desta feita, o princípio consagrador dos privilégios públicos (prerrogativas) baseia-se na regra do interesse público, emparelhado com a noção de autoridade pública para estruturação do arcabouço teórico-jurídico do direito administrativo²⁰⁸.

O conceito de interesse público aparece como fundamento, limite e instrumento do poder público, sendo medida e finalidade da função administrativa²⁰⁹. A representação do interesse público por expressões metafóricas expressam bem a importância conceitual para o direito administrativo, tais como: “noção mãe”, “espinha dorsal”, “alma”, “pedra angular da ação pública”, “coração do direito público” e “alfa e ômega do direito administrativo”²¹⁰.

Dessa “pedra angular da ação pública” derivam temas como interesse público, supremacia do interesse público sobre o particular e eficiência estatal como desdobramentos pragmáticos e instrumentais das ditas prerrogativas públicas, residindo aqui, força teórica contrária à adoção de transações administrativas aos módulos consensuais de competências administrativas.

Uma das linhas doutrinárias brasileiras de interesse público é calcada nesta regra geral que informa todo direito administrativo, legitimando as prerrogativas públicas enquanto privilégio da Administração em face dos administrados, constituindo-se razão de existência e de finalidade maior da própria Administração, tendo os princípios e as regras informadoras sido erigidos do próprio núcleo informador, restando imbricados pela sistemática de direito administrativo²¹¹.

O interesse público se correlacionaria ao interesse coletivo e ao bem comum da sociedade, cuja base moral e de existência, legitima a ação administrativa de exorbitância das prerrogativas públicas em regras de sujeição aos particulares. O dever de agir da Administração Pública volvida ao interesse público obrigaria a emanação de atos e celebração de contratos públicos volvidos sempre ao atendimento da finalidade pública.

²⁰⁷ MEDAUAR, Odete – Direito Administrativo Moderno. 12.ª ed., São Paulo: Editora RT, 2008, pp. 106-108.

²⁰⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo – Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 78-80.

²⁰⁹ MEDAUAR, Odete – Direito Administrativo em Evolução. 2.ª ed., São Paulo: Editora RT, 2008, pp. 185-186.

²¹⁰ CLAMOUR, Guylain – Intéret General et concurrence: essai sur La pérennité du droit public en économie de marche. Paris: Dalloz, 2006, in passim.

²¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo – Regulação Estatal e Interesses Públicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 78-80.

Nasce aqui, a ideia da “indisponibilidade do interesse público”²¹², primado mais caro aos administrativistas. A indisponibilidade do interesse público tornara interesses qualificados imanentes à própria coletividade, intrínsecos ao setor público, não estando à livre disposição de quem quer que seja, posto que inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que o exercita, conquanto sendo competência típica, não possui sua predisposição, sendo – tão somente - curador e vinculado à indisponibilidade, correspondendo um dever de observância ao que dispõe a *intentio legis*.

Trata-se, pois, de princípio de direito administrativo que traz sujeições e limitações do modo agir do órgão administrativo, cuja imposição tem o intuito de evitar que a sua atuação seja lesiva aos interesses públicos da sociedade (coletivos) ou de modo ofensivo aos direitos fundamentais dos administrados (interesses públicos relevantes), devendo seguir-se sempre aos ditames da lei. Temos um poder-dever de atuação, sempre que o ordenamento jurídico concede uma competência ao agente público, que a ela se vincula no seu modo de agir, não possuindo margem de escolha em fazer ou não fazer, gravando-se de inalienabilidade no núcleo essencial dos interesses públicos que deva ser curado e defendido em tutela legal.

Devemos ter em mente que o interesse público indisponível é aquele em que o bem perquirido é de toda sociedade, cuja exigência de assimilação geral está ligada ao convívio nesta sociedade. Assim, não se confundirá com o interesse público da própria Administração.

Nesse sentir é possível se adotar uma conceituação negativa, reservando-se o que não é interesse público²¹³. O interesse público e o interesse estatal não se confundem, gerando um raciocínio circular: o interesse é público porque de essência estatal e é estatal porque de essência pública. Como decorrência lógica, todo interesse público seria estatal, e todo interesse estatal seria público; contudo, não é possível definir o interesse público a partir da identidade de seu titular, sob pena de inversão axiológica, sendo o Estado democrático um instrumento de realização dos interesses públicos, mas não somente criado para satisfação das necessidades coletivas. Logo, o interesse é público, antes mesmo da titularização no ente estatal, cuja atribuição ao Estado qualifica-o como de natureza finalística. Deste modo, quando o Estado em seu “aparato” exerce conveniências “egoísticas” para si - enquanto sujeito de direitos -, não estaria na realização do conceito de interesse público de caráter geral volvido ao bem comum da coletividade, ainda que o aja subjacente.

Sustenta-se que não são necessariamente idênticos o interesse da máquina estatal e o interesse público em si, sempre que o Estado aja como pessoa jurídica de direito público em defesa de interesses

²¹² MELLO, Celso Antonio Bandeira de – Curso de Direito Administrativo. 30.ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 76.

²¹³ JUSTEN FILHO, Marçal – Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37.

próprios, não necessariamente finalísticos, denominando-os de interesses públicos secundários, cujos interesses são similares ao interesse público comum (interesses públicos primários), mas com estes não colidindo, e, portanto, coincidindo com a própria realização dos fins estatais²¹⁴. Nessa seara, ao se pensar em interesse público, estamos diante de um pensamento contraposto ao interesse particular ou privado em que os entes estatais acabam por possuir secundariamente na realização do interesse público primário, este pertencente ao conjunto social. Assim, o interesse público precisa ser entendido como instância de dimensão publicista (coletiva) dos interesses de cada indivíduo, conquanto membro integrante do todo: a sociedade.

Alerta-se que a falta de aprofundamento do sentido gera um “falso antagonismo” entre o interesse das partes e o interesse do todo, propiciando a equivocada suposição de que se trata de um interesse autônomo, desvinculado daquele deferido a cada uma das partes que compõem o todo²¹⁵. Nesse sentir, a indisponibilidade do interesse público seria uma dimensão dos interesses individuais (dimensão publicista), sendo inconcebível que o interesse do todo, fosse, ao mesmo tempo, dissociado do interesse de cada uma das partes que o compõem, havendo correlação de correspondência e não conflito de interesses.

Deste modo, temos os interesses individuais pertencentes a cada um e a seus próprios agrados, certamente relativos à vida particular, e interesses pessoais, pertencentes a um grupo de pessoas ou grupos de que o indivíduo faça parte; ou seja, o interesse público tem como fonte interesses pessoais que são convergentes aos interesses dos indivíduos. Neste contexto, o interesse público deve ser conceituado como o interesse decorrente do conjunto de interesses de que os indivíduos *per se* possuem conquanto membros da sociedade em que se unem, pelo simples fato de serem integrantes desse todo²¹⁶.

A existência de restrições especiais no desempenho de funções públicas, compromissando-se na cláusula de supremacia do interesse público quanto ao atendimento dos interesses da sociedade, poderá advir da atividade estatal direta ou indireta, ou ainda por meio das hipóteses de delegações negociais: concessões, permissões e autorizações públicas.

Contudo, toda vez que o Estado atuar no campo econômico, por empresas estatais destinadas a mercancia, sob regime - em parte - de direito privado, não decorrerá o compromisso e privilégio de supremacia do interesse público sobre o particular, não representando, contudo, a ab-rogação principiológica, nem tampouco abandono da indisponibilidade do interesse público²¹⁷.

²¹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de – Curso de Direito Administrativo. 30ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 66.

²¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de – Curso de Direito Administrativo. 30ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 60.

²¹⁶ Idem, p. 62.

²¹⁷ Idem, pp. 76-77.

Não sem razão, destacamos a existência de um rol de princípios decorrentes da indisponibilidade do interesse público, dentre os quais destacamos: a) princípio da legalidade, com suas nuances e consequências, como a finalidade, razoabilidade, motivação, proporcionalidade e responsabilidade civil estatal; b) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e da vedação da solução de continuidade dos serviços públicos; c) do controle administrativo e de autotutela; d) da igualdade ou da isonomia material dos administrados face à Administração; e) da publicidade e transparência públicas; f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; e g) do controle jurisdicional dos atos administrativos.

O fato de a proporcionalidade, finalidade, motivação, razoabilidade serem deduzidas do princípio da legalidade em decorrência da indisponibilidade do interesse público, concorrem para o entendimento que a supremacia do interesse público não seja mote para decisões administrativas desmedidas, imotivadas, desproporcionais e desarrazoadas, afastando-se interpretações fechadas que possam levar a uma sobreposição exacerbada de atos unilaterais, sob a justificativa de ápice dimensional intransponível do princípio.

Fato é que tanto o princípio da supremacia do interesse público, quanto da indisponibilidade do interesse público estão inseridos na teoria clássica do regime jurídico-administrativo dos entes estatais, com conteúdo, alcance e aplicação pragmática, havendo dimensões de aplicação em oposição a uma Administração Pública unilateral, com correlação a obediência de legitimidade e existência de conflitos de interesses públicos e privados.

Sob primeiro enfoque, a ideia de que o princípio da supremacia do interesse público poderia levar a decisões unilaterais autoritárias, temos em mente que o modelo antecessor de superioridade imperialista é que permitia o arbítrio na atuação do poder político (Estado de Polícia), centralizado na pessoa subjetiva *del Rey*, representante de Deus na comunidade, daí derivando o dever de obediência dos subordinados ao comando em normas gerais, por atos singulares, ou por sentenças contrárias àquelas²¹⁸. Contudo, essa superioridade se esvai com os ares revolucionários do século XVIII, sendo que o poder político passa ser erigido por uma autodisposição da sociedade sobre si mesma, decorrente da vontade geral de um pacto social, que se materializa por meio da lei geral e igualitária.

Antes mesmo dos ventos de ruptura política *del Rey*, para combater o poder absoluto do príncipe, a doutrina alemã elaborou a teoria da bifurcação da personalidade do Estado, pessoa política dotada do *jus imperi*, sendo que de um lado do regime jurídico se encontrava o *jus polittiae* (direito de polícia), que

²¹⁸ Cf. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón – Curso de derecho administrativo. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 1988, pp. 410-411.

partia da premissa de poder sobre a vida espiritual e religiosa do povo, permitindo ao príncipe a intervenção na vida privada dos súditos sob pretexto de segurança coletiva; já do outro lado do regime jurídico havia o *jus civile* (direito civil), que regulava as relações jurídicas do Fisco com os cidadãos, fora do poder decisório *del Rey*, gerando direitos subjetivos que podiam ser tutelados por meio de controle jurisdicional, submetendo parte das atividades do Estado às leis e aos tribunais²¹⁹.

Hodiernamente, decorrente de um processo de evolução civilizatório numa sociedade complexa, a produção de normas jurídicas encontrou óbice de acompanhamento “em tempo real” dos fatos administrativos havidos nas relações jurídicas entre Estado e sociedade (regulação heterônoma). Assim, muitos fatos da vida são havidos sem normas heterônomas que lhes incidam, dando espaço – especialmente - aquelas havidas na seara da autonomia da vontade.

A incidência da regulação estatal em algumas relações jurídicas publicistas passaram a se pautar por instrumentos privatísticos como fonte de direito, criando a submissão de um sistema jurídico híbrido de incidência de regras, ora por subsunção de normas publicistas (em essência) como fundamento da atividade estatal, ora por subsunção de normas privatísticas (em acessório). Na visão de MASSIMO GIANNINI²²⁰, a intenção de criar um direito específico para atuação da administração pública, compreende-se naquilo que resta da sua atividade de direito privado, quando muito pouco apareça só como um atividade “alternativa”.

Para MARIA JOÃO ESTORNINHO²²¹, a Administração do Estado liberal encarada como inevitavelmente agressiva dos direitos dos particulares, como núcleo da própria ciência do direito administrativo, não podia deixar de incidir sobre o ato administrativo, enquanto manifestação da autoridade pública submissa ao ordenamento jurídico da época, com todas as suas consequências. Na moderna concepção do aparecimento do Direito Público, há clara limitação do poder estatal não apenas enquanto Estado fiscal, mas também quando atuante como entidade soberana. O caráter reduzido das tarefas da administração pública do Estado liberal, transformou-se na necessidade de alargamento de atribuições já no Estado social, posto a enorme gama de atribuições imputadas a seu cabo, impondo-se socorrer ao direito privado em termos generalizados.

Nesse sentir, para VASCO PEREIRA DA SILVA²²² a noção de ato administrativo na lógica liberal faz “jogo duplo”, servindo para garantia da atuação administrativa e garantia dos direitos dos administrados.

²¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – Princípio da legalidade. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, Edição 1, São Paulo: PUC, Enciclopédia Jurídica, abr.-2017, disponível [em linha]: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>. Acesso em: 21 set. 2018.

²²⁰ GIANNINI, Massimo Severo – Diritto Amministrativo. Vol. 2. 2.^a ed. Milano: Giuffrè, 1998, pp. 777-778.

²²¹ ESTORNINHO, Maria João – A fuga para o direito privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 32-34.

²²² SILVA, Vasco Pereira – Para um contencioso administrativo dos particulares: Esboço de uma Teoria subjectivista do Recurso Directo de Anulação. Coimbra: Almedina, 1989, p. 32.

Sem prejuízo, de outra banda, onde o Estado deixou de intervir, em especial nas regulações puramente privatísticas (autorregulação privada), prevaleceu-se a ideia das relações baseadas na autonomia da vontade (*pacta sunt servanda*), que por vezes o próprio ente estatal aderiu por acessoriedade – deveras alargado num mundo globalizado. Isso posto, volver-nos-emos à atuação regulatória da Administração Pública e à autorregulação privatística, com vistas a possível necessidade de intervenção estatal na tutela de interesses públicos subjacentes (direitos difusos ou individuais homogêneos), quando e se couber.

2.5. DA ATUAÇÃO REGULATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.5.1. Da regulação estatal heterônoma e a autorregulação privada

A atuação e interferência estatal em determinados comportamentos público-privados e práticas do mercado econômico visam reestabelecer critérios de equilíbrio e utilidade coletiva aplicável aos usuários de bens e serviços de interesse público, momentaneamente afetados por incongruências ou falhas do sistema.

A multiplicidade de relações jurídicas contratualizadas e encetadas por particulares, numa “era paraestatal” de um mundo digital de transformações tecnológicas céleres e multifacetárias, fez com que o processo legislativo estatal regulatório se transformasse em medida deficitária, lacunosa e defasada.

Numa banda, a expertise técnica e de qualificação nos diversos ramos de mercado, não representou requisito intrínseco ao agente estatal regulador econômico; noutra banda, a fonte de Direito na lei, teve sua maior expressão na norma jurídica, instância impessoal, geral e abstrata, cujo processo de formação é monopólio estadualista, em tese.

O surgimento de novos espaços privatísticos (“regulamentos” privados) sob a alegação de impedir a solução de continuidade das relações mercantis obstadas pela morosidade estadualista regulatória, dotados de maior celeridade e tecnicismo na solução de conflitos por dado grupo empresarial ou profissional, teve nascedouro em instância paralela de criação de regras de conduta (não jurídicas), de espectro restrito e adesivo.

As vicissitudes do sistema de autorregulação privada não podem concorrer à regulação estatal, devendo servir de supedâneo útil à atividade econômica no todo, sem se descuidar de objetivos publicistas de interesse geral, fazendo emergir o Estado como “fiel da balança”, havido dos axiomas do capital e dos tomadores de bens e serviços de interesse coletivo.

A força normativa do Direito deve restar preservada como meio eficaz na solução de controvérsias e como instrumento perene de pacificação social. A principal justificativa para o ente estatal decidir regular determinada atividade econômica reside na necessidade de controlar dado comportamento empresarial, servindo como tutela dos objetivos voltados à coletividade.

Usualmente impõe-se a alteração de comportamentos diante de dadas insuficiências mercantis, entre outros fatores de mercado, tais como: custos dos negócios jurídicos, direito de informação do usuário, influência de fatores externos ou de terceiros e, ampla competitividade mitigada ou suprimida.

Fato é que, afora os motivos regulatórios determinantes, o ente estatal não consegue regular o mercado em todas as suas atividades multifacetárias, em termos da idealização regulatória heterônoma (lei ou ato normativo). Decorre, logicamente, a necessidade de um antever maior em “respostas” expressas na heteronomia normativo-legislativa, difícil de plenitude regulatória face um “sem número” de situações de fato preexistentes no mercantilismo, imputando-se ao Estado aqui, em tese, uma falha ou um excesso de intervenção passível de prejudicialidade àqueles que visam lucro, em ineficácia imediata de dadas atividades econômicas.

Os modelos de regulação estatal por abstenção ou intervenção foram variando ao passar do tempo, em especial por uma reformulação influenciada pela eficiência privatística na criação de regras, fazendo surgir o conceito de autorregulação privada como “fonte homônoma de Direito”, cada vez mais crescente nas sociedades globais e que discursam, também em tese, “maior confiabilidade e celeridade” nas relações encetadas pelo agente privado.

Eis que a contribuição da atividade econômica como mecanismo eficaz ao processo autorregulatório no todo, deve zelar pelo Direito consumerista e do usuário do bem ou serviço prestado, pela boa-fé objetiva, pela proteção da confiança e pela lealdade na ampla competitividade, que em certa medida – inseridos num contexto dos próprios regulados privados – pode trazer rápida solução de problemas, mas nem sempre fiável aos olhos da parte hipossuficiente da relação regulada, isto é, aquele que não possui o capital a seu turno: o cidadão comum, os pequenos e médios empreendedores.

A preordenação de regras objetivas que possam regular de forma segura tais relações privadas sob o corolário de um Direito fundamentalmente publicista, perpassa pela lógica da preexistência de um Direito posto (sem prejuízo de incorporação póstuma de regras privadas de autorregulação ou heterorregulação adesiva – *inter pars*), fundamento inesgotável na produção do Direito como norma jurídica.

A prática e a experiência demonstram os desequilíbrios nas relações econômicas desde sempre e no fracasso da ficção teórica da “mão invisível” regulatória do mercado em Adam Smith, idealizada no

século XVIII, naufragada no século XX – que explanaremos adiante; o conceito da regulação estatal (abstencionista e intervencionista) como mecanismo indispensável à manutenção de um estado de coisas e pessoas regular, torna-se mais necessário do que nunca na “era paraestatal” do mundo digitalizado (cibernético) do particular (*bitcoins, uber, transferwise, recargapay, facebook, whatsapp, instagram, google, spotify, ibooks, waze, cabify, airbnb*, dentre muitos outros aplicativos globalizados).

O maior nicho de demandas judicializadas volvidas ao Estado-Juiz reside nas relações jurídicas de Direito consumerista, ainda naquelas atividades em que o Estado atua como agente regulador direto ou indireto, quiçá naqueles âmbitos em que não haja permeabilidade de “luz” pública (regras publicistas), ante o surgimento de conceitos de regulação privatística (homônoma) em “guetos” próprios de estabelecimento de regras *inter pars*, erigidas sob a égide da autonomia da vontade.

Temos aqui um dos maiores desafios do Direito Público hodierno, qual seja a “concorrência” e o diálogo de “fontes de Direito”, cada vez mais usuais pelos particulares em paralelismo à normação publicista. A criação de mecanismos variados de autorregulação privada (“regulamentos privatísticos”) “concorrem” à ideia de normação estatal enquanto “única fonte” legitimada na preservação da ordem pública das sociedades regidas pelo Estado de Direito.

Incutir estas premissas são de importante relevância à compreensão do objeto central de nossa tese - o Termo de Ajustamento de Gestão, que, em essência, busca nas fontes de direito privado sua sedimentação jurídica, inovadora na seara publicista preexistente. Daqui nasce o hibridismo de fontes que irão pavimentar nossos estudos na busca de linhas inaugurais por uma teoria de compromisso de ajustamento de gestão.

Deste modo, neste subtópico da tese, abordaremos três fundamentos acerca das fontes do Direito (objetivo e subjetivo), núcleo da nossa abordagem entre a regulação estatal (heterônoma) e autorregulação privada (homônoma), a saber:

- (i) Na primeira abordagem, traçaremos considerações acerca da evolução histórica das fontes de Direito (objetivo), especialmente na península hispânica, a fim de entendermos os porquês humanos e temporais (fontes prepositivas empíricas introdutórias), tudo como fatos jurídicos oriundos dos usos e costumes da própria sociedade (dimensão sociológica);
- (ii) Na segunda abordagem, discorreremos sobre a diferenciação das fontes de Direito objetivas e subjetivas, em especial sobre a força vinculativa da Constituição como fonte primária legislativa heterônoma do Estado, único fundamento permanente de produção

da norma jurídica, tudo como ato jurídico emanado dos órgãos competentes de produção de regras publicistas (dimensão normativa);

- (iii) Na terceira abordagem, falaremos dos elementos constitutivos da regulação estatal clássica (heterônoma) e autorregulação privada como mecanismo de autolimitação (homônoma) como valor de determinado grupo (dimensão axiológica), esta última utilizada como fonte de Direito (subjetivo), seus motivos determinantes na criação de “regras” *inter pars* (espaço próprio) e suas consequências atuais e de possível prospecção;
- (iv) Na quarta abordagem, traremos a regulação estatal, a autorregulação privada e a contratualização privatística (dimensão realística), enquanto espaços e fontes de Direito objetivo e subjetivo, cada qual, com sua abrangência, seus efeitos e formas de controle de constitucionalidade, numa visão jurisprudencial hodierna da Suprema Corte brasileira (STF);
- (v) Por fim, teceremos considerações conclusivas acerca da evolução das fontes do Direito (objetivo e subjetivo) e os pilares dos princípios da confiança, boa-fé objetiva e da segurança jurídica, ínsitos a um Estado de Direito como o nosso.

2.5.2. Dimensão sociológica: apontamentos teóricos e históricos sobre as fontes de direito

A subsistência das sociedades civilizatórias depende cada vez mais de regras definidoras do agir (ou não) de seus membros. Deste modo, a ideia de sociedade humana implica a submissão a um conjunto de regras, emanadas da autoridade legislativa competente, da qual se pressupõe o pilar do ideário de legitimação - garantidora da ordem público-privada.

Dentro desse contexto, entrecruzam-se e coexistem (quando muito não se chocam) regras religiosas, morais, éticas, de mera cortesia e, especialmente, quando erigidas ao grau de regras jurídicas. Longe de nos importarmos aqui sobre a diferenciação dentre elas, atentemo-nos às últimas (jurídicas), imponíveis mediante grau de relevância normativa e erigidas pela própria sociedade, que têm em face de seus destinatários um cumprimento imperativo-coativo (vinculativo), face à indispensabilidade para convivência civil de seus membros (*comunitaes*).

As normas religiosas, éticas, de cortesia, dentre outras, podem se tornar de sobrelevo tal, que passem a indicar obrigação de um membro da comunidade, de modo a ser erigida a um dever jurídico,

sob a pena de sanção pelo incumprimento, tornando-se, assim, regra de direito cogente. Edificarmos a ideia de regras de direito – enquanto regras jurídicas –, nos remete a exegese das chamadas fontes do Direito.

Por fontes do Direito – em sentido formal – entende-se pelos fatos relevantes em sociedade que levaram a criação das chamadas normas jurídicas, cuja revelação será o modo de manifestação “do seu querer”, atribuindo-se juridicidade a certas regras²²³.

Nesse sentir, o surgimento das regras jurídicas advém de vontade individual ou coletiva que se impõem sob a ameaça de coação (Direito objetivo) como num modelo ao futuro (atos de respostas em hipóteses fáticas), ou ainda, sobre a forma de tradição ou costume – repetição de conduta uniforme e perene modelada no passado (fatos pretéritos reiterados) – cuja observância em comunidade civil se torna obrigatória (direito consuetudinário)²²⁴.

É de se destacar, entretanto, que as regras jurídicas não constituem fenômenos físicos, nem fenômenos sociopsicológicos extraídos de consenso das consciências dos atores envolvidos. Pelo contrário, são fenômenos sociais cuja realidade reside na circunstância da sua própria comunicação, extraindo-se uma nova realidade – a jurídica - que não constitui parcela da realidade social, sequer reduzindo-se à mundividência do próprio jurista; exprime-se, pois, por uma construção social e não psíquica – resultado de comunicações agregadas à seletividade, visto que ganham existência própria num sistema social autônomo denominado sistema jurídico²²⁵.

Hodiernamente, em tempos de aceleração histórica, “o querer social” dotado de coatividade vem emanado por diversos órgãos especializados de produção normativa, sendo que, a cada movimento da sociedade, poderá acarretar alteração dos quadros jurídicos já existentes; aqui, é necessário chamar atenção para as fontes do Direito (objetivo) no cenário de produção plúrima, cuja ação humana e temporal é sempre “mola-mestra” dos estudos dos “porquês” do aparecimento da regra em si (natureza sociológica).

Numa pontual e estreita digressão histórica, a península hispânica foi palco de diversas migrações humanas, fazendo-se inaugurar as comunidades dos bascos, iberos, tartésios, pré-celtas e celtas. Com a chegada dos romanos, diante do cenário de variadas etnias, decorreu uma pulverização política, tendo Portugal (então terras da península hispânica) ganhado assento de diferentes povos (calaicos, lusitanos e célticos) de predominância de Estado-tribal – cujo Direito era o consuetudinário;

²²³ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes – História do Direito Português: Fontes do Direito. 5.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 22-23.

²²⁴ Ibidem.

²²⁵ TEUBNER, Gunther – O Direito como Sistema Autopoietico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 93-94.

passara então a ser influenciado pela romanização invasiva, inclusive no próprio *latim* como língua peninsular²²⁶.

Nas relações jurídicas outrora estabelecidas, surgiram as primeiras cidades indígenas “romanizadas” (estipendiárias, livres ou federadas), bem como às colônias e os municípios²²⁷. Nesses *locus*, seguindo os direitos de personalidade romano²²⁸, somente o cidadão romano gozava plenamente da proteção da ordem jurídica épica; já o estrangeiro, *prima facie*, estaria vinculado ao seu Direito natural. De tais anotações, podemos extrair uma travessia do Direito consuetudinário tribal para um Direito romanizado central, com assimilação de normas jurídicas à medida de progressão da própria civilização, com o advento de cidades e pessoas poderosas.

Mas na força invasiva do Império Romano, também residiam forças de povos bárbaros para além das fronteiras do império, impondo uma aliança de Roma com Vália, Rei dos Visigodos - bárbaros romanizados. Dessas várias incursões militarizadas dos Visigodos na península hispânica (revoluções épicas) em lutas com os Alanos (asiáticos), Vândalos (escandinavos) e Suevos (germanos), surgiram novos tratados (*foedus*) com Roma, vindo os Visigodos a se estabelecerem em Espanha, na cidade de Toledo, dominando posteriormente à Galícia, época em que se formou uma unidade submetida ao poder visigótico no plano político peninsular²²⁹.

Tal circunstância de domínio territorial influenciou as fontes do Direito na península hispânico-romana, passando do *modus* consuetudinário ao fluxo civilizatório das leis. Em meados de 476 d.C., surge a primeira obra de codificação de âmbito geral, o Código do Rei Eurico, composto por 350 capítulos do que se denominou “Direito romano vulgar”, cuja formação se deu por juristas de formação romana, numa mistura de Direito romano e visigodo, iniciando-se a era das codificações legais²³⁰ na península hispânica até chegarmos a um Código Visigótico²³¹.

Justamente neste cenário de fonte “oficial” do Direito uniforme (positivo) e codificado visigodo escrito, resistiram às relações consuetudinárias germânicas (godos)²³², desenvolvendo-se daí a revolução de expansão mulçumana, a Reconquista dos Estados Cristãos e a fundação/concessão da terra

²²⁶ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes – História do Direito Português, Fontes do Direito. 5.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 55-60.

²²⁷ *Civitates stipendiariae, Civitates liberae et civitates foederatae*. Nas primeiras, embora gozando de autonomia, podiam vê-la modificada pela intervenção do governador da província, com concessão de facilidades de caráter militar e pagamento de tributos sobre o território provincial. Nas segundas, a autonomia advinha por ato unilateral de Roma, sem turbação do governador da província, apesar de deverem tributo ou não (*civitates liberae et imunes*) a Roma. Nas terceiras, havia a autonomia por tratado celebrado com Roma, restando isentas de tributos. As colônias eram idealizadas à imagem de Roma, sendo deferido títulos de cidadania. Já os municípios eram resultado da transformação de cidades indígenas, compostos por romanos e não romanos (latinos). In GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa – História do Direito Português: Fontes do Direito. 5.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 65-66.

²²⁸ No âmbito privado, ao cidadão era conferido o *ius connubii* (direito de casamento) e *ius commercii* (negócios jurídicos patrimoniais). No âmbito público, o *ius suffragii* (direito de votar nos comícios) e o *ius bonorum* (ser escolhido às magistraturas de Roma). *Ibidem*.

²²⁹ SARDINHA, Carlos – Entre germanismo e romantismo: alta-traição e lesa-majestade no quadro dos problemas do Direito visigótico primitivo. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, pp. 77-78.

²³⁰ Breviário de Alarico (506 d.C.), Código Teodosiano, Código Gregoriano, Código Hermogeniano, *Codex Revisus* (572 d.C.), dentre outros.

²³¹ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes – História do Direito Português, Fontes do Direito, 5ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 76-77.

²³² *Ibidem*, pp. 106-107.

portugalense a D. Henrique (Condado Portugalense); nesse estado de guerras seculares pela fixação de territórios e poderes reinados, o predomínio da fonte do Direito se deu pela forma consuetudinária, sem prejuízo do direito positivo, materializados nos *codex* então vigentes, caracterizando-se, desde muito, o hibridismo de fontes do Direito.

Registra-se ainda, a retomada do direito positivo na visão codificada com maior expressão em 1017 d.C., com as Leis da Cúria de Leão e do Concílio de Coiança, Leis Gerais dos Monarcas Portugueses e as Concórdias e Concordatas, estas últimas fontes do Direito Canônico²³³, a desaguar na influência do Direito comum (romano) com destaque aos ideais iluministas e liberais individualistas, tudo isto, sucessivamente, entre os séculos XIII ao XVIII.

Por fim, sob o ponto de vista histórico da fonte de Direito de inauguração regulatória portuguesa híbrida, chamamos atenção às corporações de ofícios que surgiram em Portugal apenas no final do século XV, sobretudo no século XVI, em destaque a organização dos mesteres no Porto (autorregulação privada), que em conjunto com as autoridades concelhias (regulação estatal) exerceram formas de controle sobre a organização do trabalho e produção, por vezes de forma unilateral, complementar ou em oposição²³⁴. Nessa época, os mesteres mais importantes organizavam-se em termos pré-definidos entre si, em estrita dependência das autoridades municipais, onde o Concelho tinha necessidade frequente de intervir em questões entre mestereiros, muitas vezes a pedido deles, com a regulação das relações jurídicas, mas também com preços, pesos, medidas, quantidades e qualidades dos produtos, sendo nesta época o grau de autonomia das corporações de ofício superior aos tempos de regulação estatal mais rígida²³⁵.

Assim, temos que nestes meandros de fontes de Direito positivo e consuetudinário surgiram as Constituições dos Estados de domínio territorial e político das variadas nações revolucionárias emergentes. O ramo do direito publicista, desde muito, ainda que detentor de poder de potestade imperialista, já se utilizava do direito privado para promoção de regulações de natureza estadualista.

Desse modo, as cartas magnas da época fundaram o ideal de única fonte superior de emanção do direito objetivo, entendido como prescrição abstrata de caráter geral, dotada de perenidade e de força vinculativa ao sistema normativo-jurídico de construção escalonada (*kelsoniano*), mas, hodiernamente horizontalizado pela inauguração de plúrimas fontes de Direito multifacetado (público-privado).

²³³ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes. Op. cit. pp. 176-180.

²³⁴ MELO, Arnaldo Sousa – A Organização dos mesteres do Porto em tempos manuelinos: entre permanências e mudanças. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Marques. Vol. I. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2006, pp. 369-390.

²³⁵ Idem, p. 375.

Aliás, como referido no introito, um dos grandes desafios do Direito Público moderno é o concurso de fontes, por vezes erigidas erroneamente ao *status* de fonte de direito objetivo (normas públicas abstratas de carácter geral), cujo monopólio na produção de regras jurídicas é deferido constitucionalmente ao Poder Legislativo, dentre outros normadores poderes estatais preexistentes.

Neste particular, traremos adiante a teórica da dimensão normativa, visando consagrar o conjunto de regras que podem (ou não) ser enquadradas no conceito clássico de norma jurídica.

2.5.3. Dimensão normativa: a dicotomia entre fontes de direito na elaboração de regras jurídicas e contratuais

A admissão da coexistência de regras privatísticas (homônomas) – de carácter autónomo e complementar – concorrentes e comuns às regras publicistas (heterônomas), com redistribuição do poder político de forma difusa, num novo modelo de hierarquia social e participação popular, desafia algumas questões, a saber:

- (i) Qual é o tronco vinculativo-imperativo comum de ambas?
- (ii) Ambas possuem voluntariedade adesiva?
- (iii) A que ramo do Direito este tronco comum pertence?
- (iv) A quem compete erigir normas jurídicas formais e materiais nos Estados de Direito?
- (v) Qual a legitimação de um grupo privado (dotado de poder económico) na criação de regras a si próprio aplicáveis?
- (vi) Qual a impessoalidade das regras profissionais e de mercado elaboradas pelos próprios destinatários, ainda que secundariamente objetivem interesses públicos relevantes (difusos, individuais homogêneos ou coletivos)?
- (vii) Quais os efeitos das “regras” que traçam limitações homônomas (privadas) para a sociedade em geral e o Estado?

Numa visão holística, a velocidade do atual contexto globalizado pôs em xeque o acompanhamento do Direito estadualista em flagrante descompasso à realidade das relações jurídicas, fazendo com que o particular promovesse, progressivamente, de modo flexível e eficaz para si, um regime próprio, que não pode ser confundido a uma nova fonte de direito objetivo, mas tão somente um novo sistema de fonte de Direito homônoma ou heterônoma privada (contratualizada), que não têm o condão

de substituir as lacunas legais de normas jurídicas, disciplinando, tão somente, as relações próprias de determinadas pessoas ou grupo (econômico-profissional).

A justificativa de morosidade e ausência de permeabilidade regulatória estatal, agravada pelas lacunas legislativas, não pode surgir de mote a tese de surgimento de uma nova “fonte de Direito objetivo”, quer pela natureza aplicável tão somente ao voluntarismo dos “contratantes”, quer pela produção de efeitos *inter pars*, que se caracterizam para si como fonte de Direito subjetivo, diverso da noção de Direito Público (princípio da legalidade), de natureza cogente, aplicação geral e abstrata, de efeitos *erga omnes*, coercitiva e gravada de sanção pelo incumprimento.

Contudo, na visão de LAURENCE BOY²³⁶, contrariamente à “crença” popular, a legalidade não é sinônima da existência de regras gerais pré-estabelecidas. Muitos sistemas jurídicos funcionam em casuística. Se a normatividade não é a essência da legalidade, por outro lado, a norma parece ser o elemento básico dos sistemas jurídicos em sociedades que atingiram certo estágio de evolução e, em particular, a contemporaneidade. A forma normativa de legalidade (regras gerais e impessoais) triunfou com o direito liberal de que a lei é a expressão da vontade geral, na qual a normatividade adveio do reino da abstração.

A abstração permite que ele subtraia o arranjo de relações jurídicas entre indivíduos concretos à realidade de sua situação e a sua desigualdade real. O Direito é para temas abstratos por assuntos e por pertencer ao domínio do necessário; a norma jurídica é essencialmente um modelo ideal, isto é, um instrumento de medição, de referência que permite apreciar, em cada situação, o que acontecerá se as condições de aplicação da regra forem atendidas.

Se as normas legais não diferem fundamentalmente das outras, as normas de fato, para o jurista, (moralidade, religião, boas maneiras) distinguem-se pela sua particular forma de validade, isto é, representam regras de mera conduta ou comportamento.

Notamos que a ideia ancorada na mitologia moderna da unicidade de Direito estatal a que damos ênfase, passou a ser contestada no limiar do século XVIII (corporações de ofício medievais), atingindo o século XXI com o surgimento de novos centros de regulação de caráter não oficial que gozaram de notoriedade e relevância social em multiníveis infraestatais e supranacionais. Aliou-se ainda a questão do “ressurgimento da sociedade civil” impulsionada pela tecnologia e difusão digital²³⁷, ao criarem seus espaços próprios de regulação homônoma (eventualmente heterônoma adesiva), não niveladas a natureza jurídica de emanção de regras públicas estadualistas por força da Constituição.

²³⁶ BOY, Laurence, Normes [em linha]. [16.12.2017]. Disponível em <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/boy1.htm>.

²³⁷ SILVA, Bruno Boquimpani - Autorregulação e direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, V 6, N 21 (2012), pp.157-180.

JOAQUIM ROCHA²³⁸ aduz que uma norma jurídica para ser assim considerada – independente de axiomas e valores pré-existentes – basta ser produzida por órgão competente, de acordo com a forma e procedimentos previstos na Constituição. Deste modo, o Direito poderá regular ou disciplinar em abstrato todas as condutas humanas que não são nem necessárias, nem impossíveis, sendo única fonte das normas jurídicas propriamente ditas.

Assim, queda-se a justificativa retórica de consecução de objetivos comuns ao Estado, tidos como de interesses coletivos elencados tanto nas Constituições, quanto nas leis, a fim de fundamentar a existência de uma fonte de Direito privado (autorregulação privatística), aproximando-se mais da própria vinculação ao regime público fundamentalista-constitucional, a exigir um diálogo de observância obrigatória no momento de edição de seus “autorregulamentos” e contratos privados, do que admitir uma “nova fonte” autônoma e concorrente do direito publicista.

A criação de diferentes mecanismos de regras privadas sob o título de instrumento de produção de “regulamentos”, deve se ater a seu espaço próprio obrigacional: restrição ao privado aderido. O incremento de subsistemas autorregulatórios privados por atores nacionais e supranacionais, com o fito de regular o mercado, ainda que tendencialmente tenham escopo de objetivos convergentes à autorregulação estatal, com ela não concorrem, visto que o efeito vinculante do comando publicista não poderá ser impingido ao voluntarismo privado, senão por influxo da lei de caráter estadualista.

A criação da teoria do declínio monolítico do Estado na criação de regras interessa exclusivamente ao espaço privado não estatal, e não público estatal²³⁹, como querem fazer crer. A tentativa de corrigir as falhas no funcionamento do espaço privado sob o discurso – parcial – de atendimento de objetivos comuns (interesses comuns), torna-se falacioso, conquanto seu objetivo principal seja ditar regras ao mercado econômico e de capital (agentes econômicos) ou profissional (categorizado), subsidiariamente à proteção dos consumidores e usuários do serviço.

Isso não importa afirmar que a técnica híbrida de formação do Direito deva ser abandonada. Os espaços privados lacunosos de regras publicistas regulatórias existem por força da própria teoria da autonomia da vontade, que nunca poderá regular fatos jurídicos ilícitos ou defesos em lei sob pena de nulidade, justamente por submeter-se às regras de direito publicista.

A multiplicidade dos autores de regras objetivas (jurídicas) e subjetivas (contratadas) fez com a *hard law* (regra jurídica) cedesse espaço à *soft law*, compreendida em instrumentos “quase legais” que,

²³⁸ ROCHA, Joaquim Freitas – Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos: Esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 1-86, p. 64.

²³⁹ SILVA, Bruno Boquimpani - Autorregulação e direitos fundamentais. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, V 6, N 21 (2012), pp.157-180.

a princípio, não possuem caráter vinculativo, tornando-se sua permeabilidade de aplicação “mais fraca” em comparação a imperatividade das leis editadas pelo Parlamento (*hard law*)²⁴⁰.

Assim, não há que se falar em concorrência de fontes de Direito público e privado na produção de normas jurídicas, visto que nos Estados de Direito, elencadas como parcela do poder estatal, as regras jurídicas propriamente ditas estão subsumidas ao monopólio do Parlamento por força de suas Constituições, sem prejuízo da existência de outros atores constitucionais normadores.

Na visão de REQUEJO PAGÉS,²⁴¹ o ordenamento jurídico gerado ao redor da Constituição – enquanto sistema jurídico nuclear – recebe desta - em todas as hipóteses - a qualidade de conjunto normativo aplicável, e em alguma de suas partes, a condição de conjunto normativo. Assim, a Constituição se apresenta como norma que, junto à função de fundamentar a validade de outras normas, exerce também a articulação de aplicação de normas válidas, representando – verdadeiramente - a determinação de sua condição de norma fundamental de um ordenamento jurídico.

Deste modo, sob uma perspectiva mais positivista, o Estado não é senão a personificação de um ordenamento causado em sua existência por uma norma fundamental, que por ser causa – só e exclusiva – não causada, é expressão de um poder soberano²⁴².

A participação popular direta não está alijada do processo legislativo de quaisquer normas jurídicas, sem deixar de olvidarmos a representação indireta por meio dos mandatários legitimamente eleitos. A ideia de legislação negociada, na qual os destinatários da norma não são considerados estranhos e espectadores passivos de comandos legais, com a possibilidade de escolhas de programas de governo e participação direta, na qualidade de coautores da tomada de decisão política, é uma realidade fático-jurídica²⁴³.

A formulação de normas extralegais de autorregulação sempre deverá obediência à ordem jurídica comum das sociedades, sob pena de submeter-se à sanção da invalidação, conquanto dispuserem de elementos materiais defesos à luz das regras de Direito público (Direito objetivo), às quais se subordinam e lhe são interdependentes.

Eventual lacuna legislativa pública – frise-se momentânea – nunca terá o condão de legitimar a norma privada em caráter suplementar publicista, com efeitos abstratos e vinculantes aos membros de toda sociedade. Tanto que, se erigida ao nível de norma jurídica (objetiva) por incorporação ao

²⁴⁰ MÖRTH, Ulrika - Soft Law and New Modens EU Governance: A Democratic Problem? [em linha]. Stockholm University, 2005. [05.01.2018]. Disponível em http://www.mzes.uni-mannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/research%20groups/6/Papers_Soft%20Mode/Moerth.pdf.

²⁴¹ REQUEJO PAGÉS, Juan Luís – Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento, La Constitución como norma sobre la aplicación de normas. Madrid: McGraw-Hill, 1995, pp. 3-4.

²⁴² Idem, p. 6.

²⁴³ Participação da sociedade e segmentos da sociedade civil organizada em audiências públicas, orçamento-participativo, direito de petição, ouvidorias, controle social, lei de iniciativa popular, dentre outros.

ordenamento legal – por meio do devido processo legislativo-normativo –, legitima-a e consolida-a com certeza de segurança jurídica e perenidade; contudo, se confrontada com ordenamento legal superveniente, será expurgada pela sanção do ilícito ou ato-fato defeso em lei.

A utilização de elementos de “fuga” para o Direito privado, sob a justificativa do Direito público ser óbice ao avanço de políticas públicas, pode vir travestida de interesses não comunitários, agravados quando versarem sobre direito de natureza econômica ou interesses públicos relevantes, onde o cidadão é parte hipossuficiente aos grupos capitalistas (privatísticos), onde as soluções heterônomas (normativas) são mais dotadas de impessoalidade e proteção da confiança das relações jurídicas havidas.

Pelo princípio da proteção da confiança, JOAQUIM FREITAS DA ROCHA²⁴⁴ define como “um dos invólucros jurídicos que o ordenamento jurídico dispensa os valores da estabilidade, da segurança e confiança”, merecedores de reconhecimento indubitável e de proteção acrescida, erigidos à categoria de bens jurídicos fundamentais – “cânonos orientadores que devem enformar os actos dos poderes públicos”.

Assim, descreve a não permissão de alterações jurídicas – sob o prisma da razoabilidade – de desequilíbrios desproporcionais, revelando uma “dimensão conservadora” impeditiva de ação estatal imprevista, quiçá aplicável aos privados em sede de autorregulação.

Não se quer aqui criar um estado de coisas burocratizado e baseado na lei *stricto sensu*. Explico: a lei em sentido estrito, decorrente do processo legislativo formal e emanado de órgão competente previsto na Constituição, deixou de ser o exclusivo fundamento de atuar dos poderes estatais, tendo o conteúdo de legalidade transcendido à circunscrição estreita da constituição das normas jurídicas erigidas, passando a figurar uma ação (na prescrição do dever-ser) do agente público.

Deste modo, constitui-se fundamento de garantia das liberdades públicas, ao tempo que surge como norma-programa e de diretiva da ação estatal, estabelecendo critérios materiais, principiológicos, limitativos e de objetivos, transferindo a outros poderes a decisão regulamentar; deste modo, deverão criar regras gerais (normativo-regulamentares) ou aplicá-las no caso concreto à espécie²⁴⁵.

O Estado é responsável pela regulação da conduta daqueles em que deve intervir em matéria de interesse coletivo. Por essa razão decidirá se aumenta ou diminui a intervenção como resposta atuarial necessária, conforme os critérios publicistas de aplicação da regulação. As lacunas existentes não geram “direito” aos próprios destinatários da intervenção em criar regras gerais suplementares à atividade estatal, mas tão somente soluções voluntárias, pactuadas, consensuais, na criação de regras contratuais

²⁴⁴ ROCHA, Joaquim Freitas – Direito pós-moderno, patologias normativas e protecção da confiança. Porto. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2010.

²⁴⁵ SANCHES MORÓN, Miguel – Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Technos, 1994, p. 34.

de efeitos *inter pars*. Essa compreensão é de sua importância ao fundamento de nossa tese de ajustamento de gestão às exigências legais.

Em sendo a autorregulação privada estimulada por meios e poderes, como exemplo de eficiência para o bom funcionamento do mercado, que se preserve seu *status quo* até quando o Estado achar necessário/conveniente intervir, o que de certo nada tem a ver com a elevação de regras contratuais privadas ao grau de normas jurídicas por equiparação ou concorrência, sob de pena de mitigação defesa da Constituição, do monopólio estatal legislativo deferido ao Parlamento ou a outros poderes públicos (em segundo plano normativo).

Sem prejuízo, nada obsta impingir a ideia do conceito funcional da norma jurídica às regras privadas, sobretudo para fins de controle de validade em âmbito constitucional, que veremos mais adiante.

2.5.4. Dimensão axiológica: caracteres da regulação estatal e da autorregulação privada

2.5.4.1. Elementos constitutivos da regulação estatal

O Estado moderno foi influenciado em sua fundação por marcas liberalistas tanto na política, como na economia, onde deveria manter-se afastado das atividades econômicas e sociais (Estado mínimo do *laissez-faire* – século XVIII), posto que o equilíbrio da atividade estatal e as imperfeições do mercado seriam alcançados por uma espécie de “*invisible hand*”, metáfora criada por Adam Smith no século XVIII, onde o mercado regulava-se por si próprio a ampla concorrência perfeita²⁴⁶.

Arraigada nas vicissitudes dos valores morais e éticos da boa-fé e da confiança, a lógica da “mão invisível” mercantilista não passou sob o crivo do “homem capitalista” do século XX, que visava o lucro “a qualquer custo” ainda mediante desvantagem e desgraça alheias, fadando-se no fracasso moral do máximo autobenefício egoístico.

Após as guerras mundiais, a ideia abstencionista de atuação estatal quedou-se, visando garantir o funcionamento da economia em busca da prosperidade da ordem econômica, restando imprescindível à dignidade social. Iniciou-se assim, um movimento de regulação estatal para atingimento de objetivos

²⁴⁶ PERSKY, Joseph, Retrospectives: Adam Smith's Invisible Hands [em linha]. *Journal of Economic Perspectives*. V 3, N 4, (1989), pp. 195-201. [03.01.2018]. Disponível em http://www.researchgate.net/publication/4725853_Adam_Smith%27s_Invisible_Hands.

constitucionais socioeconômicos, mais acentuados na prestação direta de serviços públicos e em face dos particulares que exerciam competências delegadas em matéria de bens e serviços públicos.

Nestas lições de MARQUES NETO, o forte período intervencionista do Estado na economia iniciou-se com o seu próprio envolvimento (máquina pública) na produção de bens e serviços necessários à fruição pelos indivíduos, com regulação precária e casuística, confundindo-se em certa medida com os próprios poderes de polícia em face de existência de uma autorregulação estatal, com regras públicas aplicáveis a si próprio²⁴⁷.

Sem prejuízo, no contexto épico relatado, havia também a regulação das atividades privadas, emergindo desde o instante em que o particular passou a atuar em nome do Estado na prestação de serviços e bens públicos (descentralização, desconcentração, concessão, permissão ou autorização)²⁴⁸, sempre como instrumento de regulação do poder econômico das empresas privadas, num “jogo de forças” em que, ou o Estado restaria subjugado pelo poder econômico (capital) dos particulares, ou lhes impunha o poder de potestade (império) na fixação de preços, fiscalização e combate aos cartéis.

A regulação estatal inaugural experimentada no Brasil tinha por concepção aquela realizada pelo próprio ente estatal fornecedor do bem e do serviço, e se propunha a planejar, coordenar, fiscalizar e controlar a atividade por ele próprio exercida (direta ou indiretamente), numa perspectiva muito mais operativa própria, do que na busca de realização de objetivos constitucionais coletivos²⁴⁹.

Deste modo, não se viam movimentos regulatórios de preservação de *expertise* do bem ou serviço público prestado, nem tampouco a predeterminação de riscos deficitários na prestação, sendo suportados economicamente pelo próprio ente estatal em momentos de incongruências do sistema, quando pior, repassados aos usuários em “virtude” da própria ineficiência do agir, fato ainda experimentado nos dias hoje que podem servir de mote ao objeto de compromisso de reajustamento de gestão.

De igual sorte, a carga política na regulação estatal própria, retirava a legitimação do instituto conquanto regulatório do mercado, havendo flagrante desvio de finalidade e ausência de previsibilidade de situações e diretrizes políticas volvidas à racionalidade mercantilista.

²⁴⁷ NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques – A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 76.

²⁴⁸ Diogo de Figueiredo Moreira Neto identifica a ideia mais antiga de função regulatória no século XVIII, no eclodir da Revolução Industrial. Regulação referia-se a uma bola de ferro que atuava com uma peça nas primeiras máquinas a vapor, responsável pelo controle do equilíbrio da pressão pelo aquecimento, a evitar que as máquinas explodissem. Assim a regulação estava ligada a ideia de equilíbrio. Já no século seguinte, já no campo da Biologia, servia para designar a função que mantém o balanço viral dos seres vivos. Nas Ciências Sociais foi descrita na Teoria Geral dos Sistemas, como função que preserva o equilíbrio de um modelo que interage com fenômenos complexos. In NETO, Diogo de Figueiredo Moreira – Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 63-68.

²⁴⁹ NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques – A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. Direito Administrativo Econômico: São Paulo: Malheiros, 2000, p. 77.

Deste cenário ruim extraiu-se a solução de criação de atividades reguladoras independentes (agências reguladoras) na busca de uma especialização dos diversos setores e segmentos regulados, aliando-se à direção política de diretrizes interventivas à direção técnica, cujo objeto escapa da nossa perscrutação acadêmica aqui esposada por questões de mérito tecnicista, mas que se refere ao protagonismo de diferenciação e de especialização orgânica e funcional do Estado e da Administração Pública²⁵⁰.

Importante delimitarmos neste contexto, a concepção de regulação estatal nos ensinamentos de VITAL MOREIRA²⁵¹, debruçado nos ensinamentos de HANS D. JARASS, quais sejam, três linhas mestras, a saber:

- (i) em sentido amplo, é a forma de intervenção do Estado na economia, independente de seus meios e fins;
- (ii) em sentido reduzido, é a intervenção estatal na economia por outras formas não participativas diretas da atividade econômica, atendo-se ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade privada; e,
- (iii) em sentido estrito, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada, por lei ou outro instrumento normativo dela decorrente.

Nesse diapasão, MARQUES NETO²⁵² dispõe que a regulação compreende toda atividade estatal que verse sobre o domínio econômico e que não envolva a assunção direta da exploração econômica (em sentido amplo), excetuando-se a participação direta do Estado no serviço público e na atividade econômica (em sentido estrito).

Dos caracteres essenciais da atual regulação estatal, verificamos a interferência pública intencional endógena (autorregulação estatal) ou exógena (heterorregulação estatal), em conduta premeditada, deliberada ou realizada a um propósito econômico, por órgão, poder ou agente público (sujeito) dotado de competência (constitucional) para indicação, indução ou imposição de abstenção (ou não) e modificação do dever de agir, conforme diretriz regulatória predeterminada, podendo atingir não só o privado, mas ente ou órgão público ensimesmado.

²⁵⁰ MOREIRA, Vital – Auto-Regulação Profissional e Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1997, p. 46.

²⁵¹ Ibidem, p.35.

²⁵² NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques – Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, N 4, pp. 1-21 (2005). [19.12.2017]. Disponível em: http://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-4-novembro-2005-floriano_azevedo.pdf.

A inobservância gerará dever de correção da conduta, sem prejuízo da sanção pelo inadimplemento, elemento sancionatório pelo incumprimento da norma jurídica, passível de ajustamento de gestão às exigências legais, inclusive pelos órgãos de controle.

PEDRO GONÇALVES²⁵³ entende a regulação como atividade pública de execução da função ou atividade administrativa, em virtude da atribuição de gestão da coisa pública, desempenhada pelos diversos sujeitos e atores públicos que se utilizam de bens públicos para fazer face às atividades administrativas constitucionalmente confiadas – tomadas de decisões executivo-normativas.

Na identificação de outro caractere essencial da regulação estatal, vislumbramos a presença da norma jurídica, comando imperativo emanado do exercício de atividade de monopólio pelo Estado, por meio de seus Parlamentos, seja na atividade constituinte originária ou derivada, ou ainda em virtude de leis e regulamentos publicistas, volvidos sempre ao cumprimento interesses públicos de natureza econômica.

Diversas são as formas de regulação estatal descritas em VITAL MOREIRA²⁵⁴, esclarecendo-se que a expressão genérica se quer significar toda regulação de que é titular não somente o Estado propriamente dito, mas também as entidades territoriais infraestaduais (regiões autônomas, Estados-membros, Municípios, entidades ou organizações supraestaduais ou internacionais). Traz ainda, um possível decréscimo da soberania regulatória dos Estados nacionais, em favor da “soberania” das empresas multinacionais e das faculdades regulatórias das agências internacionais e organizações de integração econômica interestadual, colacionando o princípio da subsidiariedade no âmbito da União Europeia com vistas a demarcar e preservar a esfera de regulação desta.

Esquematizando-as, temos a apresentação das escalas de instâncias regulatórias estatais em:

- (i) O Governo, por meio da sua Administração Direta (Ministérios e Departamentos governamentais em áreas econômicas);
- (ii) Organismos reguladores relativamente dependentes; e,
- (iii) Organismos reguladores independentes.

Nas duas últimas hipóteses, estamos diante de modalidades de organismos reguladores, criados especialmente para fins regulatórios e limitados a certa área de setor econômico (comunicações, transportes, eletricidade, água, etc.), ou ainda determinada política regulatória (ambiente, concorrência, defesa consumerista, saúde, vigilância sanitária, etc.), variando-se em grau de independência do governo,

²⁵³ GONÇALVES, Pedro – Direito administrativo da regulação. In Miranda, Jorge (coord.) - Estudos em Homenagem do Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu nascimento. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 535-573.

²⁵⁴ MOREIRA, Vital – Auto-Regulação Profissional e Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 45-47.

quer seja orgânica (composição e nomeação de seus dirigentes), quer seja funcional (na condução das atividades diretivas e instruções).

Sem prejuízo, os problemas burocráticos estatais apontados como fonte de ineficiência técnica e de contingência das relações mercantis, aliados ao surgimento de uma sociedade tecnológica velocista nunca experimentada antes, fizeram surgir novas formas de autorregulação privada, que passaram agir nas lacunas regulatórias não preenchidas pelo Poder Legislativo (velhos problemas, possíveis de novas soluções).

Do sucesso da rapidez e eficiência das neófitas técnicas de autorregulação do mercado privado, fez-se nascer uma teoria de nova fonte de Direito de natureza homônoma (*“mini-systems of collective government”*)²⁵⁵, cuja vertente veremos a seguir.

2.5.4.2. Elementos constitutivos da autorregulação privada

No “descrédito” da regulação estatal perante os próprios destinatários, por vez “intrusiva” nas condutas mercantis encetadas, estimulou-se a autorregulação privada como mecanismo institucional de multiplicação de autolimitação das atividades encetadas pelo próprio particular, inclusive no âmbito supranacional por organismos internacionais.

Sob o prisma de “inquietude social” para soluções rápidas e eficazes de problemas antigos, visando uma ambiência de confiabilidade e credibilidade de bens e serviços de interesse público relevante, objetivou-se o aprimoramento da atividade econômica como elemento útil ao processo econômico no todo, desde que respeitados o direito dos usuários e a lealdade das competições, com rápida solução de controvérsias entre os competidores.

A União Europeia detém vários instrumentos de fomento e apoio à autorregulação privada sob mesma ótica de desenvolvimento do processo econômico e da atividade exercida por seus atores²⁵⁶. Já no âmbito do Mercosul, o estímulo à autorregulação privada e seus mecanismos não aparece, exceto no documento denominado “Projeto Mercosul Digital”²⁵⁷ cujos objetivos e escopos consistem na criação de

²⁵⁵ BLACK, Julia – Constitutionalising self-regulation: The Modern Law Review. [s.i.] London, V 59, N 1 (1996), pp. 24-55. [16.12.2017]. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1996.tb02064.x/pdf>.

²⁵⁶ Resolução do Conselho da Europa, de 18 de fevereiro de 1972 (Dispõe sobre proteção consumerista). Diretiva da 84/450/CE (Dispõe sobre publicidade enganosa). Recomendação 98/257/CE da Comissão Europeia, de 30 de março de 1998 (Dispõe sobre princípios de observância obrigatória por órgãos extrajudiciais de solução dos litígios). Diretiva 2000/31/CE (Dispõe sobre o Comércio Eletrônico). Diretiva 2005/29/CE (Dispõe sobre práticas comerciais desleais). Diretiva 2007/65/CE (Dispõe sobre serviços de comunicação audiovisuais), tendo o Art. 11.1, item III, disposto sobre a transposição da Diretiva pelos Tribunais e organismos próprios, sob imposição de oitiva prévia aos sistemas autorregulatórios.

²⁵⁷ Disponível em <http://www.brasil.gov.br/ciencia-e-tecnologia/2013/10/mercosul-digital-divulga-resultados-com-foco-em-comercio-eletronico>. [23.12.2017].

ecossistemas frágeis entre fornecedores e consumidores, permitindo-se um comércio eletrônico útil e transfronteiriço entre os países membros do bloco mercantil.

No conceito de autorregulação privada podemos definir que é conjunto de regras de conduta próprias, elaboradoras, contratualizadas e aplicadas pelo próprio agente privado criador, por meio de entidade ou ente em que se organiza, pautada no direito obrigacional de outros particulares sob manto da *pacta sunt servanda*, imponível mutuamente mediante adesão voluntária (teoria da autonomia vontade).

Assim, pode-se afirmar que a autorregulação privada é um conjunto de regras de conduta impostas por uma entidade organizada e administrada pelos próprios agentes regulados (destinatários), por meio de instrumentos e regulamentos aprovados por si próprios²⁵⁸.

MARQUES NETO²⁵⁹ define a autorregulação privada como instrumento de regulação fundada na adesão e prescrição consensual de normas e padrões de atuação por agentes econômicos particulares, com finalidade de preservar as condições ideais de exploração de dada atividade econômica, sujeitas aos mecanismos de incentivo, sanções premiais, censuras comportamentais e de exclusão associativa, emanada de interesse comum de atores de um mesmo subsistema econômico, volvida à preservação de condições de exploração econômica, do sistema como um todo e com vedação de interferências externas, seja de origem estatal ou não.

Assim, prescreve que a autorregulação privada tem caráter quase exclusivamente de regulação econômica, afastando-se a hipótese de regulação social como objetivo principal, por vezes nula ou residual, sem capacidade de coibir externalidades ou para servir de supedâneo de implementação de políticas públicas²⁶⁰.

Tomemos ainda por base, o arranjo especial de desenvolvimento eficaz das atividades regulatórias, no conceito de SOFIA ALBRECHT²⁶¹ que define autorregulação como “regulação privada”, num conjunto de medidas de normalização, qualificação, monitoramento, aconselhamento, arbitragem, por meio de uma atividade particular com ou sem fins lucrativos, influenciando e controlando de forma não coercitiva determinados comportamentos de agentes econômicos, considerando valores axiológicos próprios predefinidos ou redefinidos.

²⁵⁸ SANTANNA, Luciano Portal – Autorregulação supervisionada pelo Estado: desenvolvimento de um sistema de correção para o mercado de corretagem de seguros, resseguros, capitalização e previdência complementar aberta. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, V 257 (2011), pp. 183-211. [19.12.2017]. Disponível para download em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8591/7327>.

²⁵⁹ NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques - Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, V 9, N 33 (2011), pp. 79-94.

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ ALBRECHT, Sofia Mentz - A auto-regulação: exemplos internacionais. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.) - Direito Regulatório: temas polêmicos. 2.ª ed. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 624.

Aqui podemos extrair a ideia de que autorregulação privada como documentos escritos que prescrevem normas de conduta e padrões de comportamento criados por entes estatais ou não, produtores de regras jurídicas conquanto fonte de Direito objetivo/subjetivo restrito a seus subscritores/signatários.

Como fizemos na regulação estatal, identificamos caracteres essenciais da autorregulação privada, como o estabelecimento de padrões de comportamento moral e de consciência pessoal (dimensão axiológica) ao impor formas de agir no mercado e na governança, na busca de uma boa convivência entre os participantes, dotando-os de previsibilidade técnica e segurança jurídica em suas relações interpessoais, tudo decorrente – sempre - de adesão consensualizada.

Temos questão pontual, para não admitirmos a autorregulação privada como mecanismo de produção de normas jurídicas. A uma, pois a autolimitação privatística não pode substituir ou invalidar as normas jurídicas preexistentes. A duas, pois o princípio da legalidade constitui norma deontológica inderrogável, único fundamento da formação de regras gerais e abstratas, na qualidade de mandamento normativo em respeito ao ordenamento jurídico. A três, por se tratar de regras de conduta *extra legem*, de adesão voluntária, de caráter complementar e submissas ao tronco comum do Direito Constitucional (público). A quatro, pois ao prescrever comando normativo, são refundantes da norma jurídica preexistente, retirando-se-lhe autenticidade, isto é, representa conjunto de recompilação das normas jurídicas. A cinco, pois não são dotadas de soberania estatal e legitimidade democrática em seu processo de formação, visto que erigidas por um “gueto” de interesse econômico, volvido a seu próprio interesse privado a serviço do lucro. A seis, pois dotadas de pessoalidade, sendo elaboradas e aplicadas a si próprios no interesse particular, restando o interesse público relevante de forma residual ou nulo. A sete, pois dotadas de espírito de corpo em padrões de comportamento de dado grupo econômico e/ou profissional, em que a fiabilidade dos interesses coletivos dos cidadãos resta impermeável como mecanismo de autoproteção, dotando-se de código de conduta próprio, nem sempre universalizado.

Por todas estas razões, podemos refutar a existência de uma nova fonte de Direito objetivo, dotada de generalidade e aplicável em concorrência ou equivalência às normas jurídicas constitucionalizadas e preexistentes, contra todos oponível. Repisamos que, na lacuna da regulação estatal, a norma privatística criada será atemporal sob condição resolutiva, enquanto não sobrevierem normas jurídicas que as confrontem ou torne-as inválidas ou nulas, tudo por comportamento ou conduta supervenientemente defesa – sob o prisma formal ou material.

Com isso, não deixamos de reconhecer o sobrelevo da autorregulação privada na “era paraestatal” de relações jurídicas contratualizadas. Pelo contrário, a complementariedade útil e

qualificada (tecnicamente) ao processo de mercado como todo, sobressai em elementos reconhecidos de eficácia, eficiência, flexibilidade e economicidade, servindo de método indutivo ao axioma de responsabilidade social da atividade mercantil ou profissional.

Nesse sentir, LUIZ CALADO²⁶² descreve as vantagens de uma entidade autorreguladora com adesão de partícipes do mercado, mais próxima das realidades fáticas que pretende regular, dotando-a de maior sensibilidade e destreza na “regulamentação” de temas afetos ao tecnicismo empregado, favorecendo políticas de custos e previsibilidade de efeitos, atenuando o antigo discurso de dissonância cognitiva do agente público regulador heterônomo. O processo de elaboração e estabelecimento de regras de conduta próprias, também é indutor de maior aceitação dos destinatários privados (partícipes ativos), facilitando seu cumprimento a *posteriori*, além de expurgar a idiosincrasia legislativa na elaboração de normas ambíguas com erros interpretativos, sendo assim menos frequentes, motivo pelo qual pode ser comum a incorporação publicista dessas “regras de conduta” inseridas em regulamentos autorregulados.

Ainda indicando a superação de dois obstáculos clássicos da regulação estatal, VITAL MOREIRA²⁶³ leciona como vantagem da autorregulação privada, a facilidade prática na implementação dos programas reguladores em face da não resistência dos operadores econômicos que participaram do processo de criação das regras, colacionando legitimação identitária de medidas privadas fixadoras de interesses gerais da sociedade.

Os mecanismos de autocontrole da atividade desenvolvida por si, representam uma série de compromissos de melhoria contínua, que desaguam nas vicissitudes do sistema como um todo: proteção da confiança, segurança jurídica, eficiência, flexibilidade técnica, transparência, boa-fé, lealdade competitiva e economicidade (p. ex. diminuição de custos com modicidade tarifária).

Não nos esqueçamos nunca que a principal desvantagem do sistema de autorregulação privada é a obtenção do lucro em nome do mercado econômico e de capitais. A antítese axiológica de se autolocupletar estará sempre presente - direta e indiretamente -, o que não deixará de prescindir de intervenção regulação estatal sempre que o “pano de fundo” envolver interesses públicos relevantes. Aqui também destacamos a odiosa prática anticoncorrencial de fusão, colusão ou exclusão de partícipes, somente afastada – se arbitrária - por interferência estatal até os dias de hoje.

Conclusivamente, nada obsta que tais fundamentos privatísticos sirvam como elementos formadores do Direito material a ser estampado em conteúdo de norma jurídica objetiva (estadualista),

²⁶² CALADO, Luiz Roberto – Regulação e autorregulação do mercado financeiro: conceito, evolução e tendências num contexto de crise. São Paulo: Saint Paul, 2009, p. 58.

²⁶³ MOREIRA, Vital – Auto-Regulação Profissional e Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 93-94.

assim qualificada somente após a observância do devido processo legislativo formal e material, isto é, reconhecida como fonte de Direito objetivo.

Por fim, passaremos a dissecar o pragmatismo da regulação pública e privada, como fenômeno realístico decorrente dos fatos sociais.

2.5.5. Dimensão realística: espécies de regulação estatal, autorregulação privada e contratualização entre particulares

Num contexto de uma sociedade plural, os Estados de Direito têm sua soberania legiferante posta em xeque por meio do surgimento de normas coletivas ou privadas que tentam substituir, suprir ou suplementar – supletivamente - o ordenamento jurídico estadualista, sob o título de uma suposta “autonomia estatutária” setorial ou particular.

Passados os conceitos antepostos, agora sob enfoque de uma dimensão realística, podemos identificar a existência de três fontes do Direito em matéria de relações jurídicas objetivas e subjetivas, a colacionar:

- (i) Na regulação estatal – enquanto fonte objetiva do Direito –, há interferência estatal em dados comportamentos de natureza econômica de um grupo empresarial ou profissional, advindos – em regra – da heteronomia (conjunto de regras jurídicas objetivas e abstratas legisladas pelo poder público), com a finalidade de trazer maior tecnicismo e equilíbrio às relações jurídicas de espectro difuso, individual homogêneo ou coletivo. São exemplos de regulação estatal a fixação de tarifas máximas pela utilização de bens e serviços públicos (transporte público, pedágio em rodovias, etc...), limites ao reajuste de preços (tarifários, propinas, mensalidades, etc...), orientação sobre determinado direito (informação, qualidade, quantidade de produtos e bens de consumo), fomento à prática econômica local ou setorial (livre concorrência, ampla competitividade, com incentivo aos pequenos e microempresários, etc...), além das atividades de fiscalização e sanção;
- (ii) Na autorregulação privada, enquanto fonte objetiva/subjetiva do Direito –, há a regulação de um conjunto de comportamentos profissionais ou econômicos, por meio de regras próprias erigidas pelos seus destinatários, advindos – em regra – da homonomia (conjunto de regras objetivas, genéricas e abstratas formuladas pelo próprio grupo privado, sem prejuízo da existência de regras subjetivas, específicas e concretas),

com a finalidade de melhor regular as relações próprias e de mercado. São exemplos de autorregulação privada: as convenções coletivas de trabalho (regras privadas patronais e laborais); os regulamentos dos corretores de valores mobiliários do mercado de capital, de corretores de seguros, de planos de saúde, de planos funerários; os regulamentos de categorias profissionais (advogados, médicos, dentistas, psicólogos, engenheiros, arquitetos), dentre outros; e,

- (iii) Na contratualização das partes, enquanto fonte subjetiva do Direito, há uma regulação própria de comportamentos privados pré-determinados, não defesos em lei, sob a égide do voluntarismo adesivo e sob a proteção dos preceitos da *pacta sunt servanda*, onde o contrato é lei entre as partes e cujos requisitos objetivos residem no agente capaz, objeto lícito (possível, determinado ou determinável) e a forma prescrita e não defesa em lei. São exemplos de contratualização moderna entre particulares: adesão ao meio de comunicação virtual do *Facebook*, *Whatsapp* ou *Twitter*; compra e venda de moedas virtuais *Bitcoins* ou *Transferwise*; contratação de transporte de coisas e pessoas pelo *Uber* ou *Cabify*, dentre outros.

Situadas as coisas como são em suas dimensões realísticas, fato é que, qualquer das três dimensões exemplificadas e esposadas acima, possuem espaço de “interesse público relevante reservado”, a despertar a possibilidade de regulação estatal face a necessidade de regular comportamentos ou aferir a validade das regras de aplicação à sociedade em geral.

Aqui destacamos a relevância de manutenção do sistema de diálogo de fontes do Direito, sempre em observância à força normativa da Constituição (KONRAD HESSE), de vinculação e derivação de um tronco único de Direito Público (Constitucional), perpassando pela ideia de controle de constitucionalidade das regras (ainda que privadas), que é imposta em mecanismo de preservação do bloco de juridicidade de normas jusfundamentalistas.

A pluralidade das fontes do Direito (objetiva e subjetiva), aliada à ideia de maior eficácia dos direitos fundamentais, inclusive nas relações jurídicas encetadas entre particulares, impõe um sistema jurídico de verificação de validade das normas públicas e privadas sob a ótica de controle de constitucionalidade, desde que dotadas de abstração, generalidade, autonomia e impessoalidade²⁶⁴, o que por si só excluiria a terceira hipótese de fonte de Direito subjetivo privado a que fizemos alusão –

²⁶⁴ Ultrapassando a ideia de que a validade da norma em sede de controle de constitucionalidade abstrato só pode ser feita, em face de lei ou ato normativo oriundo do Poder Público, o Supremo Tribunal Federal colocou-a sob o crivo ato de natureza privada. (Ex vi Rex 201.819/RJ, 2ª Turma do STF, julgado em 11.10.2005, Ministro Gilmar Mendes para relator do Acórdão. [15.01.2018]. Disponível para consulta em <http://www.stf.jus.br>.

contratos entre particulares. Contudo, firmou-se tese perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro, acerca da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, abarcando-se, assim, o controle de constitucionalidade de atos privados²⁶⁵.

Essa expansão do objeto do controle de constitucionalidade exigiu um alargamento de identificação das fontes do Direito, por meio da teoria dos ordenamentos setoriais e do processo de deslegalização. Assim, o ordenamento setorial advém dos vários centros de poder – públicos ou privados – dotados de autonomia na estipulação de suas normas que se interligam ao ordenamento jurídico estatal²⁶⁶.

Ainda assim, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento acerca da possibilidade de controle de constitucionalidade das leis meramente formais, sob perspectiva normativa dos ordenamentos coletivos, setoriais e especializados²⁶⁷, abrangendo a autorregulação privatística.

Nesse sentir, o fechamento do círculo de preservação da força normativa da Constituição mostra-se pleno e acabado, ainda que possamos ter vozes dissentes a este alargamento de controle de validade.

A burocratização e morosidade estadualistas não podem servir de mote ao ataque de outros matizes, evitados de interesses privatísticos que não sejam da própria coletividade representada pelo Estado. As tendências inovadoras intituladas de “produção normativa paraestatal” põem em xeque a segurança jurídica em detrimento de um regime de heterolimitação de condutas perniciosas no mercado e na sociedade.

Por tais razões, surgiram teorias limitativas do agir estatal a fim de combalir as teses de abstencionismo ou intervencionismo regulatório no mercado privado. De um lado, na tutela de interesses da coletividade – o Estado –, e de outro, pela autolimitação das relações jurídicas privadas – o particular e o agente econômico; no meio desse cenário de forças antagônicas encontra-se a parte hipossuficiente: o cidadão.

A ideia da autonomia da vontade baseada no *pacta sunt servanda* – como contributo da ordem jurídica mediata – não pode suplantar a segurança jurídica em lei, sendo a regulação estatal instância neutra e legítima de criação de regras que favoreçam de forma equilibrada e equidistante das partes envolvidas na relação jurídico-econômica. A quem interessa fragilizar ou mitigar a normação publicista como fonte primária do Direito?

²⁶⁵ Ibidem.

²⁶⁶ ENTERRÍA, Eduardo Garcia – Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial: Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español. 3.ª ed., Madrid: Civitas, 2006, p. 186.

²⁶⁷ Ex vi ADI n. 4.048-MC, Plenário do STF, julgado em 14.05.2008, Min. Gilmar Mendes. [15.01.2018]. Disponível para consulta em <http://www.stf.jus.br>.

Nada obsta a existência de uma autorregulação privada baseada numa declaração de intenções - vontades autônomas que se edifiquem sob o manto da normação decorrente de legitimidade estadualista, relativizar conceitos para torná-los não usuais ou transmutá-los não faz parte de um processo legítimo pautado na boa-fé objetiva, apresentando-se, *prima facie*, como fuga ao direito privado em benefício próprio. É admitir que as “regras do jogo” fossem editadas ou modificadas por quem detém maior capacidade de se autolocupletar, fulminando de morte conceitos basilares de boa-fé, principalmente imponíveis nas relações econômicas hodiernas.

A criação de um microsistema legal paralelo e edificado pelos privados, voltado a si próprios, representa uma clara dicotomia das regulações: privadas (autorregulação) e pública (normação).

A criação de espaços jurídicos edificados por um grupo determinado (instituições de categorias econômicas e profissionais) e aplicáveis a si (corporações, mercados e profissionais categorizados), ou ainda, supervisionadas pelo Estado (corretores de seguros, resseguros, capitalização, previdência complementar, planos de saúde, etc...), são de extrema importância à medida que possuem *locus* próprio de edificação e aplicação das leis em decorrência de autorregulamentação, com cargas tecnicistas melhor adequadas, sem, contudo, transbordar numa “blindagem” de não interferência normativo-jurídica publicista.

De fato, a autorregulação privada surgiu a partir de interesses econômicos na busca da preservação das condições de exploração mercantil, com vistas a não permitir interferências externas (estatais ou não), tendo natureza jurídica de regulação econômica, dispar da ideia de regulação social na implementação de políticas públicas – objetivo maior do Estado.

Portanto, queda-se numa visão utilitarista da teoria em favor da sociedade, posto que, por vezes, busca o “estado de felicidade” de um menor grupo (autorregulado), em detrimento de um maior número de pessoas (coletividade).

O estabelecimento de normas éticas padronizadas por ente paraestatal (ou não), aplicando-se-lhe fonte de Direito marginalizada do Estado de “normação publicista”, ainda que permeadas de eficiência e de boas práticas próprias da atividade privatística, traveste-se de regulação exercida *per se* (seara particular), com autolimitação de condutas paralelas a regulação estatal (seara publicista), que propiciará à formação de espaços de reserva de poder e espírito de corpo, com hierarquia social de castas econômico-profissionais.

Sem sombra de dúvidas, numa premissa silogística, a autorregulação privada é mecanismo de utilidade sob a ótica homônoma, servindo como proteção somente a determinado grupo (*stricto sensu*),

que em fuga da lógica estatal de imposição abstencionista e intervencionista, revela-se antagônica à expressão do interesse público relevante para atingimento de um maior número de pessoas (*lato sensu*).

Se de um lado poderá contribuir para o acondicionamento da sociedade em novos espaços jurídicos próprios, mais tecnicistas, eficientes e céleres na solução de conflitos privados, contribui também, em certa medida, a “corrosão” da normação publicista como principal fonte do Direito, que representa espaço “holístico” insuscetível de interferências de outros fundamentos que não os interesses propriamente publicistas.

Conclusivamente, estamos diante de indissociáveis soluções antigas de interferência estatal regulatória, diante de novos problemas de uma “era paraestatal” de relações jurídicas contratualizadas (soluções antigas para novos problemas), que não podem orbitar autonomamente, em necessária primazia estadualista como fonte de Direito e formação clássica da regra jurídica, sob pena de desbordar em desequilíbrio das relações profissionais e/ou econômicas.

Tudo isso deve se operar num cenário de desenvolvimento da própria sociedade moderna e complexa, onde as regras de Direito Público exigem uma Administração Pública de realidade dialógica, onde são emanados atos de poder conformados com a democratização do próprio Estado. Assim, volveremos a desenvolver os ideários dessa nova Administração que deve incutir o dialogismo em seus processos, como fenômeno de legitimação dos seus próprios atos.

2.6. POR UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA

2.6.1. Do processo administrativo na administração pública dialógica

No modelo de Estado atual, o processo administrativo vem alcançando uma posição de destaque na implementação da denominada administração pública dialógica ou consensual, sendo utilizado como instrumento de atuação política dos cidadãos e participação democrática na busca da consecução dos valores e objetivos que permeiam a ordem constitucional vigente.

O processo administrativo é uma relação jurídica com o escopo de decisão, entre o administrado e a Administração, estando ligado ao procedimento composto pela sucessão de formalidades a serem obrigatoriamente percorridas para a prática de determinado ato administrativo.

Trata-se de um instituto jurídico imprescindível ao Estado Democrático de Direito, pois não basta a mera consecução do ato administrativo, mas sim de que as finalidades de interesse público relevantes

sejam atingidas por meio de um rito formal e material, com a garantia da publicidade, da isonomia, da participação dos cidadãos e da sintonia com os cânones constitucionais vigentes

2.6.2. Relação jurídica administrativa

De acordo com RAIMUNDO LIMA²⁶⁸, o ato administrativo era, até recentemente, o centro das relações jurídicas administrativas como expressão do princípio da legalidade, sendo definido como manifestação unilateral estatal de imposição absoluta.

Esse fato acarretou uma posição de império da gestão pública nas suas relações jurídicas com os particulares, decorrente da exclusiva vinculação positiva à lei, com propensão ao autoritarismo e à prática de decisões tomadas unilateralmente pelo Estado.

Todavia, a hegemonia do ato administrativo vem sendo atenuada agora, em que se busca uma maior reciprocidade de direitos e deveres nas relações dos administrados com o Poder Público, dentro de uma perspectiva paritária, onde deve ser assegurada a maior participação dos concidadãos na realização dos fins do Estado.

É certo que a referida “paridade de armas” na relação jurídica entre a Administração e os particulares não é absoluta, como observa LUÍS DE MONCADA²⁶⁹, pois tal fato descaracterizaria o próprio exercício da função administrativa em si, dotada do poder de potestade.

De todo modo, a questão vem ganhando novos contornos, em que o foco passa a ser a salvaguarda dos direitos constitucionais dos administrados dentro de um processo administrativo regular, antecedente à exteriorização do ato administrativo final.

Trata-se de uma evolução e modernização do próprio Direito Administrativo, no qual a ideia de subordinação à lei deve ser complementada ou substituída pela ideia de subordinação ao Direito como um todo, especialmente aos princípios constitucionais vigentes. Outrossim, o princípio da indisponibilidade do interesse público teria sua rigidez clássica (supremacia do interesse público sobre o particular) atenuada, face o núcleo essencial das normas constitucionais lastreado na ideia da dignidade da pessoa humana²⁷⁰, servindo esta, de contingência à própria indisponibilidade principiológica.

²⁶⁸ Cf. LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro – Administração Pública Dialógica. Curitiba: Juruá, 2013, p. 174.

²⁶⁹ Cf. MONCADA, Luís Solano Cabral de – A Relação Jurídica Administrativa: Para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativos. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 71.

²⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marças – A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da administração pública. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de – Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, pp. 35-62, pp. 42-43.

Quanto ao conceito de relação jurídica administrativa, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE²⁷¹ destaca que deve ser observado o sentido subjetivo, relacionado à presença da Administração Pública; o sentido material, ligado ao fato de as relações serem reguladas pelo direito administrativo; e o sentido funcional, adstrito ao exercício de uma função administrativa.

RAIMUNDO LIMA²⁷² defende que a relação jurídica administrativa só pode ser vislumbrada como pressuposto do direito subjetivo e não como consequência dele, pois ainda que o referido direito subjetivo esteja escoimado na lei, ele encontra ressonância apenas quando há uma relação jurídica administrativa antecedente, fundamentada na ordem objetiva de valores e princípios constitucionais.

Nesta mesma linha, LUÍS DE MONCADA²⁷³ salienta que a relação jurídica administrativa não se limita à observância das disposições legais regulamentadoras do direito administrativo, mas sim deve transcender os comandos normativos existentes, para alcançar uma ordem objetiva de valores e princípios destinados ao melhor atendimento dos interesses dos administrados.

RAIMUNDO LIMA²⁷⁴ acrescenta que a relação jurídica administrativa não se identifica apenas com o dever de vinculação à lei, mas sim prestigia a ideia de correção das impropriedades verificadas em textos legais, em razão de princípios e valores da ordem constitucional vigente.

Portanto, na atual conjuntura social, a relação jurídica administrativa precederia a norma procedimental ou processual que a reconhece, sendo decorrente dos comandos superiores da Constituição. Deste modo, deverá externalizar a disciplina corretiva da atividade legislativa, na busca de consolidar os direitos fundamentais dos cidadãos, ao passo de atender aos fins do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, incisos II e III, CR/88).

Da mesma forma, a relação jurídica administrativa deverá guardar conformidade com os princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, *caput*, CR/88), não podendo se afastar da consecução dos objetivos fundamentais insculpidos no art. 3º, da Constituição da República de 1988, com amparo na necessidade de realizar as finalidades do Estado Social, isto é, toda a atuação administrativa, devidamente circunscrita pela relação jurídica administrativa, deve ter como diretriz os objetivos fundamentais republicanos.

Neste contexto, as realizações estatais devem ser concretizadas a partir do estabelecimento de uma relação, tanto quanto possível, paritária entre a Administração e o cidadão, em que seja assegurada a colaboração efetiva dos administrados na promoção dos valores e interesses constitucionais, afastando-

²⁷¹ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de – A Justiça Administrativa: Lições. 11.ª ed., Coimbra: Edições Almedina, 2011, p. 48.

²⁷² Cf. LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Op. cit. pp. 178-179.

²⁷³ Cf. MONCADA, Luís Solano Cabral de – A Relação Jurídica Administrativa. Para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativos. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 92.

²⁷⁴ Cf. LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Op. cit. p. 179.

se qualquer relação de imposição ou de sujeição em face do Poder Público. Logo, a relação jurídica administrativa vem estabelecer limites à atuação estatal, em razão da necessidade de observância dos valores e princípios da ordem constitucional.

A nova ideia de relação jurídica administrativa abriga mecanismos democráticos no âmbito da Administração, fazendo com que não apenas as partes de uma relação processual, mas, também, terceiros interessados, possam participar da questão a ser dirimida pelo poder público. A Administração Pública ganha “ares” de horizontalidade no seu agir estatal, passando do exercício de uma relação de sujeição inicialmente inaugurada, para uma relação jurídica administrativa paritária - ainda que relativa – encetada com os particulares, inclusive nas questões internas, levando-nos a uma ideia de conexão dialógica.

2.6.3. Juridicidade administrativa

O princípio da juridicidade administrativa é a superação da exclusiva vinculação positiva à lei. Como visto no item antecedente, a lei em sentido estrito não alcança as transformações e a complexidade da atuação estatal na sociedade contemporânea, deixando de ser um aspecto determinante na solução dos conflitos jurídicos de natureza administrativa.

Efetivamente, as leis formais não englobam todos os desafios enfrentados pelo administrador público atual, o que acaba por irromper na constitucionalização do direito administrativo através da juridicidade.

Para RAIMUNDO LIMA²⁷⁵, diversos fatores contribuíram para reduzir a supremacia da lei, cabendo destacar: (i) a crescente importância da jurisdição constitucional; (ii) o caos vivenciado na atividade legiferante nacional; (iii) a ausência de correção material da lei; (iv) a existência de atos normativos infralegais; (v) o surgimento de ordenamentos administrativos setoriais para regular atividade específicas e extremamente técnicas de certos segmentos econômicos; (vi) a edição de disposições jurídicas vinculantes por entidades políticas supranacionais; e, por fim, (vii) a força do Poder Executivo em sociedade.

Em verdade, a atual fase do Estado de Direito caracteriza-se por um aprofundamento da relação entre o Poder Público e a sociedade civil, com alteração do binômio legalidade e Administração Pública, fazendo com que as fontes do Direito Administrativo sejam alargadas para contemplar atos

²⁷⁵ Cf. LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Op. cit. pp. 189-190.

regulamentares diversos. O imperativo da lei não se mostrou suficientemente capaz para abarcar às mudanças verificadas na Administração Pública, podendo-se até mesmo dizer que a consecução da supremacia do interesse público, em muitos casos, revelou-se contrária às disposições constitucionais vigentes, calcadas na ordem nuclear da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, considerando a existência de um interesse público relevante supralegal, tornou-se inevitável e imprescindível uma mudança no modelo vigente. O dever de juridicidade administrativa objetivou superar as adversidades decorrentes da aplicação da lei em sentido estrito, buscando uma “diversificação” das fontes vinculativas da Administração, o que representa o exercício de uma função adaptativa.

Além disso, a juridicidade administrativa possui uma função corretiva, no sentido de aprofundar e alargar os parâmetros disciplinadores da atividade administrativa, buscando estabelecer novos nortes à atuação estatal, com destaque para as imperiosas diretrizes constitucionais.

Conforme expõe PAULO OTERO²⁷⁶, a juridicidade administrativa caracteriza-se pela diversificação da legalidade vinculativa da Administração Pública (a lei deixa de possuir uma posição hegemônica), pela flexibilidade administrativa e pela exigência de análise crítica da legalidade como padrão de conformidade da atuação administrativa.

De acordo com VITOR SCHIRATO²⁷⁷, a juridicidade está ligada à importância da interpretação do Direito Administrativo como sistema, para que seja possível extrair a necessidade ou não de uma maior vinculação positiva à lei ou de uma vinculação menos rigorosa ou negativa à lei. Assim, a juridicidade não se resume à lei, tampouco ao direito interno, alcançando todas as disposições jurídicas que vinculam o poder público por decorrência de imposições constitucionais existentes.

O fundamento da atuação administrativa passa a ser decorrente, expressa ou implicitamente advinda dos comandos da Constituição, deixando a lei de ser o mais importante veículo normativo disciplinador da Administração, tudo por uma imposição interpretativa sistêmica.

Observa-se que essa diversificação das fontes vinculativas da Administração Pública acarretará uma maior complexidade na atividade interpretativa pelos agentes públicos, que devem buscar soluções em tempo adequado, sob uma perspectiva holística e de acordo com a adequação valorativa da ordem jurídica vigente. Tal fato leva à exigência de um fortalecimento do processo administrativo, especialmente quando envolto de conflitos de interesses pautados em direitos fundamentais ou princípios constitucionais. Esse novo processo de interpretação/execução do Direito pode conter impropriedades,

²⁷⁶ Cf. OTERO, Paulo – Legalidade e Administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 349.

²⁷⁷ Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein – Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. Interesse Público (IP). Belo Horizonte, A 10, N 47 (2008), pp. 151-164, pp. 157-158.

as quais somente podem ser evitadas com a vigilante participação da sociedade ou posterior intervenção dos órgãos de controle externo.

Todas as reflexões acima, consubstanciam uma clara expressão da necessidade de se implementar a democracia administrativa, ou seja, o fim das vias autoritárias com a aproximação decisória entre o poder público e a sociedade civil, no intento de salvaguardar a participação do cidadão na definição das decisões administrativas postas.

Para LUCIANO PAREJO ALFONSO²⁷⁸, a importância do diálogo direto entre o cidadão e a Administração Pública decorre de uma tendência à abertura aos modos de resolução consensual ou bilateral dos processos administrativos, o que reforça a relevância jurídica da nossa obra.

Desse modo, o agir administrativo pode se concretizar com base nos cânones de valores e princípios constitucionais, conjugados num amplo processo de diálogo com a sociedade civil, assumindo inclusive uma função corretiva dos atos de gestão praticados, pela participação do controle externo na (re)formulação da decisão administrativa aplicável ao caso concreto.

2.6.4. Jurisdição administrativa (extrajudicial)

Jurisdição é atividade típica decisória de dizer o direito ou decidir na esfera de competência preconizada em lei.

É sabido que existe uma jurisdição administrativa (função atípica) diversa da jurisdição judicial (função típica), vinculada à necessidade de a Administração Pública definir o direito ou dirimir conflitos de interesses nos processos administrativos *interna corporis*, cujas decisões de mérito são capazes de afetar os cidadãos ou o próprio ente estatal.

No sistema jurídico brasileiro, os Tribunais de Contas como órgãos de envergadura constitucional e auxiliares do Poder Legislativo, exercem jurisdição-administrativa em seus processos de contas e fiscalização, face não pertencerem ao Poder Judiciário como no modelo português, sendo, portanto, desenvolvido processo administrativo de contas públicas na seara extrajudicial, a nascer a ideia de uma jurisdição administrativa.

De acordo com VLADIMIR FRANÇA²⁷⁹, a jurisdição administrativa é caracterizada pela observância e aplicação do direito no caso concreto pela autoridade competente, inserido no complexo das relações jurídicas da Administração Pública.

²⁷⁸ Cf. ALFONSO, Luciano Parejo - Eficacia y Administración: Tres Estudios. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP y Boletín Oficial del Estado – BOE, 1995, p. 157.

²⁷⁹ Cf. FRANÇA, Vladimir da Rocha - Notas sobre a função administrativa. Revista Trimestral de Direito Público (RTDP). São Paulo, N 38 (2002), p. 54.

No Brasil, os Tribunais de Contas exercem essa função de jurisdição administrativa na atividade de controle externo, assim como na fiscalização dos atos de gestão pública e de ordenação de despesas, posto que inseridos – constitucionalmente - como órgãos de controle externo das finanças públicas dos entes que compõem a federação.

Logo, existe função jurisdicional no Poder Judiciário (função típica), bem como no âmbito da Administração Pública (função atípica), e até mesmo no Poder Legislativo (função atípica), sendo todas identificadas pela atividade decisória de conflitos de interesses ou matéria de direito em atividade processual extrajudicial.

A coisa julgada material (decisão imutável e indiscutível) é exclusiva da jurisdição judicial, mas tal fato não representa um impeditivo ao reconhecimento da importância da jurisdição administrativa e da decisão de mérito administrativo, na medida em que a definitividade é apenas um efeito da decisão final judicial, e não um atributo da jurisdição.

De outra banda, a coisa julgada administrativa, entendida como a estabilidade relativa da decisão de mérito promovida na seara extrajudicial, não mais se sujeita a qualquer novo recurso administrativo.

A garantia de acesso ao Poder Judiciário ou inafastabilidade de jurisdição universal sobre determinada matéria (art. 5º, inciso XXXV, CR/88), não impede a existência de uma via própria de resolução de conflitos na esfera administrativa extrajudicial, composta por órgãos competentes em conhecer e dizer do direito. Todavia, sob esse aspecto, é preciso reconhecer que o exercício da jurisdição administrativa não pode excluir a jurisdição judicial, tampouco adentrar nas questões reservadas ao Poder Judiciário.

Tem relevante missão de reduzir os conflitos administrativos, de forma a evitar o ajuizamento de demandas excessivas perante o Poder Judiciário. Ou seja, a via administrativa representaria o primeiro momento da atuação jurisdicional do Estado, com o intuito de alcançar a regularidade administrativa, sendo apenas eventualmente submetidas questões perante o Poder Judiciário, em última *ratio*, sendo o espaço adequado para realização do acesso à Justiça que propomos adiante na presente obra, isto é, acesso à Justiça na via extrajudicial de resolução de controvérsias.

Para RAIMUNDO LIMA²⁸⁰, o fato de a jurisdição administrativa não ser restrita aos órgãos dedicados a promover julgamentos jurisdicionais (*verbi gratia*, tribunais judiciários e administrativos, estes últimos portugueses) poderá ocorrer em todos os órgãos estatais com competência de fiscalizar, controlar, decidir ou aplicar o direito no caso concreto, seja na solução de questões entre órgãos da Administração

²⁸⁰ Cf. LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Op. cit. pp. 209-210.

Pública (instâncias administrativas de controle), seja em questões entre a Administração Pública e seus servidores ou cidadãos.

Neste contexto, pode-se dizer que a jurisdição administrativa é a atividade decisória da administração pública, promovida nos processos administrativos encetados para resolução de conflitos de interesses ou utilizados para decidir o mérito de matéria de direito nas relações jurídicas propriamente administrativas. No entanto, no plano fático, há um longo caminho a ser percorrido no aprimoramento da atividade decisória administrativa, que atualmente, na maioria dos casos, ainda é destituída de precisão e de fundamentação adequada aos ditames constitucionais, com observância plena dos direitos e garantias individuais e coletivas até a formação do ato decisório.

A existência de uma jurisdição administrativa brasileira que não é plena e nem dotada de definitividade – diversa do sistema francês do contencioso administrativo (decisões administrativas definitivas), mas, aproximada ao sistema inglês de jurisdição una, única ou universal, acarreta a possibilidade de (re)discussão das decisões dos órgãos administrativos, perante os órgãos do Poder Judiciário.

Aqui a decisão proferida sob a égide de uma Administração Pública dialógica ganha envergadura de definitividade na resolução de conflitos de interesses de natureza publicista, posto que a consensualidade na construção da solução do conflito, trará maior legitimidade na participação decisória do caso concreto, sobretudo, pois, construída a resolução amigável entre as partes interessadas, de forma voluntária e adesiva, presente está o elemento psicológico de aceitação e cumprimento da decisão adotada, importante instrumento de persuasão racional.

Destarte, a jurisdição administrativa extrajudicial vem sedimentar e criar substratos mais racionais à atuação decisória da Administração Pública, para atender as demandas estabelecidas no texto constitucional. É certo que as decisões administrativas proferidas com qualidade e presteza farão com que o Poder Judiciário seja beneficiado, servindo de substrato para o complexo labor decisório referente às ações judiciais eventualmente manejadas.

Da mesma forma, a atuação decisória administrativa continuada faz surgir os precedentes administrativos sobre matérias de direito, de modo a contribuir para uma maior racionalidade no serviço público e segurança jurídica que a metodologia de precedentes proporciona (caráter pedagógico e orientativo).

Em arremate, RAIMUNDO LIMA²⁸¹ diferencia a função administrativa decisória, de natureza jurisdicional, destinada à resolução de conflitos de interesses (extra)judiciais, da função administrativa prestadora, de natureza administrativa propriamente dita, destinada à realização de medidas de interesse público relevante. Em ambos os casos, o Poder Público não pode deixar de seguir os princípios que norteiam a atuação da Administração Pública, assim como não pode abster-se de observar os direitos fundamentais dos cidadãos, incluindo-se a garantia de participação da sociedade civil.

2.6.5. Processualidade administrativa

A processualidade extrajudicial está diretamente ligada ao Estado de Direito e à necessidade de observância de regras no desenvolvimento da atividade administrativa em geral. O processo é um meio para atingimento de um fim.

As decisões administrativas devem ser exaradas pelo Poder Público dentro de um procedimento regado (devido processo legal), informado atualmente pelas garantias de participação individual ou coletiva dos interessados, aí incluídos o contraditório, a ampla defesa e todos os meios de defesa admitidos em direito.

O núcleo da processualidade administrativa encontra-se no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988²⁸². Como se verifica, as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa em juízo ou fora dele (extrajudicialmente), são de observância indispensável ao processo administrativo.

Trata-se da expressão de segurança jurídica para a concretização das decisões administrativas, pois guarda obediência ao processo legal, às garantias constitucionais do processo e cria parâmetro preciso para atuação dos agentes públicos (dever-ser), sendo via destinada ao aprimoramento da manifestação administrativa e das decisões que dela se emanam. A processualidade é garantia de expressão de transparência pública e regularidade da atuação administrativa, dentro de uma ordem jurídica constitucionalizada, tornando possível a concretização de direitos fundamentais e a intervenção política dos interessados que receberão a eficácia direta do ato final emanado (processualidade participativa).

Nesse contexto de forças antagônicas (contencioso administrativo), deve ser soerguida a consensualidade, cuja processualidade participativa é condição à solução pacífica das controvérsias. A

²⁸¹ Cf. LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Op. cit. pp. 220-221.

²⁸² Art. 5º. [...] “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;” [...].

processualidade participativa deve contemplar, além do suporte legal, os princípios gerais do direito e os princípios constitucionais, na busca do verdadeiro sentido de justiça, devendo veicular a principiologia reinante no sistema jurídico e imprimi-la nas relações jurídicas de contato do Poder Público com a sociedade civil, não havendo mais que se falar em qualquer relação de sujeição, império ou superposição do poder do Estado em face dos cidadãos, exceto àqueles derivados do poder de polícia, que exigem ações imediatas com contraditório e ampla defesa diferido.

Portanto, a noção de direitos fundamentais do constitucionalismo moderno e a força normativa da Constituição acarretam reflexos significativos no Direito Administrativo, de modo a interferir nas relações entre o Estado e os cidadãos, sendo a processualidade participativa canal necessário para o desenvolvimento das novas concepções de consensualidade.

2.6.6. Consensualidade administrativa

A questão referente à consensualidade administrativa deve ser compreendida como um aperfeiçoamento dos instrumentos de atuação administrativa, no esforço de estabelecer uma relação de deveres de cooperação entre a Administração Pública e a sociedade civil, ou entre seus órgãos de controle.

Como já dito, a moderna concepção do Estado Democrático de Direito se traduz por uma maior flexibilidade nas relações mantidas entre a Administração Pública e a sociedade civil, entre controlador e controlado, sendo as vias consensuais um meio de assegurar a participação dos cidadãos na tomada de decisões políticas ou em instâncias de controle externo.

Conforme expõe VASCO PEREIRA DA SILVA²⁸³, a Administração Pública vem substituindo a manifestação unilateral de seus órgãos por uma tendência cada vez mais acentuada de formas de agir consensuais.

De acordo com GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA²⁸⁴, a Administração Pública dialógica se contrapõe à Administração Pública monológica, de modo que o seu atuar passa a se pautar no consenso empreendido a partir de diversos meios de comunicação com a sociedade civil.

LUÍS DE MONCADA²⁸⁵ salienta que a consensualidade ou concertação é via alternativa à tradicional unilateralidade da decisão administrativa extrajudicial, constituindo aspecto da democracia

²⁸³ Cf. SILVA, Vasco Pereira da – Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 1998, p. 103.

²⁸⁴ Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de – A Administração Consensual com a Nova Face da Administração Pública no Século XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 217.

²⁸⁵ Cf. MONCADA, Luís Solano Cabral de – A Relação Jurídica Administrativa: Para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativos. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 144.

administrativa. Assim, o Poder Público deve empreender esforços para implementar a consensualidade, pois é instituto capaz de contribuir para a redução e solução de conflitos nas relações jurídicas travadas com particulares ou entre órgãos da Administração Pública, além de possibilitar maior eficácia às medidas administrativas adotadas em razão do consenso alcançado pelas partes que participam da decisão a ser aplicada no caso concreto.

A consensualidade pode se manifestar no uso de múltiplas vias de atuação administrativa, como os termos de compromisso, ajustamento de condutas, ajustamento de gestão, contratos administrativos e as parcerias destinadas a atender às demandas da sociedade, bem como nas decisões administrativas tomadas sob o pálio do diálogo entre o cidadão e a administração, ou entre instâncias controladoras e controladas.

GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA²⁸⁶ observa que a Administração Pública está em processo de transição democrática, onde se vislumbram novos nortes na consecução das atividades, expressando uma gradual compatibilização da lógica da imposição unilateral com a lógica da negociação multilateral. A importância do consenso vem aumentando no âmbito dos processos administrativos extrajurisdicionais, o que se expressa na conciliação (autocomposição bilateral decorrente do consenso das partes, com a participação de um conciliador), na mediação (mediador guiando as partes de forma efetiva, oferecendo saídas à autocomposição do conflito), na arbitragem (solução heterocompositiva com decisão de mérito tomada por terceiro – árbitro – possuidor de notório conhecimento na área do conflito) ou no ajustamento de conduta (autocomposição bilateral entre as partes controladoras e controladas – internas ou externas), dentre outros instrumentos de composição, com o ajustamento de gestão que é mote central de nossa obra.

Assim, a Administração Pública deve empenhar-se para que os interessados (destinatários da atuação estatal) possam colaborar com os programas estatais ou ação de controle, resultando numa atividade administrativa extrajurisdicional mais precisa e eficiente na consecução dos fins almejados pelo Estado em favor da sociedade.

Por outro lado, o emprego da consensualidade não representa o “desprestígio” às disposições legais aplicáveis em cada caso, mas sim deve operar noutro plano, na tarefa de interpretação dos textos legais e constitucionais, sob o viés preventivo e de celeridade na resolução pacífica de conflitos, sem se descuidar dos corolários constitucionais de garantias das partes da relação jurídica administrativa. A consensualidade deve ser calcada na ideia de volitividade para solução dos conflitos de interesses,

²⁸⁶ Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de – A arbitragem e as parecerias público-privadas. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 81.

seguindo todo o curso procedimental da atuação estatal, cercada de instrumentos participativos e indutores da tomada de decisão dialógica.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO²⁸⁷ entende que os instrumentos de consensualidade são aplicáveis no processo decisório, na fase executiva e no momento de resolução de conflitos. Indica a diferença entre os mecanismos de consensualidade coadjuvante e determinante, sendo a primeira caracterizada por uma atuação dialógica do particular com a Administração para o desenlace de determinadas matérias, mas sem força vinculante perante o Poder Público, que mantém a plenitude da decisão a ser adotada; a segunda é caracterizada por uma intervenção do particular ou de outro órgão público (controlador), que passa a vincular a Administração e àquele, todos interessados e participes do processo consensual decisório.

GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA²⁸⁸ defende que nos dois casos (coadjuvante e determinante) inexistem o verdadeiro consenso, considerada a participação do destinatário do comando decisório como mecanismo de “aceitação” do resultado gravado de terminatividade – mas emanado por meio de decisão administrativa.

Nesse ponto, RAIMUNDO LIMA²⁸⁹ afirma que o entendimento preponderante no processo decisório não é o de um consenso propriamente dito, mas sim de um “dissenso consentido”, onde há, na verdade, a prevalência dos interesses de determinadas partes em virtude do consentimento de outras no processo decisório. O mesmo autor destaca que a questão não se desenvolve simplesmente numa relação elementar e dual entre a Administração Pública, de um lado, e o particular ou outro órgão público controlador, de outro; mas sim, na maioria das vezes, numa relação triangular ou multipolar, sobressaindo-se várias posições conflituosas na decisão de mérito administrativo.

Quanto às formas de consenso de natureza não vinculante na tomada de decisão administrativa, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO²⁹⁰ refere-se à coleta de opinião (recolhimento de informações e documentos em catálogo de dados), ao debate público (discussão dos problemas a serem enfrentados pela Administração Pública e a sociedade civil), à audiência pública (discussão com maior formalidade), e à assessoria externa (perícia técnica e especializada).

Nesse sentido, aduz que as formas de consenso de natureza vinculante abrangem: a) o plebiscito (instrumento político-governamental de consulta pública formal), b) o referendo (manifestação popular

²⁸⁷ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – Novos institutos consensuais da ação administrativa: Gestão pública e parcerias. Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 336.

²⁸⁸ Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de – A administração consensual com a nova face da administração pública no século XXI: Fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 228.

²⁸⁹ Cf. LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. Op. cit. p. 237.

²⁹⁰ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – Novos institutos consensuais da ação administrativa: Gestão pública e parcerias, in Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 337-342.

incidente sobre a atividade legiferante do Estado em matéria de acentuada relevância administrativa), c) a audiência pública (discussão formal, com natureza vinculante em razão do reconhecimento da democracia participativa na prossecução do interesse público), d) a cogestão (ingerência decisória popular ou controladora na administração pública); e, por fim, e) a delegação atípica (reconhecimento legal de atividades de interesse público praticadas por particulares em áreas consideradas relevantes).

Além disso, também são destacadas as formas de consenso na fase de execução administrativa, compreendendo os contratos administrativos de parceria (conjunção de esforços dos órgãos e entidades públicas com as entidades privadas) e os acordos administrativos²⁹¹ de coordenação (acordo nas atividades administrativas como forma de atendimento ao princípio da eficiência e da racionalidade do serviço público).

Todavia, no Brasil ainda não existe um regramento jurídico geral sobre a possibilidade de atos administrativos consensuais, o que acaba prejudicando a consolidação da administração pública democrática, pois as decisões administrativas poderiam ser unilaterais em determinados casos, mas também poderiam ser bilaterais acordadas noutros casos, o que atenderia melhor ao interesse público sob a égide da consensualidade, prevenção de desvios de conduta, celeridade, eficiência e efetividade de políticas públicas, em que pese a emersão de diversos diplomas que versem sobre acordos bilaterais e tomadas de compromisso às exigências legais, que veremos adiante, mas infundados em leis gerais sobre o tema, que inexistem no sistema jurídico brasileiro a fundar uma teoria geral da consensualidade administrativa.

Cabe ainda mencionar a existência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), órgão de Consultoria-Geral da União, criada pelo Ato Regimental AGU nº 05, de 27 de setembro de 2007, que representa uma importante alternativa consensual de resolução de conflitos na Administração Pública. A CCAF tem o objetivo de imprimir racionalidade e eficiência no processo de resolução de conflitos entre órgãos e entidades públicas, com ênfase na celeridade, redução de custos decorrentes de processos judiciais morosos e diminuição da sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário, abrangendo a solução de questões administrativas internas e até mesmo de demandas que já tramitam na via judicial.

²⁹¹ Para Gustavo Oliveira e Wilson Accioli Filho inexistem na doutrina definição do que seja acordo administrativo, podendo ser tanto instrumento de ação pública, ao lado do ato e contrato administrativos, todos como ferramentas de resolução de problemas, ocupando lugar no universo dos instrumentos de autocomposição de litígios, tanto quanto a mediação, a conciliação e a transação, sendo a consensualidade seu contexto teórico. Pode estar atrelado ao conceito-gestão e ao conceito-jurídico, sendo o primeiro ligado à governação publicista. Assim, a consensualidade não se subsume à flexibilização da autoridade impositiva ou exorbitante, sendo, antes de mais nada, respeito e deferência à juridicidade. Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli de – Inquérito Civil Público e Acordo Administrativo: apontamentos sobre Devido Processo Legal Adequado, Contraditório, ampla Defesa, Previsão de Cláusula de Segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACS). In OLIVEIRA, Gustavo Justino de – Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, pp. 91-125, pp. 91-92.

O campo de atuação da CCAF abrange os conflitos existentes na administração pública federal, bem como os conflitos existentes entre a administração pública federal e a administração pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios²⁹², representando grande avanço no trato dos conflitos administrativos de forma concertada.

2.6.7. Justiça administrativa

Entende-se por justiça administrativa, o conjunto de órgãos destinados a dirimir em matéria administrativa extrajudicial, os conflitos entre Administração e administrados.

No Brasil, os tribunais administrativos não fazem parte do Poder Judiciário e não possuem a prerrogativa de dizer com definitividade o direito a ser aplicado ao caso concreto, em exercício de tutela jurisdicional propriamente dita.

Por conseguinte, existe ampla possibilidade de revisão do conteúdo fático das decisões administrativas pelos órgãos judiciais, por ter sido adotado o sistema de jurisdição una ou sistema inglês, no qual somente as decisões do Poder Judiciário fazem coisa julgada material, portanto, gravado de definitividade.

De todo modo, a importância dos tribunais administrativos brasileiros na ordem jurídica vigente deve ser compreendida como esforços para que sejam alcançados posicionamentos seguros e precisos sobre as matérias administrativas, em sistemas de precedentes de natureza vinculativa, educativa e orientativa, como são as hipóteses havidas no Tribunal de Contas da União (art. 71, CR/88) e Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios (art. 75, CR/88).

Portanto, há desenho constitucional específico dos tribunais administrativos na estrutura do Estado federal brasileiro, sendo crucial, neste momento, um maior aprimoramento técnico das decisões administrativas prolatadas pelas autoridades públicas no exercício do seu papel institucional, incluindo-se a fundamentação clara e satisfatória dos julgados em matéria de controle externo, que devem ser volvidos ao interesse público de forma imparcial, e não com vistas à proteção de interesses políticos, financeiros, corporativos ou organicistas da própria administração pública.

Os tribunais administrativos brasileiros, em especial os Tribunais de Contas que são órgãos auxiliares do Poder Legislativo, devem respeitar o princípio do duplo grau de jurisdição (reanálise de mérito do processo administrativo julgado em primeira instância), nos casos em que a questão decidida

²⁹² Art. 18. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete: [...] III – dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios; [...].

por turma, câmara ou seção deva ser submetida à composição plenária (Tribunal Pleno), em sede recursal do mesmo tribunal administrativo julgador.

Além disso, a justiça administrativa deve desenvolver suas atividades dentro de novas perspectivas de modernização, sob o signo protetivo dos direitos fundamentais, no intuito de promover decisões que guardem sintonia com ordem jurídica e as necessidades da sociedade civil, sempre observando as garantias do devido processo legal, mormente os da ampla defesa e do contraditório, com olhar consensual na resolução das controvérsias, voltado à racionalidade administrativa, prevenção, celeridade processual e eficiência.

Todos esses fatores podem contribuir para o fortalecimento das instâncias administrativas extrajurisdicionais, numa atuação que expresse o diálogo com as partes processuais e a preservação dos valores constitucionais, resultando, assim, em última análise, na redução do número de litígios submetidos ao Poder Judiciário.

2.7. Da legitimação da atuação estatal ao controle de motivação constitucional

Nas últimas décadas, a instabilidade de regras vigentes no direito administrativo brasileiro trouxe novos conceitos como “evolução”, “mutação”, “transformação” e “novos paradigmas”, trazendo alterações dos fundamentos clássicos de direito, impescindindo de exploração acadêmica sobre os temas, sobretudo pela oposição dos conceitos de OTTO MAYER, precursor do direito administrativo alemão, segundo o qual o “direito constitucional passa, o direito administrativo permanece²⁹³”.

Não sem razão, pelo declínio e pela inefetividade do poder sancionador brasileiro e do próprio resultado útil da pretensão punitiva e ressarcitória disposta ao aparato estatal (procedimentos e órgãos de controle clássicos), buscou-se mecanismos alternativos de prevenção e eficiência na recuperação de ativos públicos e concertação de certas condutas administrativas, alvo de desídia, malversação ou desvios por corrupção.

O sistema processual judicial burocratizado em diversos graus de jurisdição brasileira (quatro instâncias independentes), em que pese ter em seu núcleo a proteção dos direitos fundamentais, regime democrático e da organização do Estado (cláusulas pétreas), mostra-se contraproducente ao princípio da razoável duração do processo e da celeridade processual com resultado eficaz, vindo a ser substituído –

²⁹³ FERRAZ, Luciano - Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos Substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 15-16.

gradativamente - por modernas técnicas de consensualidade na Administração Pública, cada qual com suas especificidades.

Lado oposto, temos a historicidade da construção jurídica da teoria das relações de sujeição especial na Administração Pública (*Besonderes Gewaltverhältnis*)²⁹⁴, originada na Alemanha do século XIX e de viés autoritário, que se fundamentou na existência de um poder administrativo especial, que legitimaria determinadas restrições aos direitos fundamentais de pessoas que se encontrassem em situações diversas perante o poder público, como, por exemplo, servidores públicos, presos, estudantes de escolas públicas e militares. Justificaria a minoração dos direitos dos cidadãos e de subsistemas institucionalmente previstos para sua garantia, como consequência da relação jurídica qualificada com o próprio Poder Público, detentor do poder de potestade.

Contudo, a formulação moderna tende a chocar-se com a gênese doutrinária da sujeição especial, tanto pelo regime democrático hodiernamente existente, quanto pela própria negação do Estado de Direito à época de sua construção²⁹⁵.

Portanto, a associação histórica de sua fundação desafia a própria teoria constitucional contemporânea, impondo evolução e mutação conceitual para ver-se recepcionada pela ordem jurídica. Não à toa, a própria doutrina Alemã por volta da década de 1980, passou a repudiar o uso do termo original, alterando-o para vinculação especial de direito público (*öffentlich-rechtlichen Sonderbindung*), que traduziu as ideias de que a relação entre Estado e cidadãos é bipolar, compreendendo direitos e deveres concretos determinados pela ordem jurídica, não decorrente de uma mera relação de poder de submissão, cujo nenhuma relação jurídica especial ou diferenciada entre Estado e administrado pode implicar uma “zona cinzenta” de aplicação do Direito²⁹⁶.

Deste modo, a substituição dos termos “poder especial” por “relação especial” revela a evolução conceitual recepcionada pelo Estado constitucional contemporâneo. Neste processo, desvela-se uma assertiva intuitiva em questionar termos e significados e a evolução do próprio ramo do direito objeto de exegese: administrativo.

A abordagem da transposição do direito privado ao direito público erigida no início do século XX – com fundamento na legislação *allgemeines landrecht* da monarquia absolutista em Prússia (1794), trouxe temática sistêmica e dogmática no direito administrativo com relevo em OTTO MAYER, já na

²⁹⁴ Em Portugal denominada “relação de sujeição especial” ou “relações especiais de sujeição”. Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves – Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições dos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 388.

²⁹⁵ WIMMER, Miriam - As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. Direito Público. [s.i.], N 4, N 18 (2007), pp. 31-32. [21.06.2018]. Disponível para download em <https://portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291/757>.

²⁹⁶ Ibidem.

Alemanha de monarquia constitucional, que partia da concepção de um poder executivo livre, vinculado pela lei apenas em circunstâncias essencialmente relevantes, embora o autor fosse defendente da instalação de um Estado de Direito em que a administração central pudesse funcionar e executar com a demarcação de limites externos, em conformação com a seara jurídica²⁹⁷.

Assim, a atividade administrativa escoimada no direito vinculava-se pelas regras jurídicas prescritas na Constituição, finalisticamente na forma da lei, bastando-se para tal. Aqui residia o norte à juridicidade, ainda que a forma política de governo à época (monarquia constitucional) retratasse uma ordem impositiva, onde parcela da atividade administrativa permanecia vinculada aos meios regulamentares administrativos, atos executivos de efeitos concretos e medidas de ordem interna.

Em doutrina que contribui para compreensão do dualismo do poder que permeava a questão política da época, nos valem dos enunciados de PAUL LABAND, que forjou a ideia de distinção de lei em sentido formal (dependente de aprovação parlamentar) e de lei sentido material (de conteúdo eminentemente jurídico), com o fim de criar um *distinguish* de legitimação do poder decisório ou reservado, isto é, do poder monárquico e do poder parlamentar representativo²⁹⁸.

Atenta-se ainda, que do nascedouro distintivo acima, a problemática da definição do conceito de lei restava dogmática, histórica e teoricamente imbricada ao problema político vigente na ordem constitucional, residente na separação dos poderes em estruturas fundadas em legitimidades indecisas entre os poderes políticos monárquico e parlamentar.

De certo, essa visão contributiva trouxe “ares” de evolução à teoria das relações de sujeição especial, justificando os espaços de atuação estatal livre de incidência da seara jurídica, em defesa de um modelo épico de Estado fechado (para o exterior), de modo que seu interior não fosse afetado pela incidência do Direito. O espaço de proposição jurídica só seria possível quando se atingisse a esfera de patrimônio jurídico de outro indivíduo (relações jurídicas exógenas).

Nas matérias de legitimação do poder decisório (relações endógenas), ao titular exigiu-se despir de condição de cidadão comum para assumir as vestes de servidor público sujeito a deveres e instruções *interna corporis*, nicho das denominadas relações especiais de poder.

As relações de sujeição especial em OTTO MAYER, eram caracterizadas no direito público como uma classe especial de relações que continham um poder geral de prerrogativas favoráveis à autoridade

²⁹⁷ WIMMER, Miriam - As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. Direito Público. [s.i.], N 4, N 18 (2007), pp. 35-36. [21.06.2018]. Disponível para download em <https://portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291/757>.

²⁹⁸ Ibidem.

(administração pública), de sujeição impositiva ao particular (*Gewaltverhältnis*), cujo ato administrativo que se cumpria era para fazer face à sujeição de natureza consequencialista, denominada instrução²⁹⁹.

Nesse sentido, o significado de sujeição atrelava-se ao vínculo de duas pessoas desiguais sob a ótica do direito, cujo conteúdo era determinado pela relação de hierarquia da pessoa imediatamente superior (monarca *versus* súdito); tratava-se, assim, de relação jurídica de direito público cuja obrigação de conduta mirava-se a dado interesse público sob as ordens do superior (regra geral de qualidade de ato administrativo), cuja relação de dependência do particular era patente³⁰⁰.

A ideia de *Rechtsstaat* então vigente previa uma multitude de fatos administrativos que não poderiam ser disciplinados por regras estritas que as encadeassem. Contudo, na medida do possível, a ação administrativa deveria ser dirigida por regras de direito, com largo espaço para um Poder Executivo livre, de impulso oficial próprio e não em virtude de subordinação à lei, com redução do *status* cívico do cidadão em relação de dependência ao Estado.

OTTO MAYER trouxe exemplos de relação de sujeição especial como as obrigações de servidores públicos, o poder disciplinador (*Dienstgewalt*), o poder de direção nos estabelecimentos públicos (*Anstaltsgewalt*), o poder das corporações públicas sobre seus membros (*Vereinsgewalt*), podendo surgir em decorrência de lei, como nos casos de relações jurídicas involuntárias, do serviço militar obrigatório ou de um ato de consentimento volitivo do próprio sujeito, como ocorre num ato de nomeação para exercício de um cargo público. Desta feita, estaríamos diante de relações gerais e especiais, legitimadoras da modificação (mutação) de vigência de três corolários jurídicos: a) o princípio da legalidade; b) os direitos fundamentais; e c) a proteção judicial³⁰¹.

Atribui-se o sucesso da formulação épica da teoria da sujeição especial a sua adaptação ao conteúdo histórico, conciliando-se as exigências do Estado de Direito associado ao princípio democrático, com os resquícios e precedentes de poder de império, com traços de Estado muito mais formal (atitude neutra) do que propriamente finalístico (atitude proativa). Aliam-se a tais fatos, a ascensão do positivismo jurídico em declínio do jusnaturalismo, com abstração dos juízos de valor do dever-ser do Direito, passando a lei como parâmetro único de valor, preocupando-se estritamente ao necessário em matéria de regulação estatal³⁰².

²⁹⁹ WIMMER, Miriam - As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. *Direito Público*. [s.i.], N 4, N 18 (2007), pp. 36-37. [21.06.2018]. Disponível para download em <https://portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291/757>.

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ WIMMER, Miriam - As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. *Direito Público*. [s.i.], N 4, N 18 (2007), pp. 38-39. [21.06.2018]. Disponível para download em <https://portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291/757>

³⁰² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves - Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições dos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 395-396.

A ideia de uma administração pública livre e autônoma, agregada aos ideários formalistas de Estado de Direito, tiveram por escopo a formação de uma doutrina constitucional abstraída de fundamentos finalístico-políticos das razões jurídicas, com o surgimento de uma administração forte lastrada no propósito de legalidade da *per se*, decorrente um movimento de teorização das formas jurídicas de atuação (OTTO MAYER, WALTER JELLINEK E FRITZ FLEINER).

O princípio da legalidade da administração (*Gesetzmaessigkeit der Verwaltung*) em JELLINEK é considerado o nascedouro do Estado de Direito, sendo princípio base de onde decorrem todos os demais aspectos ou facetas da legalidade. Tanto que foi denominado como “princípio básico do Estado de Direito”³⁰³.

A administração legal significa a própria Administração em FRITZ FLEINER, posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições, havendo subsunção dos fatos da vida real às categorias regulamentares³⁰⁴.

Note-se um ambiente doutrinário volvido à consolidação da teoria das relações especiais de sujeição, mesmo com o advento da Constituição Alemã de Weimar, consagrada pelo princípio democrático e da reserva da lei em sede de direitos fundamentais, que derogou as bases inaugurais das relações de sujeição, tanto pela queda da monarquia constitucional, quanto pela instauração da república, sem deixar de reconhecê-la como recepcionada com previsão normativa³⁰⁵.

No seguimento histórico alemão, com a ascensão do nacional socialismo, a teoria das relações especiais de poder caiu em desuso pela própria sobreposição e monopólio do *Führerprinzip*, onde o entrelace entre as competências executivas e competências legislativas confundiam a distinção entre a lei e o regulamento. Com o término da segunda guerra mundial, a Lei Fundamental de Bonn (1949) trouxe alterações de ordem política, normativa e social. O pensamento pós-guerra trouxe a evolução conceitual volvida a formação de um Estado de Direito mais socialista, do que liberalista, calcado em parâmetros formais, mas com “pedra de toque” em parâmetros materiais, com supremacia do parlamento em face do executivo, que se tornara dependente para o agir estatal (só passa a ser lícito agir em virtude de lei *lato sensu*)³⁰⁶.

Daí ocorreu a retirada do conteúdo nuclear dos direitos fundamentais da disposição de poderes estatais, esvaziando-se a compatibilidade da teoria das relações de sujeição especiais com a nova ordem

³⁰³ ROTHMANN, Gerd W. - O princípio da legalidade tributária. Revista de Direito Administrativo. V 109 (1972), pp. 11-33, p. 18.

³⁰⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de - Poder Regulamentar ante o Princípio da Legalidade [em linha]. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, N 64. [23.06.2018]. Disponível em linha <http://www.editoraforum.com.br/noticias/poder-regulamentar-ante-o-principio-da-legalidade/>.

³⁰⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves – Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições dos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 396.

³⁰⁶ HESSE, Konrad - Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, pp. 230-235.

constitucional inaugurada, sem se descurar das estruturas constitucionais pretéritas que foram recepcionadas.

A revisitação da teoria das relações de sujeição especiais face aos novos paradigmas magnos se deu por ocasião da conferência de professores de Direito de Estado (*Sttatsrechtslehrertagung*), em MAINZ (1956), na pessoa dos professores KRÜGER e ULE. O primeiro aduziu a necessidade de evolução da teoria, abarcando a qualificação de relação jurídica com os direitos fundamentais, com distinções entre poder e direito. Já o segundo, esculpiu na problemática de controle judicial dos atos administrativos decorrentes da teoria de relação de sujeição especial, com distinção entre relações fundamentais (*Grundverhältnisse*) de efeitos externos (*verbi gratia*, constituição, modificação e extinção de uma relação de sujeição) e as relações de gestão empresariais (*Betriebsverhältnisse*) de efeitos internos (*verbi gratia*, intervalo de descanso, jornadas, remuneração)³⁰⁷.

Para ULE, as relações de sujeição especiais suscetíveis ao controle judicial, eram àquelas circunscritas na temática de relações fundamentais, sendo as relações empresariais submetidas ao controle judicial tão somente na seara das relações militares ou naquelas desenvolvidas nos “estabelecimentos fechados” e de precedência estatal máxima. As relações empresariais havidas nos “estabelecimentos abertos” poderiam estar sujeitas ao controle dos julgadores administrativos ou disciplinares, evitando-se assim, a recorrente judicialização da vida social.

Assim, para ambos os professores restou demonstrada a possibilidade de permanência da teoria das relações de sujeição especiais, conjugada, contudo, com a incidência de direitos fundamentais e a possibilidade de controle judicial em seus espaços de atuação, não se admitindo a possibilidade de *locus* isentos de incidência do direito, caracterizados por relações jurídicas estatais obscurantistas.

Afastada a rejeição total da doutrina, mediante a sua remodelação e evolução conceitual, com a recepção por meio de incorporação de novos paradigmas, *exsurge* uma decisão emanada do Tribunal Constitucional alemão (BVG 33, 1), como dinamização da teoria das relações de sujeição especiais, que tinha por escopo a verificação de constitucionalidade na restrição de liberdade de expressão de um preso, com base em dispositivo regulamentar administrativo.

No Acórdão proferido pelo Pretório Excelso alemão, decorreu a reafirmação dos direitos fundamentais e do princípio da legalidade na aplicação da teoria da relação de sujeição especial, cuja restrição de liberdade de presos só poderia decorrer de expressa disposição de lei, por se tratar de direito fundamental, permitindo-se tão somente restrição temporária (sem base legal) lastrada no especial

³⁰⁷ BENITEZ, Mariano Lopez – Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. Madrid: Civitas, 1994, pp. 110-115.

interesse público preconizado na lei fundamental, sem prejuízo do parlamento aprovar lei de execução penal contemporânea que contemplasse critérios proporcionalmente rigorosos de intervenção nos direitos fundamentais, sem, contudo, suprimi-los³⁰⁸.

Assim, estávamos diante da obrigatoriedade da aplicação dos direitos fundamentais à teoria das relações de sujeição especiais, numa nova roupagem conceitual largamente utilizada na Alemanha e noutros países, acentuadamente acolhendo as premissas dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade, sob a égide da lei fundamental.

2.7.1. Da agregação da teoria da essencialidade dos direitos fundamentais à teoria das relações especiais (requisito de motivação constitucional)

Com a reiteração de decisões judiciais que tratavam de impor limites às restrições “não essenciais” de liberdades fundamentais, formou-se a teoria da essencialidade (*Wesentlichkeitstheorie*), baseada na máxima de que restrições a direitos fundamentais sujeitavam-se aos fundamentos da lei, tendo por objeto: a) a definição daquilo que é protegido pelas normas da lei fundamental; b) a relação do que é protegido e suas possíveis restrições; c) a fundamentação do que é protegido e do que é possível de restrição³⁰⁹.

Dessas variáveis extrai-se a ideia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Temos a partir daí a necessidade de dissecação distintiva de regras e princípios, como suporte amplo dos direitos fundamentais como tal, em especial de que o âmbito de proteção desses direitos fundamentais fosse interpretado de forma mais abrangente possível, abarcando a ação, o ato, o fato ou a posição jurídica que, particularmente considerada, possa ser subsumida ao eixo temático de proteção, conquanto integrante de um direito fundamental a afastar possíveis arbítrios de exclusões. Da mesma forma, o conceito de intervenção estatal em sede de direitos fundamentais deveria fazer parte do suporte factual, abarcando um modelo de suporte fático amplo.

Temos em mente de que meras regulamentações de direitos fundamentais poderiam trazer restrições de seu exercício pleno, conquanto servissem de conduto regulador do exercício de tais direitos, rejeitando-se as teses contrárias de regulação absoluta do direito³¹⁰. Todo estreitamento regulatório de

³⁰⁸ SCHWABE, Jürgen – Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. Trad. Marcela Anzola Gil. Colômbia: Edições Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003, pp. 11-17.

³⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso da - O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito de Estado 4. São Paulo, pp. 23-51 (2006). Disponível para download em https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf.

³¹⁰ Idem, p. 25.

exercício de um direito conduzirá a imposição de limitações de sua amplitude e alcance, fazendo incidir espectros limitrofes à sua fruição pelo cidadão.

Assim, constata-se que as restrições a direitos fundamentais são efetivadas sem reconhecimento explícito de sua ocorrência, quer seja através de negação de proteção de uma conduta ou situação jurídica que particularmente destacada, careceria de proteção, quer seja se considere uma conduta ou situação jurídica incluída no campo de proteção do direito fundamental, onde sua regulamentação terá o condão de limitar seu exercício pleno. Contudo, numa ou noutra hipótese devemos rejeitar tais circunstâncias como restritivas de direito em si, conquanto consequencialismo não fundamentado da regulamentação do exercício de direito, decorrendo o reconhecimento de déficit de motivação constitucional ao arbítrio do agente público (juiz, legislador ou administrador).

Assim, a teoria da essencialidade cuida em alargar o escopo protetivo dos direitos fundamentais ao máximo, impondo um ônus de motivação real daquele que pretenda restringi-los por meio de definições de limites jusnaturalistas ou por regulamentação do direito como mecanismo de restrição de seu exercício, aqui totalmente inadmitidos.

Desta feita, a atividade interventiva estatal em direitos fundamentais estará a exigir publicidade, posto que, os direitos essenciais não possuem conteúdo taxativo e de caracteres absolutos, a permitir a imposição de restrições por exclusão, para as quais não se imponha motivação constitucional, o que se pretende rechaçar pela faculdade do arbítrio na teoria da essencialidade.

Lado outro, qualquer tese que admita restrições reais aos direitos fundamentais, tem, para além das circunstâncias já descritas, uma exegese quanto à eficácia das normas constitucionais. Nesse particular, a clássica doutrina brasileira de classificação das normas constitucionais encontra partição como normas de eficácia plena, normas de eficácia contida, normas de eficácia limitada e, por fim, normas de conteúdo programático³¹¹.

Nas normas de eficácia plena temos a impossibilidade de restrições dos direitos fundamentais consagrados, ao passo que as normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada, respectivamente, poderão ter ou dependerão de regulamentação para exercício dos direitos consagrados. Já as normas programáticas pressupõem a existência de uma vontade legislativa para se atingir determinado fim (normas-programa), exprimindo-se por uma projeção de direitos meramente expectativos que servirão de norte ao legislador infraconstitucional.

³¹¹ SILVA, José Afonso – Aplicabilidade das normas constitucionais. 6.ª ed. (3ª tir.). São Paulo: Malheiros, 2004, p. 86.

Contudo, ressaltamos como dantes, que se partirmos do pressuposto de modelo alargado e ampliado expresso na teoria da essencialidade, toda regulamentação de direito fundamental deve ser vista como forma de restrição real a direitos, devendo decorrer fundamentação obrigatória acerca dos requisitos que levaram a eventual exclusão protecionista, a não se permitir margem de discricionariedade ao agente público, volvido, que deve ser, exclusivamente, à harmonização dos direitos fundamentais entre si nos termos da norma mandamental.

Haverá, portanto, uma incompatibilidade do modelo de essencialidade dos direitos fundamentais lastrados na teoria clássica de eficácia das normas constitucionais defendida por JOSÉ AFONSO DA SILVA, se agregarmos premissas de aceitação de modelos de suportes fáticos amplos, com rejeição à ideia da teoria de limites imanentes, e, conclusivamente, que todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis, onde, em certa medida, trarão a imposição de limitações externas a seu exercício como espousaremos a seguir.

Não sem razão, a teoria dos direitos fundamentais das normas jurídicas em ROBERT ALEXY ganha especial envergadura ao conceituar tal gênero e suas espécies em princípios e regras, sobretudo quando remete à definição de princípios como mandados de otimização, partindo da premissa de direitos elementares de legalidade conforme, eficácia social e correção material, sem os quais se levaria a uma ideia de positivismo jurídico ou jusnaturalismo por essência³¹².

Nesse sentir, o conceito de direito possui três elementos nodais como: a correspondência com a ordem jurídica vigente, a eficácia social do direito e a correção quanto ao conteúdo material; a correspondência e a eficácia emergiriam como viés fático e institucional do Direito. Já a correção material estaria na dimensão ideal, indicando-se que o positivismo jurídico compreende como Direito somente os dois primeiros elementos.

A correlação do ideal e o fático se destaca, posto que os elementos positivistas preponderarão sobre o elemento ideal, onde a tomada de decisões em conformidade com a ordem jurídica e sua eficácia social são determinantes à valoração da segurança jurídica do que propriamente a correção substancial.

Na conceituação do autor, o direito é um sistema de normas que: a) formula uma pretensão de correção; b) consiste na totalidade das normas que pertencem a uma Constituição em geral eficaz e não somente extremamente injustas, como assim também na totalidade das normas promulgadas de acordo com esta Constituição, que expresse um mínimo de eficácia social e de probabilidade de eficácia; e, c) pertence aos princípios e os outros argumentos normativos em que se apoia o procedimento da aplicação

³¹² ALEXY, Robert – El Concepto y la Validez del Derecho y Otros Ensayos. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 21.

do direito e/ou tem que apoiar-se a fim de satisfazer a pretensão de correção material³¹³. Nesses três elementos acima, reside o que o autor chama de superação do positivismo jurídico.

Sofre crítica a teoria erigida por ROBERT ALEXY, baseada na racionalidade em que a conceituação do direito tenta unificar as ideias clássicas de positivismo e jusnaturalismo, sendo na primeira ordem, o conceito de que o direito justo seria fruto de procedimentos escorreitos sem serem precipuamente fixados; na segunda ordem, de que as regras procedimentais desse direito justo seriam postas de fora para dentro, por se tratar de regras intrinsecamente válidas³¹⁴.

Sem prejuízo, o conceito semântico da norma jurídica para clara compreensão dos direitos fundamentais na teoria de ALEXY calçou-se também na sua definição de espécies de normas subdivididas em princípios e regras, compreendendo tanto as normas textualmente erigidas na Constituição, quanto às normas delas adscritas, sendo sustentado de que ambas têm em sua gênese normatividade, por expressarem um dever-ser não em grau, mas em qualidade desse dever-ser.

Nesse particular, os princípios surgiram como mandamentos daquilo que deve se realizar na maior medida possível, dentro de uma conjugação fático-jurídica, constituindo-se em verdadeiros mandados de otimização (permissivos ou proibitivos). Já as regras deverão ser cumpridas de modo correspondente e em cumprimento integral. Em eventual conflito aparente entre princípios e regras, um será afastado em detrimento do outro ou tornar-se-ão cláusula de exceção do mandamento erigido.

Entretanto, podem ainda surgir conflitos de princípios entre si, que não possuem níveis de prioridade absoluta entre si, sendo que um mandado de otimização deverá prevalecer sobre outro, considerada a dimensão de seus pesos conforme o caso concreto, sendo tal fato jurídico denominado como “lei de colisão”³¹⁵.

No que pertine à dogmática jurídica decorre a perspectiva de três dimensões observadas como: a) descrição do direito vigente (empírico-descritiva); b) análise sistemática e conceitual (analítico-lógica); e, c) desenvolvimento de propostas para solução de casos concretos (prático-normativa)³¹⁶.

Na primeira dimensão tem-se conhecimento de uma ordem jurídica positivamente válida e descritiva da prática dos tribunais. Na segunda dimensão tem-se o exame dos conceitos jurídicos e suas relações com diversas normas, dedicando-se a estruturação do sistema jurídico. Na terceira dimensão ultrapassa-se a descrição e conceituação, com o exercício a orientação e crítica da *práxis* jurídica, em

³¹³ ALEXY, Robert – El Concepto y la Validez del Derecho y Otros Ensayos. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 123.

³¹⁴ ADEODATO, João Maurício – Ética e Retórica. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 329-330.

³¹⁵ ALEXY, Robert – Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 92-94.

³¹⁶ ALEXY, Robert – Teoría da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2005, pp. 243-245.

especial na seara judicial. Daí decorre a aferição silogista da premissa de subsunção de um fato à norma jurídica válida, a desaguar na decisão jurídica correta³¹⁷.

Nesse sentir, o conceito de norma ganha relevo para compreensão dos direitos fundamentais, cujo ponto de partida na teoria dos direitos fundamentais é a diferenciação entre norma e a significação do enunciado normativo, sendo que uma norma pode expressar inúmeros enunciados, ou ainda pode expressar-se como norma sem enunciado, identificando-se assim, a partir da sua própria análise e não de seu enunciado normativo, especificamente no conceito de dever-ser (*verbi gratia*, um semáforo)³¹⁸.

Nesse sentido, o conceito semântico da norma não se confunde com seu conceito de validade, podendo, entretanto, conciliar-se com diversas teorias da validade normativa, sem ser seu critério delimitador de (in)validade. Não sendo pressuposto da teoria da (in)validade da norma, antes mesmo é necessário identificar o comando como norma em si, adequando-se para tal a sua semântica. Temos aqui três teorias exemplificadoras: a) sociológica, em que fatos sociais são reconhecidos para validação da norma (obediência usual ou cogente); b) jurídica, cujo critério de validade reside em regras de competência descritas em norma superior; e, c) ética, onde o fundamento de validade é moral³¹⁹.

Para BUSTAMANTE, a conceituação semântica de ALEXY tem proximidade da noção *kelseniana* da norma, em particular nos traços de separação entre ser e o dever-ser, acrescentando-se a ideia de que a norma é um produto de ato vontade (volitividade *kelseniana*)³²⁰.

Deste modo, temos a estruturação das normas na teoria dos direitos fundamentais, subdividindo-se normas em princípios e regras – expressão do dever-ser, diferenciando-se não em grau, mas qualitativamente.

Na visão de CANOTILHO, há cinco critérios para diferenciação de tais espécies normativas, residindo-se: a) grau de abstração, sendo que os princípios possuem maior grau em relação às regras; b) grau de determinabilidade na aplicação, sendo as regras de aplicação direta, e os princípios dependentes de mediação para aplicação; c) fundamentabilidade do sistema das fontes do direito, com os princípios residindo em patamares superiores (constitucionais), com relevância na função do sistema jurídico estruturante; d) proximidade da ideia de direito, conquanto princípios são radicados nos ideários de Justiça (DWORKIN) ou nos ideários de direito (KARL LARENZ), enquanto as regras apresentam-se como

³¹⁷ ALEXY, Robert – Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 30-32.

³¹⁸ ALEXY, Robert – Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 51-52.

³¹⁹ ALEXY, Robert – Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 57-59.

³²⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de - Sobre o Conceito de Norma e a Função dos Enunciados Empíricos na Argumentação Jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, N 43 (2003), pp.106-107.

normas de caráter funcional; e, e) natureza normogenética, isto é, princípios são fundamentos das regras³²¹.

Na linha de aperfeiçoamento de sua teoria, ALEXY ressalta que a par dos princípios serem considerados “mandados de otimização” é preciso diferenciar os “mandados que são otimizados”, isto é, aqueles que possam ser objeto de ponderação em flagrante dever-ser ideal para o caso concreto. Assim o dever-ser ideal é aquilo que deve ser otimizado, transformando-se em dever-ser real operado pelo meio da otimização. Já os “mandados de otimização” propriamente ditos situam-se num metanível (principiológico) estabelecido do que é feito com os objetos (mandados que são otimizados), com a realização na maior medida possível como um dever a ser cumprido, assim como as regras jurídicas³²².

Sendo os princípios “mandados de otimização” e mecanismos prático-teóricos na ponderação e na conceituação, temos a identificação de duas facetas de um mesmo plano, sendo de um lado, o objeto que deva ser otimizado (mandados que são otimizados), e de outro, a determinação de otimizar (dever-ser) enquanto norma jurídica, agregando-se tal conteúdo a denominação já consagrada doutrinariamente.

Por outro lado, apresentam-se as regras, que são normas que devem ser cumpridas ou não, isto é, seu cumprimento só pode se dar de forma integral, inexistindo a hipótese de cumprimento parcial da norma (ideia de “tudo ou nada”). Tal diferença resta clara quando analisamos os conflitos aparentes de regras, onde o resultado é a declaração de invalidade de uma norma – dever-ser contraditório impossível de gradação – ou sua introdução como exceção à regra de outra, permitindo-se, nessa última hipótese, que uma deixe de ser aplicada naquele caso concreto³²³. Ademais, há critérios clássicos para solução de antinomias de regras em sede de dimensão de validade, tais como: *lex posterior derogat legi priori*, *lex superior derogat legi inferior*, *lex specialis derogat legi generali*, dentre outros.

De outra banda, na apresentação de colisão de princípios, a solução será outra, devendo um dos princípios preferir ao outro, sem invalidá-lo, deixando-se de se aplicar somente naquele caso concreto por se tratar de sobreposição em sede de dimensão de peso (valoração no caso concreto), na já retratada “lei de colisão”³²⁴.

Deste modo, resta claro o reflexo da característica de otimização dos princípios e da inexistência de prioridade absoluta entre eles. Por meio de um juízo de ponderação é possível solucionar um possível conflito aparentemente principiológico, conhecido pelo Tribunal Constitucional Alemão com “jurisprudência de valores” e integrativo ao rol de “normas adscritas”, lecionadas por ALEXY.

³²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1034-1036.

³²² ALEXY, Robert – Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoria de los Principios. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003, pp. 108-110.

³²³ ALEXY, Robert – Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 88-98.

³²⁴ ALEXY, Robert – Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 92-94.

Nesse sentido, uma norma em condição de preferência e derivada de uma decisão jusfundamental escoreita implicará hipótese de subsunção da decisão como fundamentada em norma expressa do sistema jurídico, reconhecida como norma de direito fundamental adscrita³²⁵.

Devemos nos ater também ao caráter *prima facie* dos princípios descritos na teoria dos direitos fundamentais, onde as determinações só são terminativas, inicialmente, antes do surgimento do conflito de princípios em si. Eclodido o conflito de princípios, a solução definitiva só fará após o juízo de ponderação de valores. ALEXY indica a diferenciação do modelo de aplicação de validade e invalidade das regras em colisão (“tudo ou nada”) apresentado por DWORKIN, criticando hipótese imprevista na criação de exceção à regra, sem invalidação de uma delas, posto que o rol de exceções não seria teoricamente enumerável, isto é, *in numerus clausus*³²⁶.

Sem dúvida, exige-se melhor fundamentação quando uma regra não é afastada, porquanto o princípio que a sustenta possa ter peso menor que eventual princípio colocado em oposição. Deste modo, o caráter *prima facie* de uma regra é maior, quanto maior o peso dos princípios formais que a erigiram, sendo o peso de tais princípios formais o diferencial de não equiparação do mesmo caráter de verificabilidade em princípios e em regras, ambos espécies de normas jurídicas. Tantos os princípios materiais, quanto os princípios formais, são princípios, restando como mandamentos otimizáveis - *prima facie* - em reais possibilidades fático-jurídicas no caso concreto.

A diferenciação entre tais princípios (substantivos e formais) advirá dos objetos de otimização, porquanto os princípios materiais otimizam direitos fundamentais (vida, liberdade, propriedade, dentre outros), e os princípios formais otimizam às decisões legítimas (judiciais, legislativas e executivas) independentemente de seus conteúdos³²⁷. Deste modo, a autoridade das normas e sua eficácia social são preponderantes decorrências da otimização dos princípios formais.

Já sob a ótica *kelseniana* do positivismo jurídico, na seara de autoridade das normas, existe um vínculo inerente entre democracia e o Direito de uma face, e o relativismo moral de outra. A aceitação de valores morais absolutos levaria a arrogância do poder em classificar o que é certo ou errado, desaguando no autoritarismo³²⁸. Aqui destacamos uma compreensão moral na experiência jurídica como elemento de cognição para proteção do Direito.

Para KELSEN, o Direito é a ordem de conduta humana composta por um sistema normativo de regras e princípios, cuja unidade é integrante pela pressuposição de um mesmo fundamento de validade,

³²⁵ Idem, pp. 97-98.

³²⁶ Idem, pp. 98-100.

³²⁷ ALEXY, Robert - Formal principles: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 12, N I (2014), pp. 511-524.

³²⁸ HANS, Kelsen – *Esencia y Valor de la democracia*. Trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934, in passim.

decorrente de normas jurídicas de conteúdo necessário, com sanções socialmente previstas, organizadas e globalmente eficazes³²⁹.

A autoridade do ordenamento jurídico decorreria da ideia de existência de uma norma pressupostamente fundamental, cujo sistema jurídico-normativo será lastrado na recondução de validade de todas as normas jurídicas a esta grande norma, fundamento de validade comum que desencadeia inauguralmente a validade de todo sistema normativo.

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA defende que o principal traço distintivo normativo inaugural nas espécies de regras e princípios é a estruturação dos direitos que normas venham a garantir. No caso das regras garantem-se direitos ou impõem-se deveres definitivos, devendo ser realizados totalmente, na subsunção do fato à norma aplicável, admitidas as exceções. Já no caso dos princípios, são garantidos direitos ou impostos deveres *prima facie*, não podendo se exortar a ideia da realização integral daquilo que a norma exige, mas, ao contrário, uma realização parcial, posto que o garantido ou imposto *prima facie* o será, até o surgimento do que é gravado de definitividade, num caminho de ponderações a percorrer, isto é, numa existência da ideia de sopesamento³³⁰.

Sob outro viés, existem duas características em comum que ligam os princípios e os valores, residentes, respectivamente, em níveis diferentes: o deontológico e o axiológico. Na primeira, a possibilidade de conflito e ponderação de princípios e de valores. Na segunda, de que o cumprimento gradual de princípios equivale ao cumprimento gradual de valores³³¹. Nesse sentido, não há que se descurar que o modelo de valores indicará o que é melhor, enquanto o modelo de princípios o que é correto.

A construção de uma ordem rígida de valores e princípios jurídicos hierarquicamente sobrepostos, de natureza abstrata e vinculação cogente, exigiria o descolamento da aplicação dos casos concretos, impedindo-se à relativização indispensável para solução de conflitos principiológicos ou valorativos. Nada obsta a criação de modelos de normas jurídicas adstritas, baseada em juízos de ponderação, matriz de preferência *prima facie*, seguidas de definitividade na apreciação pelos tribunais, em escolhas de precedência principiológica nas decisões em sede de *leading case*.

³²⁹ Hans Kelsen – Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015, pp. 33-34.

³³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da - O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito de Estado 4. São Paulo (2006), pp. 23-51, p. 27. [27.01.2018]. Disponível para download em <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>.

³³¹ Para Robert Alexy, baseando-se na classificação de George Henrick Von Wright, leciona que o princípio se diferencia dos valores porquanto estará no nível deontológico, conquanto os valores no nível axiológico. Igualmente, leciona que os conceitos práticos se dividem em três grupos: antropológicos (vontade, interesse, necessidade e ações), axiológicos (essência do que é bom) e deontológicos (deôntico fundamental, de mandado ou dever-ser). Deste modo, seria possível enquadrar os princípios no nível de conceitos deontológicos e os valores no nível de conceitos axiológicos. In ALEXY, Robert - Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 138-141.

De forma crítica, HUMBERTO ÁVILA confronta o critério de distinção de normas jurídicas que residem nas teorias de ALEXY e DWORKIN³³². É que os critérios de solução de conflitos e colisões já esposados não levariam em conta a análise circunstancial do caso, por meio de mecanismos de ponderação de razões e contrarrazões³³³.

Nesse exemplo, resta claro que a teoria da (in)validade das regras – “tudo ou nada” em DWORKIN, restará afastada em função de contrarrazões superiores que justificariam a aplicação da regra como incidência de presunção legal absoluta, conforme crítica lançada por ÁVILA, trazendo uma interpretação consequencialista da norma à luz das circunstâncias de fato como solução escoreita no conflito em aplicabilidade da regra.

Nesse particular, ÁVILA defende que da análise de elementos específicos de cada caso (circunstâncias de fato), pode-se deixar de aplicar as consequências preconizadas na norma jurídica (preceito secundário), desde que lastradas em fundamentação capaz de ultrapassar a “trincheira” decorrente do efeito cogente das regras (de observância obrigatória), por meio do critério de ponderação³³⁴.

Assim, as ponderações de valores não correm somente nas hipóteses de solução da colisão de princípios, mas também nas hipóteses de conflitos de regras aplicáveis, que possam ter seu conteúdo afastado por meio de razões e contrarrazões contrárias, sem o critério clássico de (in)validação, mas acentuado, sobretudo, pelo critério de razoabilidade e proporcionalidade (juízo de ponderação)³³⁵.

No que tange à observância das condições jurídicas para as hipóteses de colisão de princípios e não as regras, a diferença dessas estruturas decorre das variadas formas de aplicação das normas jurídicas: a subsunção para as regras e o sopesamento para os princípios³³⁶.

Tema de grande relevância na teoria dos direitos fundamentais reside na ideia do suporte fático. No direito brasileiro, o suporte fático encontra guarida intuitiva no direito penal, direito administrativo sancionador e no direito tributário de forma acentuada, sendo condição para que a consequência jurídica

³³² ÁVILA, Humberto – Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros, 2003, pp.37-38.

³³³ Trago como exemplo decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro (HC 73.662-MG do STF, Relator Ministro Marco Aurélio, de 16.04.96), em que se afastando a regra de presunção de inocência de uma menor de quatorze anos, como circunstância elementar presumida do fato típico do ilícito penal de estupro (violência presumida pela idade da vítima), acabou por afastar a presunção legal *iuris et de iure* (art. 224 do Código Penal brasileiro), levando-se em conta a aquiescência para manutenção de relação sexual pela vítima de 12 anos, aliada à sua aparência física e mental, fatos não descritos na norma jurídica, a saber: “Estupro e Violência Presumida. Verificando a partir de seu próprio depoimento que a suposta vítima de crime de estupro, a despeito de contar somente 12 anos de idade, possuía comportamento promíscuo e que não fora constrangida a manter relações sexuais com o acusado, tendo-o feito por livre e espontânea vontade, a Turma deferiu o habeas corpus para julgar improcedente a ação penal movida contra o paciente”. [23.05.2018]. Disponível [em linha]: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo27.htm>.

³³⁴ ÁVILA, Humberto – Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 41.

³³⁵ “O processo mediante o qual as exceções são constituídas também é um processo de valoração de razões: em função da existência de uma razão contrária que supera axiologicamente a razão que fundamenta a própria regra, decide-se criar uma exceção. Trata-se do mesmo processo de valoração de argumentos e contra-argumentos – isto é, de ponderação”. In ÁVILA, Humberto – Teoria dos Princípios. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 46. Assim, o entendimento acerca das dimensões de peso, tanto em princípios, quanto em regras é compartilhado por Genaro Carrió. In CARRIÓ, Genaro - Notas sobre Derecho y Lenguaje. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, pp. 352-354.

³³⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 28.

ocorra; no que tange os direitos constitucionais fundamentais, o tema não é tão intuitivo, não se restringindo àquele bem jurídico que é protegido (âmbito de proteção primária), mas contra o quê (intervenção pública ou privada), seus requisitos (para proteção ou seu afastamento lastreado em fundamentação constitucional) e suas consequências (cessação pela violação ou turbação do direito).

Em sentido lato de suporte fático, residem os efeitos da definição de controle de restrições aos direitos fundamentais, assegurados pela eficácia das normas constitucionais que garantam os direitos fundamentais *prima facie*. Lado outro, em sentido estrito de suporte fático, caracterizam-se as ausências de garantias de dadas ações, estados ou posições jurídicas, que poderiam abstratamente subsumirem-se no âmbito de proteção das normas constitucionais³³⁷.

Mas não é tão simples e intuitivo assim. Pode haver “descolamento” de ação, estado ou posição jurídica da salvaguarda direta de direitos fundamentais, por meio de argumentos fundamentados na exclusão da seara protecionista constitucional, transferindo-se a controvérsia para nível inferior de juridicidade, isto é, de controle de (i)legalidade³³⁸.

Contudo, nas formas que pressupõem a avaliação de suporte fático restrito, há quem defenda que não estamos diante de restrições de direitos fundamentais propriamente ditos, não havendo espaço para argumentação de sopesamento entre princípios, mas de ausência de proteção da ação, estado ou posição jurídica pela norma constitucional desde sempre³³⁹.

Outrossim, no âmbito temático do suporte fático amplo, toda ação, estado ou posição jurídica de dado direito fundamental deve ser considerada como integrante do alcance de proteção da norma constitucional, independente de variáveis e sendo de caráter aberto, mas não absolutos, tudo em sede de *prima facie*. As restrições e intervenções não fundamentadas constitucionalmente permanecem passíveis de cessação, posta que inconstitucionais.

A restrição ao direito fundamental e a violação ao direito fundamental distinguem-se, respectivamente, pela fundamentação constitucional ou não para legitimação do afastamento da norma fundamental descrita em suporte fático amplo, considerados que os direitos fundamentais não são

³³⁷ São exemplos de exclusão de ação, estado ou posição jurídica no âmbito de proteção de direitos fundamentais em sede suporte fático estrito, óbice à proteção ao sigilo epistolar (sigilo de correspondência) gravado de cláusula de inviolabilidade individual, como direito à salvaguarda da prática de ilícitos penais (STF, HC 70.814, de relatoria do Ministro Celso de Mello), ou ainda, a manutenção de garantia de um direito individual (liberdade de expressão) como salvaguarda da prática de delitos contra honra (STF, HC 82.424, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa). [28.01.2018]. Consulta disponível em <http://www.stj.jus.br>.

³³⁸ É exemplo o não reconhecimento de que o sigilo bancário é garantido pelo direito de intimidade previsto constitucionalmente, afastando-se os motivos determinantes no interesse do sigilo a ser mitigado, que decorre de proteção legislativa infraconstitucional que o criou; portanto, de igual modo, poderá afastá-lo ou aboli-lo, conquanto não protegido noutra norma de âmbito constitucional, excluindo-se questões de controle de constitucionalidade.

³³⁹ “Nestes, como em muitos outros casos, não estamos propriamente numa situação de conflito entre o direito invocado e outros direitos ou valores, por vezes expressos através de deveres fundamentais: é o próprio preceito constitucional que não protege essas formas de exercício do direito fundamental, é a própria Constituição que, ao enunciar os direitos, exclui da respectiva esfera normativa esse tipo de situações”. In ANDRADE, José Carlos Vieira de – Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 294-295.

absolutos. Sendo constitucional estaremos diante da restrição permitida; sendo inconstitucional estaremos diante de uma violação passível de cessação.

Da restrição permitida dos direitos fundamentais, exceção à regra protecionista do direito constitucional, teremos que enfrentar a possível colisão de direitos fundamentais, com contraposição doutrinária interna e externa e o controle das restrições de direitos. De um lado o direito, de outro seu limite de exercício ou restrições.

No âmbito da teoria interna temos um núcleo mínimo descrito, a partir do qual “o direito cessa onde o abuso começa”; remete ao processo de definição das restrições e fixação de limites do exercício de direitos ao próprio ramo interno que integra, denominando-se “limites iminentes”³⁴⁰.

Desta feita, da existência de um único objeto do direito com seus próprios limites, não submetido às influências externas, especialmente pela inexistência de colisão com outros direitos (validade interna), decorrerá a ideia de estruturação de regras jurídicas, submetidas à regra de (in)validação (do “tudo ou nada”) não submetida a sopesamento³⁴¹.

Por consequência lógica, se direitos fundamentais são definidos a partir da teoria interna sem sopesamento, o exercício de um direito fundamental tem que ser visto como gravado de definitividade sempre e não *prima facie*, cuja impossibilidade de aplicação decorrerá da unificação de determinação do direito e de seus limites iminentes, com o reconhecimento de direito subjetivo ou não.

Do mesmo modo de que as teorias externas se baseiam em suporte fático restrito para os direitos fundamentais, a teoria interna se onera em demonstrar a limitação de direito a partir de si própria (limitações iminentes), excluídas de restrições externas.

Por seu turno, a teoria externa abandona a ideia de um único objeto (validade intrínseca), dividindo-o o direito em si e suas restrições, admitindo-se o sopesamento como forma de solução de direitos fundamentais agregada à regra da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. É nessa teoria externa, segundo a qual as restrições estão dissociadas do conteúdo material do direito fundamental, podendo, contudo, restringir o seu exercício, que se sustenta a ideia de que numa colisão de princípios, àquele afastado continua válido face sua extensão *prima facie*.

Em que pese entendimento doutrinário diverso³⁴², a teoria dos princípios (*prima facie*) e a teoria externa estão imbricadas, com o suporte fático amplo da norma de natureza principiológica, passível de

³⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Op.cit. p. 37.

³⁴¹ Idem, pp. 37-38.

³⁴² NOVAIS, Jorge Reis – As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 322-326.

colisão com outras normas a impor a restrição à realização de determinado princípio, constituindo-se, portanto, restrição a dado direito fundamental consagrado em princípio.

Um mandado de otimização é ilimitado em regra, podendo ser restringido por não haver direito fundamental absoluto, tudo por meio da ponderação de valores dos princípios colidentes entre o direito *prima facie* e o direito definitivo.

Tal direito definitivo não é algo palpável imanentemente (teoria interna). Há de existir um caso concreto³⁴³, com sopesamento e aplicação da regra da proporcionalidade, erigindo-se a definitividade do direito a partir do que é externo (condições fáticas e jurídicas preexistentes).

Desta feita, as teorias acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tendem a aclarar o que é protegido pelas normas fundamentais, as possibilidades de limitações pela intervenção estatal (em regra), e a exigência de ampla fundamentação constitucional para suas restrições como exceção à regra do direito mandamental.

Todos estas circunstâncias antepostas, nos levam a ideia de uma nova concepção contemporânea das relações de sujeições especiais, em tese evolutiva e transformada, pelo que passaremos a dissertá-la no subtópico seguinte.

2.7.2. Uma concepção contemporânea das relações de sujeição especiais

Na Alemanha, a teoria clássica das relações especiais de sujeição ao invés de ser revogada, posto que restritiva aos direitos fundamentais por atos de império, veio a evoluir com a agregação da plena vigência dos direitos fundamentais e decorrente da aplicação do princípio da proporcionalidade, tendo como exigência ampliada a fundamentação constitucional para ação de qualquer limitação ou restrição (intervenção estatal), sempre que tais limitações ultrapassassem à medida de restrições “não-essenciais” às liberdades constitucionais³⁴⁴.

³⁴³ Definindo caso concreto, Virgílio Afonso da Silva aduz que a “expressão “caso concreto” pode significar duas coisas distintas: (1) “caso concreto” pode significar, na forma como pode ser compreendida também na sua acepção não-técnica, a decisão de um caso específico por parte do Judiciário (o exemplo mais usual é a colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade, honra ou imagem); (2) mas “caso concreto” pode significar algo menos concreto, ou pelo menos, mais distante daquilo que usualmente se costuma entender por isso, já que aponta, nessa segunda acepção, a uma decisão do legislador acerca da colisão dos direitos fundamentais. Uma tal decisão legislativa, se por um lado é mais abstrata do que uma decisão judicial, não deixa de ter também sua dimensão concreta, já que o legislador não se preocupa, nesses casos, com importância geral e abstrata de dois direitos fundamentais, mas de sua importância relativa, em uma situação hipotética. Exemplo dessa acepção seria, entre outros, a atividade legislativa que cria um tipo penal de calúnia (CP, art. 138). O “concreto”, nesse ponto, não é um caso específico que acontece na realidade, mas a situação hipotética, descrita e “resolvida” pelo legislador em um certo sentido – a favor da honra, em detrimento da liberdade de expressão –, que pressupõe uma decisão acerca de um direito e de suas restrições. In SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 40.

³⁴⁴ Cf WIMMER, Miriam. Op. cit..

O Tribunal Constitucional Alemão firmou entendimento de que a imposição de limites essenciais a direitos fundamentais sem autorização legal específica violaria as liberdades públicas constitucionais³⁴⁵. Noutra decisão do mesmo ano, firmou-se o entendimento de que ao legislador é reservado a determinação de regras com relevância para os direitos fundamentais consagrados, não se deixando a cargo da Administração Pública³⁴⁶.

Também em sede de decisão do Tribunal Constitucional Alemão, outra decisão relevante reafirmou tese de que as limitações dos direitos fundamentais consagrados só poderiam se dar por força de atividade legislativa, afastando-se a discricionariedade do administrador público na atividade de restrição de direitos constitucionais de conteúdo essencial, sem lastro na ampla fundamentação constitucional³⁴⁷.

Na virada do milênio, outra decisão do Tribunal Constitucional Alemão reafirmou a exigência da reserva legal no âmbito das relações especiais de sujeição, desta vez versando sobre liberdade religiosa no âmbito escolar³⁴⁸.

Deste modo, destacamos pontos relevantes acerca da evolução da teoria da relações de sujeição especial, com destaque de que: a) as restrições impostas nas intervenções estatais deverão ser precedidas de lei; b) a restrição as normas fundamentais de direitos deverão ser precedidas em lei de fundamento constitucional; c) a Administração Pública não possui poderes normativos autônomos em matérias de regulação de relações de sujeição especial; e, por fim, d) há reconhecido controle judicial

³⁴⁵ Em decisão do Tribunal Constitucional Alemão no ano de 1972, relativa à liberdade de profissão no âmbito médico, deixou-se claro que a imposição de limites essenciais a direitos fundamentais sem autorização legal, não era permitida. A decisão fez referência à competência das Câmaras Médicas para regular o modo de exercício profissional das especialidades médicas, ante a ausência de leis limitativas sobre o tema, restringindo-se a atividade de um profissional médico às suas especialidades, para abster-se de cuidar de pacientes carentes noutra ramo de especialidade da medicina. Decidiu-se que a característica do médico especialista não poderia ser regulada pelo estatuto das Câmaras Médicas (ordem de médicos especialistas), atividade constitutiva de status reservada ao legislador. Conforme BvGE 33, 125, de 09.05.1972. [23.05.2018]. Disponível [em linha] em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033125.html>.

³⁴⁶ No caso posto perante o Tribunal Constitucional Alemão, em 1972, discutiu-se a introdução de ano adicional ao estudo obrigatório regular (Förderstufe) nas escolas de Hessen. A causa envolveu questões acerca do direito de escolha dos pais quanto à educação de seus filhos e à liberdade da Administração estabelecer etapas de formação e metas de ensino em escolas públicas, tendo o Tribunal decidido que as características essenciais do estudo escolar obrigatório devam ser fixadas em lei. Conforme BvGE 34, 165, de 06.12.1972. [23.05.2018]. Disponível [em linha] em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv034165.html>.

³⁴⁷ Já em meados de 1977, novamente o Tribunal Constitucional Alemão proferiu decisão relativa à educação dos alunos em escolas públicas, em especial acerca da possibilidade do Estado oferecer educação sexual às crianças, independentemente da vontade de seus pais. Levando-se em conta as liberdades públicas dos pais, do direito de personalidade das crianças e às atribuições estatais para formação da educação fundamental, deliberou-se que embora a educação sexual não carecesse de autorização dos pais, o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático exigiam que o próprio Estado-legislador tomasse para si próprio a competência para regulamentar matéria de educação escolar, não sendo permitido transmitir à Administração Pública (escolar). Sem prejuízo, fixou-se à tese que à reserva legal não se impunha regulação exaustiva e minudente sobre todas as modalidades de educação sexual, bastando determinação às escolas em matéria educacional mediante diretriz parlamentar. In SCHWABE, Jürgen - Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. Trad. Marcela Anzola Gil, Colômbia: Edições Jurídicas Gustavo Ibanês, 2003, pp. 180-181.

³⁴⁸ Em 2003, o Tribunal Constitucional Alemão apreciou recurso de candidata ao cargo de professora de escola pública, que fora eliminada pelo Conselho Escolar Superior, sob alegação que faltavam requisitos essenciais para o cargo de magistério, vez que era mulçumana e havia declarado sua intenção de utilizar indumentária sobre a cabeça durante suas aulas a serem ministradas. Naquela assentada da Administração Pública, o Conselho Escolar Superior entendeu que o uso de pano sobre a cabeça representaria expressão de separação cultural constituindo simbologia religiosa e política, com reflexos na desintegração cultural incompatível com a neutralidade estatal. Em sede de Acórdão, a Corte decidiu que todo cidadão tem direito de acesso ao serviço público, independentemente de seu credo religioso, sendo o uso de um pano sobre a cabeça expressão de âmbito de liberdade religiosa, direito fundamental consagrado, não constituindo violação da neutralidade estatal, sendo as questões de tolerância religiosa afetas às atribuições do legislador democrático, cuja restrição de uso de símbolos religiosos por professores está a exigir fundamentação constitucional. In WIMMER, Miriam. Op. cit. pp. 46-47.

(princípio da inafastabilidade da jurisdição) das medidas havidas no seio das relações de sujeição especial.

Em que pese parâmetro de maior segurança jurídica envolvendo o tema, a teoria da essencialidade não é taxativa naquilo que é essencial em sede de norma fundamental, abrindo espaço para decisionismos judiciais acerca da proteção ou não de direitos fundamentais em casos concretos, em que se descurem temas afetos à reserva de lei. Outros fatores contribuem para desconfiar do tema, sempre quando há o uso de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais pelo legislador democrático, desaguando na necessidade intervenção judicial para esclarecimento dos conceitos e pacificação da controvérsia.

JANE PEREIRA retrata que há ainda descrição de dissenso doutrinário acerca da necessidade de legitimação constitucional expressa, acerca das limitações decorrentes das relações de sujeição especial ou ainda, indispensabilidade das previsões constitucionais que acarretem à restrição de direitos, tanto quanto em relação aos cidadãos comuns ou cidadãos inseridos na relação jurídica posta³⁴⁹.

No direito brasileiro, apesar de não haver expressa recepção da teoria das relações especiais de sujeição, há, em certa medida, consenso doutrinário e jurisprudencial de que os direitos e garantias fundamentais não têm caráter absoluto, podendo, respeitadas as disposições constitucionais, ser objeto de restrição em decorrência de motivação de excepcional interesse público ou pressuposto de coexistência do regime de liberdades constitucionais, em conflito aparente de normas fundamentais.

Nada obstante a ausência de limites claros para espécies de restrições de norma fundamental em sede de relações especiais da Administração Pública com o administrado, têm-se que os tribunais tendem a rechaçar o afastamento de direitos fundamentais lastrados em decisões emanadas da Administração Pública sem reserva de lei, em que pese menor exigência de densidade normativa legiferante, com controle judicial reduzido na apreciação das restrições ou minorações, de forma a atender os princípios da razoabilidade e proporcionalidade na apreciação de casos concretos³⁵⁰.

³⁴⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves – Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições dos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, in passim.

³⁵⁰ Em julgado do Superior Tribunal de Justiça, nos autos de recurso aviado por oficial da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, onde se discutia o direito de liberdade de expressão no âmbito militar submetido às regras especiais de hierarquia e disciplina, em que o recorrente havia sido submetido à pena disciplinar de seis dias de prisão por haver concedido entrevista acerca de monografia de sua autoria, sem licença de seus superiores oficiais, firmou-se entendimento da inexistência de transgressão disciplinar, em sede de exercício de garantia de liberdade de expressão de atividade científica, independentemente de censura ou licença, constitucionalmente assegurada a todos os cidadãos (art. 5º, inciso IX, da Constituição da República de 1988). Ex vi Recurso em Mandado de Segurança (RMS) n. 11.587/SC, de relatoria do Ministro Gilson Dipp, Diário da Justiça de 03.11.2004, p. 206. [28.06.2018]. Disponível para consulta em <http://www.stj.jus.br>.

Já no âmbito do direito administrativo sancionador, o Supremo Tribunal Federal tem adotado decisões em que se contemplam os princípios da proporcionalidade no devido processo legal e da inafastabilidade do controle jurisdicional³⁵¹.

Assim, a visão da teoria das relações jurídicas de sujeição especial passou de um fundamento de poder administrativo estatal autônomo limitador de normas fundamentais à margem do Direito, a um domínio de incidência dos direitos fundamentais, dissociado do autoritarismo e à negação da vigência do Estado de Direito.

HERRARTE critica a utilização da citada teoria pelos tribunais europeus, face o risco potencial de ser empregado como fundamento de restrições de direitos fundamentais, dissociado de maiores esforços argumentativos, díspares da análise dos fins da norma fundamental limitada, com necessária observância das regras de necessidade e proporcionalidade das restrições impostas ao cidadão³⁵².

CANOTILHO leciona que de modo diverso do explanado pela doutrina clássica das relações jurídicas de sujeição especial de poder, os cidadãos submetidos aos estatutos administrativos não renunciam a direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, como característica imanente da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, nem se vinculam volitivamente a nenhum estatuto de sujeição especial ensejador de uma *capitis deminutio*. Faz alusão a relações de vida disciplinadas por estatuto específico que deve guardar fundamento na norma constitucional ou restar pelo menos pressuposto nesta³⁵³.

Sem prejuízo e de todo modo, deve ser considerada que a decisão administrativa limitadora de direito insculpido em norma fundamental deva ser (in)constitucional, passível de controle de legalidade pela cláusula de reserva jurisdicional, considerados a (ir)relevância do bem promovido pela instituição da relação de sujeição especial e o peso abstrato do direito fundamental restringido, conjugado com a gravidade ou não da limitação imposta, em critérios de sopesamento (razoabilidade e proporcionalidade), não havendo que se falar que os ideários de seu nascimento, por si só, são capazes de desnaturá-la como instrumento de agir estatal submetido sim, a controle de atos da administração pública, tanto por autotutela, quanto pela via do controle jurisdicional.

³⁵¹ Ex vi verbetes sumulares e precedentes do Supremo Tribunal Federal, a saber: Súmula 70, aprovada na sessão plenária 13.12.1963; Súmula Vinculante 21, aprovada na sessão plenária de 10.11.2009; Súmula Vinculante 28, aprovada na sessão plenária de 03.02.2010; REEx n. 426.147-AgR, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, Diário da Justiça de 05.05.2006; RMS n. 24.901, de relatoria do Ministro Ayres Britto, Diário da Justiça de 11.02.2005; RMS n. 24.699, de relatoria do Ministro Eros Grau, dentre outros. [28.06.2018]. Disponível para consulta em <http://www.stf.jus.br>.

³⁵² HERRARTE, Iñaki Lasagabaster - Las relaciones de sujeción especial. Madrid: Civitas, 1994, pp. 420-425.

³⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes – Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 466-468.

2.8. Conclusões parciais

1. A realização dos objetivos sociais programatizados na norma constitucional dependerá do reconhecimento e da realização do direito-dever dos gastos públicos, que necessitam - a seu turno - serem realizados sob a ótica da equidade intergeracional para preservação do direito ao futuro.
2. A apropriação de riquezas pelo ente estatal, cuja ficção jurídica foi idealizada para implementação de políticas de bem-estar social, o subordina a um regime jurídico para fazer face às necessidades coletivas, que por sua vez dependerá da realização dos gastos públicos a encargo do mesmo ente.
3. O planejamento orçamental é de sua importância para manutenção segura do atingimento de metas decorrentes de diretrizes de ações governamentais previamente estabelecidas, sem as quais desbordam-se incongruências de (in)eficácia das políticas públicas.
4. O exercício do poder de gastos públicos deve ser autônomo, enquanto passível de comprometer a capacidade de fundos públicos para atingimento de necessidades de interesses coletivos previstas em lei. A despesa pública deve ser precedida de autorização legislativa para que ganhe envergadura de legitimidade para satisfação de interesses sociais relevantes.
5. O fato gerador do gasto público é importante parâmetro para circunscrição do exercício financeiro de sua realização e suas limitações quantitativas descritas em previsões orçamentais. As renúncias fiscais e os benefícios creditícios devem ser deferidos com parcimônia, sob a ótica do atingimento do melhor resultado ao interesse público primário, com (re)avaliação periódica de atingimento de metas, nunca em favor de interesses meramente particulares.
6. A fundamentação legal para realização da despesa pública deve passar sob o crivo do requisito de verificabilidade do cumprimento dos princípios jurídicos aplicáveis à espécie e os princípios constitucionais fundamentais, em especial de natureza financeiro-orçamental, sob pena de ilegalidade pela ausência de aderência no trato da boa gestão pública, perpassando, ainda, pelo dever de cumprimento de *accountability* pelo administrador publicista de bens e serviços.
7. O dever de prestar contas exige postura colaborativa com os órgãos de controle e de transparência, sem prejuízo da necessidade da demonstração inequívoca da precedência

do custeio para fazer face à despesa pública. Antes da realização do gasto público há necessidade de demonstração inequívoca da fonte de arrecadação de recursos, exposta em prévia fonte de custeio.

8. A sustentabilidade financeira do ente estatal dependerá da observância desse arcabouço jurídico mínimo, balizador do equilíbrio financeiro e orçamental, posto que as demandas são infinitas, mas os recursos são limitados.
9. Os objetivos de desenvolvimento sustentável devem corresponder a ação estratégica no âmbito de direitos humanos globais, a cargo da Organização de Nações Unidas, representados em políticas públicas mundiais concertadas a evolução dos Estados em desenvolvimento e de toda humanidade. A ausência de equilíbrio orçamental causará óbice a realização desses objetivos planejados globalmente (Agenda 2030 da ONU).
10. O percentual de endividamento dos entes estatais compromete sua higidez financeira, com gastos crescentes em serviços da dívida pública e juros em favor de particulares, num viés patrimonialista do erário público.
11. A transição da imperatividade da atuação administrativa para era dialógica propiciou o exercício de prerrogativas públicas consensuadas, tomando por base o núcleo da dignidade da pessoa humana e todos os seus corolários derivativos.
12. Os espaços das relações jurídicas erigidas sob a “autonomia da vontade” em que se desvelam interesses públicos subjacentes, necessitam de melhor atenção (regulatória) do Estado, sob pena de se “oportunizar” à iniciativa privatística uma “nova” fonte de Direito, por meio da autorregulação privada ou contratualizada, em detrimento de temas de interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos relevantes.
13. Num mundo global de complexas relações sociais, nada impede que o Estado se aproprie de ideias privadas de destaque para edificação da sua heterorregulação, quando couber, desde que se emerja destaque de materialidade publicista a ser regulada, em aderência e relevância de interesse público e social.
14. O novo ambiente de uma administração pública dialógica, em que a relação jurídica unilateral resta reservada para temas excepcionais de poder de polícia, inaugurou uma lógica de juridicidade administrativa permeada de observância aos direitos individuais e coletivos, verdadeiros vetores do agir estatal, havendo internalização no processo administrativo da necessidade de observância do contraditório e ampla defesa, cujo diálogo permanente com a sociedade e os interessados propiciará o exercício da

consensualidade como meio alternativo de acesso à Justiça, no seio da própria administração pública por meio da autocomposição em virtude dos ideários de solução pacífica das controvérsias.

15. Assim, as relações de sujeição especial que submetiam os particulares ao exercício de poderes exorbitantes da Administração Pública, passam a se sujeitarem aos direitos e garantias fundamentais integrativos das relações jurídicas que venham a limitar ou restringir o patrimônio jurídico dos cidadãos.
16. As atividades dos poderes estatais dotados poder de potestade passam a se submeter a um sistema de freios e contrapesos em regime de contingência ao arbítrio dos poderes públicos, especialmente realizado pelos órgãos de controle externo da Administração Pública, onde a legitimação dos atos administrativos deve restar agregada a uma ordem constitucional, tanto para o órgão controlador, quanto ao órgão controlado, impondo-se limites de atuação a não permitir desvios ou sobreposição de competências de funções típicas de cada qual.
17. Nesse sentir, o controle externo exerce importante papel na seara das finanças públicas, seja o realizado pela sociedade como faceta do exercício da cidadania plena, seja o realizado pelos órgãos constitucionais dotados de competência fiscalizatória, onde, sem a transparência pública, tornam-se permanentemente prejudicados para exame de conformidade do cumprimento dos direitos fundamentais dos cidadãos.
18. A ausência de controle da administração pública e da dívida pública dos entes estatais brasileiros, em especial da União federal, à vista de política instituída pelos seus governantes dos últimos anos, em que o patrimonialismo no trato do endividamento estatal é propiciado pela blindagem das regras orçamentárias por meio de “cláusulas pétreas” constitucionais em favor do “serviço da dívida”, torna-a insuscetível de controle parlamentar – por emendas - na lei do orçamento anual que a dispõe; além disso, há alto índice de comprometimento do PIB e do orçamento anual do ente nacional federativo, a acarretar a “rolagem” (reemissão de dívida) para pagamento de juros de dívidas pretéritas, sem possibilidade segura de adimplemento do principal e encargos decorrentes em médio e/ou longo prazo, a deflagrar círculo vicioso de malferimento ao erário público, em confronto direto aos objetivos de desenvolvimento sustentável planejados pelas Organizações da Nações Unidas.

19. Por fim, destacam-se no exercício de controle de contas públicas, tanto o controle social, como a atuação extrajudicial dos órgãos ministeriais, assim como pelos Tribunais de Contas que são remetidos ao controle externo administrativo pelas competências constitucionais brasileiras em sede de jurisdição-administrativa, deferindo-se legitimação na proteção do erário e em repressão a atos perdulários acerca da má gestão pública na seara extrajurisdicional, visando, assim, mais adequada promoção e realização dos direitos metaindividuais.
20. Passadas estas conclusões capitulares parciais, volvermo-nos aos instrumentos de composição administrativa como neófitos métodos de acesso à Justiça.

CAPÍTULO II

3. DOS INSTRUMENTOS DE COMPOSIÇÃO ADMINISTRATIVA

A atividade administrativa de controle - interno e externo - na atualidade possui diversos mecanismos de composição de litígios visando à prevenção e à solução de controvérsias, sem se descuidar da última instância representada pelo sistema coercitivo-sancionatório de competência de órgãos e poderes constituídos.

Os maiores vetores da atividade administrativa – que devem encontrar guarida no princípio da legalidade – são hodiernamente: a) o contratualismo; b) a substituição de mecanismos lastrados na hierarquia das relações internas da Administração; c) participação do destinatário na tomada de decisões; e, por fim, d) o emprego de técnicas de prevenção de ilícitos e/ou solução pacífica de conflitos.

Alguns instrumentos podem ser destacados na seara do controle externo, tais como: os compromissos de ajustamento de conduta, as auditorias operacionais, as consultas formuladas aos órgãos controladores, a arbitragem, a conciliação, a mediação, transação, o compromisso, a negociação, dentre outros, em especial, o neófito ajustamento de gestão.

A tipicidade do momento vivido pelo Direito Administrativo caracterizado de forma saliente por uma administração pública consensual, evidencia o abandono de seu viés classicamente autoritário em benefício de um novo viés muito mais democrático, possibilitando a participação dos destinatários dos comandos administrativos em suas próprias elaborações, concomitantemente ao exercício da atividade administrativa de controle, muito mais eficaz ao atingimento do produto final: eficiência e boa governança.

Portanto, a consensualidade inaugurada nas relações jurídicas administrativas deve estar atenta aos percalços que podem surgir nesse novo movimento, a fim de não se transformar em atos de usurpação de atribuições administrativas, como: a) de que consensualidade no controle preventivo não suplante a discricionariedade do gestor público na implementação de políticas públicas; b) de que a busca pela eficiência estatal não enfraqueça a busca da justiça na atividade administrativa e; c) de que a coisa pública não seja substituída pelas formas difusas de cidadania privada.

Os limites de atuação do controle³⁵⁴, em especial do externo, agregados à preservação das competências originárias do gestor público, volve-nos muito mais eficientes à finalidade pública de

³⁵⁴ Descrevendo acerca da problemática do acordo administrativo "sitiado" em que os órgãos de controle externo tentam assumir a gestão pública em sobreposição à atuação administrativa executiva, em especial pelos órgãos ministeriais em "consensualidade pro forma", ex vi BARROS, Laura Mendes

atingimento de interesses, bens e serviços em favor de seus destinatários (os concidadãos), do que a utilização de métodos heterodoxos heterocompositivos lastrados na litigiosidade pela via do processo jurisdicional.

Assim, discorreremos acerca dos instrumentos de composição administrativa, suas espécies, técnicas e métodos de adequação para busca de mecanismos alternativos de acesso à Justiça.

3.1. O *iter iustitia* em tempos de soluções extrajudiciais: fundamentos do controle consensual

No atual século, num viés jurídico-institucional de Administração Pública moderna finalisticamente volvida à prevenção de desvios e solução pacífica de conflitos, surge o papel consensualista da atividade administrativa não só na boa gestão interna da Administração, mas também nos órgãos de controle externo.

Superando a ideia da função estatal sancionatória e coercitiva como únicas facetas decorrentes do poder de potestade, dentre as formas de controle externo da Administração Pública destaca-se a ação administrativa da consensualidade, como somatório de esforços para fazer face aos novos desafios e tarefas estatais hodiernas. Esse pensamento já era difundido por NORBERTO BOBBIO³⁵⁵ no século passado, expressando que o Estado daquela época era muito mais propenso a exercer uma função mediadora e garantidora, do que detentora do poder de potestade imperialista.

O dever constitucional na implementação de políticas públicas sob responsabilidade do ente estatal prestador, por intermédio de uma administração pública eficiente, impõe a efetivação de um vasto rol de direitos fundamentais e de uma nova postura preventiva do Estado garantidor.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice, 2000), em seu artigo 41³⁵⁶, remete a direitos de os concidadãos europeus exigirem dos órgãos e entidades, um conjunto de posturas garantidoras (p. ex. contraditório, reparação de danos etc.).

Amando de – O que fazer quando o “Fiscalizador-Controlador” assume a Gestão Pública no Lugar do Gestor? O Acordo Administrativo “sitiado” e o Problema da Ineficiência e da Responsabilização na Administração pelo Ministério Público. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.) – Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, pp. 127-156.

³⁵⁵ BOBBIO, Norberto – Estado, governo e sociedade. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

³⁵⁶ Ex vi Artigo 41 da Carta de Nice. Art. 41. Direito a uma boa administração: 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente; - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

No Brasil, a Constituição da República de 1988, notadamente em seu artigo 5º – dos Direitos e Garantias Fundamentais – enumera diversas garantias em favor de seus nacionais e estrangeiros que se encontrem sob a égide do ordenamento jurídico pátrio, nos remetendo a premissa de que um Estado protetor de direitos fundamentais faz decorrer – logicamente - uma atividade administrativa garantidora³⁵⁷.

A função estatal da consensualidade *exsurge* justamente da propagação da mediação e democratização administrativa, extramuros do exercício da política, decorrente do alargamento das bases de legitimação do exercício de poder³⁵⁸, por meio de uma atividade estatal que não suplanta as atribuições da *res publica*, comprometida à eficiência do agir estatal.

A interlocução da gestão administrativa com indivíduos e grupos sociais – decorrente da atividade de democratização - deve ser agregada aos métodos preventivos e de controle externo já experimentados por meio da utilização de mecanismos de prevenção de desvios, correção, orientação e soluções compartilhadas.

Tanto os órgãos e entidades da Administração Pública garantidora, quanto os órgãos e entidades da Administração Pública controladora, possuem convergência de atividade administrativa no norte da eficácia e efetividade das políticas públicas que deverão ser implementadas.

Assim, este capítulo pretende demonstrar que a ideia de monopólio de um determinado órgão estatal componente do Estado, deve abandonar o fundamento imperialista e hierarquizado do poder, substituindo-o pela consensualidade na tomada de decisões por variadas vertentes, como: a) o contratualismo (acordo, compromisso, conciliação e transação administrativos); b) a substituição de mecanismos lastrados na hierarquia das relações internas da Administração (órgãos ou entidades vinculadas); c) participação do destinatário na tomada de decisões (democratização do processo de densificação do interesse público), e; d) emprego de técnicas de prevenção de ilícitos ou solução de conflitos (ajustamentos de conduta e ajustamentos de gestão).

³⁵⁷ FREITAS, Juarez – Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007.

³⁵⁸ Nesse sentido, OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane – A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública do Séc. XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação [em linha]. [s.i.] p. 127. [30.03.2016]. Disponível para download em <http://www.publicadireito.com.br>.

3.2. Da travessia da atividade administrativa imperativa à consensual

Classicamente, o ato administrativo decorria da atividade interventiva e autoritária que fundamentava o direito aplicável ao súdito no caso *in concreto*. Assimilava-se, portanto, o ato administrativo a uma sentença judicial, vez que ambos constituíam manifestações do poder de potestade³⁵⁹, com definição do direito aplicável a uma situação jurídica individual³⁶⁰.

Não sem razão, tal ato poderia ser visto como ato administrativo de polícia quando desfavorável ao particular, destinando sua constituição à manutenção da ordem pública e da paz social, marca das orientações dogmáticas autoritárias e interventivas liberais clássicas, tanto francesas, quanto alemãs³⁶¹.

Nesse sentido, a Administração Pública do Estado Liberal – de fundamento autoritário - se tornou sede centralizada de meio coercitivo distante dos administrados, bem como dos demais poderes do próprio ente estatal que representavam, impermeando-se a interferências externas.

Já no Estado Social, a dependência do administrado relativamente à Administração, intensificou o clamor interventivo dos poderes públicos como condição de existência do cidadão – destinatário das prestações públicas –, sujeito a direitos e obrigações almejados ininterruptamente para garantia do mínimo existencial de qualidade de vida.

Surgiu daí a pretensão de manutenção das vantagens “declaradas” ao cidadão por meio das garantias, não apenas ensejando uma atuação administrativa, passando a se perquirir que aja por si próprio, como nos ensina VASCO SILVA³⁶².

Com tal advento da administração prestacional típica do Estado Social, tornou-se necessário formatar a noção de ato administrativo prestacional, passando da outrora agressão à esfera individual (“desfavorável” ao cidadão), para um mecanismo de satisfação de interesses individuais e coletivos (“favorável” ao cidadão).

Tal atividade da Administração Pública prestadora, diferentemente da administração pública interventiva, flexibilizou e diversificou sua atuação de forma menos imperialista, de modo à

³⁵⁹ Dessa prerrogativa decorre a unilateralidade e a imperatividade dos provimentos administrativos, não derivado de acordo entre Administração Pública e administrado, possibilitando uma análise estática da relação jurídica estatal com o particular. Cf. BARREIROS, Lorena Miranda Santos – Convenções processuais e poder público. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 33.

³⁶⁰ SILVA, Vasco Pereira da – Em busca do ato administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 67-68.

³⁶¹ Idem, p. 100.

³⁶² Nesse cenário, tornam-se relevantes juridicamente as “recusas de prestação”, ao contrário da doutrina clássica, pois a Administração, assim, está negando vantagem ao particular que depende de tais prestações, devendo caber-lhe, em consequência, direito de recurso contencioso. Daí porque a jurisprudência e a doutrina europeia começam a admitir a recorribilidade de atos negativos. Na Alemanha, por exemplo, a possibilidade de reação jurisdicional contra atitudes omissivas ilegais da Administração passa pelas “ações de cumprimento de dever” (Verpflichtungsklage), enquanto que, em Portugal, Espanha, França e Itália, o administrado conta com a figura do “ato tácito”. Idem, pp. 100-101.

consensualizar seu *modus* na busca de fonte do Direito Privado (acordo de vontades) para realização de suas tarefas por meio das privatizações, contratualizações e tecnicizações³⁶³.

Nesse sentir, a privatização tendencia a “fuga para o direito privado”, satisfazendo-se necessidades coletivas por meios jurídico-privados, quer em nível de organização administrativa (entidades de caráter público sob regime de gestão privada), quer em nível da atuação do gestor público (atividade administrativa clássica, prestacional e constitutiva).

Há de se destacar que a maior aplicabilidade do direito privado se dá na faceta prestacional da Administração Pública, sem, contudo, excluir sua incidência nas atividades típicas do poder estatal de polícia, com aplicação conjugada de regras de gestão privada, em que pese às críticas de parte da doutrina de que o poder estatal não comporta regras de consenso por serem lastradas em interesses públicos indisponíveis.

Entretanto, a contratualização da Administração Pública se tornou meio cada vez mais comum, sendo intitulada como “administração concertada” ou “administração pública consensual” que tanto favorece a celebração de contratos com os administrados, quanto possibilita que as próprias autoridades administrativas celebrem acordos de vontades de interesse público entre si³⁶⁴.

Longe de desnaturar a figura pública do Estado, o contratualismo na atividade administrativa empresta-lhe novas tendências e atenta para a eficiência dos serviços públicos. Torna-se clarividente o esforço contemporâneo da doutrina clássica em utilizar a jurisdição estatal de cultura demandista ou judiciarista como última *ratio* na resolução de conflitos³⁶⁵.

Pela tese da *Alternative Dispute Resolution* esposada em MARC GALANTER³⁶⁶, a resolução de conflitos deve se lastrar por duas características preponderantes: a) argumentos produtivos voltados à obtenção de melhores resultados com menor dispêndio de tempo e de recursos, subitem do princípio da proporcionalidade; b) argumentos qualitativos que demonstrem claramente os benefícios que o mecanismo poderá trazer.

O declínio da efetividade da solução de controvérsias pelo Poder Judiciário vem de encontro a esta nova visão de resolução alternativa de conflitos, como método quantitativo de melhores resultados a tempo e modo, e menor dispêndio de recursos estatais cada vez mais escassos. De outra banda o método qualitativo salta aos olhos, ao passo que instrumentaliza *incontinenti* e ao mesmo tempo, a contingência de reiteração de ilícitos, por vezes danosos ao erário, promovendo de igual sorte a

³⁶³ ESTORNINHO, Maria João – A fuga para o direito privado: contributo para estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1996, p. 42.

³⁶⁴ Cf. SILVA, Vasco Pereira da. Op. cit. p. 105.

³⁶⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo – A resolução dos conflitos e a função judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 12-13.

³⁶⁶ GALANTER, Marc – Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. Denver University Law Review, N 66 (1989), p. xii.

responsabilização pelo dano já consubstanciado, com a capacidade de repará-lo na própria solução alternativa da controvérsia construída sob controle estatal.

A demanda pela solução de conflitos por meio do Poder Judiciário supera em muito à capacidade do Estado em abarcar a resolução das controvérsias pela tutela jurisdicional³⁶⁷, exclusivamente com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou jurisdição universal³⁶⁸ inerentes aos direitos e garantias individuais.

A ampliação dos horizontes de pretensões judicializáveis criou um estado de contingência de demandas que ultrapassa a racionalidade administrativa da estrutura judiciária, na contramão de uma possível solução de controvérsias de maneira célere e justa, dando a cada um o que é seu³⁶⁹.

Nesse particular, emergem as teses de solução extrajudicial dos conflitos de interesses, por meio de instrumentos legais dotados de segurança jurídica, capazes de atender ao mesmo tempo a reparação de danos, responsabilização dos autores de ilícitos e solução de continuidade da má gestão nos gastos públicos, sem se descurar do caráter pedagógico-preventivo e repressivo que a tutela jurisdicional traz na decisão de mérito dos conflitos judicializados.

A concepção de que o Estado é, em certa medida, responsável pela maior parte de demandas judicializadas no sistema jurídico brasileiro, está contido na própria criação de varas especializadas de fazenda pública (estadual e municipal) e de juízos especializados (federal) em território brasileiro, em que o Estado seja parte ou detenha interesse primário direto na lide, bem como nos tribunais administrativos em território lusitano, tudo como forma de tutelar em jurisdição especial a solução de conflitos judicializáveis em que os entes estatais sejam parte ou interessados, por vezes ocasionando demandas coletivas em massa e de forma difusa³⁷⁰.

Nesse diapasão de demandas cada vez maiores e sem solução céleres, temos que conciliar os princípios da indisponibilidade do interesse público, a efetivação dos direitos coletivos que comportam sempre despesas públicas e a ineficiência do Estado em atender as demandas cada vez mais crescentes, tendo como fonte esgotável a promoção por recursos públicos.

Mais que isso, trata-se de uma nova visão de solução de litígios e de guardar correspondência a questões de ordem pragmática que justificam o tema aqui lançado: a maioria dos litígios de ordem estatal

³⁶⁷ DINAMARCO, Candido Rangel - Universalizar a Tutela Jurisdicional – Fundamentos do Processo Civil Moderno. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 395-397.

³⁶⁸ Art. 5º. Inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³⁶⁹ Ulpiano nas primeiras concepções romanas de Direito e Justiça: "Juris Praecepta Sunt haec: Honestae Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere".

³⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro - Os métodos extrajudiciais de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de Processo. A 19, N 74 (1994), pp. 95-97.

e coletiva vem sendo resolvidos por acordos e ajustamentos de conduta em processos judiciais³⁷¹, após demandas jurisdicionais complexas, custosas ao próprio Estado, sendo a negociação uma nova realidade na técnica judicial de solução de conflitos de diversos matizes jurídico-prestacionais e sociais³⁷².

Em que pese à existência – na prática – de mecanismo de resolução extrajudicial de conflitos de pretensão resistida que envolva direitos indisponíveis onde o Estado seja parte, o lastro doutrinário e a previsão legislativa foram insuficientes como fontes materiais e formais, respectivamente, no direito brasileiro. A última década foi extremamente tímida na construção de bases teóricas e de lastro legislativo que abarcam a questão, tudo desde o início da presente investigação. Não sem razão, os agentes estatais se valeram da “fuga para o direito privado”³⁷³, como método de formação de avenças judiciais e extrajudiciais na solução de conflitos estatais.

Temos uma demonstração hialina de que a realidade se sobrepôs à teoria, sendo o tempo o “senhor da razão” em conciliar a melhor forma de “julgar”, desde que no “acordo” celebrado sejam respeitadas e bem delimitadas a máxima proteção dos direitos indisponíveis. Poupa-se tempo, custos, gastos com provas complexas, execuções forçadas malsucedidas, ou ainda, por meio de “acordos” (dos mais variados nomes) em procedimentos investigativos cíveis e penais³⁷⁴.

3.3. O ponto de partida da transação: o conflito de interesses de pretensão publicista

A passagem do imperativo categórico *kantiano* (ser) para a emolduração em imperativo hipotético (dever-ser), constituído pela formação da norma jurídica abstrata e geral (direito objetivo) capaz de prever fatos jurídicos que condicionam a conduta humana, com atributividade de deveres e direitos às partes (direito subjetivo), foi, por si só, um instrumento de solução de pacificação de controvérsias, com a segurança jurídica propiciada pelo direito.

Contudo, no seio das relações jurídicas encetadas pelo Estado, surgem um maior número de pretensões resistidas ao cumprimento de deveres jurídicos impostos constitucionalmente, a demandar

³⁷¹ O Anteprojeto de Lei federal n. 5.139/2009, rejeitado pela Comissão de Constituição da Câmara dos Deputados do Congresso Nacional Brasileiro e arquivado, que alterava a Lei federal n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), previa em seu artigo 19, após o despacho saneador e não sendo hipótese de julgamento antecipado da lide, que o juiz designaria audiência preliminar, na qual compareceriam as partes com seus respectivos procuradores com poderes especiais para transigir, sendo facultada à conciliação com outras técnicas de solução de conflitos, como mediação, arbitragem ou avaliação neutra de terceiro de confiança das partes, tudo na tentativa amigável da solução do conflito de pretensão resistida. Em se tratando de indisponível o bem jurídico de ordem coletiva, poderiam as partes transigir sob o modo de cumprimento da obrigação, a ser homologada e com força de título judicial.

³⁷² ANTUNES, Paulo de Bessa - Direito ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação. V 30 (2011), pp. 103-105.

³⁷³ Lastrados na clássica obra de Maria João Estorninho. In ESTORNINHO, Maria João - A fuga para o direito privado: contributo para estudo da actividade de direito privado da administração pública. Coimbra: Almedina, 1996.

³⁷⁴ FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Maria Almeida Passos de - Conciliação, execução e efetividade nas ações civis públicas. In MILARÉ, Édís (Org.) - A ação civil pública após 25 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 830-832.

uma contingência natural ao direito subjetivo do cidadão, com o surgimento de conflitos de interesses de pretensão resistida. Desta feita, o conflito advém como elemento material nuclear da lide, exteriorizando-se como conflito atual ou iminente de cunho subjetivo qualificado por uma pretensão resistida das partes, constituindo-se ponto de partida de um processo, de uma composição ou de uma tutela³⁷⁵.

Nasce desse conflito de interesses qualificado a possibilidade contingente do indivíduo manter-se inerte na satisfação, em condição de indivíduo com direito violado, podendo ainda, celebrar transação para satisfação do direito a ser exercitado – parcial ou total -, ou por fim, exigir o curso forçado da obrigação por intermédio do Estado-Juiz, em que as partes da relação jurídica passam a ser litigantes: demandante e demandado.

Para que não prevaleça o primitivo exercício arbitrário das próprias razões remontando o tempo da barbárie, edificam-se as premissas do Poder Judiciário, criado para recepcionar a pretensão de seus jurisdicionados, com cláusula de inafastabilidade de controle e jurisdição universal, para, reconhecendo ou não o direito pretendido, colocar a termo a pretensão da parte contendora por meio de uma prestação de tutela jurisdicional, que se incumprida, pode deflagrar execução de curso forçado.

Essa fenomenologia jurídica anteposta, para além da ideia de satisfação da vontade individual do direito (direito subjetivo – campo jurídico) é método que tem por finalidade a instrumentalização³⁷⁶ da pacificação social por meio do exercício da tutela do direito pela justiça.

Assim, é ponto de partida comum para o processo, para composição e para própria tutela jurisdicional do Estado, o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida, não sendo o processo judicial método exclusivo capaz de solucionar controvérsias, numa visão histórica e clássica demandista.

Na doutrina de CAPPELLETTI³⁷⁷, já se identificava a chamada terceira onda renovatória do movimento, em que os esforços volviam-se na superação dos obstáculos processuais, para fazer face à inadequação dos procedimentos processuais ordinários com vistas a satisfazer a onda massiva demandista de solução de controvérsias que eclodiam da sociedade moderna, possibilitando a abertura de portas para que os atores do processo constituíssem outras técnicas de resolução de conflitos mais céleres e eficazes, sendo este o ponto de partida de nossa obra.

É de se notar, que não se pretende abandonar a via garantista do devido processo legal para solução das controvérsias, com as premissas da ampla defesa e do contraditório. Mas, contudo, propiciar

³⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco - Instituciones del Proceso Civil. Tradução Santiago Sentis Melendo. 5.ª ed., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, pp. 53-57.

³⁷⁶ Ex vi DINAMARCO, Candido Rangel – A instrumentalidade do processo. 12.ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

³⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro - Os métodos extrajudiciais de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de Processo, A 19, N 74 (1994).

que surjam novas possibilidades de resolução de conflitos numa visão de direito sistêmico, por um viés não iminentemente jurisdicional, em que se preservem de igual modo todos os direitos e garantias assegurados constitucionalmente às partes, facilitando-se o cumprimento da obrigação (resistida) pela edificação direta de cláusula de solução (consensualidade) por aquele que tem o dever de cumprir a prestação ou restabelecer *incontinenti* o cumprimento da lei, sobressaindo-se daí, importante fator psicológico para alcance do resultado célere almejado por métodos de autocomposição³⁷⁸.

3.4. A inafastabilidade do controle jurisdicional como possibilidade de solução de controvérsias

A judicialização, como movimento demandista de “primeira ordem” à solução de controvérsias até pouco tempo, canalizou-se na busca de superação de óbices ao exercício das liberdades públicas constitucionais, junto à denominada primeira onda renovatória do direito processual, cuja superação de matizes econômicas e reformas legislativas posteriores, demandaram a criação da assistência jurídica gratuita e institucionalização da orientação jurídica aos necessitados na forma da lei³⁷⁹.

Os critérios contemporâneos de acesso à justiça universal, abarcam, dentre as diretrizes procedimentais, a identificação de mecanismos prévios e extrajudiciais na solução pacífica das controvérsias, como instrumentos contingentes demandistas, em medida que buscam a realização do princípio da celeridade procedimental e a eficiência do agir estatal com melhores resultados do que os métodos heterocompositivos.

A capacidade finalística compartilhada entre o devido processo legal estatal e os métodos alternativos na resolução de conflitos, faz (res)surgir a discussão da natureza jurídica – jurisdicional ou não – da arbitragem, ao tempo que se dá em igual modo em relação ao ajustamento de conduta e o ajustamento de gestão, a negociação, os acordos de leniência, os termos de compromisso, as conciliações, os termos de colaboração e as mediações, todos instrumentos capazes de estancar a cultura demandista e litigiosa na solução das controvérsias.

O debate acaba diminuído por ausência de relevância, ao passo que tangencia ao pressuposto jurídico de identificar técnicas jurisdicionais e não jurisdicionais de solução de conflitos; contudo, sobressai em extrema relevância, ao dissecar os mecanismos alternativos de composição de litígios na

³⁷⁸ STORCH, Sami – Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos [em linha]. CONJUR. [20.06.2018]. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>.

³⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – Acesso à Justiça. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, pp. 11-12.

seara de controle de juridicidade, considerada a visão clássica repressiva pela via judicializada, tudo com vistas à preservação da indisponibilidade do interesse público.

Pragmaticamente, tal instrumentalidade demandista deixou de ser eficiente, ao passo que dotou de inefetividade os provimentos jurisdicionais derivados de processos judiciais lentos, custosos, carecedores da salvaguarda preventiva dos interesses públicos primários, cujo restabelecimento do *status quo ante*, dá-se, por vezes, décadas após a condenação judicial pela prática da ilicitude por atos de má-gestão e no maltrato aos gastos públicos, sem a capacidade de trazer consigo uma carga de efetividade na solução sentenciada (heterocompositiva).

A jurisdição é caracterizada pela função típica do Estado que tem por finalidade a atuação da vontade da lei no caso concreto (posto em juízo), sendo o juiz legitimado universal a substituir a vontade das partes e a pretensão resistida, quer por meio de decisão meritória dotada de definitividade para controvérsia, quer por instrumentalização da pacificação social por meio do processo em si³⁸⁰.

A partir dessa visão conceitual de jurisdição, CHIOVENDA lecionou a negativa da natureza jurisdicional às técnicas alternativas da conciliação e da arbitragem. A primeira, em que pese restar expressa na função jurisdicional do Estado, teria natureza jurídica de jurisdição voluntária, trazida às competências do ente estatal como forma de prevenir litígios³⁸¹. Já a segunda, considerando as atividades dos árbitros, sem poderes de oitiva – sob vara – de testemunhas, condicionada a prévia homologação de seus laudos perante o Poder Judiciário – eminentemente de conteúdo fático –, retirar-lhes-ia o reconhecimento da realização de atividades típicas jurisdicionais³⁸².

Para CALAMANDREI, a função publicista da conciliação que versa sobre administração pública de conflitos de particulares, poderia ser deferida aos órgãos não integrantes das atividades típicas do sistema de justiça, constituindo, contudo, o exercício de jurisdição voluntária, conquanto realizada no seio dos órgãos jurisdicionais³⁸³.

A jurisdição tem por escopo a justa composição da lide³⁸⁴, com a advertência de DINAMARCO³⁸⁵ de que o termo “composição” foi utilizado em sentido diverso de pacificação da controvérsia em si, mas

³⁸⁰ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe – Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 3. Hodiernamente, também acompanham tal entendimento: In COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele - Lezioni sul processo civile: II. Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi. 5.ª ed., Bolonha: Mulino, 2011, pp. 104-105.

³⁸¹ Idem, p. 14-15.

³⁸² Idem, p. 17.

³⁸³ CALAMANDREI, Piero – Instituciones de Derecho Procesal Civil segun el nuevo Codigo. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1943, pp. 119-120.

³⁸⁴ Nesse sentido, CARNELUTTI, Francesco – Instituciones del Proceso Civil. Tradução Santiago Sentis Melendo. 5.ª ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 102.

³⁸⁵ DINAMARCO, Candido Rangel – A instrumentalidade do processo. 12.ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 263.

como *jurisdictum*, isto é, instância una e competente para conhecer e dizer definitivamente do direito no caso concreto – ideia central do pensamento em CARNELUTTI.

De outra banda, chegou-se a contrapor tal afirmação sob o prisma de que o processo teria por escopo a declaração de certeza, onde a atuação do direito confundiria os fins do processo com seu meio³⁸⁶.

Ainda, na visão de CARNELUTTI, não há natureza publicista jurisdicional estatal à atividade arbitral, posto que, em que pese a equiparação do processo contencioso de cognição e homologação do laudo arbitral ter eficácia de título executivo judicial, haveria natureza de equivalência jurisdicional³⁸⁷, isto é, como outro meio de resolução de conflitos, mais aproximada à jurisdição estatal. Essa referida “equivalência” aproxima-se da autocomposição conquanto mecanismo de resolução extrajudicial da lide e erigido pelas próprias partes envolvidas no conflito de interesses, assim como na heterocomposição extrajudicial, conquanto mecanismo de resolução da lide por intermédio de terceiros – desvinculados, assim, à jurisdição universal estatal, seja por árbitros (particulares eleitos pelas partes), seja por outra jurisdição concorrente (alienígena ou eclesiástica), todos coincidindo a mecanismos ou técnicas de resolução de conflitos equiparadas ao processo jurisdicional estatal³⁸⁸.

Sentido outro, atribui-se natureza jurisdicional a atividade arbitral³⁸⁹, lastrada nos editos preconizados na Lei federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem brasileira)³⁹⁰, que equiparam a sentença proferida por árbitros à sentença jurisdicional estatal, pondo a termo e gravando de definitividade a resolução do conflito de interesses, sem possibilidade de recurso perante o Poder Judiciário, dispensável sua homologação no sistema legal brasileiro.

Não poderíamos deixar de destacar que o processo cognitivo arbitral brasileiro impescinde de elementos clássicos da plenitude de jurisdição estatal, notadamente os de coerção e de execução da decisão final proferida, imanentes às atividades jurisdicionais estatais em fase cumprimentória da sentença de mérito, exceto àquelas cumpridas espontaneamente pelas partes. Não sem razão, os métodos consensuais de solução de conflitos, justamente por sua natureza de autocomposição onde as partes são responsáveis pela solução concertada, embora não se enquadrem no conceito clássico de

³⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco – *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução Santiago Sentis Melendo. 5.ª ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 43.

³⁸⁷ Nesse mesmo sentido, TALAMINI, Eduardo – *A arbitragem e a parceria público-privada (PPP)*. In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia - *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: RT, 2005, p. 356.

³⁸⁸ CARNELUTTI, Francesco – *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução Santiago Sentis Melendo. 5.ª ed., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 110.

³⁸⁹ MARTINS, Pedro A. Batista – *Apointamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 307-308.

³⁹⁰ Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário; e, art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo, ambos da Lei federal brasileira n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

jurisdição, interoperam-se, indubitavelmente, nos elementos constitutivos do processo (partes, objeto e decisão de resolução do conflito).

Com efeito, os métodos extrajudiciais de solução das controvérsias pelos métodos de autocomposição ou heterocomposição, bem como pelo processo jurisdicional estatal, têm por escopo a pacificação social por meio da Justiça – seara social –, cujos métodos judiciais ou extrajudiciais são irrelevantes para alcance deste fim, isto é, onde a pacificação resolutiva advenha de instrumentos estatais ou demais meios compositivos³⁹¹.

Não sem razão, a prática de métodos extrajudiciais na resolução de conflitos tem o condão de agregar a participação popular nas atividades essenciais à administração da Justiça – seara política –, em medida que integra as partes ao desempenho de atividade compositiva³⁹², reforçando a ideia de legitimidade democrática participativa.

Desta feita, a utilização de métodos alternativos para composição das lides, tangencia a participação das partes como elemento essencial à aceitação do resultado extraído de comum acordo, resolvendo o litígio com maior aceitação e compromisso de cumprimento espontâneo, tudo por terem as partes contribuído diretamente para solução pacífica da controvérsia – seara psicológica.

Longe de termos um fenômeno de privatização do processo, teremos a publicização da atividade conciliatória dos particulares como parte integrante dos mecanismos de pacificação extrajudiciais³⁹³.

Na realização da seara jurídica da jurisdição universal, surgem os métodos alternativos de solução de conflitos como mecanismos de contribuição para resultados mais céleres e qualificados, realizadores da segurança proposta pelo direito substantivo, instrumentalizado classicamente pelo processo jurisdicional estatal e suas regras de direito adjetivo (procedimentais).

Como nos acordos judiciais celebrados entre as partes procedidos de homologação judicial, mesmo que não se alcance o fiel retrato das normas substanciais de direito, não haverá – na perspectiva instrumental do processo estatal – negativa da seara jurídica do método aplicado, posto que, se é facultado às partes a disposição de direitos que visam tutelar para si ou em substituição processual, não seria razoável a busca da rigidez do alcance teleológico da norma para consecução do direito objetivo posto, em insistência que implicaria desproposital o exercício da jurisdição estatal, com reflexos diretos no princípio da inércia imanente ao Poder Judiciário.

³⁹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel – Teoria Geral do Processo. 26.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 32.

³⁹² Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini – A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo - Participação e Processo. São Paulo: RT, 1988, p. 293.

³⁹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização do processo? Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 11.

Os resultados advindos dos métodos consensuais de resolução de conflitos são coincidentes aos produzidos pela atividade jurisdicional desenvolvida pelo poder estatal, assemelhando-se com as características da jurisdição. Ademais, o resultado advindo pelos métodos consensuais de autocomposição – unilateral ou bilateral –, desaguam na coincidência de metas da atividade jurisdicional a reiterar a visão de natureza jurídica de equivalência jurisdicional³⁹⁴.

As funções e a estruturação da conciliação extrajudicial, autorizam nessa perspectiva, ampla alternativa de acesso à justiça na resolução de dados conflitos³⁹⁵, em vez da escolha pelo processo jurisdicional estatal, sem excluí-lo conquanto garantia individual e coletiva de jurisdição universal. Lado outro, reafirma mecanismo de participação popular do corpo social nas funções essenciais à administração da Justiça, por meio da mediação institucional indutora da autocomposição, além de viabilizar a informação, a conscientização e a politização que advêm da orientação jurídica, respeitados os campos jurídico, social e político de jurisdição que – *lato sensu* – abarcando, deste modo, a (re)orientação jurídica e a atividade conciliatória extrajudicial³⁹⁶.

Há, aqui, uma tendência universal ampliativa do conceito de jurisdição, ao passo que agrega a participação popular na administração da justiça (campo político), vista sob perspectiva funcional e teleológica, o que incluiria a ideia de justiça conciliativa e a arbitragem concebidas por meio do elástico conceitual – dinâmico e mutável – da própria essência da jurisdição³⁹⁷.

A proposta dessa (re)consideração conceitual de jurisdição dinâmica e mutável vai ao encontro da visão de CALAMANDREI, que refuta a formulação da ideia absoluta do conceito válido a todo sempre para os povos como garantia estática e imutável³⁹⁸. Assim, temos uma maior congruência do direito e da garantia da jurisdição universal aliada aos métodos de resolução de conflitos judiciais ou extrajudiciais, todos volvidos à solução alternativa e pacífica das controvérsias³⁹⁹.

Desta maneira, temos a implantação de um novo norte travestido de política pública na administração da Justiça, tendente a expurgar a cultura demandista decorrente de uma visão restrita de jurisdição inafastável, como método estatal clássico de resolução de controvérsias, não designando o

³⁹⁴ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini – Os fundamentos da justiça conciliativa. In GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano. Mediação e Gerenciamento do Processo. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 3-4.

³⁹⁵ MERÇON-VARGAS, Sarah – Meios Alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais. São Paulo. Tese de Mestrado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 186 p.

³⁹⁶ Nesse sentido de novo método de acesso à Justiça, Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini – A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo – Participação e Processo. São Paulo: RT, 1988, pp. 292-293.

³⁹⁷ CARMONA, Carlos Alberto – A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 37.

³⁹⁸ CALAMANDREI, Piero – Instituciones de Derecho Procesal Civil segun el nuevo Codigo. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1943, p. 34.

³⁹⁹ A Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – órgão do Poder Judiciário brasileiro, dispôs sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, fundamentando sua edição na necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, descrevendo a conciliação, a mediação e outros métodos consensuais alternativos de resolução de controvérsias, como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, propiciadores da redução da excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a multiplicação de recursos e execução de sentença.

processo estatal em si numa única técnica de solução de conflitos, até então cerrada nas normas de direito adjetivo.

Para CARLOS ALBERTO DE SALLES a conveniência e a viabilidade constitucional para desenvolvimento de políticas públicas alternativas de acesso à Justiça, lastradas na remessa das partes para soluções consensuais, numa recolocação da inafastabilidade do controle jurisdicional, são gravadas como forma de minorar ou solucionar a crise do Poder Judiciário em excesso de demandas, com o objetivo de permitir respostas mais ágeis e adequadas à solução de controvérsias⁴⁰⁰.

3.5. A (re)colocação do princípio da jurisdição una

A garantia constitucional brasileira de que nenhuma lesão ou ameaça a direito será afastada da apreciação do Poder Judiciário, consagra o princípio da jurisdição una ou universal, ou ainda o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, representando cláusula constitucional de acesso à Justiça deferida a todos os cidadãos, assegurando-se a apreciação de qualquer conflito de interesses de pretensão resistida na busca da satisfação – individual ou coletiva – amparada no direito substantivo⁴⁰¹.

Há aqui um caráter dúplice do mandamento constitucional, desvelando-se tanto sua faceta negativa, consistente na vedação de exclusão de conflitos de interesses a serem submetidos e apreciados perante o Poder Judiciário, quanto sua faceta positiva, consistente no dever de prestação jurisdicional estatal⁴⁰².

Na esteira da atual exegese desse movimento alternativo, a faceta positiva do dever de prestação jurisdicional universal deve ser vislumbrada de maneira ampliada, para acatar também os métodos alternativos extrajudiciais, estabelecendo, assim, uma recolocação da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Não se trata de enfraquecer a cláusula constitucional, mas de indicar o seu escorreito entendimento face aos novos desafios postos, diante de uma realidade em constante mutação à prestação jurisdicional, demarcada com advento do novel digesto processual civil brasileiro (2015)

⁴⁰⁰ SALLES, Carlos Alberto de – Nos braços do Leviatã: os caminhos da consensualidade e o Judiciário brasileiro [em linha]. São Paulo: Universidade de São Paulo, [s.a.], p. 1-24, p. 5. [20.12.2018]. Disponível para download em linha: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4185771/mod_resource/content/1/SALLES-CA-Nos%20bra%C3%A7os%20do%20Leviat%C3%A3.pdf.

⁴⁰¹ Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988, in verbis: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁴⁰² SALLES, Carlos Alberto de – Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a inafastabilidade da Tutela Jurisdicional recolocada. FUX, Luiz, NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, pp. 779-792, p. 782.

denominado de estatista⁴⁰³, face ter albergado *interna corporis* do aparato estatal judiciário, a obrigação de deflagrar mecanismo consensual como etapa inicial do processo, impondo-se a realização de uma audiência preliminar de conciliação ou de mediação a ser designada pelo juiz, e servindo como ponto inaugural do processo judicial cível. Destaque de que representa imputação de ato atentatório à dignidade da Justiça, a eventual falta injustificada da parte na fase conciliatória imposta por lei (audiência de conciliação)⁴⁰⁴.

Como já demonstrado, a jurisdição tem por escopo a resolução das controvérsias como mecanismo de pacificação social, onde o processo estatal representa um marco de métodos disponíveis para a composição do litígio posto; as técnicas alternativas extrajudiciais de solução de conflitos sobrepõem-se no contexto de equivalência jurisdicional e complementariedade, tudo como instrumentos residuais igualmente possíveis, válidos e eficazes, auxiliando o poder público na missão jurisdicional, sem representar contingência ou estaque da submissão das lides ao órgão jurisdicional competente.

Nesse novo cenário de realocação da jurisdição, a via jurisdicional deve deixar de ser uma “oferta” de via primária, a fim de postar-se como cláusula de reserva em lides não resolutas pelos meios autocompositivos, criando-se uma ordem cronológica de tentativa de solução pacífica, para só então, em eventual insucesso, possibilitar-se a deflagrar da tutela estatal heterocompositiva, sem, contudo, contingenciá-la neste desencadear procedimental⁴⁰⁵, isto é, mantendo incólume a inafastabilidade do controle jurisdicional em qualquer fase ou a qualquer tempo, em grau de alternatividade.

Nesse particular, a presente obra tem o condão de teorizar a utilização de métodos alternativos compositivos para solução de conflitos, na seara de controle de juridicidade de atos administrativos, buscando-se maior celeridade e efetividade de políticas públicas setoriais, tão dependentes da realização de indispensáveis gastos públicos, cujos atos sejam passíveis de compromisso de (re)ajustamento de atos de gestão pública, acaso verificada irregularidade formal ou material possível de correção.

Contudo, *prima facie*, temos que ultrapassar as hipóteses de cabimento da pretensão de solução alternativa do conflito – inauguradas no controle de juridicidade dos atos de gestão pública e em sede de juízo de admissibilidade, agregando-se a requisito prelibativo de necessidade e de adequação, com a demonstração inequívoca de que a “flexibilização” e alternatividade procedimental em equivalência

⁴⁰³ Cf. SALLES, Carlos Alberto de – Nos braços do Leviatã: os caminhos da consensualidade e o Judiciário brasileiro [em linha]. São Paulo: Universidade de São Paulo, [s.a.], p. 1-24, p. 6-7. [20.12.2018]. Disponível para download em linha: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4185771/mod_resource/content/1/SALLES-CA-Nos%20bra%C3%A7os%20do%20Leviat%C3%A3.pdf.

⁴⁰⁴ Art. 334. Se a petição preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (...) §8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

⁴⁰⁵ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo – A resolução dos conflitos e a função judicial. São Paulo: RT, 2010, pp. 38-39.

jurisdicional, acarretará o sucesso da definitividade (parcial ou total) da resolução extrajudicial da controvérsia posta, com celeridade e eficiência (acepções qualitativas), a tornar despicienda a deflagração da via jurisdicional e com melhores resultados aferidos no objeto do acordo celebrado entre as partes.

O desafio posto acima surge do crescimento - nos últimos anos – da utilização de mecanismos alternativos de solução de controvérsias, tudo como medida adequada na substituição ou de complementariedade à jurisdição estatal, incorporando-os de forma definitiva ao ordenamento jurídico brasileiro e na cultura dos espaços acadêmicos e profissionais.

A jurisdição estatal em crise (re)força a necessidade do surgimento de tais técnicas alternativas, não só pelo grande número de demandas (elemento quantitativo), mas também pela ausência de soluções céleres e eficazes produzidas pelo sistema jurisdicional estatal (elemento qualitativo), onde a grande maioria dos processos demandados perante à administração judiciária, finda-se em decisão de mérito após longa instrução de anos a fio, após esgotadas as inúmeras vias recursais⁴⁰⁶, perdendo-se a efetividade do processo na morosidade e burocracia da instrumentalidade, por vezes, deficiente sob aspecto material de execução: falta de pessoal, de estrutura física, de tecnologia da informação e de condições materiais para consecução dos objetivos da máquina de administração da justiça.

A evidência dos benefícios que levam as partes se submeterem a uma tentativa de solução consensuada por meios de instrumentos alternativos à jurisdição estatal, sem necessariamente ser a composição parte integrante do processo judicial, não constitui violação à garantia da cláusula constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que como corolário dos direitos individuais e coletivos, permanecerá incólume na utilização de instrumentos complementares e de equivalência jurisdicional.

A questão é muito mais envolta às premissas de validade, viabilidade e segurança de remessa de litigantes as transações extrajudiciais, com melhor aceitação dos próprios resultados por si conformados, com (de)limitações e êxitos alcançados, do que observância da lei civil adjetiva (processual) em escopo de razoabilidade e adequação na seara da autonomia da vontade em negócios jurídicos processuais.

A elevação da confiança popular no processo de legitimação democrática dos instrumentos extrajudiciais de equivalência jurisdicional, perpassa pela ideia de (co)participação na produção dos

⁴⁰⁶ Cf. SALLES, Carlos Alberto de – Nos braços do Leviatã: os caminhos da consensualidade e o Judiciário brasileiro [em linha]. São Paulo: Universidade de São Paulo, [s.a.], p. 1-24, p. 8. [20.12.2018]. Disponível para download em linha: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4185771/mod_resource/content/1/SALLES-CA-Nos%20bra%C3%A7os%20do%20Leviat%C3%A3.pdf.

resultados pacíficos da solução dos conflitos, finalisticamente congruente aos próprios princípios teleológicos da estruturação da administração da Justiça.

Desume-se a inexistência de uma cronologia predeterminada ou de contingência para a eleição do método alternativo melhor aplicável na solução do conflito, sendo possível que em determinados tipos de lides, a técnica judicial – dotada de coerção – possa extrair melhor indicação do fato, baseada nas hipóteses de grande desigualdade das partes litigantes, onde a interpretação legítima do direito imporá a adjudicação estatista como forma mais adequada para resolução da controvérsia⁴⁰⁷, o que reforça a ideia que as técnicas alternativas são complementariedades úteis à jurisdição estatal, em vias de alternatividade posta à disposição do método ortodoxo heterocompositivo (processo judicializado).

De certo, estamos diante de uma vertente de política pública com oferta de novo mecanismo alternativos de acesso à Justiça, capitaneada pelo próprio Poder Judiciário, que não exerce papel qualitativo na resolução das demandas postas a sua apreciação, por critérios de burocracia, demandas excessivas e repetidas, ineficiência do agir da máquina estatal, criando parâmetros de solução alternativas e consensuadas das lides, mas, também estancos do culturalismo demandista de outrora (litigiosidade), tudo com um novo olhar ao tratamento de conflitos de interesses a despertar o interesse útil dos operadores do direito⁴⁰⁸.

Há ainda países, que para além da alternatividade da solução de controvérsias tornaram cogente a mediação como requisito de procedibilidade para deflagração da jurisdição estatal, sob enfoque das vantagens de: a) celeridade; b) baixo custo; c) maior disposição dos envolvidos em cumprimento espontâneo; e, por fim, d) a preservação da relação amistosa entre os interessados após acordo que põe termo ao conflito⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ FISS, Owen – Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 142.

⁴⁰⁸ Cf. ANDREWS, Neil – O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2009, pp. 234-235.

⁴⁰⁹ O artigo 12 da Diretiva n° 2008/52 da União Europeia previu o dever dos Estados-membros criarem normas que lhe deem cumprimento, no fomento às técnicas consensuadas de resolução de litígios transfronteiriços e interna corporis. Assim, o Parlamento Italiano editou a Lei n° 69, de 18 de junho de 2009, que, dentre outras disposições em matéria de desenvolvimento econômico e alterações ao Código de Processo Civil, versou sobre a mediação em seu artigo 60. Nesse dispositivo, o Poder Legislativo delegou ao Governo a instituição de decreto legislativo destinado a regulamentar a mediação no âmbito civil e comercial, no prazo máximo de seis meses a partir da entrada em vigor da referida lei. A Lei n° 69 trouxe regramentos gerais que devem servir de norte às disposições contidas em ato normativo próprio, quais sejam: i) contemplar a mediação na resolução de conflitos envolvendo direitos disponíveis; ii) a instituição de Registro dos organismos de mediação, mantido pelo Ministério da Justiça; iii) possibilidade de a Ordem dos Advogados e os conselhos profissionais instituírem órgãos de mediação; iv) possibilidade de desenvolvimento da mediação por meios eletrônicos; v) possibilidade de o mediador nomear peritos, acaso necessário; vi) previsão dos honorários dos mediadores em regulamento, sendo majorado o valor em caso de celebração de acordo; vii) dever de o advogado informar seu cliente sobre a possibilidade de mediação antes da instauração do processo judicial; viii) concessão de vantagens fiscais para a celebração de acordo; ix) previsão da condenação do vencedor do processo judicial ao reembolso das despesas em favor do vencido, caso tenha recusado proposta feita pelo mediador por ocasião da mediação, cujo conteúdo corresponda inteiramente à solução judicial; x) vedação de que a mediação tenha duração superior a quatro meses; xi) garantia de imparcialidade, neutralidade e independência do mediador; xii) previsão de que o acordo de mediação tenha eficácia executiva e constitua título executivo para fins de hipoteca judicial. Nessa mesma toada, exercendo a delegação outorgada pela Lei n° 69/2009, o Governo italiano editou o Decreto Legislativo n° 28, de 4 de março de 2010, a fim de regulamentar a mediação e a conciliação na Itália, tornando-a obrigatória e requisito pré-processual de acesso à Justiça. No âmbito da Argentina, o Plano Nacional de Mediación instituído pelo Decreto n. 1.480/92, declarado de interesse nacional e inspirado no modelo norte-americano, fez surgir a Lei n. 24.573/95 que dispôs sobre Mediación y Conciliación – mediación previa a processos judiciales – carácter obrigatório, alterada pela Lei n. 26.589/10, com regulamentação prática em suas províncias, estabelecendo caráter obrigatório prévio aos processos judiciais. Em Portugal a Lei n. 29, de 19 de abril de 2013, regulamentou de forma autônoma a mediação, estabelecendo normas

Contudo, àqueles que tornaram obrigatória a submissão da técnica consensual como fase pré-processual jurisdicional, permitiram-se objetar em inconstitucionalidade na tentativa de exclusão parcial ou total do método, na contramão da cláusula constitucional, posto que exigiram afastabilidade prévia do controle jurisdicional⁴¹⁰.

De toda sorte, a implementação de novas técnicas extrajudiciais na solução pacífica das controvérsias infere-se como novo paradigma de incentivo à utilização de métodos consensuados de acesso à Justiça, equivalente indispensável à prestação da tutela estatal, em instância competente para conhecer e dizer definitivamente sobre o direito.

Tal opção de política pública de natureza conciliatória e em sendo de observância obrigatória, poderia suscitar questionamentos acerca de influência no elemento volitivo das partes, essencial à fiel instrumentalização na resolução do conflito de interesses por nós proposta; a remessa das partes à composição representa uma quebra de paradigma na cultura demandista judicial – com a extração final de disputas em vencidos e vencedores, típica da litigiosidade. Com o tempo, os novos “ares” transacionais incorporar-se-ão a essa neorealidade compositiva em cultura da sociedade, que vive em permanente (pre)tensão resistida e cujo direito à consensualidade exsurge como “pedra de toque” para tutelar as partes e instrumentalizar a pacificação social.

Embora esses novos ares de composição – transação, conciliação, mediação, arbitragem, compromisso, colaboração, leniência, delação premiada, ajustamento de conduta, ajustamento de gestão, dentre outros, retem inseridos em novos diplomas adjetivos e extravagantes brasileiros, a utilização de técnicas extrajudiciais na solução de litígios enfrenta recorrente contingenciamento na resolução estatal heterogênea, por meio da cultura da sentença até mesmo por julgadores; assim, essas

aplicáveis, dentre as quais: a) princípios gerais da mediação; b) mediação civil e comercial; c) estatuto jurídico dos mediadores; e, d) sistemas publicistas de mediação; Contudo, não dotou a técnica consensual de vetor pré-processual de acesso à justiça. Já no Brasil, as tentativas de exclusão de acesso à jurisdição sob comprovação prévia de tentativa de conciliação ou mediação, foram afastadas já na discussão do anteprojeto da Lei federal n. 13.140/2015, que regulamentou a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, sem tornar-lhe pré-requisito do processo jurisdicional, e possibilitando-a nas ações que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Ademais, o novo Código de Processo Civil – CPC (2015) tornou obrigatória a conciliação ao juiz, mas como fase póstuma à deflagração da jurisdição estatal e logo após o ajuizamento da ação principal (art. 334, caput do CPC). Entretanto, poderá o autor recusar na petição inicial a realização da fase processual conciliatória, não podendo ser obrigado a transigir (Art. 334, §4º do CPC), do mesmo modo que o réu, no prazo de 10 (dez) dias antecedência à audiência conciliatória designada (Art. 334, §5º do CPC). Não sem razão, o Supremo Tribunal Federal em Medida Cautelar em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADI n. 2.139-7, deu interpretação conforme à Constituição ao art. 625-D da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, intronizado pela Lei federal n. 9.958/2000, afastando a obrigatoriedade de submissão das partes às – ali instituídas – Comissões de Conciliação Prévia – CCP, como pré-requisito processual ao ajuizamento das reclamações trabalhistas perante à Justiça do Trabalho, ao fundamento de que não se encerra obrigatória a fase administrativa para os titulares de direito substancial terem acesso imediato ao Poder Judiciário, desprezando-se como obrigatória a fase conciliatória remetida às Comissões de Conciliação Prévia. Lado outro, em situação diametralmente oposta, o Pretório Excelso em sede de Recurso Extraordinário n. 631.240 não objetou o interesse de agir como pré-requisito de prévio requerimento administrativo e resposta em tempo hábil pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, em conflitos de interesses de natureza previdenciária, estabelecendo carência de ação se não demonstrado o esgotamento da via administrativa. Nesse mesmo sentido caminhou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ em Recursos Especiais Repetitivos. que firmou os temas 42, 43 e 366, com reconhecimento de carência de ação, por ausência de interesse de agir, nas hipóteses de incomprovado requerimento administrativo prévio das partes interessadas.

⁴¹⁰ Para Isabel Fonseca o direito de acesso aos tribunais a que se refere o artigo 20º, n° 1, da Constituição da República Portuguesa, “incluiu, desde logo, o direito de acção e acesso aos tribunais, ou seja, o direito a um processo, a obter uma decisão de mérito sobre a causa”. In FONSECA, Isabel Celeste Monteiro – A arbitragem e o direito de acesso aos tribunais: suspeitas de colisão. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 1173-1174.

alterações legislativas devem – paulatinamente – ser vistas como etapas pré-processuais volitivas a serem percorridas antes da via judicializada ou antes da prolação da sentença, inaugurando-se uma nova cultura da pacificação até mesmo entre os julgadores⁴¹¹.

A necessária maturação culturalista se dará com a incorporação de todos esses instrumentos alternativos pelas vias institucionais e com a gradativa participação democrática das partes – mecanismo de legitimação popular – visando a implementação de política nacional de incentivo aos meios adequados de solução de litígios, em especial com a utilização de métodos compositivos de forma prévia à deflagração de demandas judiciais, em novas formas equivalentes de acesso à justiça.

3.6. Da técnica do sistema multiportas

O sistema multiportas denominado pelos anglo-americanos de *multi-door court-house*, instituiu-se como técnica de resolução de litígios pela Corte de Columbia, nos Estados Unidos da América em 1985, derivada de uma partição da teoria de *multi-door dispute resolution division* que teve por objeto à perscrutação preliminar de litígios afeta a uma *intake* – mesa de entradas de um centro de diagnóstico - constituída por servidores especializados na análise de conflitos de interesses⁴¹².

A partir dos fundamentos de fato narrados pelas próprias partes da demanda e colheita de informações, extrai-se orientação quanto ao mecanismo mais adequado para solução do conflito de interesses de pretensão resistida, sendo instância qualificada e imparcial para formação da persuasão racional das próprias partes envolvidas emocionalmente no litígio posto, tudo a encargo do órgão estatal judiciário.

As principais técnicas utilizadas são a mediação, a conciliação e a arbitragem, cujo papel principal é a identificação da técnica mais apropriada à aplicação ao caso concreto, com acesso fácil à justiça e a solução de conflitos por método consensuado posto à disposição das partes, inclusive por meio da própria jurisdição estatal e da celebração de avenças que satisfaçam os interesses de forma célere e resolutiva do conflito. Assim, além da jurisdição tradicional inafastável, surgem outros meios não excludentes como opções (alternativas) postas as partes para preservação de suas relações, com segurança jurídica e economicidade às causas.

⁴¹¹ WATANABE, Kazuo – A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil [em linha]. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NETO, Caetano Lagrasta (coord.) – Mediação e Gerenciamento do Processo: revolução na prestação jurisdicional: Guia prático para instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 7-10. [29.01.2019]. Disponível para download em https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4556616/mod_resource/content/0/WATANABE%20-%20A%20mentalidade%20e%20Meios%20Alternativos.pdf.

⁴¹² CALMON, Petrónio – Fundamentos da Mediação e da Conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 180-182.

Estamos a conferir a um órgão de estrutura estatal – no caso a Corte Superior - do Estado da Columbia, dos Estados Unidos da América, bem como de outros organismos detentores de funções equivalentes, num sistema multiportas lastrado na teoria do uso de técnicas alternativas na resolução de controvérsias, cada vez mais difundida no meio jurisdicional.

Surge aqui, um ideário de organização judiciária não contentiva da jurisdição estatal universal, mas que se coloca à disposição dos litigantes e do Poder Judiciário, como outros caminhos de solução de problemas além da via clássica do processo judicial, todos capazes de “equacionar” controvérsias de forma segura e imparcial. Deste modo, não há concorrência entre os caminhos de acesso à Justiça, mas sim uma plêiade de meios dotados de segurança jurídica, postos à disposição das partes para solução de seus conflitos de interesses de pretensão resistida, agregando-se sempre a técnica mais recomendável para alcance da celeridade e economicidade, sem se descurar da incolumidade da jurisdição universal.

3.7. Das espécies de composição: autotutela, autocomposição e heterocomposição

O conflito de interesse de pretensão resistida posto ao centro, com vistas ao entendimento das hodiernas técnicas de acesso à Justiça, impõe a exegese das espécies de solução das lides como ponto de difusão e de compreensão da composição concertada dos interesses vergastados pelas partes.

Para tanto, valer-nos-emos dos ensinamentos de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILHO, acerca da autotutela, autocomposição e heterocomposição, indicadas como três alternativas disponíveis como mecanismos de solução de litígios⁴¹³.

3.7.1. Da autotutela

A autotutela enquanto meio unilateral de resolução de controvérsias utiliza-se do emprego da força estatal (poder de potestade) emanada por autoridade pública que representa uma das partes da relação jurídica publicista, com vistas à preservação ou reparação de um direito ameaçado de lesão ou com violação consumada (ameaça ou lesão a direito).

Para CALAMANDREI, compreendido o caráter unilateral do instituto da autotutela, decorre vedação de sua utilização – em medida geral – nos Estados de Direito, fato havido por influência do direito

⁴¹³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto – Proceso, autocomposición y autodefesa: contribución al estudio de los fines del proceso. 3.ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 13-15.

canônico⁴¹⁴, admitida tão somente para situações urgentes – em medida excepcional – nas hipóteses de não haver tempo hábil a aguardar a tutela jurisdicional, em retorsão imediata para preservação de direitos.

Para ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, a autodefesa se adequa aos conceitos de parcialidade e do egoísmo, sendo solução de prestação deficiente e de risco em grau superlativo, sendo defesa no ordenamento jurídico de Estados de Direito como regra, mas apenas em situações de exceção em que sejam precursoras de procedimento posterior, especialmente para afastar ilicitudes imediatas e declarar a licitude de utilização dessa medida excepcional⁴¹⁵.

As ocorrências mais usuais em que se admite a utilização da autotutela como meio de solução unilateral de problemas na contemporaneidade, residem nas excludentes de ilicitude sob à égide da legítima defesa (própria ou de terceiro), o estado de necessidade, o exercício regular do direito, o estrito cumprimento do dever legal, além do direito de retenção.

Desta feita, o ordenamento jurídico brasileiro prevê *in numerus clausus* as hipóteses de cabimento da autotutela na solução de conflitos de interesses de pretensão resistida, decorrendo predeterminação de hipóteses legais possíveis de seu exercício, sob pena de “resvalar” a prática de ato ilícito. Muito embora para fins didáticos devamos dispor da autotutela como mecanismo de solução unilateral de controvérsias, este não é o núcleo essencial dos objetos de nossos estudos, sobretudo pelo caráter excepcional e unilateral imposto de uma parte à outra, sob à égide de reserva de lei.

3.7.2. Da autocomposição

A autocomposição como o próprio vocábulo exprime⁴¹⁶ é a resolução de conflitos por meio de composição construída pelos próprios contendores. Em oposição às formas heterocompositivas, onde a composição do litígio advém de decisão proferida por um terceiro neutro e imparcial, a autocomposição é considerada uma forma “parcial” de solução de controvérsias.

⁴¹⁴ CALAMANDREI, Piero – Instituciones de Derecho Procesal Civil segun el nuevoCodigo. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1943, pp. 147-148.

⁴¹⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto – Proceso, autocomposición y autodefesa: contribución al estudio de los fines del proceso. 3.ª ed., México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 13-15.

⁴¹⁶ “Pocas aclaraciones exige el significado de la palabra autocomposición. Al igual que autodefensa, la integran dos vocablos: el prefijo auto, como es natural, con idéntico significado que en aquélla, y el sustantivo composición, que dentro de la concepción carnelluttiana, equivale a solución, resolución o decisión del litigio, en ella obtenida por obra de los litigantes, a diferencia de la que tras el proceso decreta el juez”. In ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Op. cit. p. 77.

Segundo NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, ao contrário da autotutela que tem caráter altruísta, a autocomposição tanto pode ser unilateral, quando um dos contendores sacrifica seu próprio interesse em prol da composição, como bilateral, quando o sacrifício é mútuo⁴¹⁷.

No que concerne ao objeto da autocomposição, afirma o processualista mexicano ser pressuposto da autocomposição que o direito material subjacente ao litígio seja disponível⁴¹⁸ e que a via judicial não tenha sido imposta pelo legislador⁴¹⁹.

Sobre o ponto, é interessante desde já antecipar, como bem assinalou FERNANDA TARTUCE, que a indisponibilidade de direitos por relevância de interesse público, verdadeiro conceito legal indeterminado, não pode continuar a ser invocado como impeditivo de celebração de acordos, devendo se atentar para a existência de diferentes graus⁴²⁰ ou de diferentes espécies de disponibilidades.

Há fato que se “destrinchar” a definição de disponibilidade para evitar que a imprecisão conceitual afaste a possibilidade de autocomposição em hipóteses em que não haveria óbice algum para tanto⁴²¹.

Deste modo, são espécies de autocomposição a renúncia, o reconhecimento à pretensão (formas unilaterais) e a transação (forma bilateral)⁴²².

A renúncia materializa-se por ato unilateral do contendor atacante, que desiste, de forma definitiva, da pretensão litigiosa⁴²³. De outro lado, o reconhecimento consiste na integral submissão do contendor resistente à pretensão litigiosa que lhe é dirigida.

A transação é negócio jurídico bilateral celebrado entre contendores que tem por característica essencial o sacrifício recíproco de interesses⁴²⁴, ainda que em proporções diversas⁴²⁵, para se chegar a uma composição. Na doutrina civilista, prepondera o entendimento de que a transação possui natureza jurídica de contrato⁴²⁶, em detrimento da corrente que lhe atribui a natureza de modo de extinção de

⁴¹⁷ Segundo o autor, essa classificação aplica-se ainda às formas de autotutela em que um dos contendores impõe ao outro o sacrifício de interesse (unilateral) ou quando ambos se dispõem a sacrificar seu interesse, por meio de um duelo. In ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Op. cit. p. 13.

⁴¹⁸ Em estudo específico sobre a transação, MALUF limita seu campo de atuação a direitos patrimoniais disponíveis. In MALUF, Carlos Alberto Dabus – A Transação no Direito Civil e no Processo Civil. 2.ª ed. São Paulo, 1999, p. 64.

⁴¹⁹ Cf. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Op. cit. p. 80.

⁴²⁰ TARTUCE, Fernanda – Mediação nos conflitos civis. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 49-50.

⁴²¹ Trata-se dos requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade do uso de mecanismos extrajudiciais de resolução de controvérsias, que serão vistos pormenorizadamente mais adiante na presente tese.

⁴²² CARNELUTTI, Francesco - Instituciones del Proceso Civil. Tradução Santiago Sentis Melendo. 5.ª ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 111.

⁴²³ Não se deve confundir a desistência da pretensão que equivaleria à renúncia, com a desistência da ação, fenômeno exclusivamente processual que acarreta tão somente a extinção do processo sem resolução do mérito (artigo 267, VIII, do Código de Processo Civil brasileiro) e, portanto, não impede que a controvérsia possa vir a ser novamente deduzida em juízo. Cf. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Op. cit. pp. 83-84.

⁴²⁴ BEVILAQUA, Clovis – Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958, p. 144.

⁴²⁵ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Op. cit. p. 91.

⁴²⁶ MALUF, Carlos Alberto Dabus, Op. cit. p. 35.

obrigação⁴²⁷. Enquanto contrato, a transação é sempre bilateral, sinalagmática, consensual, onerosa e pode ser comutativa ou aleatória⁴²⁸.

No plano subjetivo, a possibilidade de se transacionar sobre determinado direito condiciona-se à observância dos requisitos da lei civil para a prática do ato.

Por ser a transação uma espécie do gênero negócio jurídico, somente podem transacionar as pessoas capazes (artigo 104, I, do Código Civil). Como explicam GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA HELENA BARBOSA E MARIA CELINA BODIN DE MORAES, “pode transigir aquele que tem poder de disposição sobre a situação jurídica objeto da transação”⁴²⁹.

Registre-se a esse propósito que o critério subjetivo aqui tratado se refere ao poder de disposição, e não à disponibilidade em si do direito material subjacente ao litígio. Assim, a admissibilidade da transação está atrelada apenas à existência ou não de poder de disposição das partes, “descolada” do direito material objeto da transação.

Já sob a ótica objetiva, dispõe o artigo 841 do Código Civil que somente quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação. Em perspectiva legislativa, alude-se, portanto, apenas ao critério da patrimonialidade e não há referência direta ao critério da disponibilidade.

A doutrina civilista, contudo, salienta a insuficiência do requisito legal da patrimonialidade e necessidade de observação de outros critérios para que os direitos possam ser objeto de transação. GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA BARBOSA E MARIA MORAES, afirmam estar excluídas no âmbito da transação as relações jurídicas que interessem diretamente à ordem pública, especialmente aquelas que envolvam: (i) bens insuscetíveis de apropriação por sua própria natureza (por exemplo, a água e a luz do sol); (ii) bens legalmente inalienáveis (bens públicos); e, (iii) bens inalienáveis por vontade humana, como é o caso dos bens gravados com cláusula de inalienabilidade. Nestes casos, afirmam que a valoração e enquadramento pelo Poder Judiciário é imprescindível⁴³⁰.

Verifica-se então que, em termos objetivos, a transação somente pode ser validamente obtida se os direitos subjacentes ao conflito tiverem caráter patrimonial e se forem disponíveis, tanto no sentido de não ser necessária a intervenção judicial, como no sentido de admitir renúncia integral ou parcial de direitos.

Tendo o processo como referência a autocomposição, poderá ainda ser classificada como pré-processual, endoprocessual ou pós-processual, a partir do momento de sua realização. A

⁴²⁷ BEVILAQUA, Clovis, Op. cit. p. 144.

⁴²⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus, Op. cit. pp. 47-48.

⁴²⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de – Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. Vol. II. São Paulo: Renovar, 2006, p. 657.

⁴³⁰ Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op.cit. pp. 659-660.

autocomposição endoprocessual, segundo sua amplitude quanto ao objeto litigioso, acarreta a extinção definitiva, total ou parcial, do processo. O fundamento para a extinção, porém, guarda pertinência com a espécie de autocomposição que se declarou no processo posto⁴³¹.

A resolução autocompositiva de conflitos pode ser obtida por meio do esforço exclusivo das partes envolvidas ou por intervenção de terceiros facilitadores⁴³² da solução consensual. A participação desse terceiro, a quem não tenha sido atribuído poder para decidir imperativamente acerca do conflito, não desnaturará a autocomposição.

Nesse ponto, é interessante asseverar que a ausência de formação de coisa julgada na autocomposição bilateral extraprocessual⁴³³, não desmerece a pacificação obtida por seu conduto indireto^{434 435}.

Com efeito, a transação, desde que revestida de seus requisitos legais, obriga os contendores e somente pode ser anulada na forma do artigo 486 do Código de Processo Civil, desde que demonstrados dolo, coação, erro essencial quanto à pessoa ou quanto à coisa controversa⁴³⁶.

Apesar de não ostentar o atributo da imutabilidade, há na prática pouca diferença qualitativa entre a autocomposição bilateral extraprocessual e a autocomposição sujeita à formação de coisa julgada endoprocessual, por haver boa equivalência de formas entre as hipóteses do artigo 486 e 485 do Código de Processo Civil brasileiro.

Não obstante, a autocomposição bilateral extraprocessual tende a compor o conflito de forma mais extensa e globalizada do que o processo estatal, na medida em que não se origina de um recorte previamente estabelecido da situação conflituosa, tal como ocorre na autocomposição bilateral havida endoprocessualmente⁴³⁷.

⁴³¹ De fato, nem sempre os reais contornos da autocomposição chegam a ser expostos no processo. Pelo contrário, é bastante comum que no curso da demanda, as partes realizem transação extrajudicial quanto ao objeto litigioso; porém, no intuito de evitar a formação de precedente, requerem em petição conjunta a extinção do feito em razão de renúncia da ação, extinguindo-se o feito sem julgamento de mérito.

⁴³² As características e a intensidade da participação desse terceiro no deslinde do litígio é que diferenciam as modalidades de técnicas de resolução autocompositiva de conflitos.

⁴³³ A transação extrajudicial pode adquirir eficácia equivalente à coisa julgada se homologada por sentença, quando passará a ostentar o status de título executivo judicial. É o que prevê o artigo 57 da Lei 9.099/95: "O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial. Parágrafo único. Valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público".

⁴³⁴ Não se ignora que a formação de coisa julgada não é atributo essencial da jurisdição. A comparação parte da perspectiva de que somente o ato jurisdicional tem aptidão para tornar-se indiscutível e, nessa medida, diferencia-se das transações extrajudiciais. Em sentido congruente com tais premissas, ex vi TALAMINI, Eduardo – Coisa Julgada e sua revisão. São Paulo: RT, 2005.

⁴³⁵ A aptidão da sentença arbitral à formação de coisa julgada material decorre de expressa previsão legal (artigo 31 da Lei federal n.º 9.307/96) e é admitida mesmo entre aqueles que negam caráter jurisdicional à arbitragem. In MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz – Curso de Processo Civil. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 147-153.

⁴³⁶ Ex vi artigo 849, do Código Civil brasileiro de 2002 e artigo 1030 do Código Civil brasileiro de 1916 (já revogado).

⁴³⁷ Não há, contudo, vedação legal de adstrição da composição aos contornos previamente definidos da lide. Pelo contrário, o artigo 475-N, inciso III, do Código de Processo Civil brasileiro arrola como título executivo judicial a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo.

Sob tal prisma, a transação extrajudicial mesmo não sujeita ao controle do Poder Judiciário, tem tanta aptidão para encerrar o conflito entre as partes⁴³⁸ e servir de meio à pacificação social quanto às sentenças judiciais e arbitrais (ambas heterocompositivas).

Uma vez apresentadas as espécies de autocomposição e as características essenciais de cada uma delas, é importante destacar os benefícios que a resolução consensual de litígios tende a trazer, se comparado às modalidades heterocompositivas clássicas.

Em primeiro lugar, justamente por derivar de prévio entendimento entre as partes, a solução consensual ostenta maior aceitabilidade, por se tratar de solução construída pelos próprios litigantes (autodeterminação), ainda que por intermédio de um terceiro facilitador, não advindo de imposição de um terceiro⁴³⁹.

Há que se considerar também, que a resolução de conflito obtida por meio de autocomposição certamente favorece a preservação primeva da relação existente entre as partes, que pode, inclusive, ser continuada e não apenas episódica. Nesse sentido é que MAURO CAPPELLETTI destacou a importante contribuição da autocomposição à realização da justiça coexistencial⁴⁴⁰.

Tais características típicas da autocomposição são fatores que devem ser considerados na análise da “vocação” de determinada técnica de resolução de conflito para solucionar determinados tipos de problemas. À vista de tais características, as técnicas capazes de redundar na resolução autocompositiva bilateral, como é o caso, por exemplo, da mediação, parecem ser as mais adequadas para a resolução de conflitos oriundos de relações humanas continuadas, em que a restauração do diálogo e do entendimento é fator essencial à própria preservação da relação originária das partes (jurídica ou não).

Tendo sido destacadas as principais características da autocomposição e ressaltados os benefícios mais diretos que decorrem da resolução consensual de litígios, cumpre atentar para ao outro

⁴³⁸ Artigo 840, do Código Civil brasileiro.

⁴³⁹ Registre-se, a esse propósito, que essa maior aceitabilidade da solução do conflito também se verifica no processo arbitral, na medida em que a decisão advém de julgador, singular ou colegiado, escolhido pelas partes e que desfruta da confiança prévia delas, antes mesmo do surgimento do conflito de interesses.

⁴⁴⁰ Nesse sentido, afirmava Mauro Capelletti que o “terceiro obstáculo, mais diretamente relacionado com os métodos extrajudiciais de solução de conflitos, em sentido técnico, é o que proponho denominar de processual, porque significa que, em certas áreas, são inadequados os tipos ordinários de procedimento. [...] Por ‘obstáculo processual’ entendo o fato de que, em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – o tradicional processo litigioso em juízo – pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos. Aqui, a busca há de visar reais alternativas (stricto sensu) aos juizes ordinários e aos procedimentos usuais.” E ainda: “Primeiro, há situações em que a justiça conciliatória (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de ‘segunda classe’ são melhores, até qualitativamente, do que os resultados do processo contencioso. A melhor ilustração é ministrada pelos casos em que o conflito não passa de um episódio em relação complexa e permanente; aí, a justiça conciliatória, ou – conforme se lhe poderia chamar – a ‘justiça reparadora’ tem a possibilidade de preservar a relação, tratando o episódio litigioso antes como perturbação temporária do que como ruptura definitiva daquela”. In CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. pp. 84-90.

lado da “moeda” e destacar, também, a face perversa que pode se revelar, especialmente quando a autocomposição se dá em conflitos em que há grave desigualdade material entre as partes envolvidas⁴⁴¹.

Com efeito, a vulnerabilidade⁴⁴² de uma das partes dentro de uma determinada relação jurídica, certamente desequilibra as forças para a resolução consensual de eventuais litígios e pode resultar na formalização de autocomposição que não necessariamente reflita o perfeito entendimento desejado.

Explico novamente. Em algumas relações jurídicas em que essa disparidade de forças entre as partes é notória (social, política, econômica, hierárquica), o próprio ordenamento jurídico, com o objetivo de proteger a parte mais vulnerável, confere caráter indisponível a determinados direitos. Em tais casos, a nota de indisponibilidade restringe – e por vezes inviabiliza – o livre exercício da autonomia da vontade e acaba por reduzir as chances de que tal desigualdade influencie, de forma não escusa, eventual autocomposição, que decorrerá de uma “imposição”.

O fato, no entanto, é que sempre há campo fértil para a proliferação de acordos substancialmente desiguais. Essa constatação – *per se* – não justifica o desestímulo para as soluções consensuais em relações jurídicas em que emergja desigualdade substancial entre as partes, mas, sem dúvida, deve ser levada em consideração na análise e escolha do tipo de técnica a ser utilizada para a resolução do problema.

Em análise crítica do fluxo contemporâneo norte-americano de estimular, sem ressalvas, a celebração de acordos, OWEN FISS analisou os fatores que interferem decisivamente na celebração de acordos, entre os quais incluiu a desigualdade de riqueza entre as partes, e recomendou, para as hipóteses em que estejam presentes as circunstâncias apontadas, que a interpretação legítima do direito – fincada na adjudicação da solução do conflito – seria o mecanismo mais adequado à resolução do conflito⁴⁴³.

A crítica contextualizada no cenário judicial norte-americano, contudo, não pode ser aplicada à realidade brasileira sem ressalvas.

A rigor, tal ponderação apenas referenda a conclusão já assinalada de que as peculiaridades do conflito e os objetivos sociais implicados no exercício da jurisdição, mormente à luz da noção de sistema multiportas, são fatores que devem ser levados em consideração na escolha da técnica de resolução

⁴⁴¹ Sobre o tema, é importante consultar a tese de doutoramento de Fernanda Tartuce. In TARTUCE, Fernanda – Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil. 2011. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁴⁴² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Op. cit. p. 78.

⁴⁴³ “Meu universo inclui aqueles casos nos quais existem significativas desigualdades de distribuição de riqueza; aqueles nos quais é difícil criar um consenso legítimo, porque organizações ou grupos sociais são partes no litígio ou porque o poder de realizar um acordo está investido em agentes autônomos; aqueles casos nos quais a corte deve continuar supervisionando as partes após o julgamento; e aqueles nos quais a justiça precisa ser feita ou, para colocar de forma mais modesta, em que exista uma verdadeira necessidade social de uma interpretação legítima do direito”. In FISS, Owen – Contra o acordo. Um novo processo civil. Tradução de Carlos Alberto Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 142.

de conflitos a ser utilizada, mas não inviabilizará peremptoriamente a autocomposição como “desembocadura” possível e legítima, mesmo nos casos em que possa haver desequilíbrio de forças entre as partes envolvidas no conflito de interesses.

3.7.3. Da heterocomposição

Para além da autotutela e da autocomposição, os litígios podem resolver-se na instauração de um processo judicial ou arbitral, formas heterocompositivas de resolução de controvérsias, em que a solução do conflito é dada por decisão impositiva de um terceiro imparcial.

A resolução heterocompositiva de litígios, cujo traço essencial está no exercício do poder atribuído a terceiro com competência legal para adjudicar às partes litigantes o direito deduzido em juízo, legitimar-se-á pela via do processo estatal ou arbitral, que é o método instituído em lei ou estatuto jurídico para que, por meio da prática sucessiva e ordenada de atos procedimentais, em contraditório e ampla defesa oportunizados, possa o julgador formar sua livre convicção motivada acerca da lide e decidir de forma imperativa e terminativa⁴⁴⁴.

A garantia constitucional do acesso à justiça insculpida no artigo 5º, inciso XXXV, da CR/88, é que confere ao processo estatal a posição de método universal de resolução de conflitos, de que podem as partes se valer sempre que haja lesão ou ameaça de lesão a qualquer direito.

Também por imposição constitucional, o processo deve desenvolver-se sob a conformação, formal e substancial, do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da CR/88). Como explicam ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER E CANDIDO RANGEL DINAMARCO, trata-se do conjunto de garantias que asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e que determinam o correto exercício da jurisdição⁴⁴⁵.

Em perspectiva realística, a concretude do devido processo legal opera-se pela observância de outras garantias individuais e coletivas previstas na Constituição da República e regulamentadas pela legislação ordinária, tais como a garantia do juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII da CR/88), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV da CR/88) e da igualdade das partes (artigo 5º, inciso I da

⁴⁴⁴ “Llamamos (por antonomásia) proceso a un conjunto de actos dirigidos a la formación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de las personas interesadas (partes) con una o más personas desinteresadas (jueces; oficio judicial). (...) La voz proceso sirve, pues, para indicar un método para la formación o para la aplicación del derecho que tienda a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por tanto, sea justa y cierta: la justicia debe ser su cualidad interior o sustancial; la certeza su cualidad exterior o formal (...)”. In CARNELUTTI, Francesco - Instituciones del Proceso Civil. Tradução Santiago Sentis Melendo. 5.ª ed., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, pp. 21-22.

⁴⁴⁵ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel – Teoria Geral do Processo. 26.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 88.

CR/88). É justamente a observância a tais garantias processuais que tornará legítima a decisão de mérito proferida por um terceiro imparcial (jugador) em relação a determinado conflito de interesses.

Assim, destacamos duas formas de resolução heterocompositiva de conflitos: o processo estatal conduzido por um juiz togado, pertencente à estrutura do Poder Judiciário; e o processo arbitral, em que as partes em litígio, outorgam poderes a um árbitro ou tribunal arbitral para decidir o conflito imperativamente sob viés de expertise tecnicista da matéria envolvida na lide.

O processo estatal é método universal de resolução de controvérsias, garantido de forma ampla na Constituição da República do Brasil e submetido às regras processuais previstas em lei ordinária, em especial, o Código de Processo Civil brasileiro. Assim, toda e qualquer pretensão amparada em direito pode ser exercida em juízo, devendo, para tanto, ser observados os requisitos legais exigidos para o exercício do direito de ação (requisitos de admissibilidade para julgamento de mérito).

Destarte, o processo estatal enquanto técnica de resolução de conflitos de interesses de pretensão resistida é cabível em relação a toda e qualquer pretensão, não havendo litígio algum que não possa ordinariamente ser solucionado por seu conduto.

Em relação ao processo arbitral, por opção política legislativa⁴⁴⁶, decorre âmbito de atuação específico e restrito, na medida em que somente podem ser solucionados por meio da arbitragem, litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, cuja titularidade seja de pessoas capazes em contratar.^{447 448}

Tratando da arbitragem administrativa, ISABEL FONSECA refere-se a normas portuguesas que são acolhidas em diplomas que vão no sentido de impor a arbitragem como mecanismo obrigatório e único de resolução de litígios emergentes da contratação pública, afastando-se as partes de submissão a jurisdição estatal⁴⁴⁹. Tal tratamento nas normas brasileiras é facultativo, mas com previsão legal expressa para sua implementação, que se aplica de forma tênue ainda na administração pública direta (entes estatais).

Destarte, tratando-se de partes capazes e de direito patrimonial disponível, podem as partes convencionar a resolução de eventuais litígios por meio da arbitragem, hipótese em que, por terem elegido a sede arbitral como mais adequada à hipótese posta, terão renunciado à possibilidade de submeter a demanda pela tutela jurisdicional perante o Poder Judiciário.

⁴⁴⁶ Nesse sentido, RICCI, Eduardo F. – Desnecessária Conexão entre Disponibilidade do Objeto da Lide e Admissibilidade da Arbitragem: Reflexões Evolutivas. In LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista - Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares - In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 407-408.

⁴⁴⁷ Confira-se a redação do artigo 1º da Lei de Arbitragem: “Artigo 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

⁴⁴⁸ Essas limitações opostas ao uso da arbitragem são tratadas pela doutrina como requisitos objetivos e subjetivos de arbitralidade.

⁴⁴⁹ Cf. FONSECA, Isabel Celeste Monteiro – A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro? In FONSECA, Isabel Celeste Monteiro (coord.) – A arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 161.

Neste caso, instaurando-se a arbitragem, a resolução do conflito será adjudicada pelo árbitro ou tribunal arbitral, após regular processo arbitral, submetido, aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, conforme preconiza o artigo 21, Parágrafo 2º, da Lei de Arbitragem brasileira, por decisão imperativa que produzirá os mesmos efeitos da sentença prolatada pelos órgãos do Poder Judiciário (artigo 31, da Lei de Arbitragem), sem necessidade de homologação jurisdicional, exceto nas hipóteses de demandas submetidas aos juizados especiais cíveis brasileiros.

Em síntese, nas formas heterocompositivas de resolução de conflito – o processo estatal e a arbitragem – a solução de decisão de mérito unilateral e imperativa, proferida por um terceiro imparcial – o juiz togado ou seus órgãos colegiados, dotados de competência legal, no caso do processo estatal; já se proferida pelo árbitro ou tribunal arbitral deverão estar regularmente estabelecidos com base na convenção arbitral – após regular processo extrajudicial, desenvolvido sob o crivo de garantias mínimas previstas em lei especial.

É importante registrar, por fim, que a deflagração do processo estatal ou arbitral, por uma das partes para a resolução de um determinado litígio, não afasta a possibilidade de resolução consensual póstuma a deflagração da jurisdição, que, aliás, deve ser estimulada e conta com previsão expressa tanto no Código de Processo Civil brasileiro (artigos 165 e seguintes), como na Lei de Arbitragem (artigo 28).

3.8. Premissas tópicas parciais

À luz do que se tratou neste tópico da obra, construímos as seguintes premissas parciais tópicas, a saber:

1. No atual estágio do movimento teórico de acesso à justiça, houve uma redefinição do objeto central do estudo do direito processual civil, que atualmente foca seus esforços na análise do conflito e nas formas de sua solução com ênfase nos resultados a serem obtidos por intermédio de cada técnica;
2. O novo enfoque do movimento universal de acesso à Justiça assinala a necessidade de se correlacionar e adaptar os mecanismos de solução de disputas às peculiaridades de cada litígio, para o desenvolvimento de técnicas alternativas de resolução de conflitos. Este referencial teórico justifica o exame da possibilidade de resolução extrajudicial de litígios coletivos;

3. Quanto à natureza da atividade desenvolvida por árbitros, negociadores, conciliadores e mediadores, conclui-se que apenas a arbitragem se volta ao conceito clássico de jurisdição. As técnicas consensuais de resolução de litígios, embora não constituam, sob tal ótica, exercício de atividade jurisdicional, inequivocamente partilham de seus escopos social, político e jurídico, sendo por essa razão justificável que sejam consideradas formas alternativas de acesso à Justiça;
4. A garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional deve abarcar também as técnicas extrajudiciais de solução de controvérsias, criando-se, assim, um novo paradigma de prestação do serviço extrajurisdicional, sem serem tidos como contingentes à heterocomposição clássica.
5. Enquanto conceito, a noção de sistema multiportas deve reorientar a utilização de técnicas de solução de conflitos, para fundamentar e conduzir cada caso à técnica mais adequada para sua solução.
6. Na clássica formulação de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, os litígios podem ter como desfecho a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição estatal ou arbitral.
7. A autotutela é forma precária e somente comporta utilização excepcional nas hipóteses autorizadas pelo ordenamento jurídico de forma emergente.
8. A autocomposição, forma consensuada de solução de litígios que tem como requisito a disponibilidade do direito, pode ser unilateral nas hipóteses de renúncia ou reconhecimento da pretensão; bilateral na hipótese de transação, que se caracteriza por ser negócio jurídico sinalagmático em que ambas as partes sacrificam, em certa medida, seus interesses para chegarem a uma autocomposição.
9. A autocomposição pode se dar antes, durante ou após a deflagração da jurisdição estatal ou arbitral e, ainda, com ou sem a participação de terceiros (facilitadores) aos quais não tenha sido atribuído o poder de dizer do direito de forma terminativa e imperativa. Por se tratar de solução de problema construída pelas próprias partes, a autocomposição tende a “desaguar” em maior satisfação das partes e proporcionar a restauração de relações jurídicas continuadas. De outro lado, a autocomposição deve ser utilizada com ressalvas, nas hipóteses em que haja desigualdade material (social, econômica, política ou hierárquica) entre as partes envolvidas no problema.
10. O processo jurisdicional constitui meio heterocompositivo de solução de controvérsias em que a decisão do conflito sobressaia de decisão final de mérito, prolatada por terceiro

imparcial, após regular trâmite processual, desenvolvido sob o crivo de garantias constitucionais mínimas.

11. O processo heterocompositivo apresentar-se-á como: (i) estatal, cabível em relação a toda e qualquer pretensão resistida amparada no direito objetivo, presidido por um juiz togado ou estrutura colegiada, integrante do Poder Judiciário; ou, (ii) arbitral, cabível em relação a pretensões de direitos patrimoniais disponíveis de que sejam titulares pessoas capazes de contratar, inclusive que envolvam à administração pública, submetido a juiz arbitral ou Tribunal arbitral previamente eleito pelas partes, isto é, sob critério de eleição e de confiança dos litigantes.

3.9. Da formulação de pretensões pelas partes na jurisdição estatal

Como decorrência da feição negativa da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, sobressai como já visto, a universalidade do processo estatal, enquanto técnica de resolução de controvérsias em instância de definitividade.

De fato, qualquer conflito de interesses é apto a ser solucionado por meio do Poder Judiciário, sem que para tanto seja necessário empreender exame prévio de admissibilidade (cabimento incondicionado). A Constituição da República e a lei ordinária estabeleceram apenas requisitos formais e materiais de admissibilidade à prestação da tutela jurisdicional, mas não ao cabimento do processo estatal, enquanto técnica de resolução de controvérsias.

Assim, a convenção de arbitragem apenas impõe restrição à admissibilidade da demanda perante o juízo estatal, que diante da exclusão consensual da jurisdição pública, passa a ser incompetente para processar e julgar o litígio, mas não ao cabimento do processo estatal enquanto técnica heterocompositiva em si.

Entretanto, a universalidade do processo estatal não pode conduzir à utilização automática do Poder Judiciário. Vejamos: o fato de a técnica judiciária estatal ser possível para a resolução de todo e qualquer litígio, estando disponível em deflagração, não significa que seja sempre a mais adequada.

Por essa razão, é preciso que as partes sejam estimuladas a avaliar o cabimento e a conveniência do uso da técnica de solução de problemas, inclusive do processo estatal, sempre que a sua utilização tiver aptidão para produzir resultados mais efetivos à luz dos argumentos de produção e qualidade. Não à toa, os juízos estatais estão abarrotados de ações judiciais que poderiam ter sido resolvidas por etapas

prévias à deflagração da cognição judicial, em detrimento de causas que possuam maior relevância, materialidade e riscos para a sociedade.

Tal fato se dá, comumente, por uma internalização de cultura demandista e de litigiosidade (vencido e vencedor), quando do surgimento de conflitos de interesses de pretensão resistida. De fato, a prerrogativa de direitos deve ser preservada para conservação da garantia da sociedade e paz social, mas as técnicas extrajudiciais devem ser fomentadas de igual modo, como mecanismos de acesso à Justiça, reservando-se à heterocomposição estatal a *ultima ratio* de demandas insolucionadas pela via autocompositiva.

3.10. Dos métodos extrajudiciais de resolução de controvérsias

3.10.1. Da Negociação

A negociação constitui técnica de resolução de conflitos por meio da qual as partes em litígio – por si ou por seus advogados⁴⁵⁰ –, mas, em regra⁴⁵¹ sem a intermediação de terceiros⁴⁵², buscam a autocomposição da lide.

Dentre as técnicas autocompositivas, a negociação é a técnica mais informal de composição praticada diuturnamente por todos, como decorrência natural da vida em sociedade. Caracteriza-se por ser um processo comunicativo⁴⁵³ estabelecido entre as partes envolvidas pré-lide para a definição das bases substanciais e formais das relações intersubjetivas.

A informalidade da negociação poderia levantar suspeita sobre o seu próprio enquadramento enquanto modalidade de técnica de resolução de conflito. A negociação, por se tratar de processo usualmente comunicativo pode ser: (i) desenvolvido em contraditório por sua própria natureza jurídica; (ii) com características específicas em relação às demais técnicas consensuais⁴⁵⁴; e, (iii) voltada à construção de consenso acerca de determinada disputa; por tais fatos é reconhecida como técnica consensual de resolução de conflitos de interesses.

⁴⁵⁰ FISS, Owen; RESNIK, Judith – Adjudication and its alternatives: An Introduction to Procedure. New York: Foundation Press, 2003, pp. 3-4.

⁴⁵¹ A exceção deriva da existência de negociação assistida a que alude Roberto Bacellar. In BACELLAR, Roberto Portugal – A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. Revista de Processo. São Paulo, A 24, N 95 (1999), pp. 122-134, p. 127.

⁴⁵² HIGHTON, Elena; ÁLVAREZ; Gladys S. – Mediación para resolver conflictos. 2.ª ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, pp. 118-119.

⁴⁵³ TARTUCE, Fernanda – Mediação nos conflitos civis. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 296-298.

⁴⁵⁴ Apesar de reconhecer a diferença, Daniela Monteiro Gabbay salienta que “a negociação deve ser um capítulo introdutório ao estudo de qualquer outro mecanismo de solução de conflitos, pois as suas ferramentas e técnicas podem ser úteis para outras formas consensuais e adjudicatórias de solução de conflitos, além de a negociação permitir uma reflexão e autoconhecimento das partes sobre o seu próprio perfil na forma de lidar com os conflitos.” In GABBAY, Daniela Monteiro – Negociação. In PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.) - Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 223-225.

Enquanto técnica de resolução de conflitos, a negociação exitosa pode resultar em autocomposição unilateral ou bilateral. De outra banda, não sendo possível o estabelecimento do consenso, poderão as partes remeterem-se a outras técnicas autocompositivas ou heterocompositivas para a solução do problema posto.

Além disso, a negociação pode se desenvolver de forma prévia ou concomitante à utilização de outros métodos de solução de problemas. É inclusive natural que decorra solução de continuidade da negociação, mesmo depois da instauração de processo estatal ou arbitral, na medida em que o início do processo adversarial pode agregar elementos à mesa de debates, mormente quando é antecipada alguma questão acerca da admissibilidade ou do mérito da pretensão de uma das partes.

A despeito de sua natural informalidade, há diversos estudos acadêmicos sobre técnicas de negociação, destacando-se os ensinamentos de FISCHER, URY E PATTON⁴⁵⁵, decorrendo quatro orientações essenciais como método de negociação: (i) separar as pessoas dos problemas; (ii) concentrar-se nos interesses e não nas posições; (iii) inventar opções de ganhos mútuos; e, (iv) insistir em critérios objetivos.

3.10.2. Da Mediação

A mediação consiste em técnica de solução de disputas por meio da qual um terceiro neutro, sem poderes para decidir unilateral e imperativamente a lide, auxilia as partes em conflito para chegarem a um resultado consensual⁴⁵⁶. Assim como qualquer técnica extrajudicial de solução de controvérsias, o requisito essencial da mediação destaca-se como o livre consentimento das partes em participar do método autocompositivo.

O mediador tem o papel primordial de restaurar o diálogo entre as partes⁴⁵⁷, sem impor decisões ou expressar sua opinião sobre o resultado do pleito⁴⁵⁸, a fim de que os próprios interessados possam construir a solução consensual do problema posto. Trata-se de profissional que atua como facilitador da comunicação entre os envolvidos, especialmente para demonstrar as partes que deixem de focar apenas suas próprias posições, reconduzindo aos reais interesses envolvidos na disputa⁴⁵⁹. Em que pese a

⁴⁵⁵ Cf. FISCHER, Robert; URY, William; PATTON, Bruce – Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Imago, 2005, p. 17-86.

⁴⁵⁶ Como bem define Roberto Portugal Bacellar, trata-se de “(...) um diálogo assistido por um mediador, tendente a propiciar um acordo satisfatório para os interessados e por eles desejado, preservando-lhes o bom relacionamento.” In BACELLAR, Roberto Portugal. Op. cit. p. 128.

⁴⁵⁷ Cf. HIGHTON, Elena; ÁLVAREZ, Gladys S. – Mediación para resolver conflictos. 2.ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, pp. 121-123.

⁴⁵⁸ Esse é o principal traço distintivo entre a mediação e a conciliação, em que, como será melhor detalhado no item seguinte, o conciliador tem a faculdade de interferir de forma mais ativa na composição da controvérsia, inclusive para sugerir os termos de composição das partes. In CALMON, Petrónio – Fundamentos da Mediação e da Conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 119-121.

⁴⁵⁹ TARTUCE, Fernanda – Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008, pp. 207-209.

atuação do mediador, a responsabilidade pela construção do consenso é apenas das partes em forças inaugurais antagônicas.

Nesse particular, a mediação constitui método distinto da negociação e da conciliação.

Em relação à negociação, embora lhes seja comum em medida diferenciada a informalidade do processo, na mediação tampouco há regras prefixadas⁴⁶⁰ para a condução das partes ao diálogo e indução à solução consensual⁴⁶¹; as técnicas serão multifacetadas especialmente na mediação, face a presença de um indivíduo facilitador da comunicação: terceiro imparcial.

Já em relação à conciliação, as diferenças mais expressivas estão no papel do mediador na forma de abordagem do conflito e no procedimento utilizado para a solução do problema.

Diferentemente do conciliador, que, como se verá adiante, pode assumir papel de protagonista na cogitação dos caminhos de soluções possíveis ao conflito, a atuação do mediador é direcionada à restauração da própria relação das partes como forma de restabelecer o diálogo e, com isso, proporcionar a solução alternativa construída.

Além disso, a mediação se caracteriza por maior demorada na construção da solução pelas partes, usualmente em várias sessões de autocomposição, enquanto a conciliação normalmente advém de uma audiência entre as partes e o conciliador. Entretanto, pela natureza da técnica que se usará na composição “mirada”, deve ser levado em conta o conflito de interesses vergastado pelas partes e a importância da preservação da relação jurídica inaugural com o advento do consenso construído, onde os fins justificarão os meios adotados, com maior cautela e parcimônia no trato da disputa posta.

Sobre o procedimento da mediação, BRAGA NETO⁴⁶² destaca as seguintes etapas: a) pré-mediação, oportunidade em que se estabelece o primeiro contato entre as partes e o mediador; b) a investigação, em que o mediador esclarecerá o procedimento a ser adotado e tomará parte da complexidade da interrelação das partes; c) a criação de opções, em que o mediador conduzirá as partes à cogitação das possíveis alternativas para a solução do conflito; d) a escolha das opções, momento em que o mediador, atento às necessidades e anseio das partes, as auxilia na eleição da opção que melhor lhes atenda; e) a avaliação das opções, em que são projetados os efeitos das opções de solução aventadas; f) a preparação para o acordo, quando será construído o termo final que represente o consenso a que chegaram as partes e, g) a assinatura do termo final, onde será celebrado o acordo celebrado.

⁴⁶⁰ A informalidade procedimental é regra mesmo nos países em que haja regulamentação legislativa. É o caso, por exemplo, da Argentina, dos Estados Unidos, da Espanha, da França e, mais recentemente, da Itália.

⁴⁶¹ TARTUCE, Fernanda – Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008, p. 213.

⁴⁶² BRAGA NETO, Adolfo – Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano - Mediação e Gerenciamento do Processo. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 65-68.

Entre as finalidades da mediação, FERNANDA TARTUCE destaca o restabelecimento da comunicação entre as partes, a preservação do relacionamento originário delas, a prevenção de futuros conflitos, a inclusão social (participação de particulares na administração da justiça) e a pacificação social, por meio da dissuasão de litígios e construção de consenso⁴⁶³.

Com tais contornos, a mediação é especialmente indicada para a solução de problemas entre pessoas que mantenham relações interpessoais duradouras, como por exemplo, conflitos entre familiares, entre parceiros comerciais ou mesmo entre vizinhos⁴⁶⁴. É desaconselhada, no entanto, para relações em que haja certo grau de desequilíbrio material entre as partes envolvidas⁴⁶⁵.

Na mediação, a assistência às partes por advogados não é essencial, embora seja possível; em caso de acordo, facilitando a sua futura exequibilidade nas hipóteses de inadimplemento⁴⁶⁶. Tampouco há regras esculpidas quanto à formalização de eventual acordo que venha a ser entabulado. Não obstante, há países como a Argentina, em que há previsão específica de redução a termo, a fim de que tal documento possa dar azo à execução de título executivo, acaso decorra descumprimento de cláusulas⁴⁶⁷.

No Brasil, os acordos resultantes de procedimentos de mediação somente poderão ser executados judicialmente, se preenchidos os requisitos objetivos do artigo 784, inciso IV, do Código de Processo Civil brasileiro – requisito formal do título executivo extrajudicial -, ou se tiverem sido homologados judicialmente a formar título executivo judicial.

Dentre as principais vantagens da utilização deste mecanismo autocompositivo, PETRÔNIO CALMON destaca que pela via da mediação extrajudicial – ao contrário da via judicializada – as partes não precisam fixar posições ou formular pedido, mas, tão somente, revelar os problemas existentes e tentar dissolvê-los pela persuasão racional. Abre-se, portanto, a porta para a composição da lide sociológica, alternativamente a lide jurídica que se limita a uma solução adjudicada⁴⁶⁸.

Contudo, a mediação pode ser tanto extrajudicial como judicial, hipótese em que será desenvolvida no curso de demanda já deflagrada, conduzida por mediadores previamente autorizados pelo Ministério da Justiça.

Com o objetivo de disciplinar no plano legislativo a mediação, tramitou no Congresso Nacional, embora arquivado em 2007, o Projeto de Lei federal nº 94/2002. O referido edito foi objeto de crítica

⁴⁶³ TARTUCE, Fernanda - Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008, pp. 220-231.

⁴⁶⁴ Idem, pp. 208-210.

⁴⁶⁵ CALMON, Petrônio. Op. cit. pp. 120-123.

⁴⁶⁶ TARTUCE, Fernanda - Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008, pp. 216-218.

⁴⁶⁷ Artigo 26 da Lei 26.589/2010, da República Federativa da Argentina.

⁴⁶⁸ CALMON, Petrônio. Op. cit. pp. 125-127.

pela doutrina, em especial FERNANDA TARTUCE, posto que confundia mediação com conciliação, sendo excessivamente formal e nominalista, além de exigir, de forma inadequada, que o mediador fosse advogado com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas⁴⁶⁹.

No cenário atual, há que se ponderar que os objetivos de tal projeto de lei arquivado foram superados, em grande medida, pela edição da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, bem como com o advento da Lei de Mediação entre particulares como meio de soluções de conflitos e sobre a autocomposição âmbito da administração pública⁴⁷⁰.

A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça determinou a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que são responsáveis pela realização de audiências de conciliação e mediação pré-processuais (artigo 8º), sem, contudo, dar distinção entre os institutos da mediação e transação. Além disso, um dos anexos da Resolução instituiu o “Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais”, alinhado ao Código de Ética da Advocacia, em que são definidos: a) os princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais; b) as regras que regem o procedimento de conciliação e mediação; e, c) as responsabilidades e sanções do conciliador e do mediador.

De outra banda, a Lei de Mediação⁴⁷¹ brasileira remeteu a orientação principiológica do instituto a: a) imparcialidade do mediador; b) isonomia entre as partes; c) oralidade; d) informalidade; e) autonomia da vontade das partes; f) busca da consensualidade; g) confidencialidade; f) proteção da boa-fé; g) possibilidade de submissão por cláusula contratual; h) faculdade de seu exercício; i) objeto de direitos disponíveis e indisponíveis que admitam transação (desde que homologado em juízo, ouvido o Ministério Público); e, por fim, j) possibilidade de mediação parcial ou total do objeto do conflito de interesses.

Após o advento da Lei de Mediação brasileira, o Conselho Nacional de Justiça aperfeiçoou a sua Resolução 125/2010, por meio da Emenda 2, em que criara a política de judiciária de tratamento de conflitos não só para adequá-la ao novo edito (2015), mas sobretudo ao novo digesto processual civil brasileiro (2015)⁴⁷², estabelecendo-se a criação do Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, visando apoiar os Tribunais das unidades da federação que não haviam desenvolvido seus cadastros regionais.

Com essa nova diretriz, possibilitou-se as partes e seus advogados escolherem mediadores com fundamento em seus históricos de êxito (celeridade, especialidade e qualidade), assim como seus

⁴⁶⁹ TARTUCE, Fernanda - Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008, pp. 260-264.

⁴⁷⁰ Lei federal n. 13.140, de 26 de junho de 2015, da República Federativa do Brasil.

⁴⁷¹ Artigo 2º da Lei federal n. 13.140, de 26 de junho de 2015, da República Federativa do Brasil.

⁴⁷² Artigos 165 a 175, do novo Código Civil brasileiro.

patamares remuneratórios (economicidade), cuja avaliação das atividades desenvolvidas são realizadas pelos cidadãos, permanecendo à disposição pública para consulta de outras partes.

Certamente, a partir da avaliação de proficiência será possível “calibrar” um patamar remuneratório aos mediadores, nos termos dos comandos dispostos no novo diploma processual brasileiro⁴⁷³.

Outrossim, ficou determinado que todas as Comarcas sejam atendidas por algum Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), seja de atribuição local, regional ou itinerante, criando-se ainda uma plataforma digital, denominada Sistema de Mediação Digital para resolução pré-processual de conflitos ou em demandas judiciais em curso, com a relevância das matérias de seguros, consumo e os feitos de execução fiscal.

3.10.3. Da Conciliação

A conciliação é técnica de resolução de controvérsias consistente na atividade desempenhada por um terceiro para auxiliar as partes em litígio a chegarem a uma solução autocompositiva.

É importante pontuar que o vocábulo conciliação, embora seja comumente utilizado no jargão processual como sinônimo de acordo ou autocomposição, designa, na verdade, a atividade de terceiro que se interpõe perante as partes para auxiliá-las na solução do problema, mas não no resultado consensual obtido por intermédio de sua atuação.

A conciliação pode ser judicial, quanto desenvolvida no curso de demanda já instaurada, ou pré-processual quando encetada antes da instauração de processo. A atividade conciliatória, como se vê, costuma advir associada a deflagração do processo estatal judicial.

Como já assinalado, a conciliação é técnica distinta e menos complexa⁴⁷⁴ em relação a mediação.

Além de se voltar mais diretamente ao conflito, e não, tal como na mediação, à restauração da comunicação e da relação originária das partes em pretensão resistida, a conciliação costuma ser mais célere, bastando apenas uma audiência com as partes, onde o conciliador tende a assumir papel mais ativo na proposição de soluções para a controvérsia.

⁴⁷³ Artigo 169, do novo Código Civil brasileiro.

⁴⁷⁴ DEMARCHI, Juliana – Técnicas de Conciliação e Mediação. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano - Mediação e Gerenciamento do Processo. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 55-56.

O conciliador tem papel fundamental de incentivar as partes à solução consensual do litígio, sendo-lhe facultado inclusive manifestar a sua opinião sobre a solução mais justa para a lide⁴⁷⁵ ⁴⁷⁶, sugerindo os termos de acordo que não tenha sido previamente cogitado. O conciliador tem poderes mais ativos do que aqueles atribuídos ao mediador, que deve se manter equidistante da proposta de solução, agindo como indutor.

No contexto do Poder Judiciário, a conciliação é atividade de crescente relevância, inclusive no curso do procedimento jurisdicional. O digesto processual civil além de impor aos magistrados o dever de estimular a conciliação das partes (artigo 3º, §3º do NCPC), instituiu etapa específica do procedimento ordinário para este objetivo, elencada como audiência prevista no artigo 334 do NCPC para as causas que versem sobre direitos que admitam autocomposição⁴⁷⁷.

Além disso, no plano da política judiciária nacional, há um esforço institucional importante, especialmente por parte do Conselho Nacional de Justiça, para que a conciliação seja a tônica de uma reforma estrutural do Poder Judiciário.

Disso é exemplo a já citada Resolução nº 125/2010, que aduz acerca do tratamento adequado dos conflitos, com o propósito de determinar a criação de centros especializados e regulamentou as regras de capacitação de conciliadores e mediadores, construindo bancos de dados com informações sobre os serviços de solução consensual de litígios e criação do Portal da Conciliação e Mediação no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça⁴⁷⁸, com normas secundárias abarcadas a *posteriori* visando adequação normativa e processual.

Apesar de plenamente normatizada, sendo exigência processual civil brasileira, a verdadeira reforma do Poder Judiciário não se operou ainda de forma eficaz por meio da conciliação, havendo pouco efeito exitoso, visto em larga escala nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, carecendo-se de meios e medidas tendentes a inserir uma nova cultura de conciliação na estrutura judiciária, considerada a extensão territorial e divisão judiciária brasileiras, onde a própria cultura de litigiosidade só será superada com o surgimento de uma nova geração de profissionais do direito, alavancada pelos juristas.

Na administração pública então, o descolamento da ideia clássica de indisponibilidade absoluta do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o particular, é o ponto de partida para implantação da conciliação como forma de resolução consensual de conflitos de interesses.

⁴⁷⁵ CALMON, Petrônio. Op. cit. p. 144.

⁴⁷⁶ Interessante observar que no direito norte-americano como ensinam Owen Fiss e Judith Resnik, o termo conciliação além de ser por vezes utilizado em lugar de mediação, pode referir-se à modalidade de atividade autocompositiva em que o terceiro interventor desempenha papel menos ativo. In FISS, Owen; RESNIK, Judith. Op. cit. p. 5-6.

⁴⁷⁷ Desde que não seja defesa a utilização da autocomposição, conforme excetua disposição do inciso II, do § 4º, do artigo 334, do Código Processual Civil brasileiro.

⁴⁷⁸ Disponível em para consulta em: <https://www.cnj.jus.br/conciliacao-mediacao/>.

3.10.4. Da Arbitragem

A seu turno, a arbitragem constitui técnica heterocompositiva extrajudicial de solução de conflitos de interesses, em que uma ou mais pessoas recebem, por meio de convenção de eleição e critérios de especialidade e confiança das partes, poderes para decidir litígios presentes ou futuros de forma unilateral e imperativa. A disciplina legal da arbitragem brasileira está prevista na Lei federal nº 9.307/1996.

O caráter imperativo da decisão de mérito proferida por um terceiro neutro e imparcial é o que caracteriza a arbitragem como técnica heterocompositiva de resolução de controvérsias.

Para JOAQUIM ROCHA⁴⁷⁹, a resolução alternativa e arbitragem estão longe de serem sinônimas, sendo a segunda integrante da primeira enquanto subespécie autônoma e com recorte jurídico diferenciado. Podem ser utilizadas como método preventivo (evitar litígios) ou sucessivo (resolução conflitual), perspectivados por meios intraprocedimentais ou meios pós-procedimentais.

Distingue-se dos demais meios extrajudiciais vistos, diante da forma e do grau da participação do terceiro no deslinde do conflito. De fato, para além da simples condução das partes à solução consensual do litígio, o árbitro ou órgão arbitral é dotado de poderes para decidir o conflito de forma definitiva e imutável (artigo 31, Lei de Arbitragem brasileira), por sentença não sujeita a homologação pelo Poder Judiciário, formado, por conseguinte, título executivo extrajudicial.

A arbitragem pode ser *ad hoc*, isto é, processada por árbitro livremente escolhido pelas partes ou pode ser institucional, quando as partes elegem previamente um juízo ou câmara arbitral, onde será processada e julgada a lide arbitral.

Por expressa disposição legal, a arbitragem somente pode ser pactuada por pessoas que tenham capacidade contratual (artigo 1º, Lei de Arbitragem brasileira c/com artigo 851, *in fine*, do Código Civil brasileiro); somente pode versar sobre litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (artigo 1º, *in fine*, Lei de Arbitragem brasileira).

Além disso, o Código Civil é expresso quanto à vedação ao uso da arbitragem para a solução de questões de estado civil e de direito pessoal de família (artigo 852)⁴⁸⁰.

A arbitragem pode ser pactuada pelas partes por cláusula compromissória ou compromisso arbitral, que são espécies do gênero convenção arbitral (artigo 3º, da Lei de Arbitragem brasileira).

⁴⁷⁹ ROCHA, Joaquim de Freitas – A desestadualização do direito tributário. Em particular, a privatização do procedimento e a arbitragem. In FONSECA, Isabel Celeste Monteiro (coord.) – A arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 223.

⁴⁸⁰ O tema da arbitralidade remete a critérios objetivos e subjetivos de admissibilidade das técnicas alternativas de resolução de controvérsias, que será retomado mais adiante na presente obra.

A cláusula compromissória é a estipulação prevista, por escrito, para que os litígios decorrentes de uma dada relação jurídica sejam resolvidos por arbitragem. Para que a cláusula possa, apenas por si, dar azo à instauração de um processo heterocompositivo arbitral, é preciso que as partes tenham convencionado expressamente a forma de nomeação dos árbitros (cláusula arbitral expressa) ou tenham se reportado ao regulamento de Câmara que contemple normas acerca do tema.

Caso não tenham as partes estabelecido previamente a forma de nomeação dos árbitros, nem se reportado às regras de um órgão arbitral (cláusula arbitral omissa), será necessário notificar a parte contrária para marcar dia, hora e local para que convencionem a forma de instituição da arbitragem (artigo 6º, Lei de Arbitragem brasileira) ou, se essa tentativa restar infrutífera, caberá a parte que deseja instaurar a arbitragem promover a demanda referida no artigo 7º da Lei de Arbitragem brasileira, em que será produzida sentença que equivalerá a um compromisso arbitral.

A Lei de Arbitragem exige ainda cuidados adicionais para a inserção de cláusula compromissória em contratos de adesão (artigo 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem), pois somente será eficaz a cláusula se o aderente: a) tomar a iniciativa de instituir a arbitragem; ou b) concordar expressamente com a sua instituição, por escrito, em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Justifica-se a intervenção do legislador diante da natural desigualdade material que decorre entre as partes no contrato de adesão. As cláusulas do contrato são uniformes, rígidas e predeterminadas⁴⁸¹, cabendo ao aderente tão somente aceitá-las em bloco ou rejeitar a contratação, sem qualquer possibilidade de discussão quanto aos termos do pacto pré-celebrado.

Assim, é evidente que, num contrato de adesão, não há como se presumir que eventual cláusula arbitral tenha sido pactuada, mediante amplo e prévio debate de aceitação de ambas as partes. Por essa razão, os requisitos legais à eficácia da cláusula compromissória em contratos de adesão operam de forma a assegurar que a eventual instituição da arbitragem decorra de inequívoca manifestação de vontade do aderente, e não de imposição do proponente.

Especificamente em relação aos contratos de adesão relativos às relações de consumo, há na doutrina interpretações divergentes quanto à cumulação do artigo 4º, Parágrafo 2º, da Lei de Arbitragem brasileira, e do artigo 51, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor, que declara “nula de pleno direito a cláusula que determina a utilização compulsória de arbitragem”.

⁴⁸¹ Segundo Orlando Gomes, essas três características conformam os traços fisionômicos dos contratos de adesão. In GOMES, Orlando – Contrato de Adesão: Condições Gerais dos Contratos. São Paulo: RT, 1972, pp. 9-10.

Em Portugal, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁴⁸² desafiam a constitucionalidade de normas que consagram os tribunais necessários ou obrigatórios, isto é, impedindo o recurso diretamente ao tribunais estatais ordinários, por violação do direito de acesso ao Poder Judiciário e o malferimento ao princípio da isonomia.

Contudo, tal disposição legal não elimina a possibilidade de haver cláusula compromissória em contratos de consumo, desde que não haja imposição prévia e compulsória no momento da celebração do instrumento. Deverá, portanto, decorrer sua instituição a *posteriori* (cláusula compromissória) ou em face de eventual litígio e por consenso das partes (compromisso arbitral), com a possibilidade de deflagração do procedimento arbitral⁴⁸³.

Em paralelo, o compromisso arbitral é o contrato por meio do qual as partes conferem a um árbitro ou tribunal arbitral, poderes de decisão sobre determinados litígios. O compromisso deve obrigatoriamente conter os requisitos previstos em lei, sob pena de nulidade, e facultativamente, o local ou locais onde será desenvolvida a arbitragem, a autorização para julgamento por equidade, o prazo para proferimento da sentença heterocompositiva arbitral, a indicação dos normativos legais e corporativos aplicáveis à espécie, a declaração de responsabilidade pelo pagamento dos honorários e despesas arbitrais e a fixação dos honorários do árbitro⁴⁸⁴.

A distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral é apenas temporal, isto é, enquanto a primeira precede o surgimento do conflito, no segundo haverá firmamento para que um litígio específico e atual seja resolvido perante o juízo ou Tribunal arbitral.

Desde o advento da Lei de Arbitragem brasileira, em que se alterou o regime jurídico estabelecido no antigo digesto processual civil, conferiu-se à cláusula compromissória eficácia para instituir o juízo arbitral independentemente da celebração de compromisso, dispensando a homologação judicial do laudo arbitral proferido⁴⁸⁵, tendo a arbitragem sido incorporada definitivamente à cultura jurídica nacional, em especial na prática empresarial⁴⁸⁶.

Nesse sentido, assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro ao fixar que a convenção de arbitragem, tanto na modalidade de compromisso arbitral, quanto na modalidade de

⁴⁸² Cf. GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital – Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. II. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 551-553.

⁴⁸³ Nesse sentido, assentou tese o Superior Tribunal de Justiça brasileiro ao fixar a jurisprudência de que “a legislação consumerista impede a adoção prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração do contrato, mas não proíbe que, posteriormente, em face de eventual litígio, havendo consenso entre as partes, seja instaurado o procedimento arbitral”. [29.07.2019]. Disponível [em linha] em <http://www.conjur.com.br/2019-abr-05/superior-tribunal-justica-divulga-14-teses-arbitragem>.

⁴⁸⁴ Artigo 11, da Lei federal n. 9.307/1996 da República Federativa do Brasil.

⁴⁸⁵ Como destacou Carlos Alberto Carmona, eram esses os dois principais obstáculos que impediam o desenvolvimento da arbitragem no Brasil. In CARMONA, Carlos Alberto – A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 22.

⁴⁸⁶ A constatação foi demonstrada em pesquisa descrita em ALVES, Rafael Francisco; GABBAY, Daniela Monteiro; LEMES, Selma Ferreira - Projeto de pesquisa: Arbitragem e Poder Judiciário. Parceria institucional acadêmico-científica da Escola de Direito de São Paulo da FGV e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr). Revista Brasileira de Arbitragem. V 19 (2008), pp. 7-8.

cláusula compromissória, uma vez contratada pelas partes, gozará de força vinculante e de caráter obrigatório, definindo-se ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir - no mérito - os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, e, por conseguinte, derogando-se a jurisdição estatal⁴⁸⁷.

Nessa toada, a Lei das Estatais brasileira⁴⁸⁸ (2016) estatuiu no seu artigo 12, Parágrafo único, a possibilidade da sociedade de economia mista poder solucionar mediante arbitragem, divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, desde que houvesse previsão em seus estatutos sociais. Nesse passo, diante da recente alteração legislativa, avaliamos a arbitragem como campo fértil de desenvolvimento no Brasil, desumindo-se como técnica de resolução de conflitos também adequada aos litígios decorrentes do exercício de atividades empresariais.

Para ISABEL FONSECA, as normas acolhidas em diplomas publicistas vão no sentido de impor a arbitrabilidade como mecanismo obrigatório e único de resolução de litígios emergentes da contratação pública, o que afasta os concessionários e contratantes dos entes públicos da solução oficial dos tribunais justiça portugueses⁴⁸⁹.

Note-se que ao optar pela arbitragem, o contratante público não transigirá com o interesse público, nem tampouco descurando de instrumentos de defesa do interesse publicista, mas, sim, escolhendo forma mais expedita e mais hábil, para defesa do próprio interesse público que tem o dever de tutelar.

Nesse sentido, há de se observar os ensinamentos de MÁRIO AROSO⁴⁹⁰, que assenta a exclusão da arbitragem quando se discutem direitos indisponíveis. A indisponibilidade de direitos resulta de normas imperativas de lei ou instrumento coletivos (*verbi gratia*, direitos laborais), que tornam irrenunciáveis os direitos subjetivos que visam tutelar, por explicação protetiva da parte hipossuficiente da relação jurídica.

⁴⁸⁷ Teses sobre arbitragem do Superior Tribunal de Justiça brasileiro [em linha]. [29.07.2019]. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2019-abr-05/superior-tribunal-justica-divulga-14-teses-arbitragem>.

⁴⁸⁸ Lei federal n. 13.303/2016, da República Federativa do Brasil.

⁴⁸⁹ Cf. FONSECA, Isabel Celeste Monteiro – A arbitragem administrativa: uma realidade com futuro? In FONSECA, Isabel Celeste Monteiro (coord.) – A arbitragem administrativa e tributária: problemas e desafios. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 161.

⁴⁹⁰ Cf. ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1320.

3.11. Das técnicas híbridas da solução de conflitos de interesses

Além das técnicas compositivas “puras” de resolução de conflitos, há outras formas híbridas de composição de disputas, que mesclam duas ou mais técnicas.

O direito anglo-americano possui paradigmas que não se pretende esgotar à exaustão nesta obra. Das modalidades mescladas em técnicas de solução de litígios descritas por OWEN FISS e JUDITH RESNIK, destacaremos o *court-annexed arbitration* e o *rent-a-judge*⁴⁹¹.

O *court-annexed arbitration* é a técnica de que se valem algumas Cortes estaduais e federais estaduanistas envolvendo demandas ressarcitórias. Trata-se de procedimento arbitral colateral que produz um julgamento “não vinculante”, por meio do qual as partes podem antever o possível resultado de uma demanda judicial e sentir-se, com isso, estimuladas à celebração de acordo.

Já o procedimento conhecido como *rent-a-judge* consiste na faculdade ofertada por alguns tribunais americanos, onde às partes submetem certas demandas ao julgamento de pessoas neutras, previamente selecionadas e remuneradas por elas próprias. A distinção em relação à arbitragem é que o julgamento é computado como proferido pela Corte estaduanista e as partes podem recorrer da decisão final.

De outro banda, dentre aos mecanismos consensuados estaduanistas destacam-se o *med-arb*, o *mini-trial* e o *summary jury trial*.

O *med-arb*, como indica sua nomenclatura, designa o procedimento conjugado de mediação e arbitragem. Inicia-se com a mediação e se, infrutífera, será instaurada a arbitragem, que pode ser processada pelo próprio mediador ou por outra pessoa escolhida pelas partes. A peculiaridade desta modalidade está no âmbito do acordo celebrado, onde as partes atribuem poderes ao mediado para decidir de forma heterônoma o conflito, caso não consigam solucionar a questão de modo consensual⁴⁹².

Já *mini-trial*, embora possa se desenvolver em diversos modelos, consiste em meio em que as partes elegem de comum acordo um consultor – que normalmente é um advogado com experiência em áreas relevantes do direito –, onde opinará sobre o desfecho da demanda, caso fosse a julgamento. Com base em tal “parecer”, as partes (re)tornam à etapa de negociação. Em alguns casos, as partes chegam a convencionar que o parecer do consultor jurídico as vinculará, sendo, contudo, facultativa tal cláusula contratual.

⁴⁹¹ FISS, Owen; RESNIK, Judith. Op. cit. pp. 3-6.

⁴⁹² SILVA, Paula Costa e – A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Lisboa: Coimbra, Almeida, 2009, pp. 127-128.

No *summary jury trial*, haverá técnica usual por imposição das Cortes estaduanistas, em que os patronos das partes explicitam *ab initio* o *hard case* a um tribunal do júri simulado, composto por pessoas de origem semelhante àquelas que pudessem vir a compor, de fato, um tribunal do júri para o julgamento de mérito do caso concreto. O veredicto não tem caráter vinculante, mas, a exemplo das outras técnicas, serve de estímulo às partes para a celebração de acordo, posta a previsibilidade da solução exortada.

Mais recentemente desenvolveu-se nos Estados Unidos a investigação para a criação dos chamados desenhos de sistemas de disputas (DSD). Como define DIEGO FALECK, trata-se de sistemas de resolução de lides que concentram e customizam procedimentos e técnicas para a resolução sob medida de determinado conflito, ou de uma série de conflitos derivados de uma mesma origem⁴⁹³.

Como explica o autor, o processo de elaboração do sistema divide-se em 5 (cinco) etapas principais: a) análise do conflito e das partes interessadas e afetadas; b) definição dos objetivos e prioridades; c) criação de consenso e desenvolvimento do sistema; d) implementação do sistema, disseminação e treinamento; e, por fim, e) avaliação constante do sistema de forma a adaptá-lo para permitir ajustes a partir da experiência já obtida⁴⁹⁴.

Com tais medidas, descreve-se a exitosa experiência do *leading-case* brasileiro de desenhos de sistemas de disputas, com a criação da Câmara de Indenização 3054, como meio eficiente e justo na indenização por responsabilidade civil por companhia aérea aos beneficiários das vítimas de acidente ocorrido em 17 de julho de 2007.

Nesta experiência, regida por um regulamento aprovado em ata, sendo signatários as sociedades empresariais e as autoridades públicas, a mediação teve papel essencial na fase inicial do processo, visando encorajar a troca de informação entre as partes, ajudá-las a entender as visões das outras, auxiliá-las a avaliarem de forma realista suas alternativas, a desaguar em termos sólidos de acordo.

Além da mediação, instituiu-se também um Conselho Arbitral Consultivo, composto pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor, cuja tarefa consistia em emitir pareceres não vinculantes para a resolução de impasses. Tais pareceres auxiliaram as partes a eliminarem expectativas não realistas, além de esclarecerem os limites legais que balizavam as negociações em torno da demanda.

Essa moldura procedimental, desenhada especificamente para a hipótese, é também exemplo de materialização da noção de resolução adequada de conflitos, em que a análise preliminar da controvérsia, a avaliação dos interesses em conflito e a definição dos objetivos a serem alcançados, são

⁴⁹³ FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. Revista Brasileira de Arbitragem. Porto Alegre e Curitiba, A V, N 23 (2009), p. 7-32, p. 8-9.

⁴⁹⁴ Idem, p. 10-11.

elementos fundamentais para a escolha da melhor técnica – ou técnicas – indicadas na resolução da controvérsia.

Mais do que isso, o caso é emblemático acerca da possibilidade de resolução consensual de conflitos originados de lesão a direitos individuais homogêneos, pois todas as pretensões indenizatórias, inequivocamente, decorriam de uma origem comum – acidente aéreo.

Tal sistema, em certa medida está sendo replicado na reparação dos desastres ambientais ocorridos em 2017 e 2019 no Estado de Minas Gerais, com o rompimento das barragens de rejeitos da exploração mineral nas cidades de Mariana e Brumadinho, respectivamente, onde a sociedade empresarial conglomerada, as autoridades públicas, os beneficiários das vítimas fatais e os sobreviventes dos desastres ambientais, imiscuíram-se em soluções extrajudiciais imediatas para minorar – *prima facie* – os impactos socioeconômicos,volvendo-se a preservação da dignidade da pessoa humana dos sobreviventes afetados.

Apesar do dano ambiental irreversível e de difícil reparação, as soluções híbridas do conflito de interesses foram condição *sine qua non* para preservação de direitos mínimos dos cidadãos, com a celeridade e a urgência que os casos impuseram com intervenção dos poderes públicos, numa conjunção de ideias de tutela de direitos transindividuais.

Destarte, volver-nos-emos aos requisitos objetivos e subjetivos para (con)formação das técnicas consensuais da solução de controvérsias.

3.12. Dos requisitos objetivos e subjetivos das técnicas extrajudiciais

As técnicas extrajudiciais de resolução de conflitos sujeitam-se a critérios objetivos e subjetivos de admissibilidade para celebração.

Por opção exegético-metodológica, serão analisados critérios legais objetivos e subjetivos da heterocomposição (arbitral) de litígios; daí, tais requisitos serão estendidos para fixação dos critérios de admissão no uso de mecanismos autocompositivos.

3.12.1. Dos requisitos objetivos e subjetivos da heterocomposição arbitral

Na arbitragem, os critérios objetivos e subjetivos de admissão estão preconizados expressamente no artigo 1º, da Lei de Arbitragem brasileira.

Sob a ótica subjetiva, a arbitragem somente pode ser utilizada por pessoas que tenham capacidade contratual de direito (artigo 1º, Lei federal nº 9.307/96 c/com artigo 851, parte final, do Código Civil brasileiro). A capacidade contratual decorre da personalidade de direito e consiste na aptidão para tornar-se sujeito de direitos e deveres na vida civil (artigo 1º do Código Civil brasileiro). Contudo, ainda que detentores de capacidade de direito, não poderão se submeter ao procedimento arbitral os incapazes, ainda que representados ou assistidos (artigos 3º e 4º, do Código Civil brasileiro), posto que não detentores de capacidade de fato para o exercício dos atos da vida civil, e ainda, àquelas pessoas não detentoras de personalidade jurídica⁴⁹⁵.

Sob o enfoque objetivo, apenas litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis podem ser arbitrados (artigo 1º, parte final, Lei federal nº 9.307/96). Além disso, o Código Civil é expresso quanto ser defeso o uso do compromisso arbitral para questões de direito pessoal e de família, além de questões que não tenham caráter estritamente patrimonial (artigo 852, do Código Civil brasileiro).

A formulação legal do conceito de direitos patrimoniais disponíveis conjuga as questões atinentes à patrimonialidade e disponibilidade. Entretanto, carece a doutrina jurídica brasileira de uma predefinição “uníssona” do conceito de disponibilidade afeta a direitos.

Nesse sentido, em tema afeto aos critérios objetivos da arbitragem, o conceito de direitos disponíveis podem ser atribuídos tantos significados quantos bastem aos doutrinadores incumbidos da tarefa, demandando coerência quanto ao conteúdo⁴⁹⁶.

De outra banda, a indisponibilidade patrimonial aparece como conceito perene, sem variações ou *distinguish* em sua essência. A necessidade de se atentar para a existência de diferentes graus⁴⁹⁷ ou diversas espécies de (in)disponibilidade de direitos é premente. Tanto que em questões atinentes ao direito ambiental, os direitos materiais “afirmados” indisponíveis costumam ser rotulados como intangíveis, indivisíveis, monofacetários, a conduzir desfecho concreto e determinado⁴⁹⁸.

Nesse particular, EDUARDO TALAMINI discorreu sobre a construção do tema da indisponibilidade, para aferição dos critérios objetivos nas soluções de controvérsias envolvendo a Administração Pública⁴⁹⁹, onde, em que pese ser admitida em objeto específico deste estudo, pode ser extensível a outros tipos de

⁴⁹⁵ A capacidade contratual dos entes legitimados coletivos previstos no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública brasileira, assim como do artigo 82 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor brasileiro é integrante do conceito de letigimação.

⁴⁹⁶ GONÇALVES, Eduardo Damiano. Op.cit. pp. 182-184.

⁴⁹⁷ TARTUCE, Fernanda - Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008, pp. 49-51.

⁴⁹⁸ Cf. ALVES, Rafael Francisco – A arbitrabilidade do direito ambiental: a questão da disponibilidade de direitos. In SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveria (Org.) – Processos Coletivos e Tutela Ambiental. Santos: Editora Universitária Leopoldiana, 2006, pp. 200-201.

⁴⁹⁹ Cf. TALAMINI, Eduardo – A arbitragem e a parceria público-privada (PPP). In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia - Parcerias Público-Privadas. São Paulo: RT, 2005, pp. 339-349.

conflitos de interesses envolvendo entes estatais, comportando-se diferentes acepções do conceito “indisponibilidade” a ensejar a edificação dos requisitos objetivos quanto à arbitragem.

A uma, separou-se a indisponibilidade meramente adjetiva (processual) das indisponibilidades substantivas (materiais). As indisponibilidades adjetivas surgem como garantias de preservação de situações jurídico-processuais, como no Brasil, a hipótese de inexigência do ônus da refutação específica nas hipóteses de o réu ter sido citado por edital ou por hora certa⁵⁰⁰.

Já nos feitos cíveis de natureza coletiva, decorrerá indisponibilidade processual da regra geral que afasta os prejuízos processuais advindos da desistência infundada ou abandono da ação civil pública, impondo ao Ministério Público ou um outro colegitimado, o dever legal de prosseguir com a demanda (artigo 5º, § 3º, da Lei de Ação Civil Pública brasileira).

Alerta-se que as indisponibilidades adjetivas não podem servir de mote para formulação de requisito objetivo como critério da heterocomposição arbitral em determinada lide, isto é, em arbitrabilidade objetiva, vez que a regra referida no artigo 1º da Lei de Arbitragem brasileira aplica-se somente a indisponibilidade do direito substantivo.

A indisponibilidade de direito substantivo aplicar-se-á em gradações que não se aplicam a arbitragem como processo, dizendo respeito tão somente à impossibilidade de se renunciar um direito, referindo-se, assim, a uma indisponibilidade material propriamente dita. Entretanto, a indisponibilidade material referida na Lei de Arbitragem brasileira, tem correlação à proibição do reconhecimento meritório extrajudicial, restando afeta exclusivamente à competência em razão da matéria (absoluta) da jurisdição estatal.

Temos aqui, uma reserva jurisdicional pública de (re)conhecer e dar exequibilidade aos direitos afetos de seus administrados, dependentemente de ingresso em juízo. A esse conceito de indisponibilidade, de matiz excepcional, *exsurge* a denominada exclusividade da intervenção jurisdicional⁵⁰¹.

O conceito da exclusividade está ligada a necessidade da intervenção jurisdicional atenta a uma definição doutrinária de arbitragem como parte integrante da natureza jurídica de equivalente jurisdicional⁵⁰², e não de jurisdição propriamente dita. Porém, nada impede que, noutra linha de pensamento, reconhecidamente adequada ao enquadramento da arbitragem como atividade jurisdicional

⁵⁰⁰ Idem, pp. 339-340.

⁵⁰¹ “Proibe-se o reconhecimento espontâneo e extrajudicial de que não se tem razão, impondo como indispensável a deflagração da jurisdição (estatal), onde apenas esta caberá dizer quem tem razão”. Cf. TALAMINI, Eduardo – A arbitragem e a parceria público-privada (PPP). In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia - Parcerias Público-Privadas. São Paulo: RT, 2005, p. 340.

⁵⁰² TALAMINI, Eduardo – A arbitragem e a parceria público-privada (PPP). In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia - Parcerias Público-Privadas. São Paulo: RT, 2005, p. 356.

heterocompositiva, que a expressão de necessidade da intervenção judicial seja substituída pela tutela jurisdicional estatal.

Tal relevância se acentua nas hipóteses de arbitragem de conflitos de interesses que envolvam a administração pública, presentes direitos irrenunciáveis, em que pese a não exclusividade de jurisdição estatal, como, *verbi gratia*, nas hipóteses do direito de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos celebrados com o particular.

Assim, EDUARDO TALAMINI defende que a arbitrabilidade objetiva será possível, sempre que o direito disponível versar sobre matéria patrimonial, sem necessidade de deflagração da jurisdição estatal pelas partes como meio de enfrentamento do *meritum causae*.

O conceito de indisponibilidade - de origem no direito material - pode ser tratada como indisponibilidade instrumental, à luz de corresponder meio de utilização de métodos extrajudiciais de solução de disputas.

Já a exclusividade da jurisdição espelha a preocupação do Estado em manter temas relativos à organização interna da sociedade e à defesa de seus valores fundamentais sob a tutela das autoridades públicas⁵⁰³. Quanto mais o âmbito da arbitragem estiver limitado, tanto mais se desvelará a ideia da tutela jurisdicional enquanto manifestação do poder soberano, ao invés de mais um mecanismo de serviço de acesso à Justiça⁵⁰⁴.

A ideia central de indisponibilidade de direitos - conquanto inadmissível na celebração transações processuais - com eficácia autocompositiva substancial, não acarreta - automaticamente - a ausência de arbitrabilidade aplicável ao conflito de interesse publicista, mas sim, neste caso, onde a indisponibilidade não é da jurisdição em si ou do poder de cognição de uma matéria de dada natureza jurídica, podendo ser aplicável a situação fático-jurídica, porquanto haja matérias em que o Estado não criou reserva jurisdicional específica em razão da tutela dos interesses fundamentais da sociedade⁵⁰⁵.

O conceito de direitos disponíveis preconizado no artigo 1º da Lei de Arbitragem brasileira, somente não admite a resolução extrajudicial de controvérsias que envolvam direitos aos quais haja sido instituída a imposição da intervenção estatal judicial, isto é, necessidade de atuação jurisdicional.

Desta feita, a arbitrabilidade será cabível sempre que a matéria envolvida, além de cunho patrimonialista, puder ser solucionada pelas próprias partes, em prol de uma, de outra, ou de ambas, independentemente de deflagração da heterocomposição estatal (processo)⁵⁰⁶. De outro lado, somente

⁵⁰³ Cf. GONÇALVES, Eduardo Damião - Arbitrabilidade objetiva. 2008. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pp. 193-194.

⁵⁰⁴ Cf. RICCI, Eduardo F. Op. cit. pp. 407-409.

⁵⁰⁵ Cf. SILVA, Paula Costa e. Op. cit. pp. 87-88.

⁵⁰⁶ Cf. CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit. pp. 56-57.

são inarbitráveis os conflitos que envolvam direitos em relação aos quais a ação judicial seja indispensável, como nos exemplos de separação contenciosa, do divórcio contencioso, da falência e da insolvência civil, do inventário judicial (em que haja herdeiros incapazes civilmente), da ação de alimentos de menores, dentre outras⁵⁰⁷.

Quanto ao requisito da patrimonialidade é relevante que para a admissibilidade da arbitralidade, o direito substantivo envolvido tenha repercussão econômica em si, ou que no mínimo possa ser financeiramente determinado, para fins de reparação em caso de inadimplemento⁵⁰⁸.

CLÓVIS BEVILÁQUA descreveu que as vantagens patrimoniais, mesmo que oriundas de relações de estado das pessoas, legitimidade de matrimônio, pátrio poder (poder familiar) e filiação poderiam ser objeto de transação⁵⁰⁹, como nas hipóteses de negócio jurídico processual⁵¹⁰ acerca do *quantum debeatur* do dever de prestar alimentos, utilização do sobrenome dos consortes na celebração ou dissolução da sociedade conjugal, guarda compartilhada de filhos, dentre outros. Assim, a disponibilidade seria instrumental, recaindo sobre a forma, modo e tempo de cumprimento da obrigação decorrente de direitos indisponíveis, mantendo-os gravados de intangibilidade.

Por fim, o requisito objetivo da patrimonialidade não se restringe as hipóteses da pecúnia do direito invocado, podendo alcançar as hipóteses em que se busque a prestação de tutela específica – *in natura* –, como, *verbi gratia*, nas hipóteses do direito à saúde, educação, meio ambiente, patrimônio cultural, artístico ou paisagístico, dentre outros.

3.12.2. Dos requisitos objetivos e subjetivos da utilização de métodos consensuais

Das técnicas consensuais de resolução de conflitos, embora, por vezes não decorram de regulação legislativa específica (lei formal em sentido estrito), são passíveis de enumerar requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade e hipóteses de cabimento.

Sob o enfoque subjetivo, o requisito de cabimento dos meios consensuais correlaciona os critérios legais estatuídos para arbitralidade subjetiva de disputas⁵¹¹, estando ligado à ideia de legitimação. Nesse particular, somente aquele que detém capacidade de fato para exercer os atos da

⁵⁰⁷ Cf. TALAMINI, Eduardo – A arbitragem e a parceria público-privada (PPP). In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia - Parcerias Público-Privadas. São Paulo: RT, 2005, pp. 342-343.

⁵⁰⁸ Cf. TALAMINI, Eduardo – A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria). Revista de processo. São Paulo, V 128 (2005), pp. 67-68.

⁵⁰⁹ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis – Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958, p. 153.

⁵¹⁰ Sobre a construção da cláusula geral de negociação processual civil brasileira, ex vi BARREIROS, Lorena Miranda Santos – Convenções processuais e poder público. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 193-198.

⁵¹¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos – Convenções processuais e poder público. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 75-76.

vida civil, em especial, celebrar contratos, pode ser legitimado a celebração em um negócio jurídico de negociação, conciliação ou mediação, inclusive para que se alcance o resultado válido autocompositivo.

Já sob enfoque objetivo, em que pese ter sido concebida para admissibilidade da arbitragem na solução de lides a distinção entre indisponibilidades proposta por EDUARDO TALAMINI, poderia ser aplicável aos mecanismos consensuais de resolução de disputas, posto que, somente às lides em que se exija a deflagração da jurisdição estatal, poderia, de fato e de direito decorrer contenção à escolha de mecanismos autocompositivos na solução de problemas.

Assim, não se sujeitam à negociação, à mediação e à conciliação as lides em relação às quais haja necessidade da intervenção judicial (direito instrumentalmente indisponível).

Lado outro, importa (re)afirmar que nas hipóteses em que envolvam direitos substancialmente indisponíveis, isto é, direitos que devam ser satisfeitos ou reparados de forma integral, podem decorrer resolução de disputas por meio de técnicas consensuais, desde que, em relação a tais direitos, não haja exclusividade da intervenção estatal judicial.

Nesse diapasão, a natureza jurídica substantiva indisponível do direito, não afasta o juízo de cabimento da utilização de técnicas consensuais na solução de controvérsias que os envolvam, embora possam contingenciar sua aplicação de forma excepcional, exponenciando os resultados possíveis de serem alcançados, os quais não poderão dispor sobre a renunciabilidade ou mitigação de direitos materialmente indisponíveis, isto é, objeto da solução transacionada⁵¹².

A celebração de termos de compromissos de (re)ajustamento de conduta ou de gestão em seara publicista, face à impossibilidade de renúncia do objeto do direito material a ser solucionado, não impede a transação relativa às pretensões que envolvam os direitos materialmente indisponíveis em que se concebam, mas, apenas, restringirão o universo possível de autorizações ou permissões para adimplemento de obrigações preconizadas em lei (disponibilidade instrumental), posto que, além de que não são afetos à reserva da tutela estatal jurisdicional, não poderão dispor sobre a extrusão dos núcleos de interesse público, mirando, exclusivamente, em seus resultados céleres, eficazes, eficientes e pela via mais adequada à concretização.

Em síntese, no plano do cabimento, mesmo os conflitos relativos a direitos insuscetíveis de qualquer renúncia (direitos materialmente indisponíveis) podem ser objeto de negociação, conciliação e mediação, com a ressalva de que a única solução consensuada para a lide, será a submissão do contendor resistente à realização integral do direito material – indisponível – subjacente ao próprio litígio.

⁵¹² A pactuação de adimplemento (forma, tempo, lugar e modo) das obrigações nos termos da lei, representa disponibilidade instrumental aplicável a direitos disponíveis e indisponíveis.

Ultrapassada a premissa de cabimento, a questão se volta ao plano adequação do método consensuado para solução da controvérsia na seara publicista, verificando-se as vantagens para submissão de um conflito de interesses de pretensão resistida, pela via de uma negociação, uma mediação ou a uma conciliação, casos em que o único resultado possível e aceitável a ser obtido será o reconhecimento da pretensão pelo resistente, com o seu imediato adimplemento de forma válida e eficaz.

Com efeito, muitas vezes, a resolução da disputa não dependerá apenas do reconhecimento do direito pela parte resistente, mas também da regulamentação e quantificação do exercício deste direito por ela. Nas lides relativas à obrigação de prestar alimentos, não basta o reconhecimento da obrigação de prestá-los – direito este indisponível -, mas é possível consensuar o *quantum debeatur* a ser adimplido, assim como seu tempo e modo. Nas obrigações afetas à administração pública, a lógica aplicável será a mesma.

Por derradeiro, se o critério objetivo da disponibilidade é utilizado para cabimento da arbitrabilidade no uso de técnicas consensuais, ele não se pode afirmar em relação ao critério objetivo da patrimonialidade, por dois fundamentos.

O primeiro porque a teor do disposto nos artigos 851 e 852 do Código Civil brasileiro, a patrimonialidade é requisito para o compromisso – judicial ou extrajudicial – de direitos decorrentes de contratos, conquanto instrumentos de autocomposição, representando apenas uma das várias soluções de disputas resolutas por instrumentos consensuais.

O segundo, porquanto os conflitos que envolvam direitos coletivos ou transindividuais, isto é, extrapatrimoniais, possam ser objeto de compromissos de ajustamento de conduta ou de gestão, possuindo natureza jurídica de transação, e poderão decorrer de prévia negociação entre o órgão público tomador do compromisso e o interessado público ou particular, isto é, interessado no cumprimento voluntário da exigência legal.

3.13. Da adequação do método ao conflito de interesses de pretensão resistida

Das características esposadas em cada um dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, possibilitar-se-á extrair a melhor técnica que se inclina em maior ou menor efetividade na composição da disputa no caso concreto. O reconhecimento das particularidades dos instrumentos postos à disposição das partes para solução de uma disputa, fará emergir o juízo de adequação de uma melhor técnica ou de outra.

Impende considerar na análise da adequação a dinâmica da relação envolvida aos imperativos de direito material, aos interesses das partes litigantes e, por fim, aos objetivos sociais imbricados no exercício da jurisdição^{513 514}, desenvolvendo-se, deste modo, o conceito de instrumentalidade metodológica, na qual decorre a necessidade de se afastar a pretensa transsubstancialidade da heterocomposição, cujo entendimento do conflito em sua maior concretude jurídica e social fará surgir a resposta processual mais adequada para solução da controvérsia.

Assim, há a remodelação do objeto da norma adjetiva civil, em que, para além da mera instrumentalidade de norma processual, se estenderia às particularidades do resultado imposto numa área predeterminada. A solução almejada e desencadeada seria de maior especificidade e aderência às necessidades de um determinado contexto jurídico-social posto em disputa pelas partes.

Nesse sentir, tal proposta acadêmica ratifica a ideia de juízo de adequação lastrada na aplicabilidade de múltiplas espécies de conflitos de interesses, avaliando-se as melhores e mais eficazes técnicas de solução das controvérsias aproximadas de uma resolução melhor apropriada.

Sem prejuízo, a adequação pode ser aferida no seio da heterocomposição estatal, onde, para além do procedimento comum (ordinário) erigido como cláusula geral aplicável a maioria de situações, o legislador tenha edificado procedimentos especiais que se enquadram às particularidades do direito substantivo subjacente à lide⁵¹⁵.

Após o aferição das particularidades do litígio, nada impede o uso de uma técnica ou de outra, exceto acerca dos requisitos de admissibilidade objetivos e subjetivos. De certo, o que importa na escolha do mais adequado mecanismo da solução consensual da disputa, será a solução apropriada para o conflito de interesses posto, disponibilizado para pôr a termo a controvérsia, sem -necessariamente – apresentar-se casuístico. Assim, o juízo de adequação poderá estar ligado a partir da dissecação das peculiaridades da disputa, do direito substancial controvertido e da pretensão resistida das partes, desaguando em melhor técnica de solução da controvérsia volvida a maior capacidade de produção do resultado eficaz na solução terminativa do conflito.

Destacamos, por ocasião, a especial atenção da mediação em solucionar controvérsias em que o impacto emocional esteja aflorado⁵¹⁶, cuja instrumentalização nos ateremos mais detidamente em subtítulo próprio.

⁵¹³ SALLES, Carlos Alberto – Execução judicial em matéria ambiental. São Paulo: RT, 1998, p. 35.

⁵¹⁴ SALLES, Carlos Alberto de – Arbitragem em Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, pp. 13-27.

⁵¹⁵ Cf. BEDAQUE, José Carlos dos Santos – Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo. 4.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 46-47.

⁵¹⁶ Cf. SILVA, Paula Costa e. Op. cit. p. 76.

Remontando a experiência da Câmara de Indenização 3054, criada para promover a indenização por danos materiais e morais em virtude de responsabilidade civil em favor dos beneficiários e das vítimas do acidente de viação aérea, havido em meados de 2007, sobrelevou a mediação como papel de destaque na promoção de nível produtivo na expressão emocional das partes, logo após a etapa de apresentação dos requerimentos⁵¹⁷.

Os predicativos da mediação não só nas relações jurídicas casuísticas, também se aplicaram na solução de controvérsias em que as relações intersubjetivas perenes se apresentaram⁵¹⁸. Aqui, *verbi gratia*, nas relações em que envolvam direito de família, a solução cirúrgica da mediação torna-se indispensável para preservação das relações interpessoais preexistentes.

Por derradeiro, a análise prévia do objeto do litígio é mote de indicativo da melhor técnica de solução consensuada, isto é, juízo de adequação, com previsibilidade de resultados a serem alcançados com maior economicidade – menor tempo e recursos despendidos -, tudo de forma eficaz para solução definitiva da contenda sob enfoque de preservação ou não da relação intersubjetiva dos envolvidos, o direito substancial perscrutado e a pretensão resistida das partes envolvidas – elementos estes de natureza qualitativa⁵¹⁹.

3.14. Premissas tópicas parciais

1. Os caracteres essenciais dos métodos de solução das controvérsias – notadamente a negociação, a conciliação, a mediação, a arbitragem e seus meios híbridos de composição, devem perpassar por dois estágios de cabimento.
2. O primeiro diz respeito às hipóteses de cabimento em sede de juízo de admissibilidade de meios extrajudiciais, a partir da aferição dos seus elementos objetivos e subjetivos.
3. Este estágio prescindirá da deflagração da heterocomposição estatal, por se tratar de mecanismo de acesso universal à justiça na composição de conflitos de interesses de pretensão resistida, conquanto garantia – individual e coletiva – que não se sujeita a qualquer critério prévio de admissibilidade – princípio constitucional da jurisdição universal.

⁵¹⁷ FALECK, Diego – Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo, N 23 (2009), pp. 29-30.

⁵¹⁸ TARTUCE, Fernanda – Mediação nos conflitos civis. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 209-210.

⁵¹⁹ GALANTER, Marc – Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. Denver University Law Review. [s.i.] N 66 (1989), pp. xi-xii.

4. Sob a perspectiva dos requisitos subjetivos, podem ser objeto de métodos extrajudiciais de solução de litígios, as partes que tenham capacidade de fato e de direito, para firmar negócios jurídicos, isto é, legitimação na celebração de contratos bilaterais.
5. Sob a perspectiva dos requisitos objetivos, a submissão de conflitos de interesses a métodos extrajudiciais de solução das controvérsias deverão versar sobre direitos que não imponham a deflagração da heterocomposição estatal judicializada – indisponibilidade instrumental. Aqui, somente poderá haver a deflagração da arbitralidade nas pretensões em que envolvam direitos estritamente patrimoniais, sendo que ao litígio arbitrável, poderá recair as técnicas de negociação, mediação e conciliação^{520 521}.
6. Entretanto, pode-se não ser imprescindível o critério objetivo da patrimonialidade, quando do firmamento de compromissos em que se versem sobre direitos coletivos ou transindividuais e que sejam objeto de negociação entre órgãos da administração pública e/ou particulares, face o resultado pretendido diverso do patrimonial em si.
7. Já o segundo estágio diz respeito às hipóteses de adequação, onde a instrumentalidade metodológica se expressa pelo melhor método para solução da disputa, decorrendo de sua aptidão em produzir melhores resultados (efetividade), com menor dispêndio de tempo e recursos (economicidade), em que maiores benefícios serão colhidos pela sua mais apropriada utilização (elemento qualitativo).

3.15. Da nova era da consensualidade da atividade estatal

Os instrumentos administrativos lastrados na atividade administrativa de caráter consensualista se fundam em premissas que enaltecem o uso de técnicas, métodos e instrumentos negociais que terão por escopo o atingimento de resultados mais rápidos, eficazes e seguros, tanto para o gestor público titular da ação administrativa, quanto para os destinatários que são os membros da sociedade.

Assim, a concertação administrativa e suas técnicas de contratualização podem ser indicadas como formas de Administração Pública consensual.

⁵²⁰ Para Francesco Carnelutti, as contingências da utilização da heterocomposição arbitral são idênticas às restrições da autocomposição. In CARNELUTTI, Francesco. Op. cit. pp. 118-119.

⁵²¹ Eduardo Talamini discorre ser comum em contratos em que decorra convenção de arbitrabilidade o estabelecimento da possibilidade de uso de outros mecanismos extrajudiciais de solução da lide. In TALAMINI, Eduardo – A arbitragem e a parceria público-privada (PPP). In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia - Parcerias Público-Privadas. São Paulo: RT, 2005, pp. 357-358.

Define-se concertação administrativa como o fenômeno de renúncia de poderes administrativos lastrados na imperatividade e unilateralidade, com possível transação perante os destinatários na sua aplicação concreta⁵²², havido perante os órgãos da administração pública (direta e indireta) representados por suas autoridades administrativas competentes.

Deste conceito, a regulação do procedimento administrativo ganha sobreleva na dogmática moderna, possibilitando não só a democratização da atividade administrativa com participação do administrado, mas, sobretudo, favorece a atividade do controle externo, e com isso inaugura uma nova ideia de legitimação da atividade administrativa de natureza consensual⁵²³.

Quer se trate de decisão unilateral ou não, o que se busca com a atividade administrativa consensual é um meio mais rápido e de melhor aceite pelos destinatários, eficaz sobretudo sob a ótica do controle externo, que passa a participar do momento da elaboração da vontade de todos (controle concomitante), tudo em sede de exame preventivo de legalidade, acompanhado também de critério técnico, a espancar – em tese - os vícios de ineficiência ou desproporcionalidade presentes nos atos administrativos derivados exclusivamente do autoritarismo.

Nesse diapasão, o ato administrativo dotado de pura unilateralidade e imperatividade perde sua exclusividade no seio administração pública clássica, deixando de ser manifestado por exercício de mera excelência, assim pela via da oportunidade de uma visão precedente, concomitante e finalística; esta última não só como realidade última, absoluta e perfeita como dantes⁵²⁴, internalizando a ideia de administração pública democrática.

Essa é a visão do Estado Democrático de Direito pluralista e infraestrutural, configurado pela atividade administrativa com menos manifestação de poder e mais como aparelho burocrático de implementação de direitos, renovando a sua legitimação perante a sociedade e para atendimento das complexidades sociais e programáticas do próprio ente estatal.

A coercibilidade deixa de retratar uma única via para persecução do melhor interesse público possível, exceto quando a lei preveja uma necessária observância de forma (indisponibilidade instrumental).

No direito brasileiro, há de se buscar uma regra explícita de competência dos órgãos e entidades administrativas para exercício da consensualidade administrativa. Subsidiando tal afirmação, elencaremos a historicidade de diversos diplomas legais autorizativos do exercício da atividade administrativa consensual e seus motivos determinantes, senão vejamos:

⁵²² FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo – Curso de derecho administrativo. Vol. I. 9.ª ed., 1999, p. 661.

⁵²³ Cf. SILVA, Vasco Pereira da – Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 106-107.

⁵²⁴ Cf. . SILVA, Vasco Pereira da – Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 2006, pp. 109-110.

- a) o artigo 10 do Decreto-Lei n. 3.365/41 (que disciplina a Desapropriação), segundo o qual “a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente”, mediante ato da própria autoridade administrativa competente;
- b) o artigo 5º, § 6º da Lei federal n. 7.347/85 (que disciplina a Ação Civil Pública), segundo o qual autorizou aos órgãos públicos legitimados a sua propositura (legitimados ativos), inclusive os de controle externo como o Ministério Público e Associações Cíveis organizadas na forma da lei, a faculdade de “tomar dos interessados compromisso de ajustamento de suas condutas às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”;
- c) a Lei federal n. 8.666/93, a Lei federal n. 8.987/95, a Lei federal n. 11.079/04 e a Lei federal n. 11.107/05 que disciplinaram os acordos no âmbito da execução dos contratos públicos e administrativos;
- d) o artigo 53 da Lei federal n. 8.884/94 que disciplinou “o compromisso de cessação de prática sob investigação” nos processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – órgão estatal federal e executivo;
- e) o artigo 37, § 8º da Constituição da República de 1988, que previu a possibilidade de firmamento de contratos de gestão como instrumento de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos ou entidades da administração direta e indireta, a ser celebrado entre os gestores públicos e poder público;
- f) o artigo 16, da Lei federal n. 12.846/2013 (que disciplinou a Responsabilização de Pessoas Jurídicas pela prática de ato ilícito), permitindo aos entes federados e órgãos da administração pública, inclusive Ministério Público e Defensoria Pública, em “celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados”, reduzindo ou mitigando as cominações que dispôs;
- g) o artigo 4º da Lei federal n. 12.850/2013 (que disciplinou o conceito de Organização Criminosa), permitindo ao juiz homologar “acordo de colaboração premiada”, reduzindo ou mitigando as cominações que dispôs ao réu colaborador/delator premiado;
- h) o artigo 93-A, da Lei Complementar estadual n. 102/2008 e suas alterações posteriores (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais), que previu a possibilidade do órgão de controle externo celebrar “Termo de Ajustamento de Gestão para regularizar atos e procedimentos dos poderes, órgãos ou entidades por ele controlados”;

- i) o artigo 26 do Decreto-Lei n. 4.657/72 (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), incluído em 2018, que previu a possibilidade de que qualquer autoridade administrativa possa, à vista de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público;
- j) o artigo 76 da Lei federal n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Cíveis e Criminais), que previu o instituto da “transação penal”;
- k) o artigo 28-A (advindo da Lei Anticrime), do Código de Processo Penal brasileiro, incluído em 2019, que previu as hipóteses de celebração de acordo de não persecução penal, mediante transação, que poderá elidir o oferecimento de denúncia por parte dos órgãos ministeriais de atribuição penal;
- l) por fim, o artigo 17 (alterado pela Lei Anticrime), da Lei federal n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que previu as hipóteses de celebração de acordo de não persecução cível, mediante transação, que poderá elidir o ajuizamento de ações de naturezas cíveis visando a responsabilidade civil pela prática de ato ilícito ou da prática de dano ao erário público.

Como pode se extrair das hipóteses e dos instrumentos acima historicizados, a consensualidade já “tempera” a tomada das decisões democráticas, sendo responsável pela observância do bom administrador público e dos seus órgãos de controle, tudo em nome da necessidade de melhor persecução possível do bem-comum; o ato administrativo aparece como instrumento imprescindível na atividade jurídico-administrativa decisória ou de controle, sem prejuízo das decisões correntes da contratualização administrativa⁵²⁵.

Nas últimas décadas, o Estado contemporâneo remodelou-se do providencialismo estatal à perspectiva consensual e dialógica. Agregou-se a função até então imperativa e monológica, um processo de abertura de tomada de decisões, sem se usurpar as atribuições originárias da autoridade administrativa constituída, como já defendemos.

Uma nova estatura jurídico-institucional se erigiu sobre a Administração Pública, agora com o viés consensual, inclusive com a participação de órgãos de controle externo visando à edificação de

⁵²⁵ O anteprojeto de reforma da lei de licitações e de contratos administrativos brasileiro, aprovado em ambas as casas do Congresso Nacional e pendente de sanção presidencial no fim do ano de 2020, previu entre os artigos 150 a 153, acerca dos meios autocompositivos e heterocompositivos na resolução de controvérsias nas contratações públicas. Destaque para normação de um “comitê de resolução de disputas” (Dispute Boards), que era ausente em sentido de legalidade estrita até então, a saber: “Art. 150. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.”.

decisões mais justas, razoáveis e que atendem ao verdadeiro interesse público geral, gravando de certeza (segurança jurídica) a implementação de políticas públicas mais eficientes, melhor assimiladas pelos administrados e com frutos maximizados em favor dos cidadãos.

Cada órgão ou entidade continua atuando dentro dos estritos limites de suas atribuições legais, mas num somatório de esforços para realização de uma gestão pública mais aberta e democrática, que contempla a multilateralidade e o compartilhamento da elaboração da tomada de decisões, propiciando um controle externo prévio, concomitante e/ou posterior em matéria de decisões correntes. Tal método se apresenta mais seguro e eficaz, atingindo-se objetivos programáticos do Estado de forma mais célere, eficaz e eficiente.

O procedimento administrativo passou a se encarregar dos múltiplos interesses públicos envolvidos, afastando-se da abstrata vontade coletiva que a todos não comprometia e desresponsabilizava. A via unilateral autoritária é abandonada na formação do ato administrativo, ficando a cargo do microsistema coercitivo-sancionatório em última instância, se não restar a consensualidade meio possível de conformação de atos ou contratos administrativos primados na legalidade, legitimidade, economicidade, razoabilidade e eficiência da decisão administrativa, tudo sob enfoque do atendimento de interesses públicos relevantes em multiplicidade.

Eis aqui exercício da boa governança fundada em “pedra de toque” de conformidade jurídica, multilateralidade, democratização e convergência dos interesses públicos coletivos volvidos à excelência da atividade administrativa eficiente, que se preocupa nos resultados úteis a serem auferidos em prol do bem comum da coletividade.

3.16. Das novas modas de solução de conflitos: o direito administrativo em mutação

Podemos caracterizar o direito administrativo por sua inconstância, independentemente do tamanho do Estado, sendo mutável pela própria essencialidade do cidadão como centro do sistema normativo-jurídico, cujos objetivos comuns de futuro perpassam pelas necessidades dependentes da realização da atividade estatal.

Sendo flexível, o Estado passa a ter que implementar seus deveres segundo a demanda do próprio cidadão que é inconstante – individualmente - pela própria natureza do ser humano. Daí a superação, há muito, da rigidez e constância de que o Estado deve servir ao cidadão em faceta prestacional.

Das impermanências entre a não solução de continuidade e as mutações dos tópicos em voga de direito administrativo, encontramos com temas que surgiram pendularmente, focados em políticas de resultados, dentre eles: globalização, autorregulação privada, participação, publicidade, transparência, *compliance*, *accountability*, efetividade, acordos e ajustamentos de gestão.

Assim, se há muito se preocupava a identificar as mudanças do ente estatal, da administração pública e do direito administrativo, devemos agora nos dedicar às mudanças de mecanismos de controle, enquadrados ao novo modelo impingido pela própria evolução da sociedade como destinatária dos objetivos estatais primevos.

Desafiados estão os mecanismos de controle da Administração Pública, para que se continuem efetivos e relevantes em si, volvidos ao aperfeiçoamento do ente estatal que se “esbraceja” para atender os anseios cada vez mais crescentes da sociedade que tem o dever de tutelar, com cumprimentos e incumprimentos (ações ou omissões) dos mais variados matizes, cuja seara acadêmica entrelha a solução de problemas técnico-jurídicos com maior profundidade e rigidez que os temas exigem.

Nesse diapasão encontra-se inserido o controle externo, como espécie do subsistema constitucional de controle da Administração Pública. Não sem razão, temos que ter em mente que numa guinada dos influxos da ciência administrativa, a consensualidade surgiu lastrada na racionalidade e efetividade, ora como antídoto ao autoritarismo e aos atos de império, cuja influência na edificação do direito administrativo galgou seus primeiros passos até final do século passado (séc. XX), ora se instrumentaliza da autocomposição de disputas em forma não litigiosa.

As formas de controle da Administração Pública, até então usuais no século XIX, quedaram-se ineficazes para o momento e a dimensão da organização administrativa atual, havendo de se colacionar novos rumos em inovação da taxonomia, na qual reside o controle sobre o ato administrativo e sobre o ato de gestão, além do controle da sanção e da consensualidade – consequências jurídicas do novo proceder da administração pública dialógica.

Nesse particular, temos as ideias díspares de controle consensual e responsabilização dos agentes públicos, cujas atividades precípua administrativas não podem ser sobrepostas por outras atividades administrativas (instância controladora), devendo considerarem-se mutuamente e dialogar entre si, trazendo um nova concepção de “interferências” nos atos de gestão pública, cujos diplomas mais modernos passaram a tratar como dever de cooperação mútua. Reforça-se a convicção de um novo modelo dialógico-constitucional entre controlado e controlador, por serem partícipes de um mesmo processo concertado, cada qual em suas instâncias de atuação, mas ambos na busca da eficiência de políticas públicas e dos gastos orçamentais que devem ser planejados.

Ademais, reconhece-se a existência incessante da ocupação de espaços institucionais de certos controles (internos e externos), criando-se uma espécie de “disputa emocional” pelo poder de controlar. Tal fator é decorrente da descredibilidade que assola a Administração Pública no regime jurídico brasileiro – *lato sensu* -, reação natural à idiosincrasia dos históricos patológicos de ineficiência e corrupção arraigadas em governos pretéritos a que se busca superar diuturnamente, estimulando-se um sistema de controle autocentrado, lastrado na defesa de relevantes fins públicos e por diversos meios idôneos (programas de integridade e de *compliance*). Atualmente, desconfia-se, além do necessário, da deferência de boa-fé objetiva e da presunção legitimidade das atuações administrativas próprias, para entregar-lhes à conformação da chancela dos órgãos de controle como segurança aos gestores públicos⁵²⁶.

Nesse cenário evolutivo e integrador de novos conceitos de atuação administrativa⁵²⁷ e de concertação dos mecanismos de controle, decorreu uma espécie de livramento dogmático de estudos jurídicos, para além da visão *kelseniana* de regras construídas de forma piramidal, sem se descurar da necessária normatividade.

Aliado a tal fato, temos uma ampliação do conhecimento do direito administrativo, com interdisciplinaridade de bases propedêuticas, dentre as quais a Administração Pública, como a ciência da Administração. Sob tal perspectiva, agregam-se fatores de cognição de duas disciplinas distintas que convergem a um mesmo fenômeno objeto de estudo: a primeira, sob o enfoque teórico-normativo e método dedutivo de pesquisa; a segunda, sob o enfoque a abordagem pragmática e método indutivo de cognição.

A necessidade de mutação e transformação decorreu da própria impermanência da essência humana, advindo-se o progresso da sucessão de novos conceitos dominantes do indivíduo e das organizações, cujas modificações se dão no seio da estrutura do pensamento e do conhecimento, dos sentidos e das crenças, impulsionados pelas ideias e instituições nas searas socioeconômicas, políticas e jurídicas⁵²⁸.

⁵²⁶ Nesse sentido aduz Fabrício Motta, prefaciando a obra de FERRAZ, Luciano – Controle e Consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos Substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 15-19.

⁵²⁷ Isabel Celeste Monteiro Fonseca nos remete a questionar se atualmente decorremos um novo modelo de direito administrativo posto que aquele inaugurado na Revolução Francesa foi preponderante para surgimento do modelo atual, mas não foi condição suficiente. Nesse sentir, expressa que “o direito administrativo tem vocação universal, não obstante o carácter sui generis do seu nascimento e desenvolvimento”. Assevera ainda, que “onde quer que haja Administração Pública a prosseguir o interesse público, onde quer que haja uma forte intervenção da Administração Pública, tem de existir direito administrativo, já que este regula não só a administração e o funcionamento da Administração Pública – e, por isso, atribui-lhe poderes em nome da primazia do interesse público sobre o interesse dos particulares –, como também regula o relacionamento desta com os Particulares, estabelecendo as respectivas garantias (através da imposição de deveres especiais à Administração)”, fazendo vingar as exigências das ações administrativas na prossecução dos interesses sociais, bem como das exigências de garantia dos direitos e interesses legítimos dos particulares perante o poder administrativo. In FONSECA, Isabel Celeste M. - Direito da Organização Administrativa: Roteiro Prático (Manuais universitários). Coimbra: Almedina, 2011, p. 19.

⁵²⁸ CHIAVENATO, Idalberto – Teoria Geral da administração. São Paulo: McGraw-Hill, 1979, p. 10.

Sendo assim, a atividade administrativa torna-se inerente ao convívio e cooperação em sociedade, para o alcance de finalidades comuns entre concidadãos, entrelaçando-se em relações particulares e de interesse do grupo (socioeconômico-político), pressupondo unicidade de proposituras e objetivos sociais, volvidos a manter a harmonização do agrupamento social, cuja organização é pressuposto da regra, conquanto fenômeno inerente a viabilizar o funcionamento da Administração Pública.

Para ISABEL CELESTE MONTEIRO FONSECA, o direito administrativo é ramo do direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que tem por escopo a organização e funcionamento da Administração Pública, assim como das relações que esta enceta com outros sujeitos de direito em procedimentos de atividade administrativa de gestão pública, justificada pela própria existência do interesse público e do conjunto de necessidades coletivas a ser assumida como tarefa fundamental pela coletividade, cuja satisfação se dará por meio de serviços que a Administração cria e mantém⁵²⁹.

Nesse pensar, a subsistência do tecido social dependerá do estabelecimento de regras comuns destinadas à regência das relações multifacetadas dos indivíduos e do todo sistema que os conformam, inclusive nas instâncias de relações perante a Administração Pública. Tais regras, para existirem, precisam de legitimidade sediada com força para produzi-las e com força para executá-las no seio do grupo, consubstanciada nas relações de poder e consistentes na probabilidade de determinar-se na própria vontade condutas alheias⁵³⁰.

Acerca da força do poder, o verbo impor é contundente demais para exprimir a diversificação e sutileza de suas formas, por vezes não impondo propriamente uma conduta, mas sim, a induzindo com diversos graus de intensidade inerentes ao próprio exercício de poder⁵³¹.

MAX WEBER define o poder como probabilidade de impor a outrem a própria vontade, mesmo contra resistências qual seja o fundamento dessa probabilidade; contudo, traça que tal conceito resta “sociologicamente amorfo”, posto que é preferível agarrar-se à ideia de dominação contida na probabilidade de obediência a uma ordem de dado conteúdo entre determinadas pessoas indicáveis⁵³².

Daí decorre sua conceituação de dominação imbricada à ordem de comando e subordinação de outrem, dissociado da necessidade de um “quadro administrativo” de dada “associação”, mas, somente, de pelo menos um elemento dele. Existirá uma ordem administrativa que regulará as relações associativas e a ordem reguladora que disciplinará outras relações sociais, propiciando a experimentação

⁵²⁹ FONSECA, Isabel Celeste M. - Direito da Organização Administrativa: Roteiro Prático (Manuais universitários). Coimbra: Almedina, 2011, p. 17.

⁵³⁰ Nesse sentido, ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - O poder e seu controle. Revista de Informação Legislativa, [s.i.] V 21 (1984), pp. 69-94.

⁵³¹ *Ibidem*.

⁵³² WEBER, Max – Ciência e política. Brasília: UNB, 1994, pp. 32-34.

de garantias que provejam de ambas às regulações em sociedade. Entretanto, na associação de dominação, MAX WEBER a classifica como associação política na medida em que a subsistência e vigência sob suas ordens, em caráter contínuo, ameaça os integrantes de seu quadro de associados sob coação física de aplicação⁵³³.

Aqui reside à chamada “potestade de mando” ou “potestade executiva”, caracterizada pelo âmbito de atuação e dever de obediência, de essência imperativa, onde a imposição da Administração aos administrados – lastrada em núcleo de interesse público irrenunciável, independerá de uma relação prévia de sujeição especial⁵³⁴.

Lembremo-nos que o poder político historicamente exercitado nas sociedades civilizadas, caracteriza-se pela exclusividade da disponibilidade do uso da força em relação ao todo, tido como grupo de pessoas que agem no seio do tecido social, submetidos que são ao poder de mando, cuja titularidade e monopólio da posse dar-se-á por mecanismos de exercício da coação física inerente ao poder de potestade. Para WEBER, em sede de associações políticas, a utilização de outros meios administrativos precederá a coação, havendo a disponibilidade de todos os meios possíveis para alcance de um objetivo comum, sendo a ameaça e a coação a *ultima ratio* e sempre que exauridos os demais meios, tal fato identificado na modernidade como organização social em Estado⁵³⁵.

Assim, o Estado se torna a institucionalização do poder político conformado pela organização em sociedade. Já a Administração Pública surge como propulsora de medidas exitosas, na pretensão do monopólio de mecanismos legítimos, sob ameaça ou coerção física, com vistas ao cumprimento das regras; por sua vez, imbrica-se o poder político que é expressão da soberania, ao direito, à Administração e ao Estado em si⁵³⁶.

Nessa conjuntura acima assentada, há a conexão e correlação de processos econômicos, sociais, políticos e culturais que se interoperam entre si, passando o direito inaugurado a partir do Estado liberal (*Law State*) como modelo de organização dos países ocidentais edificado a partir da influência das revoluções inglesas, americanas e francesas. A evolução do direito que passou a regular o aparato estatal se torna caminho indeclinável para exegese da conformação da Administração Pública moderna.

Na visão de OTTO MAYER, o Estado liberal é premissa de compreensão do direito administrativo como fundamento epistemológico do controle do “poder pelo poder”, acabando por ser difundido como direito universal de organização administrativa, no princípio da separação dos poderes e funções típicas

⁵³³ Ibidem.

⁵³⁴ DIEZ, Manuel María – Derecho Administrativo. Buenos Aires: Omeba, 1963, p. 216.

⁵³⁵ WEBER, Max – Ciência e política. Brasília: UNB, 1994, p. 34

⁵³⁶ WEBER, Max – Ciência e Política: duas vocações. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 66.

e atípicas (legislativa, administrativa e judiciária), nos ideários da supremacia da Constituição, sendo a lei formal expressão do poder político mimetizado como instrumento de garantia da sociedade em face do exercício abusivo ou desviado do poder político legítimo⁵³⁷.

Aliado tal fato, além do direito administrativo no Estado liberal do século XIX, decorre o surgimento do positivismo jurídico centrado em força normativa robustecida na técnica de codificação do direito (de origem romanista). Já nas searas econômica e financeira, pela essência da estrutura do próprio Estado liberal, o não intervencionismo estatal no domínio econômico-social e a autorregulação privada mercantilista (comércio e concorrência livres, com oferta e procura) caracterizaram o período, decorrendo a transição do capitalismo concorrencial no final do século XIX, e nas cinco primeiras décadas de século XX – período inaugural do modelo de Estado Social, especialmente na necessidade da crescente intervenção do Estado no domínio econômico e social, em cenários de primeira e segunda guerra mundiais.

Com o alargamento das atribuições estatais, impõe-se a multiplicação das suas estruturas e organismos da Administração Pública, ampliando-se as atividades legislativas e administrativas para cumprimento dos novos encargos e desideratos intervencionistas que perduraram até o início das três últimas décadas do século XX, cujas estruturas do positivismo jurídico passam a ser confrontadas entre a ordem jurídica e preceitos morais e constitucional-principiológicos, introduzindo-se conceitos inovadores como a proporcionalidade, razoabilidade, economicidade, eficiência, eficácia e efetividade, dentre outros.

3.17. Do compromisso de conduta em matéria de direitos difusos ou coletivos

Para os fins pretendidos neste trabalho é imprescindível tratarmos do compromisso de ajustamento de conduta, instrumento concebido para permitir a resolução extrajudicial de conflitos relativos a direitos coletivos, dentre eles à tutela do: a) meio ambiente ;b) do consumidor; c) de valor artístico; d) de valor estético; e) de valor histórico; f) de valor turístico; g) de valor paisagístico; h) de ordem econômica; i) de ordem urbanística; j) de proteção ao patrimônio público; k) da proteção do patrimônio social; l) proteção à honra e dignidade de grupos étnicos, raciais e religiosos; e, m) quaisquer outros interesses difusos, individuais homogêneos ou coletivos *stricto sensu*.

⁵³⁷ MAYER, Otto – Derecho administrativo alemán. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1947, pp. 17-19.

Pela previsão expressa do artigo 5º, Parágrafo 6º, da Lei de Ação Civil Pública brasileira⁵³⁸, os órgãos públicos legitimados ativos para a busca da tutela jurisdicional coletiva que se pretende resguardar, podem firmar com os interessados – sujeitos passivos da ação de controle externo – , compromisso de (re)ajustamento de suas condutas às exigências legais, mediante acordo, isto é, transação dos meios em cumprimento do direito-dever com as cominações convencionadas por escrito, que terá natureza jurídica e eficácia de título executivo extrajudicial, cujo objeto poderá versar sobre obrigação de fazer ou não fazer, ressarcimento de dano ao erário, dentre outras cominações avençadas entre as partes transacionadas.

Reside, aqui, importante mecanismo de autocomposição de conflitos de interesses de pretensão resistida em solução de disputas, que pode ser firmado por entes públicos ou privados, antes do ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário, cuja celebração terão como legitimados ativos todos àqueles indicados à propositura das respectivas ações civis públicas⁵³⁹, e legitimados passivos todos os interessados – sujeitos públicos ou privados - em ajustar suas condutas às exigências legais.

Enquadrado o (re)ajustamento de conduta à classificação doutrinária de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO – visto linhas atrás, podemos afirmar que se trata de mecanismo autocompositivo de resolução de conflitos de interesses de pretensão resistida, posto que é celebrado de forma consensual por vontade convergente das próprias partes em litígio.

Como meio alternativo à solução de disputas, o compromisso de (re)ajustamento de conduta constitui forma alternativa de solução de controvérsias no âmbito dos direitos coletivos⁵⁴⁰; tem por finalidade a efetividade do resultado a ser obtido, por meio de instrumento consensual erigido pelas próprias partes, cujo objeto é o direito-dever controvertido e incumprido no todo ou em parte (*déficit* de prestação eficiente), mas preconizado em lei, buscando assegurar a sua fiel execução *incontinenti* ou a prazo certo.

Nesse sentir, a natureza jurídica do compromisso de (re)ajustamento de conduta possui contornos díspares na doutrina, considerada a impossibilidade de disposição das partes quanto ao direito

⁵³⁸ Lei federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985, da República Federativa do Brasil.

⁵³⁹ No Brasil, são legitimados à propositura da Ação Civil Pública que alude à Lei federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985: o Ministério Público da União e dos Estados-membros; a Defensoria Pública da União e dos Estados-membros; os entes que compõem à organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, neles compreendidos à União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios; às pessoas jurídicas de direito público brasileiro, nelas compreendidas as autarquias públicas e fundações públicas criadas pelos entes estatais e pertencentes à esfera de sua administração pública indireta; as pessoas jurídicas de privado, criadas ou que possuam como controladores os entes públicos respectivos, nelas compreendidas as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações privadas, todas pertencentes à esfera da administração pública indireta de seus respectivos entes criadores ou controladores; e por fim, as associações civis legalmente constituídas há pelo menos um ano, nos termos do Código Civil brasileiro, e que, possuam em seus objetos sociais, pertinência temática à tutela dos direitos coletivos que possam ser protegidos por meio da propositura judicializada da ação civil pública.

⁵⁴⁰ Cf. FERNANDES, Rodrigo – Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional. São Paulo: Renovar, 2008, pp. 19-20.

material decorrente de lei, em harmonia ao princípio da indisponibilidade do interesse público, representando uma das multiportas alternativas ao cumprimento das exigências legais.

Na visão de LUIS ROBERTO PROENÇA⁵⁴¹, não há como se atribuir ao termo de compromisso de ajustamento de conduta à natureza jurídica de transação, que necessitaria de concessões mútuas acerca do direito material disposto, de natureza patrimonial, com vistas à prevenção ou encerramento da pretensão resistida⁵⁴².

Nesse particular, não há que se olvidar que a transação penal prevista na lei dos juizados especiais cíveis e criminais brasileiros⁵⁴³ tem a natureza jurídica de acordo de direitos estatais punitivos – *jus puniendi*, com concessões mútuas, em especial voltada à aplicação de medidas despenalizadoras.

De igual modo, a lei brasileira do “pacote anticrime” que alterou as normas substantivas e adjetivas penais brasileiras⁵⁴⁴, permitiu a celebração de acordo de não persecução penal para crimes sem violência, indicando como direito subjetivo do acusado e dispendo acerca de direito material não patrimonial, isto é, de direito penal. Tal disciplina, antes mesmo da normação referida, já era possível de aplicação por meio da Resolução CNMP n. 181/2017, controvertida por não ser baseada em lei específica autorizativa⁵⁴⁵.

Apesar da inexistência de uniformidade quanto à natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, dissente-se também a natureza jurídica do ato, onde o compromisso de ajustamento de conduta pode constituir-se por ato volitivo unilateral do particular com submissão às exigências legais ou da outra parte (conduta de mera adesão), equiparando-se ao reconhecimento de uma obrigação legal a ser cumprida em decorrência de um dever jurídico preconizado em lei.

Fato é que a celebração de compromisso perante os órgãos da administração pública, inclusive em suas instâncias controladoras, tem o condão de estabelecer deveres, decorrendo de seus cumprimentos dadas vantagens, privilégios e direitos, constituídas em prestações positivas ou negativas em favor do interessado compromissado e da própria sociedade destinatária de políticas públicas.

Assim, o compromisso de ajustamento de conduta se apresenta como vinculação ao ajuste de conduta às exigências legais – neófito técnica autocompositiva, que assemelhada a transação⁵⁴⁶, se apresentaria como espécie do gênero acordo⁵⁴⁷.

⁵⁴¹ Cf. PROENÇA, Luis Roberto – Inquérito Civil. São Paulo: RT, 2001, pp. 124-126.

⁵⁴² O artigo 841 do Código Civil brasileiro prevê que somente acerca de direitos patrimoniais de caráter privado se permite à transação.

⁵⁴³ Ex vi artigo 76, da Lei federal n. 9.099/1995, da República Federativa do Brasil.

⁵⁴⁴ Lei federal n. 13.864, de 24 de dezembro de 2019, da República Federativa do Brasil.

⁵⁴⁵ Ex vi a Resolução CNMP n. 181/2017, alterada pela Resolução CNMP n. 183/2018, que inaugurou em matéria de política criminal no âmbito da persecução penal, a Justiça Consensual Negociada.

⁵⁴⁶ PROENÇA, Luis Roberto – Inquérito Civil. São Paulo: RT, 2001, pp. 124-126.

⁵⁴⁷ AKAOU, Fernando Reverendo Vidal – Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 70-71.

Há ainda quem defenda o termo de compromisso de ajustamento de conduta como fato administrativo de natureza negocial⁵⁴⁸, isto é, negócio jurídico de direito público na modalidade de contrato administrativo⁵⁴⁹, baseando-se na declaração de vontade do Poder Público convergente à vontade do particular/interessado, que volitivamente adequaria seus atos e condutas às exigências preconizadas em lei⁵⁵⁰.

Há enquadramento da natureza jurídica compromissória, como negócio jurídico bilateral de transação híbrida, isto é, publicista-privatista, por entronizar a concomitância de elementos no acordo firmado, tanto disciplinando matérias de direito público, quanto disciplinas afetas ao direito privado⁵⁵¹.

A natureza jurídica de transação é defendida por PEDRO LENZA⁵⁵² e BERNARDO LIMA⁵⁵³, que aduzem que compromisso de (re)ajustamento de conduta teria disposição de conteúdo de acordo entre as partes⁵⁵⁴.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro firmou entendimento, em reiterados julgamentos em sede de Recurso Especial, a natureza jurídica de transação, cujos acordos e negócios jurídicos firmados tiveram o condão de encerrar a pretensão resistida de objetos de direito público – difuso ou coletivo – neles dispostos⁵⁵⁵.

O art. 49 do anteprojeto de lei que visava revogar a Lei da Ação Civil Pública brasileira – Projeto de Lei federal n.º 5.139/2009, rejeitado e arquivado no ano de 2010, enquadrava o termo de compromisso de ajustamento de conduta a natureza jurídica de transação⁵⁵⁶.

⁵⁴⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro – Compromisso de ajustamento de conduta: Análise à luz do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo - Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: RT, 2007, pp. 238-239.

⁵⁴⁹ FERNANDES, Rodrigo. Op. cit. p. 78-79.

⁵⁵⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit. pp. 238-239.

⁵⁵¹ NERY, Ana Luiza de Andrade – Compromisso de Ajustamento de Conduta: Teoria e análise de casos práticos. São Paulo: RT, 2010, pp. 141-153.

⁵⁵² LENZA, Pedro – Teoria Geral da Ação Civil Pública. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 75-77.

⁵⁵³ LIMA, Bernardo – A Arbitrabilidade do Dano Ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 118-119.

⁵⁵⁴ A natureza do compromisso de ajustamento de conduta seria nada mais do que um acordo de vontade entre as partes, onde a matéria transacionada poderia se tratar de direitos difusos ou coletivos, desde que apreciado nos casos em concreto. Cf. NERY JUNIOR, Nelson – Compromisso de ajustamento de conduta: solução para o problema da queima da palha da cana-de-açúcar. Revista dos Tribunais. São Paulo, V 692 (1993), p. 31.

⁵⁵⁵ Vide excertos: a) “(...) TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL. HOMOLOGAÇÃO POR SENTENÇA. (...) DEFESA DA ORDEM JURÍDICA, DOS DIREITOS SOCIAIS E DOS INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, COLETIVOS OU DIFUSOS, ESPECIALMENTE NO QUE DIZ RESPEITO AO DIREITO DO CONSUMIDOR. (...)”. (AgInt no AREsp 759688/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 09/03/2018) b) “(...) 2. O Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico. (...)”. (REsp 802.060/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 22/02/2010) c) “PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido.”. (REsp 299.400/RJ, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/06/2006, DJe 02/08/2006, p. 229). [07.01.2019]. Disponíveis [em linha] em <http://www.stj.jus.br>.

⁵⁵⁶ Art. 49. O compromisso de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial Parágrafo único. Não será admitida transação no compromisso de ajustamento de conduta que verse sobre bem indisponível, salvo quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas. [10.01.2019]. Disponível [em linha] em <http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>.

Em se tratando de matéria em constante evolução nas últimas décadas no Brasil, a transação com o fim de ajustamento de conduta vem ganhando contornos alargados, transmutando-se para meio alternativo de composição com contornos de negociação, mirando-se no interesse público, a fim de evitar a demora e não solução célere do processo judicializado. O grande óbice reside na superação da ideia do ferimento da indisponibilidade do interesse público, que, por vezes, ladeado a proporcionalidade e a razoabilidade, pode operar detrimento da guarda integral dos bens da vida que deveria resguardar⁵⁵⁷.

Nesse particular, ao contrário da necessidade de uma nova cultura de superação da indisponibilidade do interesse público anteposta, a solução perpassa pelo foco dos meios de transação para atingimento do resultado preconizado em lei, com técnicas consensuais vertidas para atingimento célere e eficaz do bem jurídico a ser tutelado, mas, sem tergiversá-lo; a manutenção da incolumidade do direito material de cunho publicista restaria preservada. Explico: focar-se-ia na transação dos meios consensuados para atingimento de resultados (disponibilidade instrumental) antevistos para realização de direitos públicos, sem se dispor do núcleo do objeto de tutela jurídica coletiva.

Esse é o contorno lógico-legislativo que se extrai da redação do artigo 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública brasileira, onde ao particular tão somente é concedida a possibilidade de adequar sua conduta às exigências legais. Do rigor literal do exegeta, não poder-se-ia criar espaços concessórios para que o órgão público permitisse a mitigação da indisponibilidade do interesse público (indisponibilidade material).

Se na teoria a questão parece de fácil resolução, questões de ordem pragmática desafiam a normação originária, quando das mais várias soluções alternativas possam implicar na disponibilidade material do interesse público tutelado em lei.

A autuação administrativa de responsabilização em matéria ambiental brasileira, vem permitindo a substituição (compensação) da tutela dos núcleos de proteção do interesse público indisponível, por salvaguardas alternativas em outros bens jurídicos tutelados de igual ou superior proteção, quando se demonstre inviável ou impossível de realização da restituição do *status quo ante* do direito substantivo protegido por lei, mas violado pelo particular, ainda que decorrentes de responsabilidade civil do Estado pela prática de ato lícito ou ilícito⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ Cf. PUOLI, José Carlos Baptista – Responsabilidade Civil do Promotor de Justiça na tutela aos interesses coletivos: meio ambiente, consumidor, improbidade administrativa. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007, pp. 173-177.

⁵⁵⁸ Acerca do ato ilícito, temos como exemplo a celebração de Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta – TTAC, celebrado entre a pessoa jurídica de direito público da União e diversos órgãos públicos, com as pessoas jurídicas de direito privado – SAMARCO, VALE e BHP, que estabeleceu – compromissória e voltivamente – a instituição de “Programas Socioeconômicos” e “Programas Socioambientais” pelas , diante da impossibilidade de restabelecimento do status quo ante protegido por especial interesse público local, decorrente do evento de rompimento da barragem do Fundão, pertencente à SAMARCO, localizada no complexo minerário de Germano, em Mariana/MG, ocorrido em 05 de novembro de 2015, com estabelecimento consensuado de obrigações reparatórias e compensatórias pela violação massificada de bens da vida abarcados no conceito de indisponibilidade do interesse público local, este, por si

Por meio de transação e compromissos de ajustamento de conduta, sobretudo, quando a recomposição do dano coletivo, difuso ou individual homogêneo se demonstrem insuficientes, impossíveis ou ineficazes, o núcleo – original - do objeto de indisponibilidade do interesse público tutelado por lei poderá não ser capaz de atingir a proteção de outros bens da vida juridicamente protegidos, isto é, violados por via reflexa, autorizando-se a compensação protetiva por outros tantos quantos bastem, da mesma magnitude, envergadura ou hierarquia, em especial atenção à tutela reparatória e compensatória a ser promovida por quem de direito.

Neste caso, se o interessado manifestar interesse junto ao ente estatal ou órgão público de transação ou compromisso de ajustamento de conduta, visando reparar integralmente a lesão consumada, promovendo a compensação dos danos pela prática de ato ilícito lesivo, substituindo-se multas sancionatórias pela proteção de bens jurídicos nucleares de interesse público indisponíveis outros, não poderia o órgão público aceitá-lo como mecanismo de viabilização de resolução consensual da lide – de forma célere e eficaz, se se ativer tão somente à ideia de disponibilidade ou indisponibilidade do direito substantivo vertido.

Haveria, por logicidade, a necessidade de um juízo de ponderação quanto aos interesses públicos indisponíveis, sob pena de não atingimento de eficiência de gestão com foco em resultados. Resta evidente que uma contrapartida transacionada na solução consensual de determinadas disputas, não implicaria na renúncia da tutela do bem jurídico coletivo violado, mas privilegiaria a celeridade na recomposição e compensação pelos interessados, conforme obrigação assumida – volitiva e espontaneamente, com melhor aceitação e compromisso de cumprimento do que a tutela judicial coerciva a ser proferida, por vezes, longevamente.

Assim, decorre a demonstração prática de que o núcleo do direito substantivo da transação e do termo compromisso de ajustamento de conduta, vertido ao dogma da indisponibilidade há de ser (re)avaliado no caso em concreto, com vistas a melhor solução no cenário de remediação da lesão ambiental ocasionada.

Para PAULO ANTUNES, a indisponibilidade do interesse público é um mito em matéria de direito ambiental, posto que sempre haverá a disponibilidade de direitos indisponíveis na utilização e no consumismo de recursos naturais não renováveis, como condição da existência da própria vida humana⁵⁵⁹.

só, não suficientemente capaz de proteger ou prevenir, a tutela de direitos fundamentais protegidos em lei. [19.01.2019]. Disponível para download em <http://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/07/TTAC-FINAL.pdf>. Documentado.

⁵⁵⁹ Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa – Direito ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem. Revista de Arbitragem e Mediação. [s.i.]. V 30 (2011), pp. 105-107.

O compromisso extraído volitivamente do interessado no presente é dotado de maior efetividade vertida ao resultado, com salvaguarda do interesse público na restauração do bem jurídico relevante, do que a recomposição deletéria e forçada da reconstrução da lesão pela via judicializada, por vezes impossível de realização. Deste modo, o objeto em que recaia o compromisso de (re)ajustamento de conduta, deve volver-se a preservação integral do bem jurídico coletivo envolto na “aura” da indisponibilidade do interesse público.

A forma, o prazo e a técnica a serem utilizadas para cumprimento da obrigação de recompor o dano causado – segundo núcleo essencial do objeto de ajustamento de conduta – se encontra na seara da disponibilidade instrumental, não decorrendo dúvida de que os órgãos públicos dispõem de liberdade para negociá-los⁵⁶⁰. Trata-se de esfera de disponibilidade processual⁵⁶¹, em que as negociações se situam no plano da efetivação da obrigação de reparar⁵⁶².

Em termos pragmáticos, a definição técnica da forma mais adequada de dar cumprimento a uma obrigação reconhecida em compromisso de ajustamento de conduta, pode ser bastante complexa e ser objeto de pontual controvérsia entre o órgão público e o particular interessado.

Em tais circunstâncias, nada impede que as partes possam se valer de mecanismo extrajudicial de solução de conflitos para definir especificamente essa questão. Em se tratando de divergência técnica, a arbitragem certamente se apresentaria como mecanismo adequado para se chegar a uma definição sobre a questão.

É precisamente quanto à contribuição deste segundo núcleo para a definição da natureza jurídica que reside controvérsia na doutrina: para os autores que atribuem ao compromisso de ajustamento de conduta a natureza de transação, essa margem de negociação quanto ao prazo, a forma e a técnica é determinante para a sua caracterização; já para aqueles que lhe atribuem natureza jurídica diversa, a possibilidade de negociação relativa apenas à forma, o prazo e à técnica não seria suficiente para caracterizar a transação, já que o núcleo de direito material restaria preservado.

No revés de tal motivação, observou ANA LUIZA NERY que o argumento da integral indisponibilidade dos direitos coletivos não é suficientemente capaz para retirar o elemento consensual do compromisso de ajustamento de conduta e reduzir-lhe à natureza jurídica à mera concordância do interessado⁵⁶³. Esse

⁵⁶⁰ Cf. COSTA, Susana Henriques da – Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 424.

⁵⁶¹ A expressão tomou-se emprestada de Ricardo Leonel. In LEONEL, Ricardo de Barros – Manual do Processo Coletivo. 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 324. Em sentido análogo, Eduardo Gonçalves afirma a necessidade de se distinguir indisponibilidade da obrigação, da disponibilidade que cerca o seu modo de cumprimento. In GONÇALVES, Eduardo Damião – Arbitrabilidade objetiva. 2008. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 196.

⁵⁶² Não há, no ponto, qualquer concessão, no sentido material empregado no artigo 841 do Código Civil brasileiro, de modo que tampouco essa esfera de disponibilidade justificaria a atribuição de natureza jurídica de transação ao termo de ajustamento de conduta.

⁵⁶³ NERY, Ana Luíza de Andrade – Compromisso de Ajustamento de Conduta: Teoria e análise de casos práticos. São Paulo: RT, 2010, p. 145.

argumento, por logicidade, é determinante para atestar, no mínimo, a natureza bilateral do compromisso de (re)ajustamento de conduta.

A natureza jurídica específica de transação, que como visto antes, constitui espécie de negócio jurídico bilateral, portanto, modalidade contratual⁵⁶⁴ caracterizada pela realização de concessões recíprocas⁵⁶⁵ entre as partes, com o objetivo de prevenir litígios, decorrerá do preenchimento das balizas essenciais a sua caracterização.

As concessões recíprocas podem situar-se no núcleo de direito material do compromisso de ajustamento, desde que o bem jurídico originalmente violado seja preservado integralmente, ou mesmo no núcleo relativo à forma, o modo, o tempo, o lugar e à técnica a ser utilizada para recomposição do dano causado pela via da compensação.

Em contra-argumento àqueles que afirmam a dificuldade de atribuição da natureza jurídica de transação decorreria da impossibilidade de haver qualquer renúncia do direito material protegido, sendo possível a negociação apenas quanto aos elementos “acidentais”, há que se ter presente que a linha divisória que separa esses dois núcleos referidos não é, na prática, tão clara quanto a teoria possa sugerir.

Com efeito, exagerar no prazo de reparação, reduzi-lo de forma a tornar o seu cumprimento inviável ou ainda eleger técnica inadequada poderá equivaler a deixar de recompor o bem jurídico lesionado, o que é defeso à autoridade administrativa na tutela de interesses públicos relevantes.

Destarte, a verdade é que os aspectos ditos “acidentais⁵⁶⁶” do compromisso de ajustamento de conduta possuem relação umbilical com o direito material resguardado (indisponível materialmente).

Volvendo-nos à caracterização da natureza jurídica de transação, o aspecto da prevenção de litígios decorre da circunstância de que o compromisso de ajustamento de conduta possui aptidão para resolver determinada disputas definitivamente, de modo a evitar a extensa via do processo jurisdicional de conhecimento, para que, em caso de inadimplemento, esteja o órgão público munido de um título executivo extrajudicial, de célere curso judicial forçado.

Além disso, quanto às características essenciais da transação, aderimos ao conceito que o compromisso de ajustamento de conduta constitui negócio jurídico bilateral, sinalagmático, consensual, oneroso⁵⁶⁷ e comutativo⁵⁶⁸.

⁵⁶⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit. p. 35.

⁵⁶⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit. p. 144.

⁵⁶⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis – Ação civil pública e o termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 146.

⁵⁶⁷ Diverge, no ponto, da orientação adotada por Geisa Rodrigues, para quem o compromisso de ajustamento de conduta não envolveria operação econômica. In RODRIGUES, Geisa de Assis – Ação civil pública e o termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 148.

⁵⁶⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. Op. cit. pp. 47-48.

A circunstância de se tratar de instituto jurídico disciplinado no direito civil, com o objetivo de regular as relações típicas de direito privado, não afasta a possibilidade de sua utilização na seara dos direitos coletivos. Ademais, a participação de órgãos públicos em um dos polos, tampouco parece ser relevante para a definição de sua natureza jurídica como transação, diante da capacidade contratual de todos os colegitimados e independentemente de serem públicos ou privados⁵⁶⁹.

Acrescente-se, por fim, que a atribuição de natureza jurídica de transação ao compromisso de ajustamento de conduta traz importante contribuição, sob o ponto de vista pragmático, para eliminação do dogma da indisponibilidade absoluta dos direitos coletivos, claramente passível de transposição (evolução), de modo a estimular a resolução extrajudicial de conflitos dessa natureza.

3.18. Premissas tópicas parciais

1. Diante do exposto neste subtópico da obra, viu-se que na categoria dos direitos coletivos (*lato sensu*) estão inseridas três modalidades de direitos, que compreenderão o núcleo duro e objeto central do compromisso de ajustamento: os direitos difusos, individuais homogêneos e os coletivos *stricto sensu*.
2. Os direitos difusos são direitos essencialmente coletivos e indivisíveis, titularizados por pessoas indeterminadas, ligadas, circunstancialmente, por situações de fato. Tais direitos são materialmente indisponíveis, na medida em que devem ser preservados sempre em sua integralidade, sem admitir disposição de seu conteúdo (indisponibilidade material).
3. Os direitos coletivos *stricto sensu* também são direitos essencialmente coletivos, titularizados por grupos ou classes de pessoas ligadas entre si, sem também admitir disposição de seus conteúdos (indisponibilidade material).
4. Os direitos individuais homogêneos são direitos individuais que admitirão a tutela coletiva em sua defesa, por razões de economia processual e efetividade da tutela estatal. Para tanto, devem ter origem comum e homogeneidade em sua fundamentação, critério aferido a partir da prevalência das questões comuns sobre as questões individuais. Por exprimirem obrigações patrimoniais pecuniárias, os direitos individuais homogêneos são materialmente disponíveis (disponibilidade material).

⁵⁶⁹ Em sentido contrário, Geisa Rodrigues afirma que a atribuição de natureza de transação ao compromisso de ajustamento de conduta demandaria enorme malabarismo exegético. RODRIGUES, Geisa de Assis – Ação civil pública e o termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 145-147.

5. Além disso, os direitos individuais homogêneos são também disponíveis sob o prisma instrumental, razão pela qual os conflitos de interesses que os envolvam podem ser objeto de solução alternativa extrajudicial.
6. O processo coletivo possui papel fundamental na efetivação das garantias fundamentais e, com isso, na definição do interesse público frente aos conflitos de interesses públicos relevantes. A presença do interesse público (indisponível em essência) não impede a solução extrajudicial da disputa que tenha como tal o objeto central, face a possibilidade de disponibilidade dos meios (prazo, forma e local de cumprimento), isto é, disponibilidade instrumental aplicável aos objetos secundários volvidos ao cumprimento de metas e resultados.
7. Em que pese o código consumerista brasileiro ter regulado as principais características das três espécies de direitos coletivos (*lato sensu*), o critério mais preciso para identificação de sua natureza residirá na análise da tutela jurisdicional pretendida.
8. A legitimação para exercício da tutela estatal coletiva decorrerá de expressa previsão legal especial, que trouxe o rol de entes públicos, órgãos públicos e entidades privadas (associativas) reputadas como mais adequadas na defesa dos direitos coletivos, havendo definição de legitimação concorrente e disjuntiva.
9. Destarte, a legitimação para a tutela de direitos coletivos por essência será autônoma, posto que prevista em lei especial, isto é, nem ordinária, nem extraordinária. Já a legitimação para tutela de direitos individuais homogêneos apresenta-se como extraordinária, isto é, em espécie de substituição processual (defesa de direito alheio, em nome próprio). Ademais, a legitimação dos órgãos ministeriais na tutela de direitos coletivos é autônoma, posto que advém de reserva constitucional.
10. Assim, a coisa julgada em processo estatal coletivo possuirá extensão própria, diversa do processo estatal individual, em virtude da adequação do “fenômeno” da coisa julgada ao alcance da coletividade de sujeitos que são titulares dos direitos coletivos, representados por legitimados autônomos ou substitutos processuais.
11. O compromisso de ajustamento de conduta constitui instrumento voltado para a tutela extrajudicial de direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos *stricto sensu*, caracterizado pela natureza jurídica de transação bilateral híbrida, isto é, informada por normas e princípios de natureza privada e de natureza pública, cujo tratamento jurídico

dispensado assemelha-se ao termo de ajustamento de gestão que é o objeto central de nossa obra.

3.19. Requisitos subjetivos do uso de técnicas (extra)judiciais

O exame do cabimento do uso de técnicas extrajudiciais na solução de controvérsias, remete-nos examinar – minudentemente - os requisitos subjetivos de admissibilidade de uso de meios extrajudiciais de resolução de conflitos coletivos.

Para o desenvolvimento desta análise, faz-se *mister* adentrar, em primeiro lugar, ao requisito subjetivo da capacidade processual em relação a todos os entes que estão, por lei, legitimados autonomamente à tutela dos direitos coletivos. Em segundo lugar, será também examinada a natureza jurídica da legitimação, analisada em conjunto com o regime de coisa julgada a cada espécie de direito tutelado, que influenciará na possibilidade e na medida de solução extrajudicial de conflitos coletivos, em (in)disponibilidade instrumental.

3.19.1. Da capacidade ativa

No plano processual estatal coletivo, diversamente do que se passa no processo estatal individual, não há coincidência entre a titularidade do direito perquirido e a legitimidade ativa para busca de sua tutela. Assim, enquanto no plano do processo individual a aferição da capacidade processual se dará na pertinência em nexos de causalidade, em face da necessidade de o titular do direito ser o sujeito do direito ou dever de pretensão resistida, no plano processual estatal coletivo, essa verificabilidade dará não apenas em relação àquele que está “autorizado” à busca da tutela estatal, mas, sobretudo, em relação aos reais titulares do direito material perquirido (grupo de pessoas ou indivíduos).

A legitimidade para a tutela de direitos coletivos está prevista no artigo 127, *caput* c/com 129, inciso III, da Constituição da República brasileira, para os órgãos ministeriais; no artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública brasileira; e, no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

As disposições normativas acima, “autorizam” seus sujeitos a promover a tutela dos direitos coletivos, em especial: os Ministérios Públicos brasileiros, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, as Defensorias Públicas brasileiras e as entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, e as associações civis, constituídas há pelo menos um ano e com fins institucionais coincidente aos direitos tutelados (pertinência temática).

Outras disposições legais atribuem legitimidade ativa da tutela coletiva a entes diversos daqueles acima destacados, como a legitimidade deferida aos partidos políticos⁵⁷⁰, organizações sindicais e entidades de classe para a impetração de mandado de segurança coletivo (artigo 21 da Lei federal n.º 12.016/2009) em defesa de direitos coletivos ou individuais homogêneos; da legitimação conferida a qualquer cidadão para o ajuizamento de ação popular, instrumento voltado à pretensão de anulação ou à declaração de nulidade de ato administrativo ilegal e lesivo ao patrimônio público (artigo 1º da Lei de Ação Popular brasileira), por fim, a legitimação outorgada às comunidades indígenas para a tutela coletiva de seus direitos, conforme artigo 232 da Constituição da República de 1988⁵⁷¹.

Apesar de não se tratar de legitimação universal, não haveria óbice para que tais pessoas e entidades pudessem buscar a tutela extrajudicial dos direitos a que estão, por lei, autorizados a tutelar, desde que a tutela perquirida não extrapole o âmbito de atuação ativa autorizado em norma legal.

O Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública brasileiros tratam da legitimidade ativa para a tutela de direitos coletivos perante os órgãos judiciários, assim como na deflagração de processo heterocompositivo – de conhecimento ou cautelar – que não pode ser interpretado como restrição a busca da atuação extrajudicial para solução de tais conflitos.

O legitimado para a tutela de direitos coletivos em órgão estatal, não pode ser aliado do reconhecimento da legitimidade para a tutela desses direitos, por meio alternativo de resolução de controvérsias diversa do processo judicial, mas, sobretudo, por outros meios de acesso à Justiça.

Contudo, a promoção da tutela extrajudicial de direitos coletivos perpassará pelo exame da legitimidade ativa atribuída em lei para a celebração de compromisso de ajustamento de conduta?

O artigo 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública brasileira, reduziu a legitimidade ativa para a celebração de compromisso de ajustamento de conduta apenas aos órgãos públicos, e não a todos os legitimados ativos na propositura da ação principal. Assim, por força de lei específica, excluir-se-á a legitimidade ativa das associações civis para tomada de compromisso às exigências legais⁵⁷². Contudo, nesta ordem de ideias é importante perscrutar sobre o alcance dessa limitação.

Trata-se, propriamente, de cláusula legislativa de cautela, que concentrou a possibilidade de solução extrajudicial e consensual de conflitos relativos a direitos coletivos, apenas à titularidade de órgãos públicos, tudo em virtude de ausência de controle jurisdicional destes acordos se permitidos

⁵⁷⁰ Como os partidos políticos ostentam a natureza jurídica de associações, não há impedimento legal para que lhes seja reconhecida a legitimidade ativa para o ajuizamento de ações civis públicas. In LEONEL, Ricardo de Barros – Manual do Processo Coletivo. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 150.

⁵⁷¹ Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

⁵⁷² Este exclusão atinge na esfera de legitimação ativa, igualmente, os partidos políticos, as organizações sindicais, os cidadãos (particulares) e as comunidades indígenas.

fossem. Assim, a legitimidade ativa das associações civis para busca da tutela coletiva foi reservada à hipótese de controle jurisdicional pela via de ajuizamento de ação judicial civil pública, com intervenção obrigatória dos órgãos ministeriais.

Dessarte, se a tomada de compromisso de ajustamento é instrumento por excelência de solução extrajudicial de controvérsias relativos a direitos coletivos, eventual limitação de legitimação para sua celebração haverá de refletir na possibilidade do deslinde desses litígios.

Assim, a conclusão a que se chega é que, as associações civis, embora legitimadas à tutela judicializada de direitos coletivos, não estão legitimadas a promoverem a tomada de compromisso com vistas solução extrajudicial alternativa e consensual de tais controvérsias, carecendo-lhes de legitimidade ativa para tal⁵⁷³.

Essa limitação, todavia, não deve ser estendida para abranger também a legitimidade para firmar convenções arbitrais e para promover a tutela de direitos coletivos em sede arbitral, seja por não haver norma que assim determine, seja porque em eventual processo arbitral a atuação da associação se daria sob a “mira” jurisdicional do árbitro ou tribunal arbitral, além da atuação necessária do Ministério Público.

Volvendo-nos às premissas previamente descritas acerca dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, aduzimos que a capacidade de fato é requisito de ordem subjetiva para a verificabilidade da admissão do uso de técnicas extrajudiciais, sejam elas consensuais ou adjudicatórias, refletido em titulares de direitos em conflito de interesses como sujeitos de direitos e deveres na vida civil (artigo 1º do Código Civil brasileiro).

Já as entidades e órgãos públicos, mesmo sem personalidade jurídica própria (entes despersonalizados), como é o caso dos órgãos ministeriais, detém capacidade ativa e passiva em, contratar, posto que sujeito de direitos e obrigações. É o que denota o artigo 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública brasileira, em especial na tomada de compromisso de (re)ajustamento de conduta enquanto natureza jurídica de transação.

Em suma, os legitimados coletivos, inclusive os órgãos despersonalizados, são dotados de capacidade ativa contratual, não havendo óbice à celebração de tomada de compromisso com vistas à solução de problemas envoltos aos direitos coletivos, ainda que por meio da arbitragem (solução heterocompositiva).

⁵⁷³ Em sentido contrário, Marco Lorencini e José Bedaque. In LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; BEDAQUE, José Roberto dos Santos – Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social. Uma sugestão de integração. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2006, p. 197.

Por fim, a solução extrajudicial alternativa e consensual de lides coletivas, somente poderá ser perquirida pelos órgãos públicos legitimados, todos sob requisito subjetivo de capacidade contratual ativa (capacidade de fato), a fim de que figurem legitimamente como compromitentes.

3.19.2. Natureza jurídica da legitimação ativa

Para além da simples capacidade, a utilização de técnicas extrajudiciais de resolução de disputas depende do exame da natureza jurídica da legitimação ativa para celebração de acordos e dos efeitos da coisa julgada em matéria de direitos coletivos.

O regime da legitimação ativa e da coisa julgada no processo coletivo heterocompositivo será substancialmente diversa do processo heterocompositivo individual, o que se justifica em razão das peculiaridades dos direitos coletivos a serem tutelados.

O exame das características específicas dos regimes jurídicos acima subsidiará a avaliação da eficácia da solução obtida por meio de técnica extrajudicial consensual (medida de resultado), especialmente àqueles destinados a regular à tutela de direitos individuais homogêneos (transindividuais).

Preliminarmente, no que tange aos direitos coletivos por essência, a legitimação será autônoma, vez que atribuída por lei especial ou por norma constitucional. Assim, tendo o legislador autorizado os entes arrolados no artigo 5º, da Lei de Ação Civil Pública brasileira e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, a atuar na seara jurisdicional em defesa de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, por logicidade⁵⁷⁴, restarão também legitimados a promover a tutela extrajudicial de tais direitos transindividuais.

Com relação à coisa julgada, a regra é a sua formação para tornar imutáveis os efeitos da sentença, com eficácia *erga omnes*, no caso de tutela de direitos difusos, e *ultra pars*, no caso de tutela de direitos coletivos *stricto sensu*. O tratamento legal deste regime estará caracterizada pela coisa julgada *secundum eventum probationis* (artigo 103, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro), que, a rigor, impede a formação de coisa julgada na hipótese de improcedência do pedido decorrente de insuficiência de provas, não elidindo que cada indivíduo lesado, possa buscar a tutela individual decorrente do conflito de interesses consumerista.

⁵⁷⁴ Aplica-se a máxima do direito explicitado no brocardo jurídico *in eo quod plus semper iest et minus*.

O regime jurídico aplicável a legitimação ativa e da coisa julgada afeta à tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, não traz reflexos impeditivos, sob a ótica subjetiva da admissibilidade para solução extrajudicial decorrente destes conflitos, posto que a legitimação que autorizará a atuação ativa na tutela jurisdicional, se esparramará para tutela extrajudicial e alternativa de acesso à Justiça.

Outrossim, a legitimação extraordinária aplicável a tutela coletiva em relação aos direitos individuais homogêneos, isto é, em regime de substituição processual, acarretará reflexos jurídicos aos particulares em relação ao regime de coisa julgada cabível à espécie. No sistema processual coletivo brasileiro, diversamente do direito anglo-americano (estadunidense), essa substituição processual somente acarretará efeitos em benefício dos substituídos, titulares dos direitos individuais, em razão da coisa julgada *secundum eventum litis*, que impedirá a formação de coisa julgada no caso de improcedência da ação coletiva⁵⁷⁵.

Assim, pela conformação legal concebida pelo legislador para a tutela de direitos individuais homogêneos, jamais poderia o legitimado coletivo prejudicar, com sua atuação, as pretensões individuais, já que a improcedência da ação coletiva não impedirá o ajuizamento de ações individuais.

A legitimação extraordinária poderia denotar a falsa afirmação de que legitimado coletivo não estaria “autorizado” a uma solução do problema que implicasse, em certa medida, renúncia ao direito perquirido em tutela; entretanto, voltando a ideia da disponibilidade material de tais direitos, torna-se hipótese possível de realização, em que pese se tratar de direito alheio.

Na seara alternativa extrajudicial de solução da disputa, ALEXANDRE GAVRONSKI leciona que para quem há déficit de titularidade dos direitos coletivos, ainda que haja legitimação, decorrerá impossibilidade de disposição material, independentemente da natureza do direito, impondo-lhes o dever de buscar a solução escoreita (plenitude do bem tutelado) à luz do ordenamento jurídico vigente⁵⁷⁶.

Contudo, essa linha de pensamento não desvela com precisão o regime jurídico aplicável a espécie de direito coletivo, tanto quanto regulamentado nos diplomas que compõem o sistema própria de tutela coletiva. A solução concebida pelo legislador ao substituto processual não pode ter o condão de “elidir” no todo ou em parte os direitos dos substituídos, pelo que não é causa de restrição ao agir do legitimado, mas, apenas, limitação quanto à possibilidade de vinculação de resultados obtidos pelo legitimado coletivo ao titular do direito tutelado (substituído).

Sendo a solução alternativa alcançada favorável ao substituído, com o atendimento do direito de forma satisfatória, haverá conformação de coisa julgada em seu favor; se, ao invés, for decretada a

⁵⁷⁵ Por força de previsão legal expressa no art. 103, inciso III e § 2º, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

⁵⁷⁶ GAVRONSKI, Alexandre Amaral – Técnicas Extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: RT, 2010, p. 161.

improcedência do pedido, não formar-se-á a coisa julgada gravada de imutabilidade, possibilitando o acesso à Justiça por outra via individual ou coletiva.

Assim, aplicando-se-lhe no plano extrajudicial alternativo de solução de problemas a mesma logicidade legislativa do processo heterocompositivo, concluímos que a restrição na celebração de transação e nos resultados possíveis, poderá decorrer efeitos do meio de solução obtida em favor do indivíduo.

No plano da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos somente decorrerá vinculação dos efeitos aos titulares do direito material, na hipótese de alcance da satisfação integral da pretensão de que são titulares. Qualquer renúncia, ainda que parcial, ou decadência mínima do pedido, em caso de processo heterocompositivo arbitral, somente vincularia os indivíduos que praticassem ato posterior compatível com aceitação da solução obtida⁵⁷⁷.

Cogitamos que eventual resolução extrajudicial consistente em sentença arbitral que julgasse a pretensão apenas parcialmente procedente, traria a possibilidade de opção a aquiescência da sentença, com vistas à promoção executiva em sede de liquidação ou, ainda, a possibilidade de ajuizamento de ação individual, com vistas à “reparação integral” do dano que a parte julgasse imponível.

A sistemática processual coletiva atinente à tutela dos direitos individuais homogêneos, além de ser mais consentânea com a solução adotada no plano judicial, impedindo a formação de coisa julgada em prejuízo dos titulares do direito, privilegia a promoção da solução da disputa, autorizando a atuação alternativa ao processo heterocompositivo por meio da sentença judicial ou arbitral, sem que, em contrapartida, possibilite prejuízo à satisfação integral do direito individual que a parte titular do direito entender violado.

Em conclusão, é possível afirmar que a natureza da legitimação ativa e do regime da coisa julgada próprios da tutela coletiva na seara de direitos individuais homogêneos, não afastam o cabimento, sob o prisma subjetivo, do uso de técnicas alternativas extrajudiciais na resolução de problemas, nem restringem as soluções passíveis de serem alcançadas por meio das técnicas consensuais ou não disponíveis.

⁵⁷⁷ Verbi gratia, na hipótese de ilegal elevação do valor das mensalidades de determinada rede de planos de saúde, com pagamento de valores indevidos por diversos usuários. Neste caso, eventual resolução extrajudicial deste conflito poderia resultar, por exemplo, na celebração de acordo, em que a rede de cobertura securitária particular, concordasse em efetuar a devolução do equivalente a 60% (sessenta por cento) dos valores injustamente recebidos. Afinal, após a análise da face econômica do conflito, chegou-se à conclusão de que seria mais razoável viabilizar o recebimento imediato de parte substancial do valor ilegal, do que perseguir, por prazo indefinido e sem certeza de êxito, a sua satisfação integral. No caso os usuários que concordassem com o acordo coletivo poderiam formular requerimento diretamente à rede de cobertura securitária, para recebimento do valor nos parâmetros do acordo coletivo. Os que não concordassem, em contrapartida, poderiam promover ação judicial individual com o objetivo de obter a reparação integral deste prejuízo, não havendo submissão cogente as balizas da transação negocial de natureza coletiva. Cogite-se, ainda, de eventual resolução extrajudicial da controvérsia, consistente de sentença arbitral que julgasse a pretensão parcialmente procedente. Também nesta hipótese, teriam os usuários a opção de aquiescer à sentença arbitral e promover a sua liquidação ou de ajuizar ação judicial, com vistas a pretensão de reparação integral dos danos que acreditem terem sofrido.

3.20. Requisitos objetivos de uso das técnicas (extra)judiciais

Os critérios objetivos de admissibilidade na utilização de meios extrajudiciais de resolução de conflitos dizem respeito aos direitos envolvidos no litígio a ser composto, em perspectiva material (o direito em si considerado) e instrumental (as possibilidades disponíveis de solução de conflitos).

À vista do objeto desta obra, a análise será realizada sobre a ótica de cada uma das espécies desses direitos coletivos *lato sensu*.

3.20.1. Direitos difusos e coletivos *stricto sensu*: indisponibilidade material, disponibilidade instrumental e extrapatrimonialidade original

Por serem direitos coletivos por essência, indivisíveis e materialmente indisponíveis, o regime jurídico a que se submetem os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, relativamente à admissibilidade da utilização de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, devem receber, em regra, o mesmo tratamento de forma conjunta.

Para verificabilidade da possibilidade de solução extrajudicial de problemas que envolvam direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, importante (re)tomar certas premissas relativas às espécies de indisponibilidade e à patrimonialidade do direito.

Verificamos que a indisponibilidade pode ser material, porquanto haja a vedação à renúncia do direito vergastado, ou poderá ser instrumental, porquanto haja impossibilidade de reconhecimento espontâneo de improcedência do direito pleiteado, havendo, em ambos os casos, a indispensabilidade do processo heterocompositivo estatal⁵⁷⁸. Outrossim, a acepção quanto à indisponibilidade que comportará o exame de verificação de cabimento da utilização de técnicas extrajudiciais reside na disponibilidade instrumental.

Constatamos que a aferição objetiva da possibilidade de uso de técnicas alternativas consensuais de solução de disputas, demandaria apenas a verificabilidade da disponibilidade instrumental do direito a ser pleiteado. Assim, a indisponibilidade material apenas limitaria os resultados possíveis de serem obtidos.

⁵⁷⁸ A distinção tem origem na classificação de Eduardo Talamini. Todavia, a indisponibilidade instrumental referida neste trabalho é a retratada como outra acepção e de indisponibilidade material. In TALAMINI, Eduardo – A arbitragem e a parceria público-privada (PPP). In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia - Parcerias Público-Privadas. São Paulo: RT, 2005, pp. 342-343.

Concluimos aqui, que a aferição da arbitrabilidade de litígios dependerá da verificabilidade objetiva acerca da disponibilidade instrumental do direito em pretensão resistida e seu contexto de patrimonialidade.

A perscrutação acadêmica da disponibilidade instrumental dos direitos coletivos por essência perpassaria pela análise de possibilidade de os órgãos (co)legitimados reconhecerem, sem exigência de intervenção judicial, quanto à (in)existência de violação a direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* dada situação em concreto. Haveria a possibilidade de verificação?

Tomemos como exemplo as investigações encetadas pelos órgãos ministeriais em inquéritos civis públicos. A existência de elementos indicativos da existência (ou não) de lesão ou ameaça de lesão a direitos coletivos é que desencadeará a instauração do procedimento em si (requisito de justa causa). Não obstante, as medidas adotadas com a finalidade investigatória podem desvelar que a irregularidade de que se cogitou, a princípio, não perfaria o contexto fático-jurídico ou que já tivesse sido sanado, conclusão que fundamentaria o arquivamento do inquérito civil por ausência de justa causa.

Mesmo fora do ambiente investigatório do inquérito civil, devem os órgãos (co)legitimados verificar se, apesar da existência de uma suspeita original de lesão a direito coletivo, o eventual esclarecimento prestado pelo possível infrator poderia indicar a ausência de violação à lei, hipótese em que não autorizaria a adoção de providência jurisdicional alguma. É o caso, *verbi gratia*, das reclamações processadas perante os órgãos de defesa do consumidor ou das notícias de fato ou de irregularidades processadas originariamente pelos órgãos ministeriais.

Nestes casos, se as investigações ou esclarecimentos dos interessados não revelarem elementos suficientes capazes de elidir a certeza de inexistência de violação ou de ameaça de violação ao direito coletivo, caberá ao órgão legitimado adotar as medidas concretas para resguardar o direito coletivo, atribuição esta que possui por dever de agir de ofício ou por objetivo social estatuído. A questão posta é se tais medidas deverão se dar pela via jurisdicional necessariamente, ou por qualquer meio de acesso à Justiça, em especial o extrajudicial consensuado?

Na primeira evidência à luz do artigo 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública brasileira, a celebração do compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, instrumento que decorrerá como possível se não houver, no plano normativo, vedação à solução extrajudicial da controvérsia, e se não houver, em face da natureza de conflitos coletivos, obrigatoriedade de intervenção judicial.

Diversamente da vedação normativa já superada nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, em que a intervenção judicial era indispensável para aplicação de penas, podem os eventuais interessados se submeter, sem necessária intervenção jurisdicional, às exigências apontadas

pelos órgãos públicos visando a reparação do bem jurídico coletivo, com submissão as demais cominações aplicáveis à espécie⁵⁷⁹.

Esses fatos, alinhados as novas ideias de solução extrajudicial de conflitos (acordos de não persecução cíveis e penais) já se encontram superados pela doutrina e jurisprudência brasileira, sendo permitido que as transações que envolvam penalidades consensualmente compromissadas, sejam fixadas nos acordos extrajudiciais de solução das lides de natureza individual ou coletiva⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ ACORDOS EM TUTELA COLETIVA E NA REGULAÇÃO: Ajustamento de conduta. Webinar apresentada por Raul Pereira Lisboa e Geisa de Assis Rodrigues. Organizador Alexandre Amaral Gavronski. São Paulo. Ministério Público Federal de São Paulo. [23.09.2020]. 1 vídeo (1h 52min 30seg). Publicado pelo canal MPF SP. Disponível em <https://youtube.com/watch?v=n-he8DgWmy>. Acesso em 23 set. 2020. Palestrante Raul Pereira Lisboa – O tema de consensualidade é o que tem movido diálogos institucionais diminuindo a cultura da litigância, em especial a União federal que é a maior litigante do mundo. Há previsão de celebração de ajustamento de conduta judicial e extrajudicial. Na primeira hipótese a competência é da Procuradoria Geral da União. Na segunda hipótese há possibilidade de celebração pelas Advocacias Públicas Regionais da União. Ex vi (Lei federal n. 9.469 / 2017. Não há um marco legal do Termo de Ajustamento de Gestão, em especial a destinação dos fundos arrecadados pela celebração do termo, ficando a cargo das Resoluções do CNMP a densidade normativa dos institutos, face a lacuna legislativa depois de 30 anos. A solução encontrada é que os recursos sejam tratados como receita pública destinada ao Fundo Nacional de Direitos Difusos, gerido por um Conselho Federal de Gestores. Os repasses dos recursos são feitos por meio de convênios públicos, sob deliberação plúrima dos conselheiros federais, estando sujeitos à fiscalização da Controladoria Geral da União e ao Tribunal de Contas da União. Contudo, há critérios de desvinculação do fundo nacional, preconizada em Resolução do CNMP. O enunciado n. 3, da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que desvincula a remessa obrigatória ao fundo federal de direitos difusos, com solução razoável para tal desvinculação. Há de se atentar o caso da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça x CREFISA (Cobrança indevida de taxa de cadastro bancário), onde os recursos foram destinados por TAC a melhoria do portal do consumidor em contratação de empresa de tecnologia, havendo desconformidade por possível burla à lei de licitações, com contratação direta de empresa privada para contratação de serviços de natureza pública. O direcionamento das multas e compensação por dano para aquisição de insumos dos órgãos fiscalizadores, e ainda, os recursos de reparação de danos, há necessidade de distinção da natureza jurídica para fins de possível utilização, desde que haja parcimônia. Palestra Geisa de Assis Rodrigues – A evolução do instituto do termo de ajustamento de conduta nos 30 anos, com negociação coletiva em matéria de direitos transindividuais, precisa celebrar os avanços em matéria de acordos e conciliações. A maturidade do ajustamento de conduta demonstra a travessia da voluntariedade, com 71 TACs entre 1992 a 1998, sem cadastro nas câmaras de conciliação. Só no MPF são celebrados em torno de 300 TACs por ano e 21.000 TACs sendo celebrados por todos os outros ramos. A atividade de litigância pode demandar delegação. Nas atividades de consensualidade não. Apesar da resistência, a mudança cultural é algo que tem avançado, com significativa relevância pela alteração do Código de Processo Civil de 2015. O exemplo positivo dos TACs influenciou a onda da consensualidade em outras esferas (tributárias, penais, administrativas e cíveis). Os direitos indisponíveis transacionados por direitos metaindividuais de quem não é titular, resta superada, pois não estamos diante de uma transação comum, onde o núcleo duro prima pelo direito a ser preservado. As questões periféricas podem ser objeto de acordo (tempo, modo, lugar, prazo), cujos riscos serão geridos pelo cumprimento dos princípios balizadores do negócio jurídico mirados no resultado. Nesse contexto, há possibilidade de acordos parciais. O TAC extrajudicial forma um título executivo extrajudicial entre os interessados e os legitimados, podendo haver homologação judicial, hipótese em que fará coisa julgada material. A negociação havida em sede de ação judicial, as questões periféricas também podem ser transigidas, sem prejuízo da desistência da ação principal e celebração do termo de ajustamento de conduta, contudo não recomendável, pois o juiz pode realizar ao exame de qualidade do acordo na hora da homologação, como nas hipóteses estadunidenses da class arbitrations. A arte da paciência e a conduta não adversarial são elementos importantes para celebração dos acordos de ajustamento de conduta. A cultura do cancelamento (não participação de algum ator) não é benéfica para uma solução mais adequada. A alteração legislativa posterior pode alterar os efeitos substanciais dos TACs já firmados? E as garantias mínimas que devem assegurar os TACs? E as multas precisam estar previstas, já que o juiz pode fixar ou alterar multas já fixadas nas obrigações de fazer? Os efeitos do tempo no TAC traz a lógica da prescrição. Enquanto houver a possibilidade de propositura da ação civil pública, poderá haver a celebração do TAC. Os direitos patrimoniais prescrevem, mas os direitos transindividuais complexos são em sua maioria imprescritíveis (consumidor, ambientais), o que autoriza a celebração. A celebração de TACs está vinculada a lei material vigente à época da celebração do ajustamento, por medida de segurança jurídica. Inclusive não se trata de norma penal que retroage para beneficiar o réu. A vontade de celebração vincula os compromitentes (RESP 1744609, de 02/04/2019, Ministro Mauro Campbell, do STJ). O decurso do tempo pode trazer a possibilidade de repactuação ou aditamento, ou pelo surgimento de fatos novos que impossibilitem o cumprimento regular da avença em situações normais. Entende, contudo, que a garantia mínima deve ser prevista nas hipóteses de direitos individuais homogêneos. Os TACs que não contemplem o núcleo duro devem ser objeto de anulação para garantia dos direitos transindividuais pela via de legitimidade disjuntiva – outros legitimados garantidores dos direitos transindividuais. Já em relação as multas, as normas de processo coletivo são especiais em relação as normas de processo comum. A previsão da multa deve guardar correspondência às normas de direito coletivo e se omissão, as normas de processo civil. As orientações não precisam asfixiar os acordos com estrangulamentos desnecessários de modo a inviabilizá-lo. Contudo, o próprio título deve trazer uma cominação prevista no acordo, nem de forma irrisória, nem tampouco excessivamente onerosa, que poderá ser revista pelo juiz a fase de execução nos termos do artigo 814, Parágrafo único do Código Civil brasileiro. O objetivo do TAC não é a multa, mas o atendimento das exigências legais. Já proposta a ação civil pública o TAC pode ser realizado em todas as instâncias, até mesmo após a coisa julgada material. No Brasil, a despeito da Itália, não há óbice de acordo em qualquer fase do processo ou até mesmo acordo após coisa julgada (RESP 1584246, Ministro Marco Aurélio Belizze, STJ).

⁵⁸⁰ ACORDOS EM TUTELA COLETIVA E NA REGULAÇÃO: Ajustamento de conduta. Webinar apresentada por Jefferson Aparecido Dias e Paulo Henrique dos Santos Lucon. Organizador Alexandre Amaral Gavronski. São Paulo. Ministério Público Federal de São Paulo. [23.09.2020]. 1 vídeo (1h 58min 05seg). Publicado pelo canal MPF SP. Disponível em <https://youtube.com/watch?v=IwJrUlGu6GU>. Acesso em 23 set. 2020. Palestrante Paulo Henrique dos Santos Lucon – O termo de ajustamento de conduta é gênero das demais espécies de acordo ou negociação jurídica na matéria de realização de direitos metaindividuais (lênica, colaboração, acordo de não persecução). O nomem iuris se torna irrelevante desde que a tutela coletiva alcance seus fins e resultados na prevalência de direitos coletivos. Mas há uma cultura do particular que o “ajustamento” visa corrigir erros, que por vezes ele próprio não reconhece como existentes, mas colaborativamente se presta a cumprir o compromisso proposto às exigências legais. A atividade jurisdicional se torna cada vez mais função, em que os meios consensuados se fazem presentes como solução pacífica das controvérsias. O Código Processo Civil propiciou os meios dialógicos para solução de controvérsias. Os legitimados conjuntos da ação civil pública devem garantir segurança jurídica ao particular para solução célere e efetivas, havendo uma relação colaborativa das partes, exigindo um modelo cooperativo a ultrapassar a cultura da “sentença” pelo particular. Há um déficit

Em conclusão parcial a que chegamos, os conflitos que envolvam direitos coletivos, apesar de materialmente indisponíveis, podem ser objeto de solução alternativa extrajudicial consensual.

Destarte, mesmo quando não houver voluntariedade do interessado em se comprometer, por entender, por exemplo, que sua conduta não teria violado disposição legal alguma, não deverá o processo judicial ser a única forma de solução do problema, havendo sempre espaço ao diálogo administrativo e de controle.

No que tange ao processo por arbitragem (heterocomposição) não se chegou a cogitar tal possibilidade de solução consensual internamente ao processo arbitral, sustentado na impossibilidade de utilização da técnica alternativa para a solução de disputas que envolvam direitos coletivos e sob tese de indisponibilidade material que reveste tais direitos, como já visto antes⁵⁸¹.

Fato é que, como já visto linha atrás, a indisponibilidade do interesse público retratada nesta tese, por ser indeclinável apenas sobre a ótica material, restará restringida de turbação aos resultados concretos a serem alcançados por meio da solução extrajudicial, mas não da utilização de técnicas consensuadas para solução de lides individuais ou coletivas. A técnica consensual não poderá “desaguar” em compromisso que implique no decréscimo da maximização de interesses públicos relevantes a serem tutelados, acerca do direito material violado ou ameaçado de violação, ainda que minimamente.

A indisponibilidade material que grava os direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* será apenas normativa, a impossibilitar a transigência ou tergiversação acerca das normas de ordem pública dispositivas de interesses públicos relevantes, caracterizados pelo gravame de indisponibilidade

de acompanhamento (monitoramento) desses acordos para garantia da segurança jurídica e que não haja sobreposição dos vários órgãos de controle existentes no Brasil. Os valores afetados às condenações deve ser revertido a preservação de direitos metaindividuais. A homologação judicial dos acordos extrajudiciais deve ser uma faculdade e nem obrigatoriedade, senão nas ações judiciais já em curso para se prestigiar a jurisdição. Para uma maior efetividade é de bom alvitre a realização de audiências públicas antes de celebração de TACs que envolvam direitos metaindividuais, com diálogo das partes e colegitimados. Não havendo a audiência pública, devem os colegitimados serem notificados a participar das tratativas da celebração do acordo, num necessário diálogo das fontes. Palestrante Jefferson Aparecido Dias – A pressa se torna inimiga do acordo. O ponto final é a pacificação social após o exaurimento do cumprimento do TAC. Há hipóteses de TACs celebrados rapidamente que acarretam a impugnação via jurisdicional, visando anulação por colegitimado que não tenha participado das tratativas. A perenidade dará segurança jurídica para evitar a revisitação pelo celebrante ou outro colegitimado. Após a propositura da ação, o acordo deve estar aberto a celebração a qualquer momento, mesmo após a sentença de mérito, pois há casos de sentença de mérito coletivas que são inexequíveis, dependendo de uma conduta colaborativa. O ápice da boa-fé e da segurança é o reconhecimento dos órgãos colegitimados que todos representam o Estado, independentemente da faceta atributiva (advocacia pública, defensoria, órgãos ministerial, ente público, entidades públicas). A celebração dos acordos deve guardar correspondência as atividades das Câmaras de Coordenação e Revisão dos acordos celebrados pelo Ministério Público Federal. A pluralidade de legitimados dos acordos a serem celebrados impõe uma concertação de ações, podendo haver uma solução estrutural para fiscalização a longo prazo, permitindo a designação de terceiro para ser o fiscal das cláusulas pactuadas, permitindo a renegociação de cláusulas do TAC, mediante circunstância alheia no momento da celebração (verbi gratia, pós-pandemia). Há desafios para fiscalização a longo prazo das avenças celebradas, pela ausência de previsibilidade de eventos futuros. Organizador Alexandre Amaral Gavronski – O nomem iuris não importa, mas sim que na avença negocial reste atestado que se trata de instrumento extrajudicial com força executiva.

⁵⁸¹ Consoante aduz Rafael Alves, “não há como se falar em arbitragem envolvendo direito ambiental no plano coletivo, já que este envolve direitos difusos, que são indisponíveis por sua própria natureza, como já demonstrado, não se podendo sequer cogitar de uma possível relativização desta indisponibilidade em razão da previsão legal do compromisso de ajustamento de conduta, sendo inadmissível a prática de qualquer ato de transação, concessão ou disposição neste campo”. In ALVES, Rafael Francisco – A arbitralidade do direito ambiental: a questão da disponibilidade de direitos. In SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). Processos Coletivos e Tutela Ambiental. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2006, p. 205. Na opinião de Figueira Júnior, “os direitos difusos e coletivos estão excluídos de apreciação por parte da jurisdição privada, porquanto indivisíveis”. In FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias – Arbitragem, Jurisdição e Execução. 2.ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 178. Nesse mesmo sentido, MATTOS NETO, Antonio José de - Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei da Arbitragem. Revista de processo. São Paulo: V 122 (2005), p. 158.

principlológica. Contudo, por retratar direitos disponíveis sob a ótica instrumental, não estarão sujeitos à necessidade da intervenção jurisdicional (processo heterocompositivo estatal), podendo ser objeto de técnicas consensuais alternativas de solução de problemas.

Por fim, a arbitrabilidade objetiva de tais direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* exige o enfrentamento da questão de patrimonialidade ou extrapatrimonialidade dos bens e interesses a serem tutelados pela via heterocompositiva.

Em essência, os direitos coletivos são de natureza extrapatrimonial. Com efeito, não há como se mensurar economicamente, por exemplo, o valor ecológico da preservação da mata atlântica ou o montante pecuniário que equivaleria à conservação da integridade da ordem urbanística de uma cidade. Isso significa que, antes de violados, tais bens jurídicos são insuscetíveis de avaliação econômica.

No plano do direito individual, tais bens jurídicos poderiam ser comparados, por exemplo, ao direito à vida. Isto é, na origem, nenhuma concessão há de ser feita em relação a esse direito, que é também insuscetível de avaliação pecuniária.

Não obstante, se tais bens jurídicos vierem a ser violados, não tendo sido possível evitar a consumação da lesão, a solução jurídica prevista é sempre a recomposição, quando possível, por meio do retorno ao *status quo ante* ou, diante de sua impossibilidade, na compensação do dano ou reparação por perdas e danos, seja por meio da reposição *in natura* de prestação equivalente, seja ainda, em última análise, na reparação pecuniária do prejuízo causado⁵⁸² ou por meio de reparação compensatória.

A reparação representa solução jurídica concebida para aferição do equivalente, *in natura* ou *in pecunia*, do bem jurídico violado⁵⁸³. Nesta medida, mesmo o bem jurídico que era originalmente extrapatrimonial, se violado, advirá apenas a possibilidade de reparação a partir de critérios legais previamente definidos.

Destarte, ainda que o direito universal à preservação do meio ambiente seja insuscetível de avaliação econômica, eventual corte irregular de uma árvore secular teria que ser reparado por meio da aferição do equivalente, *in natura* ou em última medida *in pecunia*, já que o retorno ao *status quo ante* restaria inviável.

⁵⁸² Essa ordem de precedência foi também estabelecida no artigo 24 do Projeto de Lei de Alteração da Lei de Ação Civil Pública, arquivado no fim da legislatura no Congresso Nacional: “Art. 24. Na ação que tenha por objeto a imposição de conduta de fazer, não fazer, ou de entregar coisa, o juiz determinará a prestação ou a abstenção devida, bem como a cessação da atividade nociva, em prazo razoável, sob pena de cominação de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de requerimento do autor. § 1º A conversão em perdas e danos somente será admissível se inviável a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente e, no caso de interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito.”

⁵⁸³ Segundo Paulo Antunes, “a imposição de responsabilidades aos causadores dos danos é uma fórmula antiga que remonta aos primeiros diplomas legais da humanidade, cuida-se da busca de um equivalente ao dano causado, de um valor proporcional ao desvalor sofrido pela vítima.”. In ANTUNES, Paulo Bessa – Direito ambiental. 4.ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2000, p. 105.

Especificamente sobre os danos ambientais, PAULO DE BESSA ANTUNES ensina que podem ser: (a) recuperáveis, quando é possível o retorno ao *status quo ante*; (b) mitigáveis, quando podem ser reduzidos; ou, (c) compensáveis, quando consolidados e somente restar a possibilidade de compensação noutra local ou de compensação pecuniária⁵⁸⁴.

No mesmo sentido, no plano individual, ainda que indisponível o direito à vida, a sua violação, *verbi gratia*, no caso de acidente de transporte, renderá ensejo ao direito de indenização aos herdeiros, por danos materiais e morais, cuja aferição do *quantum debeatur* se dará a partir de critérios legais ou jurisprudenciais estipulados para atribuição do valor à vida humana.

Por essa razão, em matéria de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, a regra deve ser sempre a prevenção da lesão diante da natural dificuldade – na maior parte dos casos – ou da impossibilidade de promoção de retorno ao *status quo ante*, o que envolverá tais direitos em “aura” conceitual da indisponibilidade do interesse público.

O direito ambiental, por exemplo, rege-se pelos princípios da precaução e da prevenção. O primeiro, em apertada síntese, indica a necessidade de se priorizar o direito ambiental, na hipótese de incerteza científica sobre as potenciais repercussões lesivas de uma determinada atividade. Já o segundo, indica a necessidade de se evitar a ocorrência de danos, em razão da dificuldade de sua recomposição⁵⁸⁵.

Pretende-se, com tal argumentação, demonstrar que mesmo bens jurídicos indisponíveis, quando violados, podem ensejar aferição em expressão patrimonial, quer seja em espécie, quer seja em pecúnia, visando reparação ou compensação aos titulares do direito.

Dessarte, podemos concluir que os direitos coletivos em essência, apesar de indisponíveis materialmente e extrapatrimoniais na origem, quando turbados os violados, autorizarão pretensões de interesses de natureza patrimonial. Essas pretensões patrimoniais que podem decorrer de violações a direitos difusos e coletivos *stricto sensu* podem dar azo a conflitos solucionáveis, sob a ótica da arbitrabilidade objetiva, por meio de processo heterocompositivo arbitral^{586 587}.

⁵⁸⁴ Idem, p. 106.

⁵⁸⁵ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias – Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário: análise do nexa causal. São Paulo: RT, 2008, pp. 67-71.

⁵⁸⁶ Em sentido contrário, Bernardo Lima sustenta que a partir dos critérios de arbitrabilidade previstos na legislação, a obrigação indenizatória decorrente de violação ao macrobem ambiental não poderia ser submetida a tribunal arbitral. In LIMA, Bernardo - A arbitrabilidade do Dano Ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 136-137

⁵⁸⁷ WEBINAR – Escola da AGU da 3ª Região, de 22/09/2020. Disponível em www.youtube.com/watch?v=2E8D13dZzY. 02h41m10seg. CICLO DE PALESTRAS: CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Portaria AGU 320, 13 de junho de 2019 - Núcleo Especializado de Arbitragem na Administração Pública. Mediadoras: Cristiane Iwakura e Rita Dias Nolasco. Palestrante Paula Butti Cardoso. Processo Arbitral n. 23433/GSS. Concessionária de Rodovias Galvão BR-153. Contrato de Concessão de 2014 (Convenção de Arbitragem: Cláusula Compromissória em Contrato de Concessão). Valor de R\$ 413.229.540,66 (bens reversíveis não amortizados). Ausência de caducidade por conta da inexecução pelo poder concedente, pela falta de financiamento junto ao BNDES pela crise financeira vivida pelo país. A União realizou pedido de reconvenção com indenização de R\$ 100.000.000,00 por prejuízo causado à sociedade pela inexecução da prestação de serviços públicos concedidos. O Tribunal Arbitral entendeu que quem deu causa a extinção do contrato por caducidade foi a concessionária do serviço público, estando o financiamento dos serviços a serem prestados incorporados à teoria da imprevisão pelos riscos do empreendimento do negócio, sem prejuízo de ser indenizada pelos bens reversíveis e não compensados pela total execução

Entretanto, a indagação que surge é se os árbitros estariam mais ou menos habilitados a atingir maior grau de efetividade a tutela dos interesses coletivos por essência, resguardada a ideia central de indisponibilidade do bem ou interesse público coletivo, face a especialidade de suas atuações em juízos ou câmaras arbitrais. Os árbitros devidamente eleitos ou escolhidos de comum acordo pelas partes do litígio, são mais ou tão habilitados quanto aos agentes estatais que atuam na promoção da tutela de direitos coletivos por essência, e ainda, em relação aos juízes togados.

ADA PELLEGRINI GRINOVER, depois de externar acerca da possibilidade de utilização da arbitragem para tratar de conflitos circunscritos à esfera instrumental disponível dos direitos coletivos (prazos, formas e técnicas de recomposição), indagou acerca de uma elasticidade da atuação dos árbitros, a saber: “...

contratual. Palestrante Eleonora Coelho. Transparência pública/publicidade versus sigilo. Benefícios do sigilo – Evita danos à imagem, protege segredos comerciais e industriais, facilita a negociação e celebração de acordos e manutenção de relação entre as partes. Prejuízos do sigilo – Impede a formação de jurisprudência, gerando insegurança jurídica, beneficiando litigantes de má-fé e dificultando o controle. A arbitragem na Administração Pública é marcada pela publicidade, restringindo-se a ampla publicidade em mercados de capitais. Modelos necessários com mitigação de sigilo em algumas hipóteses, sendo legítimo em algumas hipóteses, devendo haver uma linha de equilíbrio entre sigilo e transparência. O que pode ser publicado? Deve haver cuidados mínimos: identidade das partes (comerciais), proteger informações sensíveis e sigilo comerciais, privacidade do processo durante seu curso. Deve-se divulgar a existência da arbitragem e da sentença arbitral. Disponível em www.cbcc.org.br. Palestrante Aristhéia Totti Silva Castelo Branco de Alencar. Princípio da transparência e publicidade (ativa e passiva) para garantia do controle de legalidade dos atos na arbitragem (Parágrafo 3º, art. 2º, da Lei n. 9.307/1996 - entronizado pela Lei 13.129/2015), fazendo parte do regime jurídico das arbitragens brasileiras público-privadas. O uso da confidencialidade nas arbitragens comerciais, fez com que alguns regulamentos das câmaras de arbitragem privadas, passam a regular e disciplinar tais temas. Todos os atos são públicos, exceto sigilos legais, sigilo de justiça, sigilo industrial e sigilo comercial) únicas hipóteses que devem prever a confidencialidade, sendo competente o tribunal arbitral para decidir acerca da sigilidade das partes sensíveis requerida pelas partes; mas o Decreto federal n. 10.025/2019, prevê que a câmara arbitral devidamente credenciada pela Advocacia Geral da União, caberá dar publicidade das informações. Mas há uma deferência à regra da publicidade, em que pese a ausência de um cadastro nacional de todas as arbitragens realizadas pelas administrações públicas brasileiras nas esferas dos entes nacionais e subnacionais. Lei estadual de Minas Gerais n. 19.447/2011, prevê a arbitragem como solução heterocompositiva, dotando-a de publicidade. E a audiência arbitral é pública? Os normativos preveem a possibilidade de audiências reservadas, mas o Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia Geral da União prima pelo dever de publicidade pela transcrição de áudio e vídeo. Palestrante Mariana Carvalho de Ávila Negri. Discorrendo sobre o financiamento de terceiros nas arbitragens em que envolvam a administração pública, aduz que o art. 9º do Decreto federal n. 10.025/2019 prevê a impossibilidade de antecipação de custas do processo arbitral pelos entes públicos. Assim, surgiu o mecanismo de financiamento de terceiros, com recebimento de prêmios pelo êxito e transferência de riscos ao financiador. Há assim, interesse direto no resultado da arbitragem (econômico ou não). Em geral, nem o financiador, nem o financiado tem interesse em dar transparência a essa avença de interesse de terceiros, havendo reflexos sobre o tribunal arbitral e a parte contrária. Assim, a transparência, a simetria de informações e a demonstração de eventual conflitos de interesses demandam o dever de revelar as balizas por financiamento de terceiro. A não revelação de conflitos de interesses pode colocar em xeque a imparcialidade do árbitro a comprometer a validade do processo arbitral. A transparência surge com legitimidade do processo arbitral, com garantia da isonomia das partes. Nesse mesmo sentido, a arbitragem comercial e de capitais, que envolvam tanto o particular, quanto à própria administração pública, devam se pautar pela publicidade (observadas as claras exceções a regra), em que pese não haver previsão no ordenamento jurídico nesse sentido, sendo apontado pela doutrina nacional e estrangeira. Poucas câmaras arbitrais trazem a disciplina sobre o assunto, devendo ser incluído o dever de revelar na cláusula compromissória, acaso seja omissa a previsão de transparência no devido processo legal arbitral. (Resolução CAM-CCBC n. 18, de 20 de julho de 2016, prevê em seus arts. 3º, 4º e 5º, o dever de revelar o terceiro financiador). Tal fato também é Diretriz da Instituto Brasileiro de Arbitragem no item 6, alínea “b” e no item 7, alínea “a” (princípios da arbitragem brasileira). Assim, a sentença arbitral tem o dever de revelação do terceiro financiador, em especial nas hipóteses da administração pública sendo parte, sendo a transparência dever que se impõe como pressuposto de legitimidade, onde o dever de revelação é garante da higidez e validade do processo arbitral (Ver precedente Tribunal Arbitral ICSID – Muhammet versus Turkmenistan – Case n. ARB/12/6). Palestra Ana Luiza Nery. Arbitragem Coletiva (direitos individuais homogêneos e difusos) – Há possibilidade de arbitragem em matéria de direitos metaindividuais? A arbitrabilidade subjetiva e objetiva precisam ser transpostas. Sendo um negócio jurídico, não haveria óbice de natureza constitucional. A pretensão a ser deduzida é de direito individual homogêneo ou não? Coletivo ou não? Assim, entende a autora ser possível a arbitragem coletiva, desde que demonstrada a patrimonialidade do direito que se busca tutelar. Até os direitos transindividuais possuem faceta patrimonial a ser dedutível em pedido, devendo ser requisito a ser alcançado. A indisponibilidade dos interesses públicos também se encontra superada pela transação e acordos de não persecução cível e penal no sistema jurídico brasileiro. A evolução internacional nos Estados Unidos admite a class arbitrations desde que prevista expressamente em cláusulas compromissórias. A previsibilidade de transação em matéria de ação civil pública transpõe óbice da utilização da arbitragem coletiva no ordenamento jurídico brasileiro. O Ministério Público teria o dever de honrar os princípios da unidade e indivisibilidade em defesa da sociedade, devendo funcionar como custos societatis. A arbitragem coletiva já foi objeto em mercados de capitais brasileiro envolvendo acionistas de sociedade de economia mista (PETROBRÁS), na busca de direitos individuais homogêneos. Sem prejuízo há ainda a tutela de direitos coletivos e difusos, cada qual com sua peculiaridade e efeitos da decisão. Assim, a arbitragem que tutelar direitos difusos terá efeitos erga omnes. A utilização de decisão multipartes pode decorrer conflitos de decisões estatais ou arbitrais. A confidencialidade acerca de arbitragem coletiva, em que pese ausência de regulamentação legal, resta prejudicada, devendo haver replicação do procedimento adotado no processo coletivo. A coisa julgada depende da categoria do direito em que envolva a pretensão deduzida do direito metaindividual a ser tutelado.

por que o árbitro ou os árbitros não podem também dizer, na base de perícias, na base de provas, se houve o dano ambiental? e condenar na sentença arbitral?"⁵⁸⁸.

Nos direitos trabalhistas de natureza eminentemente coletiva, a previsão da utilização da arbitragem tem supedâneo constitucional, ao abrigo do artigo 114, § 1º, da CR/88, o que reforça a inexistência de indisponibilidade instrumental dos interesses públicos de natureza laboral.

Outrossim, para além de conflitos de interesses de pretensões resistida de natureza coletiva por essência, decorrerá possibilidade de solução extrajudicial de disputas individuais que possam decorrer de conflitos de maior envergadura, onde restem envoltos direitos difusos ou coletivos.

Tratando como litígios parcialmente inarbitráveis, EDUARDO GONÇALVES cita exemplos que se destacam⁵⁸⁹. A contaminação ambiental de solo por duas empresas, evidencia que para além da possibilidade de dar ensejo a demandas arbitráveis, os direitos coletivos podem ser o pano de fundo para o surgimento de pretensões individuais por essência, em relação às quais não haveria de se ter qualquer dúvida sobre a possibilidade de arbitrabilidade objetiva.

3.20.2. Direitos individuais homogêneos: disponibilidade material, disponibilidade instrumental e patrimonialidade

Os direitos individuais homogêneos são direitos individuais por essência, podendo receber tratamento processual coletivo se presentes os requisitos legais preconizados no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, desde que haja homogeneidade e origem comum. A possibilidade de tutela de direitos individuais no plano coletivo advém da busca da efetividade da tutela constitucional. Trata-se de direitos disponíveis materialmente, posto que renunciáveis no todo ou em parte por seus titulares.

Para aferição da admissibilidade de solução em sede extrajudicial, conforme premissa previamente estabelecida, há de se perquirir se esta disponibilidade se opera também no plano instrumental ou se os conflitos de natureza individual homogênea em testilha somente poderiam ser resolutos por meio de disputa processual estatal judicializada.

⁵⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini – Introdução. In GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião – Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. Revista de processo. São Paulo: V 136 (2006), p. 10.

⁵⁸⁹ O primeiro diz respeito à hipótese em que duas ou mais empresas, apesar de reconhecerem a responsabilidade ambiental por uma contaminação de solo e a necessidade de integral reparação dos danos, entrem em litígio para definição, apenas e tão somente, da contribuição da responsabilidade de cada uma. Este exemplo foi objeto de arbitragem simulada realizada no Núcleo de Estudos de Meios de Solução de Conflitos – NEMESC, disciplina de extensão da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, com alunos do 2º e 3º anos de graduação. Na hipótese, como não poderia deixar de ser, o “Tribunal Arbitral Acadêmico” considerou o conflito arbitrável. In GONÇALVES, Eduardo Damião – Arbitrabilidade objetiva. 2008. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 198.

Não há no ordenamento jurídico brasileiro normatividade que imponha a sua solução por meio do processo jurisdicional. Pelo contrário, os titulares destas pretensões resistidas podem, volitivamente, realizar opção por ilidi-los judicial ou extrajudicialmente.

Veja-se, *verbi gratia*, na hipótese de um acidente aéreo de que resulte centenas de vítimas fatais. Neste caso, as pretensões de ordem indenizatória decorrentes de tal fato são processualmente disponíveis, de modo que pode haver, ao menos sob o prisma objetivo de admissibilidade, tanto os titulares das pretensões, quanto eventual legitimado coletivo, decidirem - à luz de critérios de adequação - a técnica mais adequada para a tutela de seus direitos homogêneos, quer no plano individual, quer no plano coletivo.

Tomemos ainda a hipótese de violação aos direitos de consumidores, lesados em razão de ilegal reajuste de tarifas públicas. Também nesta hipótese, poderiam os titulares ou o órgão legitimado coletivo escolher se pretendem exercer suas pretensões de recomposição por meio de processo judicial ou por meio de técnicas extrajudiciais de resolução de controvérsias, não decorrendo vedação expressa.

Portanto, estamos diante de direitos disponíveis instrumentalmente, em relação aos quais não há necessidade da intervenção jurisdicional, passíveis de autocomposição alternativa extrajudicial.

No mesmo sentido aduzem EDUARDO GONÇALVES⁵⁹⁰, RAFAEL ALVES⁵⁹¹, BERNARDO LIMA⁵⁹² e JOEL FIGUEIRA JÚNIOR⁵⁹³, que não decorreria óbice de ordem objetiva para a solução de tais controvérsias por meio de processo heterocompositivo arbitral, já que os direitos individuais homogêneos são direitos patrimoniais ou passíveis de expressão patrimonial em eventual recomposição ou compensação.

Ainda, revolvendo os exemplos de acidente aéreo com vítimas fatais e reajuste ilegal de tarifas públicas, nada obstaría, *verbi gratia*, sob o prisma da arbitrabilidade objetiva, de que as pretensões indenizatórias decorrentes de tais fatos viessem a ser solucionadas no plano individual ou coletivo por meio de processo arbitral.

A questão subjacente tipicamente consumerista reside na arbitragem como forma de solução de problemas, diante da norma preconizada no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que reputa nula de pleno direito, a cláusula que estabeleça a utilização “compulsória” de arbitragem (artigo 51, inciso VII, do CDC). Fato é que tal norma não impede, em toda e qualquer hipótese, a utilização da arbitragem

⁵⁹⁰ GONÇALVES, Eduardo Damião – Arbitrabilidade objetiva. 2008. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 198.

⁵⁹¹ Ressalvando de arbitrabilidade às demandas em que não haja relevância de interesse público ou social para intervenção dos órgãos ministeriais. In ALVES, Rafael Francisco – A arbitrabilidade do direito ambiental: a questão da disponibilidade de direitos. In SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). Processos Coletivos e Tutela Ambiental. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2006, p. 210.

⁵⁹² LIMA, Bernardo - A arbitrabilidade do Dano Ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 128.

⁵⁹³ “Os direitos individuais homogêneos podem ser objeto de decisão arbitral, tendo em vista que estamos diante de direitos divisíveis, via de regra, disponíveis, quando patrimoniais”. In FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias – Arbitragem, Jurisdição e Execução. 2.ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 179.

em matéria de consumo, em especial se a convenção arbitral tiver sido estabelecida por meio de compromisso entre as partes.

Em síntese, inexistente óbice formal em norma legal para a solução extrajudicial de conflitos que envolvam direitos individuais homogêneos, quer por meio de técnicas consensuais, quer por meio de arbitragem.

Ultrapassadas as hipóteses de cabimento, volveremos a pesquisa das hipóteses de conhecimento da adequação entre a natureza do direito que se busca tutelar e a técnica a ser admitida ou não para solução (extra)judicial da controvérsia.

3.21. Da cognição de adequação

Uma vez demonstradas as conclusões adotadas nesta obra quanto ao cabimento, sob o prisma subjetivo e objetivo de técnicas extrajudiciais de solução de controvérsias, é importante avaliar, à luz da noção de resolução adequada de conflitos, a eventual aptidão dos conflitos coletivos por essência serem solucionados por meio de técnicas alternativas extrajudiciais.

A análise a ser empreendida terá por objeto o estudo das espécies de direitos coletivos (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos), considerados hipoteticamente.

O exame de adequação aqui proposto será concentrado nas espécies de conflitos que envolvam direitos coletivos, para então considerar - como bem ressaltou CARLOS ALBERTO DE SALLES - a dinâmica da relação envolvida, os imperativos de direito material, os interesses primevos das partes, e os objetivos sociais implicados no exercício da jurisdição⁵⁹⁴.

A identificação de “vocação” de determinado tipo de conflito coletivo a ser solucionado por meio de uma ou de outra técnica, considerará, de um lado, os resultados a serem obtidos com menor dispêndio de tempo e de recursos (argumentos de produção) e, de outro, os benefícios que a utilização que determinado mecanismo alcançará (argumentos de qualidade), tal como preconiza a teoria de MARC GALANTER⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ SALLES, Carlos Alberto – Execução judicial em matéria ambiental. São Paulo: RT, 1998, p. 35.

⁵⁹⁵ GALANTER, Marc – Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. Denver University Law Review, N 66 (1989), p. xii.

3.21.1. Da adequação compositiva em matéria de direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu*

O cabimento do uso de técnicas consensuais na resolução de problemas que envolvam conflitos de interesses coletivos por essência, e seu incabimento, sob o prisma objetivo de arbitrabilidade, remetemo-nos ao juízo de adequação como meio apto na utilização das hipóteses de negociação, de mediação e de conciliação.

3.21.1.1. Da utilização da negociação como meio (extra)judicial

Apesar de ser indisponíveis sob a ótica material, os direitos coletivos por essência podem ser objeto de negociação, atividade usual que precede a celebração de compromissos de ajustamento de gestão. Em que pese as “barganhas” negociais não possam recair sobre o direito material objeto do acordo, por serem nucleares à indisponibilidade do interesse público, há farto campo para negociação.

É possível, por exemplo, que a própria ocorrência de violação à norma seja matéria controvertida, quer por razões de fato, quer por razões jurídicas, de modo que poderiam as partes negociar sobre eventual critério a ser utilizado para a aferição da ocorrência ou não da violação e sua solução consensuada.

Nestas hipóteses, poderiam se compromissar a contratação terceiro com reconhecida especialidade, que expresse credibilidade para colmatação às custas do investigado, de documento técnico conclusivo acerca da (in)ocorrência de descumprimento da norma, passível de tomada de compromisso. Na seara jurídica, poderia haver negociação na escolha de um terceiro, eleito por critério de confiança das partes, que elaborará parecer técnico-jurídico acerca das hipóteses cabíveis de celebração de compromisso de gestão, em face da violação da norma.

Sem prejuízo, como já visto linha atrás, a negociação poderá recair sobre a faceta de disponibilidade instrumental do interesse público relevantes, com a fixação de forma, tempo, lugar, modo, meios e técnicas a serem utilizadas em eventual reparação ou compensação acordada em compromisso de (re)ajustamento de gestão.

Além de haver campo útil e fértil para negociação, não há dúvida de que a dinâmica da relação e os imperativos do direito material recomendam a solução consensual do problema, quer sob o prisma da relação custo-benefício (elementos produtivos), quer sob o prisma de melhores resultados (elementos qualitativos), desde que sem prejuízo à integral cessação de ilícito, reparação total de eventuais danos causados, com cominações de natureza de responsabilização pessoal (elementos cominatórios).

Não obstante, o exame da “vocação” de cabimento da negociação no caso concreto, dependerá da avaliação do interesse demonstrado pelas partes em pôr a termo o conflito. Eventual discordância por parte do legitimado ativo em cogitar acerca de formas alternativas para a solução consensuada, certamente inviabilizará a utilização exitosa da negociação, não constituindo elemento subjetivo de direito do interessado para eventual exigência em ação judicial de curso forçado.

No mesmo sentido, se o investigado não demonstrar “espírito” colaborativo no esclarecimento dos fatos submetidos ao agente público ou de controle, em flagrante violação ao dever de colaboração, resta inócua a tentativa de negociação no caso posto em disputa de conflitos de interesses.

3.21.1.2. Da utilização da mediação como meio (extra)judicial

A adequação da mediação pode advir de diferentes modos, a depender de serem direitos difusos ou coletivos *stricto sensu* envolvidos na demanda, face os contornos específicos que assumem nas relações jurídicas coletivas.

Com relação aos direitos difusos, os conflitos dessa natureza envolveriam pessoas físicas em quaisquer de seus polos (ativo ou passivo), tornando de difícil aplicabilidade ao método da mediação por critério de racionalidade administrativa, decorrendo a possibilidade de tratativas - tão somente - quando tenham num dos polos os denominados entes personalizados.

No prisma da legitimidade ativa, os entes legitimados da tutela coletiva poderão deflagrar tentativa de tutela consensuada do direito difuso, onde a parte “ideológica” residirá na coletividade indeterminada de sujeitos que são titulares do direito difuso ameaçado ou violado. Mesmo os legitimados coletivos serão, em sua maioria, pessoas jurídicas - ainda que despersonalizadas.

No prisma da legitimidade passiva, observamos que os sujeitos – useiros e vezeiros – que concorrem a prática de danos aos interesses jurídicos difusos (meio ambiente, ordem urbanística, patrimônio histórico, patrimônio artístico e cultural, consumidores etc.), representam-se em pessoas jurídicas e sociedades empresárias no exercício de determinada atividade comercial.

Assim, a circunstância de o conflito relativo a direito difuso envolver, geralmente, pessoas jurídicas e coletividades indeterminadas de sujeitos, já afasta hipótese típica de uso da mediação, técnica apontada para os conflitos marcados por alta dose de subjetivismo e grande impacto emocional, cuja manutenção dos laços relacionais originários demandariam tanto quanto possível a preservação.

Ademais, há que se considerar que as hipóteses de lesão ou ameaça de lesão a direitos difusos costumam ser esporádicas, ainda que reiteradas no tempo. *Verbi gratia*, temos o derramamento de

petróleo ou produto tóxico afim nos oceanos, as contaminações de rios, os desmatamentos de áreas florestais, construções irregulares, comercialização de produto nocivo à saúde, dentre outros exemplos.

Os contornos de conflitos indicariam ou não a mediação como técnica adequada para a solução de problemas relativas a direitos difusos, já que seus mais relevantes predicativos – a restauração do diálogo e da própria relação continuativa – não encontrariam ambiente a operar.

Em síntese, a mediação parece não se afigurar como técnica ordinariamente indicada para a resolução de conflitos relativos a direitos difusos, embora essa afirmação não afaste, em dada perspectiva, o uso de tal técnica em relação a demanda dessa natureza, se assim indicarem as peculiaridades do direito material no caso concreto.

Já com relação aos direitos coletivos *stricto sensu*, em que pese usualmente envolverem, assim como os direitos difusos, apenas pessoas jurídicas, o “leque” de sujeitos ativos envolvidos no direito pode ser identificado à vista da relação jurídica base que os entrelaça, inclusive em relação à parte contrária do conflito de interesses.

De fato, diferentemente do que ocorre em relação aos direitos difusos, onde a unidade de identificação dos titulares do direito se dará na própria coletividade, nos direitos coletivos, além do grupo, categoria ou classe, é possível identificar em número razoável os sujeitos interessados diretamente na satisfação de certo direito tido como coletivo.

O conjunto de pretensões individuais não estaria ao centro do objeto material tutela, como afirma parte da doutrina⁵⁹⁶; a identificação dos sujeitos interessados na satisfação de direitos coletivos – seriam diretamente agregados entre si, como nas hipóteses de membros consórcios de bens, categoria laboral, sociedade de acionistas, dentre outros⁵⁹⁷. Sendo assim, aos litígios de direitos coletivos *stricto sensu* teríamos uma parcela a mais de subjetivismo, a fundamentar o uso da mediação.

Além disso, em algumas hipóteses, os litígios relativos a direitos coletivos podem emanar de relações jurídicas continuativas, *verbi gratia*, como é o caso de controvérsias relativas às relações trabalhistas ou mesmo conflitos entre usuários de planos de saúde e seguradoras de bens e serviços, alunos de rede de ensino particular e escolas, estes últimos, que pretendam, respectivamente, evitar uma mitigação de determinada cobertura médico-hospitalar ou evitar uma ilegal alteração da matriz curricular ou da forma de realização das aulas (presencial, virtual ou por plataformas).

Nestes casos, a mediação poderia ser considerada uma técnica adequada para a resolução do problema, à luz de argumentos de produção (relação de custo-benefício), se a análise dos custos

⁵⁹⁶ DINAMARCO, Pedro Silva – Ação civil pública. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 56-58.

⁵⁹⁷ Cf. LEONEL, Ricardo de Barros – Manual do Processo Coletivo. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 96-97.

envolvidos na realização de sessões de mediação assim justificassem, e de qualidade (produção de melhores resultados), pois a resolução consensual, mormente quando coconstruída pelas partes, terá a tendência natural de produzir resultados mais consentâneos às expectativas dos envolvidos no litígio.

3.21.1.3. Da utilização da conciliação como meio (extra)judicial

A conciliação é técnica consensual de resolução de conflitos usualmente atrelada ao processo judicial, não sendo etapa dele exclusiva. O processo judicial sendo referência à conciliação, não haveria óbice para que se realizasse, neste ambiente heterocompositivo, ato processual autocompositivo voltado à conciliação antes do início de seu curso ou mesmo durante os procedimentos de eventual demanda.

É o caso da audiência preliminar de conciliação prevista na lei dos juizados especiais criminais, cujo ato se dá perante o juiz ou conciliador estatal, previamente ao oferecimento da denúncia (crime), isto é, antes da deflagração da ação penal, visando a tentativa de composição de danos cíveis e/ou transação penal, que se aceita pelo autor do fato (imputado), acarretará aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, isto é, pena alternativa pela via autocompositiva⁵⁹⁸.

Mesmo a previsão legal de realização de audiência de conciliação prévia, prevista na lei de juizados especiais cíveis⁵⁹⁹ ou do Código de Processo Civil brasileiro⁶⁰⁰, ao condicionar a sua designação às demandas que versem sobre litígios que admitam a transação, não constituiria óbice à conciliação em ações judiciais que visassem a satisfação de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*.

Dessarte, de igual modo, tais direitos podem ser objeto de compromissos de ajustamento de conduta (artigo 5º, Parágrafo 6º, da Lei de Ação Civil Pública), ou termo de compromisso (art. 26 da LINDB), instrumentos que, apesar de não permitirem renúncia à realização do direito material ameaçado ou violado, constituem essencialmente transação bilateral.

Mesmo quando já tenha sido deflagrada ação judicial coletiva, nada obstará que se designasse audiência especial de conciliação para viabilizar a celebração de acordo nos mesmos moldes de um compromisso de (re)ajustamento de gestão, apesar de se tratar de direitos materialmente indisponíveis pelo interesse público que os revestem – óbice repisadamente superado na presente tese.

De fato, a oportunidade para a resolução consensual não deverá ser descartada em relação a litígios relativos a direitos de observância imperativa, que muitas vezes se materializam na realização de

⁵⁹⁸ Artigo 72 da Lei federal n. 9.099/95, de 26 de setembro de 1995, da República Federativa do Brasil.

⁵⁹⁹ Artigos 21, 22 e 23 da Lei federal n. 9.099/95, de 26 de setembro de 1995, da República Federativa do Brasil.

⁶⁰⁰ Artigo 334 do Código de Processo Civil brasileiro.

direitos fundamentais, salvo se verificada alguma circunstância de fato que pudesse indicar, previamente, que a conciliação seria, desde logo, infrutífera.

Além disso, eventual solução consensuada que atendesse integralmente ao direito difuso ou coletivo ameaçado ou violado, certamente seria mais adequada do que uma sentença de idêntico conteúdo, por se tratar de solução mais rápida, econômica, advinda das próprias partes e não de um terceiro imparcial, acarretando maior aceitação psicológica favorecedora de melhores resultados à coletividade.

Enfim, os litígios relativos a direitos coletivos por essência podem e devem ser considerados adequados para serem solucionados por meio de conciliação (extra)judicial.

3.21.1.4. Da utilização da arbitragem como meio (extra)judicial

Preliminarmente, é importante considerar que, embora não haja restrição na Lei de Arbitragem brasileira, este método de solução de controvérsias está consolidado (teleologicamente) como técnica adequada para a solução de controvérsias relativas ao direito empresarial, em especial, disputas societárias e contratuais, cujo valor em disputa ou cuja especialidade da matéria possam justificar os seus custos, que, apesar de variáveis, não são módicos.

Mais recentemente, a arbitragem vem expandindo seu campo de atuação para se consolidar como técnica adequada para a solução de outros conflitos⁶⁰¹, sendo relevante destacar o crescimento de seu meio em sede de contratos administrativos⁶⁰², circunstância já consolidada noutros países há tempos, em passos lentos na realidade brasileira.

Por força da Lei federal n. 13.129/15, o artigo 1º da Lei de Arbitragem brasileira teve a inclusão do § 3º, que dispôs acerca da arbitragem que envolva a Administração Pública, que será sempre de direito, respeitando-se o princípio da publicidade.

⁶⁰¹ Foram promulgadas diversas leis brasileiras que disciplinaram a adoção da arbitragem relativamente a certos setores públicos em que o Estado atua - de forma direta e indireta, tais como: Leis federais n. 8.987/95 (Lei das Concessões Públicas); n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais); n. 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações); n. 9.478/97 (Lei da Política Energética Nacional); n. 10.233/01 (Lei da criação da ANTT e ANTAQ); n. 11.079/04 (Lei de Parceria Público-Privada); n. 12.351/10 (Lei da exploração do Pré-sal); n. 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas); n. 12.815/13 (Lei dos Portos); n. 13.303/16 (Lei do Estatuto das Empresas Estatais); e, n. 13.448/17 (Lei de relicitação e prorrogação dos Contratos de Parceria Público-Privada).

⁶⁰² Sobre o tema, recomenda-se a leitura do artigo de Eduardo Talamini. In TALAMINI, Eduardo - A arbitragem e a parceria público-privada (PPP). In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia. Parcerias Público-Privadas. São Paulo: RT, 2005; da tese de livre-docência defendida por Carlos Salles. In SALLES, Carlos Alberto - Arbitragem em Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, pp. 13-27; a obra de Selma Lemes, com publicação de tese de doutorado. In LEMES, Selma Ferreira - Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007; por fim, a dissertação de mestrado de Paulo Amaral. In AMARAL, Paulo Osternack - Arbitragem e Poder Público: cabimento, aspectos processuais, incidente de suspensão e mandado de segurança. 2010. Dissertação de Mestrado. São Paulo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Isso não significa, contudo, que a arbitragem possa ser técnica adequada para a resolução de toda sorte de problemas administrativos. Pelo contrário, em relação a cada tipo de conflito, é preciso avaliar se há efetiva adequação desta técnica, considerando as potenciais vantagens, à luz de argumentos já delineados acima (produtividade e qualitatividade), em que a utilização desta técnica poderia proporcionar, em comparação à eventual demanda judicial.

Especificamente no que concerne ao uso da arbitragem para a resolução de controvérsias patrimoniais que envolvam direitos coletivos, alguns elementos, tais como prazo e custo, sob a ótica dos argumentos de produção, assim como especialidade, legitimidade da decisão e procedimento, sob a ótica dos argumentos de qualidade, devem ser considerados.

No que concerne ao prazo, é certo que a arbitragem, que tem procedimento muito mais célere, onde o tempo para prolação de uma sentença arbitral poderá ser pactuado entre as partes, pode trazer grandes benefícios para tutela de direitos coletivos. De fato, tais direitos são extremamente sensíveis à passagem do tempo, de modo que, uma vez violados e não espontaneamente recompostos, exigem pronta resposta jurisdicional de reparação ou compensação.

Nesse contexto, o processo arbitral, tal como sustenta BERNARDO LIMA⁶⁰³, certamente teria melhores condições de fornecer adequada tutela, vez que os prazos envolvidos costumam ser muito mais exíguos do que os prazos jurisdicionais até o longo caminho ao trânsito em julgado.

Já em relação ao custo, é inegável que, embora os valores cobrados pelos juízos ou câmaras arbitrais sejam variáveis⁶⁰⁴, a tendência é de que sejam mais elevados do que os valores das custas jurisdicionais. À vista do processo judicial coletivo brasileiro, em que há não adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da parte autora em ônus de sucumbência, salvo comprovada má-fé (artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública brasileira e artigo 87 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro), essa diferença de valores torna-se mais relevante para escolha da técnica como possível ou não.

Nesta equação sobre os custos da arbitragem, em comparação ao processo estatal jurisdicional, considerar-se-á os “custos” decorrentes do tempo adicional que uma ação coletiva costuma levar até transitar em julgado pelo Poder Judiciário, se comparado ao prazo usual de duração de uma arbitragem por cláusulas ou eleição.

⁶⁰³ LIMA, Bernardo - A arbitrabilidade do Dano Ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 7-13.

⁶⁰⁴ A Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, por exemplo, cobra valores a título de taxa de administração, que podem variar nas causas em que o valor em disputa não ultrapasse alçadas preestabelecidas. Além disso, são cobrados também honorários por árbitros, cobrados por hora, que podem ser acrescidos de honorários percentuais. [08.01.2019] Disponível [em linha] em <http://ccbc.org.br/camara-comercio-brasil-canada>.

De qualquer maneira, essa é a análise econômica do direito que, sem dúvida, caberá ao potencial réu da demanda, já que não há possibilidade - no plano fático-normativo - de que o ente legitimado coletivo ou a pessoa jurídica a que ele se vincule, venha a arcar com tais despesas em eventual sucumbência, se houver demandado de boa-fé. É certo que eventual arbitragem para a solução de conflito relativo a direito coletivo, somente seria viável se o potencial réu na ação judicial se disponibilizasse em arcar com as despesas do processo arbitral, por meio de concordância expressa por meio de compromisso arbitral.

A relevância do litígio para o potencial infrator, juntamente com a análise de outros fatores que recomendem o uso da arbitragem, poderão justificar a assunção de seu custo-benefício. Por fim, não pairam dúvidas de que, sob tais óticas, a arbitragem se apresenta como técnica heterocompositiva de solução de problemas.

Já sob viés de argumentos de produção, há que se destacar as potenciais vantagens de se ter um julgador, ou mais de um (câmara ou tribunal), efetivamente especializado na matéria em litígio, mormente nos casos de bens e interesses jurídicos coletivos que costumam exigir elevado grau de *expertise* em questões técnicas.

Assim, no que concerne, *verbi gratia*, a um litígio que envolva matéria relativa ao direito ambiental, histórico ou urbanístico, eventual complexidade da matéria poderia justificar a adequação da técnica arbitral de solução do problema em detrimento das demais. Particularmente em relação ao direito ambiental, BERNARDO LIMA destacou a característica “sinérgica dos danos ocorridos”, o que significa que a agressão pode ser um fenômeno complexo, cuja totalidade de efeitos (sociais, econômicos, urbanísticos, históricos, artísticos, paisagísticos) não seja passível de aferição por quem não detenha especialização na matéria⁶⁰⁵.

Nesta hipótese, a arbitragem pode se desvelar como técnica melhor adequada, diante da possibilidade de as partes elegerem árbitro ou tribunal arbitral que tenha familiaridade com a matéria em litígio (especificidade em razão da matéria). Não se trata, porém, de se pretender que o árbitro possa desempenhar papel equivalente à de um perito nomeado pelo juízo (*ad hoc*), mas que detenha conhecimento técnico suficientemente capaz a fazer face, de forma adequada, a tecnicidade e juridicidade envolvida no conflito⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ LIMA, Bernardo - A arbitrabilidade do Dano Ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 13-18.

⁶⁰⁶ LIMA, Bernardo - A arbitrabilidade do Dano Ambiental. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18.

Ademais, a legitimidade da decisão final se extrairá da decisão heterocompositiva proferida por julgador eleito ou escolhido pelas próprias partes⁶⁰⁷, tudo com base em relação de confiança pretérita.

Em perspectiva comparada, essa possibilidade inexistente no processo jurisdicional ordinário, em que a prevenção do juiz da causa é realizada por meio do primeiro despacho no processo, pela livre distribuição da demanda entre juízes competentes para julgamento, garantindo-se a figura do juiz natural e da imparcialidade do julgador. Essa distinção aponta séria vantagem do processo arbitral em relação ao processo estatal, que deva ser sempre considerada no contexto de outros argumentos de qualidade.

Por fim, a flexibilidade do procedimento arbitral, ressalvado o atendimento às garantias mínimas do devido processo legal⁶⁰⁸, representa uma das tradicionais vantagens apontadas pela doutrina clássica em relação ao processo estatal.

Especificamente no caso de arbitragem de conflitos que envolvam direitos coletivos, a peculiaridade do processo arbitral consubstancia elemento “ímpar” a ser considerado na avaliação da predisposição da técnica a produzir melhores resultados, por permitir a adaptação do procedimento às peculiaridades do direito material objetado na lide.

Essa aproximação entre procedimento (instrumentalidade) e o direito material (substancialidade) tende a trazer bons resultados, na medida em que adapta a trilha mais apropriada à prestação de tutela jurisdicional às exigências específicas do direito *sub* análise, evitando-se a prática de ato de praxe que – hipoteticamente - seria despicando; em contrapartida, proporcionará a prática de outros atos, que, embora não estivessem ordinariamente concebidos, desvelam-se essenciais para a qualidade do resultado final almejado pelas partes.

3.21.2. Da adequação compositiva em matéria de direitos individuais homogêneos

3.21.2.1. Da utilização da negociação como meio (extra)judicial

Por serem materialmente disponíveis, não há dúvidas de que os litígios que envolvam direitos individuais homogêneos possam ser objeto de negociação, como visto anteriormente.

Sob o prisma da adequação, o próprio tratamento de direitos individuais homogêneos no plano coletivo, já favorece a técnica de negociação, por fortalecer pretensões que, se consideradas

⁶⁰⁷ Verbi gratia, Artigo 24, § 1º da Lei federal n. 9.095, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais) da República Federal do Brasil, onde, no processo judicial, não havendo conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo de vontades, pelo juízo arbitral escolhido pelas partes, que recairá sobre um dos conciliadores judiciais na forma prevista em lei, oportunidade em que o laudo arbitral será submetido à homologação do juiz togado, por sentença judicial irrecorrível..

⁶⁰⁸ Artigo 21, Parágrafo 2º, da Lei federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem brasileira) da República Federativa do Brasil.

isoladamente (direitos individuais), não teriam o mesmo impacto em relação à parte contrária do problema.

Essa é uma das razões de política legislativa que justifica a própria criação dessa categoria jurídica de direitos agrupados, que deve ser utilizada não apenas para tornar eventual infrator réu em uma ação coletiva, mas para que a força da união de pretensões (individuais) possa favorecer os titulares plúrimos em uma eventual negociação.

Apesar de não serem titulares dos direitos individuais, nada obstaria, que os (co)legitimados coletivos fizessem transação extrajudicial economicamente interessante para os potenciais substituídos, considerando a pretensão integral individual que viria a ser postulada; em caso de ajuizamento de uma ação, a probabilidade de êxito da tese, à luz da doutrina e da jurisprudência, e o tempo que eventual processo judicial ou arbitral levaria até a obtenção de sentença transitada em julgado, com reconhecimento da obrigação de ressarcimento dos danos causados, são fatores que devem se submeter a um juízo de ponderação na escolha dessa técnica como melhor ou não no caso posto.

Essas variáveis econômicas garantem a objetividade da equação, que justificaria, no plano coletivo, a celebração de transação que não equivalesse ao integral atendimento da pretensão que poderia – eventualmente - vir a ser aquilatada, em caso de se demandar na via jurisdicional, possibilitando, de todo modo, decotes passíveis de favorecer ambas as partes.

Sem prejuízo, eventual transação obtida em sede de ação coletiva para a tutela de direitos individuais homogêneos que não equivalesse, rigorosamente, à pretensão integral pleiteada, somente vincularia os titulares do direito individual que com ela concordassem e aderissem *a posteriori* na fase executiva. Esse ato expresso de anuência ao acordo firmado, poderia ser, *verbi gratia*, na fase de deflagração de procedimento de liquidação da sentença coletiva.

Há que se considerar que eventual desequilíbrio entre os titulares do direito material e o potencial infrator deste, restaria amenizado em uma negociação coletiva, quer em razão da legitimidade extraordinária para a tutela coletiva dos (co)legitimados, quer em razão da força que o tratamento coletivo da pretensão acrescentaria às pretensões individuais por essência.

Em fundamentos de produção e de qualidade, a negociação representa técnica adequada para a solução de conflitos da natureza (direitos individuais homogêneos), posto que, poderá vir a propiciar, com baixo custo e considerável rapidez, diante da informalidade do procedimento e da ausência - em regra - do envolvimento de terceiros na solução negociada, o alcance de autocomposição obtida por iniciativa das próprias partes.

É de se concluir, portanto, que a adequação da negociação para a resolução de conflitos que envolvam direitos individuais homogêneos decorrerá da própria natureza de tais direitos.

3.21.2.2. Da utilização da mediação como meio (extra)judicial

Ao mesmo título que se tratou em relação aos direitos difusos, a mediação, no plano coletivo, encontra óbice no caráter pouco subjetivo da demanda, em sede do regime de legitimação extraordinária.

Com efeito, o (co)legitimado coletivo, embora indicado para a tutela de direitos individuais homogêneos, certamente não carrega consigo as angústias, a raiva, os medos, os receios e incertezas, fatores emocionais que só possuem os reais titulares dos direitos violados.

Destarte, essa objetivação dos aspectos conflituais que é característica das pretensões individuais homogêneas, igualmente não favorece a utilização da mediação enquanto técnica de resolução de disputas, por não encontrar ambiente de aderência apto a operar seus notáveis predicativos de sucesso.

Há que se excepcionar, neste ponto, as hipóteses em que de tratamento coletivo do conjunto de pretensões individuais tragam consigo a oportunidade e a conveniência para a realização de sessões de mediação com os indivíduos – e não com o (co)legitimado coletivo – para solução de um ou de alguns aspectos do conflito.

Alude-se aqui, novamente, à exitosa experiência narrada por DIEGO FALECK, desenvolvida na Câmara de Indenização 3054, criada para reparação material e moral dos dependentes e sucessores das vítimas de acidente aéreo, em meados de 2007. Neste caso, em que o episódio da tragédia gerou grande impacto emocional nos parentes das vítimas fatais, a mediação teve papel fundamental na promoção de nível produtivo de expressão emocional das partes⁶⁰⁹.

De qualquer maneira, a forte carga passional do conflito, hipótese para a qual a doutrina clássica costuma indicar a mediação⁶¹⁰, não se apresenta como realidade em litígios que envolvam direitos individuais homogêneos.

As pretensões de satisfação a direitos individuais homogêneos tem sempre uma origem comum, normalmente atrelada a ocorrência de um mesmo fato (episódica). Com tal configuração, há alta

⁶⁰⁹ FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. Revista Brasileira de Arbitragem. Porto Alegre e Curitiba, A V, N 23 (2009), pp. 7-32, p. 29.

⁶¹⁰ SILVA, Paula Costa e – A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Lisboa: Coimbra, Almeida, 2009, p. 76. Em sentido congruente, Fernanda Tartuce destaca também os predicados da mediação para a resolução de conflitos que envolvam relações interpessoais duradouras e não apenas episódicas. É o caso, por exemplo, dos litígios que envolvem direito de família, em que, além da resolução pontual do foco de discórdia, é extremamente importante preservar a relação entre os envolvidos. In TARTUCE, Fernanda – Mediação nos conflitos civis. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 209.

probabilidade de que tais pretensões tenham origem em relação apenas circunstancial, hipótese em que a mediação deixaria de ser recomendada, pela ausência de necessidade de manutenção de algum vínculo posterior entre as partes.

Colhamos, em sentido congruente, que a mediação não deva ser de utilização ordinária, sob pena de recair no descrédito de mais uma forma de solução de controvérsias em geral, desvinculada a satisfação de dados tipos de litígios. Deverá, portanto, ser utilizada por pessoas particulares ou coletivas que mantenham vínculo duradouro, resistentes após o feito arbitral, onde pautarão suas condutas futuras (preservação de vínculos originais) dependente da solução daquele litígio⁶¹¹.

3.21.2.3. Da utilização da conciliação como meio (extra)judicial

Tal como se tratou em relação aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, a conciliação representa técnica adequada para a composição de conflitos relativos a direitos individuais homogêneos, que como visto, são direitos individuais em que o conjunto de pretensões individuais, fortalecerá a opção da técnica alternativa conciliatória.

Tanto quanto à negociação acima retratada, a conciliação possui opção idônea para fazer face a resultados qualitativos da lide. Com efeito, os custos da conciliação são insignificantes, já que não se exige o recolhimento de taxa judiciária adicional para sua realização endoprocessual. Além disso, o tempo despendido de uma tentativa de conciliação infrutífera num processo judicial, tem grau de insignificância em relação ao todo, sobretudo, ainda, se comparado ao tempo despendido na heterocomposição estatal em relação à solução extrajudicial de problemas.

Ademais, como já explicitado, a superioridade da solução consensual de problemas será incomparável à eventual sentença jurisdicional - que decide a lide em favor de uma, de outra ou de ambas as partes -, por se tratar de decisão erigida ou aderida pelos próprios envolvidos, diversamente da imposição processual estatal.

A exemplo do que se tratou quanto à negociação, a presença do (co)legitimado coletivo no ato de conciliação, neutralizará, em boa medida, o desequilíbrio que haveria se o litígio se desse entre cada titular de direito (hipossuficiente) e o potencial infrator (hiper-suficiente). A união de pretensões individuais em sede coletiva, somada a presença do (co)legitimado coletivo, terá o condão de reequilibrar eventuais

⁶¹¹ Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de – Teoria Geral da Mediação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 286-287.

forças antagônicas, já que eventual condenação em processo judicial teria maior repercussão econômica para o réu (compromissado).

Em síntese, a conciliação pode ser considerada técnica adequada para a solução de disputas em sede de tutela coletiva, que envolvam os chamados direitos individuais homogêneos.

3.21.2.4. Da utilização da arbitragem como meio (extra)judicial

Tal como se extrai da arbitrabilidade relativamente aos conflitos que envolvam direitos coletivos por essência, a aferição da adequação de melhor técnica perpassa pelo exame das potenciais vantagens, tudo à luz de argumentos de produtividade e qualitatividade.

O prazo e o custo do processo arbitral, sua especialidade, legitimidade decisória e procedimental precisam ser também sopesados. Tendencialmente, na prática, a arbitragem é mais célere que os processos estatais jurisdicionais, representando importante vantagem. Já em relação aos custos, comparadas as ações judiciais coletivas, temos flagrante desvantagem. Outrossim, a expressa manifestação da vontade, com aceite na eleição da técnica e compromisso de assumir os encargos do processo arbitral, pode ser óbice a sua escolha na tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, posto que, como já visto acima, a lei isenta de custas processuais o legitimado coletivo, exceto se comprovada má-fé no agir processual.

O diferencial se dará na relevância estratégica, quer pelos valores envolvidos em disputa, quer pelo custo-benefício que podem estimular a assunção de compromisso arbitral pelo particular.

O dever de reparar normalmente é o objeto de feitos de natureza coletiva em que restem envoltos direitos individuais homogêneos. Essa aferição de responsabilidade patrimonial poderá ser tema de alta complexidade técnica, como foi o caso, por exemplo, das ações de perdas e danos na pela implantação de planos econômicos brasileiros pretéritos, onde a decisão judiciária generalista restou claudicante em especificidade da matéria⁶¹².

A escolha de árbitros com relação de confiança e expertise sobre o conflito, poderá ser sopesada em favor do processo arbitral, garantindo-se ambiente de maior aceitação pela confiança prévia depositada pelas partes.

Por fim, a flexibilidade do procedimento arbitral, que prevê a possibilidade de ajuste prévio nas fases e no tempo de realização de atos processuais, larga como vantagem em relação ao processo

⁶¹² Os juízes estatais não possuíam conhecimento técnico suficientemente capaz para enfrentar as lides de aspectos muito mais socioeconômicos, ocasionando decisões antagônicas e injustas, confrontadas em grau de recursos 30 anos após os fatos.

estatal, apesar de alteração das normas brasileiras que permitiram convenções processuais estatais, inclusive com o poder público⁶¹³.

Em relação ao processo arbitral coletivo, há que se ressaltar que, além das garantias previstas na legislação específica, haveria de se resguardar também as garantias do devido processo legal pertinente ao processo estatal coletivo, tal como preconiza a doutrina norte-americana em relação aos regulamentos específicos das *class action arbitrations*, como veremos adiante.

Em conclusão, na equação dos argumentos de produção e de qualidade, fica claro que o processo arbitral é técnica adequada para a solução de conflitos relativos a direitos individuais homogêneos, decorrendo maiores vantagens as partes envolvidas na disputa para solução extrajudicial das controvérsias.

Há que se ressaltar que eventual utilização do processo arbitral somente poderia ser aventada neste tópico, se o potencial violador de direitos (sujeito passivo da obrigação) além de escolher a técnica volitivamente, eleger o juízo ou tribunal arbitral em comum acordo com o (co)legitimado coletivo, concordando em arcar integralmente com os custos da arbitragem.

3.22. Negociação e conciliação de conflitos que envolvam direitos difusos e coletivos *stricto sensu*

Pelas premissas e conclusões já estabelecidas, vimos que os conflitos que envolvem direitos difusos e coletivos *stricto sensu* admitem a solução extrajudicial consensual a ser promovida pelos órgãos públicos (co)legitimados e que, à vista dos contornos de tais conflitos, as técnicas que seriam mais adequadas, isto é, em tese, a negociação e a conciliação.

Aduzimos ainda que o uso dessas técnicas extrajudiciais não poderiam levar à solução do conflito que implicasse renúncia do direito material subjacente ao litígio, vez que os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* são indisponíveis materialmente, de modo que o (co)legitimado coletivo deverá sempre perseguir a satisfação integral desses direitos.

Observamos que o comando decorrente da vedação à disposição sobre direitos coletivos deva ser interpretada de modo a indicar a necessidade de preservação integral do bem ou interesse jurídico coletivo.

⁶¹³ Cf. BARREIROS, Lorena Miranda Santos – Convenções processuais e poder público. Salvador: Juspodivm, 2016.

Isso significa que, se houver, *verbi gratia* contaminação de um rio, eventual negociação ou conciliação não poderia conduzir à celebração de compromisso de ajustamento de gestão ou à transação bilateral que deixasse de exigir do particular a descontaminação, e na sua impossibilidade total, compensação de preservação ambiental. Esse será o núcleo indisponível a ser preservado no exemplo. Todos os outros campos a serem negociados para a solução do problema estarão envoltos de esfera de disponibilidade de que decorrerá a instrumentalidade deferida aos órgãos públicos para negociar, mesmo em se tratando de direitos coletivos por essência.

A negociação poderá ser desenvolvida entre as próprias partes, por si ou por seus advogados, seja antes do ajuizamento de eventual ação coletiva, seja no curso de uma investigação preliminar, ou por fim, após a propositura do processo coletivo.

Neste ambiente preliminar de investigação, a negociação poderá auxiliar as partes na adoção de alternativas de comum acordo, que permitam esclarecer a (in)existência de violação ou ameaça a direito. Se convencido o ente (co)legitimado da inaptidão de produzir efeitos maximizados aos interesses públicos tutelados, a negociação culminará no arquivamento da investigação. Caso a ameaça ou violação ao direito restem efetivamente comprovadas, a negociação poderá recair sobre as formas, tempo, prazos, meios e técnicas a serem adotadas para a cessação a conduta ilícita, a resultar numa celebração de um compromisso de ajustamento de gestão às exigências legais.

Ajuizada uma ação coletiva, a negociação também pode encontrar ambiente fértil para se desenvolver, inclusive porque o “caminhar” do processo, com apreciação de eventuais medidas liminares, determinação ou não de produção de prova técnica, são, dentre outras, decisões que podem vir a interferir no (des)equilíbrio inicial de forças, com indicativos de chances de acolhimento da pretensão da peça exordial.

No curso das ações individuais e coletivas, a conciliação e a mediação devem se informar pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada⁶¹⁴.

Em eventual sucesso da negociação poderão as partes entabular acordo para extinção do processo com resolução de mérito, que seria homologado pelo juiz da causa, seja na hipótese de o autor se convencer da inocorrência de lesão ou ameaça de lesão ao direito tutelado, seja na hipótese de o réu concordar em se submeter à pretensão que lhe é exigida (conduta adesiva), (re)ajustando-se, por

⁶¹⁴ Artigo 166 do Código de Processo Civil brasileiro.

conduto, as formas, tempos, prazos, meios e técnicas, estes melhor adequados para a integral reparação da lesão ou cessação de ameaça de lesão ao direito tutelado.

Lado outro, a conciliação poderia dar lugar antes do ajuizamento da ação estatal coletiva ou durante seu regular curso. Diferencia-se à conciliação em relação à negociação nas tratativas para composição, com a participação de um terceiro, um conciliador ou mesmo o próprio juiz da causa, que poderiam atuar de forma ativa, com proposição de formas e alternativas de composição não cogitadas pelas partes do litígio. Assim, eventual transação seria reduzida a termo e homologada pelo próprio juiz da causa.

Como já visto antes, essas formas consensuais de resolução de disputas, subjazem à garantia de economicidade, celeridade e eficiência, a extrair melhores resultados do que as sentenças jurisdicionais heterocompositivas.

3.23. Da negociação e conciliação de conflitos que envolvam direitos individuais homogêneos

Pelas premissas e conclusões já estabelecidas, aduzimos que os conflitos relativos a direitos individuais homogêneos também admitem solução extrajudicial consensual pelos órgãos públicos (co)legitimados e que, pelo perfil desses conflitos, as técnicas que seriam as mais adequadas – em tese – são a da negociação e da conciliação.

A negociação será feita pelas próprias partes do litígio, por si ou por seus advogados com poderes especiais para tal, antes do ajuizamento de eventual ação coletiva, no curso de uma investigação preliminar, ou ainda, após a propositura da ação estatal coletiva.

O “ambiente” do procedimento investigativo de inquérito civil afeto aos órgãos ministeriais costuma ser bastante profícuo à negociação, sobretudo porque, além do investigado, são notificados os órgãos públicos diretamente relacionados ao objeto da investigação, isto é, os entes que autorizaram o particular a desempenhar determinada atividade nociva ou que tem o dever de fiscalizar o seu exercício, visando prestarem esclarecimentos e exercer o dever de colaboração para o esclarecimento dos fatos.

Os particulares predispostos à negociação e à resolução consensual do problema, encontram, sob perspectiva realística, certa dificuldade de acesso aos órgãos públicos, quer em razão de sua usual sobrecarga de atividades ordinárias, quer em razão da postura meramente defensiva que muitos administradores costumam exercer por meio de advogados constituídos para este fim, sem intenção de criar um ambiente de diálogo que possa levar, de plano, a solução consensuada da controvérsia.

Nesse contexto, a criação de um ambiente de negociação no bojo de um procedimento investigativo processado sob titularidade dos órgãos ministeriais, minimiza a dificuldade de acesso ao órgão estatal de controle e contribui para a possibilidade de inauguração do início de um diálogo extrajudicial com vistas à solução alternativa da disputa. A negociação implicará diálogo, sendo imprescindível para o esclarecimento dos fatos investigados e sucesso da construção de balizas transacionais que ponham a termo o conflito de interesses de pretensão resistida publicista.

A negociação auxiliará as partes na adoção de medidas preventivas ou reparatórias desde logo, propiciando ainda o esclarecimento de aspectos fáticos e jurídicos sobre os quais recaia a controvérsia, tudo isso possibilitado por um dialogismo inaugurado entre a administração pública contemporânea e a parte interessada.

Com relação ao objeto da negociação, os direitos individuais homogêneos são disponíveis materialmente, a admitir renúncia parcial ou total, com transação quanto ao próprio conteúdo material da obrigação, mas somente pelos titulares de tais direitos, e nunca isoladamente pelos (co)legitimados.

Diante de tais possibilidades, a falta de titularidade do direito pelos órgãos públicos (co)legitimados à tutela coletiva não deve ser interpretada como impeditiva de negociações e conciliações em que possam ser entabulados acordos que impliquem parcial ou total renúncia ao direito material, desde que, na avaliação global dos riscos e prazos envolvidos na demanda, se concluisse que tal transação viria ao encontro dos interesses dos titulares, isto é, servisse de acordo favorável no caso concreto.

Essa análise pormenorizada deverá constar do termo de ajustamento de gestão eventualmente firmado, a fim de que restem expressas as circunstâncias que levaram a sua celebração, mormente para que possa ser justificada, por critérios objetivos, a opção feita pelo (co)legitimado coletivo, em detrimento da possibilidade de ajuizamento de ação coletiva.

Neste contexto, estão os órgãos públicos (co)legitimados a utilizar a força da negociação coletiva para tentar obter - no plano consensual - a resolução da lide, sempre em benefício dos titulares dos direitos individuais homogêneos, mesmo que com parcial ou total renúncia à pretensão original.

Ainda assim, tal transação celebrada no plano coletivo somente vincularia os titulares de direito individual se se resultasse no acolhimento integral das pretensões individuais ou se os titulares individuais a ela expressamente aquiescessem (critério de *opt in*), sendo inadmissível que haja presunção adesiva a esse respeito.

Esse ato material de aquiescência poderia ser manifestado, *verbi gratia*, por meio de habilitação extrajudicial para recebimento de valores ou mesmo por meio de deflagração de processo heterocompositivo de liquidação de sentença homologatória de acordo judicial.

Vejamos, *verbi gratia*, a hipótese de celebração de termo de ajustamento de gestão em que se acordasse com determinada empresa do ramo imobiliário, a inclusão em todos os contratos de venda e compra de unidades autônomas habitacionais, cláusula penal com prefixação de perdas e danos em caso de atraso na entrega definitiva da obra. Nesta hipótese, poderia o adquirente valer-se do ajustamento celebrado para requerer a inclusão da citada cláusula acordada coletivamente, em ato material de aquiescência ou por realização de oposição (recusa) de sua inclusão no contrato individual celebrado.

Tome-se também o exemplo as discussões sobre o índice de correção monetária que deveria incidir sobre as contas vinculadas de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS do trabalhador brasileiro, durante o período de determinado plano econômico nacional. Imagine-se que determinado órgão público (co)legitimado formalizasse transação em que fosse ajustada a aplicação de determinado índice superior àquele que se dispunha o banco público gestor a aplicar, mas inferior àquele que os correntistas acreditem ter direito. Neste caso, aqueles que quisessem valer-se do acordo, poderiam requerer administrativamente a aplicação do índice acordado. Já os correntistas que não se contentassem com os termos do acordo coletivo, poderiam pleitear a aplicação do índice que entendessem ser correto pela via de ação heterocompositiva próprio, não aderindo ao acordo coletivo geral.

Esse resultado material da transação poderá ser obtido tanto por meio de negociação extrajudicial ou judicial, ou por meio de conciliação antes do ajuizamento da ação principal ou mesmo durante o curso do processo heterocompositivo de conhecimento.

Com tais características antepostas, a perspectiva concreta para a solução consensual de litígios que envolvam direitos individuais homogêneos desvela-se promissora, sobretudo por razões de economicidade, celeridade e eficiência em meio alternativo de acesso à Justiça.

3.24. Da arbitragem para resolução de litígios relativos a direitos difusos e coletivos *stricto sensu*

Pelas premissas e conclusões já firmadas, alguns litígios relativos a direitos difusos e coletivos *stricto sensu* poderão ser objeto de arbitragem, quer à vista de critérios subjetivos e objetivos de admissibilidade, quer à vista do juízo de adequação.

Em perspectiva material, como visto acima, a admissibilidade da arbitragem sob a ótica objetiva (arbitrabilidade objetiva) estará restrita às pretensões de caráter patrimonial decorrentes da violação a direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, do mesmo modo, as pretensões de acordo coletivo estarão restritas à aferição da definição de técnica, tempo, prazo, lugar e modo de cumprimento da obrigação (disponibilidade instrumental).

As lesões a direitos difusos podem ter origem contratual ou podem decorrer da prática de ato ilícito. Na primeira hipótese (origem contratual da lesão) é possível cogitar a pactuação de cláusula compromissória para a resolução de eventuais conflitos futuros.

Imaginemos o exemplo de um contrato de concessão para exploração de petróleo, firmado entre ente federativo e a sociedade empresária que explora a atividade mineradora, em que tenha sido inserida cláusula de convenção arbitral.

Neste caso, todos os eventuais litígios decorrentes deste contrato, inclusive aqueles relativos à violação de direitos difusos, haveriam de ser solucionados por meio de processo arbitral. A peculiaridade é que tal cláusula somente vincularia o ente federativo e não os demais (co)legitimados, que somente poderiam se valer da arbitragem se optassem, posterior e volitivamente, após o surgimento do conflito, pela celebração de compromisso arbitral.

Já na segunda hipótese (origem extracontratual da lesão), somente por meio de compromisso arbitral poderia ser estipulada a convenção de arbitrabilidade.

Outrossim, as lesões a direitos coletivos *stricto sensu* também podem ter origem contratual ou extracontratual. Não obstante, como a relação contratual pode se dar entre os envolvidos ou entre eles e uma parte contrária – hipótese em que a relação costuma ser contratual individual – não há margem propícia para que eventual convenção arbitral pudesse “desaguar” numa arbitragem coletiva com origem em cláusula compromissória. Assim, a tendência é que sejam mesmo estipuladas por meio de compromisso arbitral, isto é, avença volitiva celebrada após o surgimento do conflito de interesses de pretensão resistida.

O compromisso arbitral deve ser firmado por todos que possam ser partes em eventual ação judicial coletiva, a saber: (i) quaisquer dos órgãos públicos legitimados à tutela coletiva, isolada ou conjuntamente; (ii) os agentes públicos ou privados que teriam violado ou ameaçado direitos individuais homogêneos ou que teriam responsabilidade pela reparação ou compensação; e, por fim, (iii) o órgão público responsável pela autorização da atividade nociva e/ou fiscalização da atividade que resultou na ameaça ou lesão, se restar configurada hipótese de litisconsórcio passivo necessário.

Se os órgãos ministeriais não participarem ativamente do compromisso arbitral devem as partes providenciar a sua formal comunicação quanto à deflagração da arbitragem, para que possa ser viabilizada a regra da intervenção obrigatória⁶¹⁵. Essa comunicação se sobreleva, porquanto o órgão ministerial será o único (co)legitimado coletivo que terá ciência da deflagração do processo arbitral, podendo obstar a repetição da demanda perante algum órgão jurisdicional, se proposta – concomitantemente - por outro ente (co)legitimado, face também sua intervenção obrigatória nesta hipótese de heterocomposição estatal.

A teor da normação preconizada na lei de arbitragem brasileira deverá constar do compromisso, minimamente: (a) a qualificação das partes envolvidas; (b) a qualificação do árbitro ou indicação do tribunal ou câmara arbitral que fará a indicação do árbitro; (c) o objeto da arbitrabilidade; e, (d) o lugar em que será proferida a sentença arbitral.⁶¹⁶ Especificamente quanto a este último requisito, devem as partes eleger lugar no território brasileiro, para que seja despendida posterior homologação de laudo arbitral.

A escolha do árbitro, tribunal ou da câmara arbitral, além de atender aos requisitos legais, isto é, árbitro competente e capaz e eleito por confiança das partes, deve se orientar por critérios objetivos, tais como o *currículum*, a experiência, tempo de solução, custos e a especialização do tema em litígio, dentre outros requisitos personalíssimos que denotem a plena capacidade técnica para o desempenho da atividade que lhe será confiada.

Em regra, a arbitragem haveria de ser pública para que qualquer pessoa pudesse ter acesso aos atos e decisões do processo, tal como se tratasse de um processo judicial. Excepcionalmente, poderia ser acordada cláusula de sigilo no compromisso ou no termo arbitral se a preservação do interesse público⁶¹⁷ o recomendasse, fato rechaçado pela lei brasileira quando é envolvido interesse público da administração pública.

O vernáculo adotado será a língua portuguesa, para que nenhum entrave à compreensão e interpretação dos atos e decisões do processo arbitral possa ser imposto ou alegado pelos (co)titulares do direito coletivo violado. O laudo arbitral estará sujeito à formação de coisa julgada material, à luz das

⁶¹⁵ Artigo 5º, Parágrafo 1º, da Lei federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Lei de Ação Civil Pública) da República Federativa do Brasil, que prevê que o Ministério Público quando não seja parte, deverá intervir – obrigatoriamente - como fiscal da lei.

⁶¹⁶ Lei federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) da República Federativa do Brasil.

⁶¹⁷ No nosso sentir, não há razão para aplicar-se à arbitragem, critério diverso do previsto na tramitação de processos judiciais que tramitem em segredo de justiça, em especial, artigo 189, inciso I e II, do Código de Processo Civil brasileiro, sobretudo, pois, poderá gerar desconfiças ao obscurantismo proposto como em legislações alienígenas em relação as normas brasileiras. O segredo empresarial emerge como exceção à regra publicista, mas que não poderá ser impeditivo do controle externo dos órgãos públicos se aplicável à espécie.

regras pertinentes ao microsistema de tutela coletiva, isto é, coisa julgada *secundum eventum probationis*⁶¹⁸.

Ademais, à sentença de mérito deve ser dada ampla divulgação, a fim de que os (co)titulares do direito coletivo violado possam conhecer o conteúdo da decisão proferida no plano coletivo, visando subsidiar – ou não – suas pretensões individuais.

Dessarte, em linhas gerais, são estas as perspectivas preliminares para a utilização da arbitragem para a solução de conflitos que envolvam direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Contudo, na efetiva utilização do processo arbitral nestas causas coletivas é que se poderá demonstrar a necessidade de enfrentamento de outras questões para compatibilização do processo arbitral ao sistema heterocompositivo de tutela coletiva.

3.25. Da arbitragem para resolução de litígios sobre direitos individuais homogêneos

Neste tópico, abordaremos a arbitragem como forma de resolução de litígios sobre direitos individuais homogêneos, quer seja sob a ótica das *class arbitrations* utilizadas nos Estados Unidos da América, quer seja sob a ótica de sua aplicação em razão do direito consumerista brasileiro.

3.25.1. As *class arbitrations* estadunidense (anglo-americana)

3.25.1.1. Historicidade

A submissão do sujeito passivo de uma obrigação a solução heterocompositiva constitui um estado de sujeição normalmente indesejável, o que agrava a situação em face de uma multitude de demandas individuais sobre o mesmo objeto em juízo ao mesmo tempo, com busca da recomposição e compensação de prejuízos que afirmam ter sofrido.

Essa é a ótica sob a qual as empresas norte-americanas encaram a propulsão do fenômeno das *class actions for damages*. A afetação da atividade econômica da empresa, após a certificação de uma ação de classe em seu desfavor, torna-se inevitável⁶¹⁹, tornando sua idoneidade empresarial duvidosa acerca de boas práticas comerciais e de contratação, com abalo direto em sua reputação comercial.

⁶¹⁸ Artigo 103, incisos I e II, da Lei federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor brasileiro).

⁶¹⁹ O rigor no controle da representatividade adequada em requisito de admissibilidade subjetiva faz com que a certificação da demanda coletiva de classe, sirva de propulsão em desfavor do réu sob o aspecto econômico do processo, o que possibilita a tentativa de acordo.

A tentativa de descaracterizar em juízo os pré-requisitos para certificação⁶²⁰, embora tenha se revelado eficaz em relação a determinados litígios, constituiu postura de cunho meramente defensivo, incapaz de solucionar a questão de forma definitiva. Carecia-se, portanto, de uma estratégia que tivesse o condão de prevenir a instauração de litígios coletivos.

Foi neste contexto que, ainda nos anos 90, diversos grupos empresariais estadunidenses resolveram incluir cláusulas compromissórias em seus contratos. O intento era óbvio: obstar a possibilidade de formação de demandas de classe⁶²¹; afinal, não se concebia naquela quadra de solução de conflitos que uma ação coletiva pudesse ter sede em juízo arbitral sem expressa autorização contratual.

Com o receio de que a simples convenção de arbitragem não fosse suficientemente capaz de impedir o ajuizamento de ações de classe⁶²², muitas sociedades empresárias passaram a incluir em seus contratos cláusulas compromissórias que tornava defesa a instauração de ações coletivas⁶²³.

Quando a matéria chegou aos tribunais estadunidenses, essa prática deu azo a diversas discussões jurídicas, que envolveram a validade da inserção de cláusula compromissória em contratos de adesão individuais, a validade da renúncia à tutela coletiva por meio adesivo, os critérios e a competência para a interpretação das cláusulas compromissórias omissas.

Ab initio, não se enxergou qualquer óbice ao desenvolvimento de ações coletivas perante o juízo arbitral eleito, onde a arbitrabilidade de pretensões coletivas não encontrou resistências em operabilidade.

Assim, as *class arbitrations* estadunidenses desenvolveram estágio avançado, sem precedentes épico noutros países. De toda sorte, a *Arbitration American Association (AAA)* e a *Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS)*, mais tradicionais instituições arbitrais norte-americanas, estatuíra regulamentos específicos para o processamento das arbitragens de classe, além de contar com doutrina e jurisprudência próprias, e com precedentes da Suprema Corte Norte Americana sobre a matéria.

⁶²⁰ Regra 23 das Normas Federais de Processo Civil estadunidense. In BUENO, Cassio Scarpinella – As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos de uma reflexão conjunta. Revista de Processo. São Paulo, V 82 [s.i.] (1996), pp. 92-151.

⁶²¹ Em escritos de Edward Wood Dunham, afirma-se que “an arbitration clause may not be an invincible shield against class action litigation, but is surely one of the strongest pieces of armor available to the franchisor”. In DUNHAM, Edward Wood - The Arbitration Clause as Class Action Shield. Franchise Law Journal. [s.i.] N 16 (1997), p. 142. No mesmo sentido, HANOTIAU, Bernard. A New Development in Complex Multiparty-Multicontract Proceedings: Classwide Arbitration. Arbitration International. London Court of International Arbitration, V 20, N 1 (2004), p. 44; e ainda, por fim, nesse mesmo sentido, GIDI, Antonio – Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 197.

⁶²² As classwide arbitration que se instalou na jurisprudência estadunidense, consistiu em perscrutar como devam ser interpretadas as cláusulas compromissórias inespecíficas quanto as ações coletivas. A mera convenção arbitral implicará na aceitação de qualquer demanda arbitral, inclusive de natureza representativa coletiva ou, ao contrário sensu, o ajuizamento da arbitragem de classe dependeria de consentimento expresso?

⁶²³ Foi o caso por exemplo de um grande operador de cartão de crédito, cujos contratos passaram a estatuir: “No Claim submitted to arbitration is heard by a jury and no Claim may be brought as a class representative or participate as a member of a class of claimants with respect to any Claim”. In STERNLIGHT, Jean R. – As mandatory binding arbitrations meets the class action, will de class action survive? [em linha]. William and Mary Law Review. Las Vegas, Universidade de Nevada, V 42 (2000), pp. 5-125, p. 6. (15.01.2019). Disponível para download em <https://scholars.law.unlv.edu/facpub/271>. O texto traz outros exemplos de empresas que passaram a adotar em seus contratos expressa vedação às class actions. De igual modo, SCANLON, Kathleen M. - Class Arbitration Waivers: The “Severability” Doctrine and Its Consequences. Dispute Resolution Journal. [s.i.] (2007), p. 42.

Em 2005, em precedente no processo *Green Tree Financial Corporation versus Bazzle*, marco jurisprudencial sobre o tema, a lide versava acerca da interpretação de cláusula compromissória que fosse omissa no que tange a deflagração de arbitragens de classe.

Em 2010, em precedente no processo *Stolt-Nielsen S.A et al versus Animalfeeds International Corporation*, a lide versava sobre a possibilidade de deflagração de arbitragem de classe na hipótese de a cláusula compromissória ser omissa neste sentido, à luz do Ato de Arbitragem Federal (*Federal Arbitration Act*).

Esses casos, fizeram que os anglo-americanos fossem paradigma de estudos acadêmicos⁶²⁴ no uso da arbitragem de conflitos coletivos, pelo que volver-nos-emos aos casos citados, sem a intenção de realizar estudos de natureza comparada⁶²⁵.

3.25.1.2. *O leading case em class arbitrations*

A viabilidade da utilização da arbitragem como método para resolução de conflitos coletivos no sistema estadunidense decorreu de marco jurisprudencial. Trata-se do caso célebre *Green Tree Financial Corporation versus Bazzle*, julgado em junho de 2003 pela Suprema Corte norte-americana, em que, embora a questão não tenha sido enfrentada de forma direta, chegou-se à conclusão fundamental sobre a matéria.

No ano de 1995, *Lynn e Burt Bazzle* celebraram com a financeira *Green Tree Financial Corporation* contrato de mútuo sob à égide das leis do Estado da Carolina do Sul, contendo cláusula compromissória⁶²⁶. No caso, a sociedade financeira deixou de fornecer formulário em que se informava que os mutuários tivessem o direito de indicar seus próprios advogados e agentes securitários. Pela omissão contratual, *Lynn e Burt Bazzle* ajuizaram ação civil perante a justiça pública de primeira instância da Carolina do Sul, sob o fundamento de que tal prática teria violado as leis publicistas, com o objetivo de serem ressarcidos pelos prejuízo experimentados.

Em 1997, os autores do litígio formularam pedido para que a ação fosse “certificada” como ação de classe. Em sede defensiva, a ré *Green Tree Financial Corporation* buscou a suspensão do processo

⁶²⁴ Casos concretos da experiência estadunidense acerca das class arbitrations, com exploração de doutrina e jurisprudência aplicáveis à espécie.

⁶²⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos - A importação de modelos jurídicos. Temas de Direito Processual: 8.ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 265.

⁶²⁶ Confira-se, a propósito, o teor da cláusula: “ARBITRATION – All disputes, claims, or controversies arising from or relating to this contract or the relationships which result from this contract... shall be resolved by binding arbitration by one arbitrator selected by us with consent of you. This arbitration contract is made pursuant to a transaction in interstate commerce, and shall be governed by the Federal Arbitration Act at 9 U.S.C. section 1... THE PARTIES VOLUNTARILY AND KNOWINGLY WAIVE ANY RIGHT TO ARBITRATION UNDER THIS CLAUSE OR PURSUANT TO COURT ACTION BY US (AS PROVIDED HEREIN)... The parties agree and understand that the arbitrator shall have all powers provided by the law and the contract. These powers shall include all legal and equitable remedies, including, but not limited to, money damages, declaratory relief, and injunctive relief”. 539 U.S., opinion of Breyer Stephen Justice, p. 2. [em linha]. (29.01.2019). Disponível para consulta em <https://www.law.cornell.edu/supct/justices/fullcourt.html>.

judicial, “forçando” a instauração de arbitragem. Ao apreciar o pleito, a justiça pública não apenas certificou a demanda como ação de classe, como decidiu pela instauração da arbitragem. Nesse contexto, as partes elegeram o árbitro volitivamente, o qual, após a regular tramitação do feito como ação de classe (coletiva), condenou o agente financeiro ao pagamento de indenização por reparação de danos no valor de US\$ 10.935.000 (dez milhões, novecentos e trinta e cinco mil dólares), acrescido de honorários advocatícios.

Em paralelo a essa demanda, *Lackey e Buggses* também moveram ação contra a *Green Tree Financial Corporation* sob idêntico fundamento. A exemplo do caso *Bazzle*, a justiça pública certificou a demanda como ação de classe e, em sede recursal, foi determinada a instalação da arbitragem. O árbitro eleito condenou a financeira ao pagamento de indenização por danos no valor de US\$ 9.200.000 (nove milhões e duzentos mil dólares), acrescido de honorários advocatícios.

Após a confirmação de ambos os laudos arbitrais, a financeira recorreu à Corte de Apelação do Estado da Carolina do Sul, sob o argumento de que não haveria normativo autorizando o processamento de uma arbitragem de classe. A Suprema Corte do Estado da Carolina do Sul, determinou a competência em razão da matéria como sua própria, assumindo a jurisdição e determinando a reunião dos processos por conexão. Em sede recursal, reconheceu-se que o contrato era omissivo quanto à possibilidade de instauração de arbitragem de classes, validando-se, contudo, o processamento da *class arbitration* perante o juízo *a quo*.

Como a matéria envolvia a validade e aplicação da Lei federal de Arbitragem, a Suprema Corte norte-americana deferiu o *writ of certiorari* requerido pela *Green Tree Financial Corporation*, conhecendo da lide e adentrando ao mérito da demanda⁶²⁷.

A Suprema Corte deliberou que o enfrentamento da questão de que a cláusula compromissória proibiria ou não a deflagração da arbitragem de classe, era medida de interpretação contratual e que deveria ser decidida pelo juízo arbitral. Conquanto o mérito do litígio tenha sido de fato resolvido pelo juízo arbitral, verificou-se que o processamento de ambas as demandas como arbitragens de classe derivou de expressa decisão judicial.

Dessarte, a decisão do árbitro legitimou-se pela interpretação judicial conferida ao contrato por critérios de fixação competência para conhecer da lide, e que não corresponde a decisão de mérito que

⁶²⁷ Na sistemática recursal estadunidense, o acórdão de uma corte estadual pode dar ensejo a um recurso para a Suprema Corte se a matéria decidida envolver aplicação de lei federal. Confira-se, a este propósito, o que aduziram Geoffrey C. Hazard Jr e Michele Taruffo: “[...] when final judgment has been rendered in a state court involving a question of federal law, and all appeals within that state’s court system have been exhausted, the losing party may petition the Supreme Court to consider the federal issues involved in the case. This procedure is also a petition for certiorari. If the petition is granted, the record in the state court is brought up as the basis of the Court’s consideration of the case; if the petition is denied, the state court’s judgment is final”. In HAZARD JR, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele – American Civil Procedure: an Introduction. New Haven: Yale University Press, 1993, pp. 185-186..

o árbitro conferiu ao pacto em si, posto que o *meritum causae* não fora enfrentado pela Suprema Corte, mas apenas os critérios de competência para conhecer e julgar o litígio coletivo.

Por fim, com base em tais premissas, a Suprema Corte anulou a decisão da Corte do Estado da Carolina do Sul e submeteu o caso novamente ao juízo arbitral, para reinterpretação da cláusula compromissória, notadamente quanto ao cabimento da arbitragem de classe no caso concreto. Deste precedente, aduzimos algumas conclusões fundamentais.

A uma, o precedente consistiu na afirmação da inexistência de incompatibilidade entre arbitragem e ação coletiva. Confirmou-se a tese de que *“the FAA [Federal Arbitration Act] does not prohibit parties from choosing to proceed on a class-wide basis”*⁶²⁸. A declaração da inexistência de vedação da ação coletiva arbitral conferiu legitimidade para o processamento e julgamento de arbitragens de classe.

A duas, ao analisar a cláusula compromissória inserida no contrato, a Suprema Corte estadunidense entendeu que impor um procedimento de classe quando a convenção arbitral fosse omissa, tratava de matéria de interpretação contratual em enfrentamento de mérito pelo juízo arbitral, com aplicação do princípio *kompetenz-kompetenz*, que dispõe competir ao árbitro e não ao poder estatal decidir sobre a (im)possibilidade de processamento de uma arbitragem de classe.

A três, ao assentar, à luz de cláusula compromissória inespecífica quanto à possibilidade da deflagração da arbitragem de classe, que a decisão de mérito acerca da possibilidade de processamento de uma demanda representativa compete ao árbitro, reconhecendo-se, em *contrario sensu*, que o silêncio contratual não acarretava a vedação do uso da técnica heterocompositiva coletiva, infirmando-se precedentes jurisprudenciais predominantes de que somente poder-se-ia deflagrar-se arbitragem coletiva, se a cláusula compromissória expressamente autorizasse tal procedimento⁶²⁹.

Por outro viés, reconheceu-se a possibilidade de processamento da arbitragem de classe a partir de cláusula arbitral padrão. Essa afirmação, além de ter contribuído de forma decisiva para o desenvolvimento deste tipo de processo coletivo, acarretou a reformulação das cláusulas compromissórias dos contratos, onde as grandes empresas passaram a vedar – expressamente - em seus contratos firmados, a possibilidade de instauração de arbitragens de classe com forma defensiva em eventual ilícito de reflexos coletivos.

⁶²⁸ Divergindo acerca do tema, ver 539 U.S., opinion of William Rehnquist Chief Justice [em linha]. (29.01.2019). Disponível para consulta em <https://www.law.cornell.edu/supct/justices/rehnquist.dec.html>, p. 5.

⁶²⁹ P. Christine Deruelle e Robert Clayton Roesch, em artigo intitulado *Gaming The Rigged Class Arbitration Game: How We Got Here And Where We Go Now – Part I*, informam que antes da decisão proferida no caso *Bazzle*, as Cortes de Apelação do Segundo, Terceiro, Quarto, Quinto, Sexto, Sétimo, Oitavo, Nono e Décimo Primeiro Circuitos tinham entendimento assentado de que arbitragens de classe não poderiam ser processadas se a cláusula compromissória silenciava a respeito de tal procedimento. O Primeiro Circuito mantinha o entendimento isolado em sentido contrário e o Décimo Circuito, naquele tempo, ainda não tinha tido oportunidade de firmar entendimento sobre a matéria. In DERUELLE, P. Christine; ROESCH, Robert Clayton - *Gaming The Rigged Class Arbitration Game: How We Got Here And Where We Go Now – Part I* [em linha]. [s.i.] (31.01.2019). Disponível em <https://ccjournal.com/articles/gaming-rigged-class-arbitration-game-how-we-got-here-and-where-we-go-now-part-i/>.

3.25.1.3. Dos precedentes jurisprudenciais da Suprema Corte estadunidense

Sem prejuízo, a Suprema Corte voltou a analisar o tema no julgamento do caso *Stolt-Nielsen S.A. et al e Animalfeeds International Corporation*.

A questão jurídica submetida ao julgamento consistiu na aferição da possibilidade, à luz da Lei federal de arbitragem estadunidense, de deflagração de arbitrabilidade de classe, na hipótese em que a cláusula compromissória fosse omissa a esse respeito.

Concluiu a Suprema Corte que o tribunal arbitral ao decidir à luz do precedente anterior (*Bazzle*), que a cláusula compromissória permitiria a instauração da *class arbitrations*, teria mal interpretado o precedente; havia ainda violado o princípio fundamental de que a escolha da arbitragem deve decorrer do consenso mútuo, portanto elemento de volitividade. Assim, assentou entendimento que a arbitrabilidade coletiva alteraria os fundamentos da arbitragem a tal ponto, que não se poderia presumir que as partes consentiram em submeter suas disputas a um árbitro⁶³⁰.

Contudo, o julgamento teve três votos divergentes (JUSTICE GINSBURG, JUSTICE STEVENS E JUSTICE BREYER), que não reconheceu tratar-se de hipótese de anulação de laudo arbitral à luz do que prevê a lei federal de arbitragem. Os fundamentos das razões de decidir foram mais assertivos de que o precedente *Bazzle*, especialmente por reputar ilegal o que se extraiu de uma simples cláusula contratual, em inferência de que as partes teriam acordado a instauração de uma arbitragem de classe, mas não - presumidamente - de natureza coletiva.

Já no precedente jurisprudencial da Suprema Corte estadunidense no caso *AT&T Mobility LLC versus Concepcion et ux*, a questão jurídica versada se deu entorno à validade da cláusula compromissória que continha vedação expressa à arbitragem de classe, à luz da decisão do Nono Circuito, que havia considerado a cláusula injusta, por não permitir a instauração de procedimentos de classe (coletivos). Neste caso, a deliberação da Suprema Corte reverteu decisão, decidindo pela validade da cláusula de exclusão expressa.

Contudo, decorreu-se vedação interpretativa de cláusula compromissória em demandas de classe onde a sua utilização têm por objetivo evitar a instauração de demandas de classe, em especial em contratos de consumo e de trabalho, como eram utilizadas. Sem prejuízo, a jurisprudência

⁶³⁰ "Class-action arbitration changes the nature of arbitration to such a degree that it cannot be presumed that the parties consented to it by simply agreeing to submit their disputes to an arbitrator". In DERUELLE, P. Christine; ROESCH, Robert Clayton - Gaming The Rigged Class Arbitration Game: How We Got Here And Where We Go Now – Part I [em linha]. [s.i.] (31.01.2019). Disponível em <https://ccbjournal.com/articles/gaming-rigged-class-arbitration-game-how-we-got-here-and-where-we-go-now-part-i/>.

estadunidense é majoritária quanto à validade da inserção de cláusulas compromissórias em contratos de adesão⁶³¹.

Tal orientação se deve, em grande parte, à afirmação reiterada pela Suprema Corte acerca da existência de uma *“national policy favoring arbitration”*⁶³², o que significa que havendo dúvida quanto à extensão da convenção de arbitragem, a questão deverá ser resolvida em prol da arbitragem⁶³³. De fato, a premissa é de que entre o poder estatal e a arbitragem a distinção é apenas de foro, sendo ambos processos heterocompositivos de solução de conflitos⁶³⁴.

Diante disso, o estado da questão reside em saber como a doutrina e a jurisprudência interpretam as cláusulas compromissórias, relativamente à perspectiva de instauração de demandas de classe perante tribunais arbitrais. Há, nessa perspectiva, duas ordens de cláusulas que ensejam particular discussão: as cláusulas compromissórias omissas e as cláusulas compromissórias que vedam expressamente as arbitragens coletivas.

Antes do precedente *Green Tree Financial Corporation versus Bazzle*, prevalecia a orientação de que a convenção arbitral genérica não poderia ser interpretada como autorizativa de arbitragens de classe. Neste *leading case*, embora não se tenha enfrentado a questão diretamente, a Suprema Corte não afastou a conclusão do Tribunal *a quo* quanto à possibilidade de uma cláusula compromissória padrão vir a ser interpretada como autorizativa da instauração de uma demanda arbitral de classe (arbitrabilidade coletiva). Apenas reconheceu-se que se tratava de matéria afeta à competência do árbitro ou do tribunal arbitral. Até então, o vetor interpretativo operava-se, na jurisprudência da Suprema Corte, em favor da arbitragem.

Contudo, a partir do julgamento do caso *Stolt-Nielsen S.A et al versus Animalfeeds International Corporation*, ficou clara a orientação de que as cláusulas compromissórias simples, omissas quanto à possibilidade de instauração de arbitragem de classe, não poderiam ser interpretadas para autorizar a sua instauração, havendo necessidade de consentimento expresso das partes a esse propósito de eleição da técnica coletiva para solução do conflito.

⁶³¹ Bernard Hanotiau aduz que a jurisprudência mantém o entendimento “mesmo que a cláusula de arbitragem esteja contida em letras pequenas e locais discretos em contratos de formulário padrão, em manuais de funcionários ou documentos relacionados, em folhetos contidos em correspondências com contas ou outras declarações, em embalagens que chegam com um computador ou em formulários de consentimento médico” [livre tradução]. In HANOTIAU, Bernard. A New Development in Complex Multiparty-Multicontract Proceedings: Classwide Arbitration. Arbitration International. London Court of International Arbitration. V 20, N 1 (2004), p. 46.

⁶³² David Schwartz critica a orientação sob o argumento de que “a história legislativa da FAA deixa claro que o estatuto deveria aplicar cláusulas de arbitragem antes da disputa, apenas entre entidades comerciais, cuja posição de negociação é igual relativamente, cujo conhecimento dos tipos de disputas que podem ser arbitradas tornam essas cláusulas distantes, menos onerosas do que para uma pessoa comum” [livre tradução]. In SCHWARTZ, David – Enforcing small print to protect big business: Employee and Consumer rights claims in an age of compelled arbitration. Wisconsin Law Review. [s.i.] N 33 (1997), p. 132.

⁶³³ Cf. HANOTIAU, Bernard. A New Development in Complex Multiparty-Multicontract Proceedings: Classwide Arbitration. Arbitration International. London Court of International Arbitration. V 20, N 1 (2004), p. 46.

⁶³⁴ Cf. Maureen Weston aduz que ao defender a arbitragem compulsória, a Suprema Corte estadunidense declarou que apenas o foro é alterado, de judicial para arbitral, mas a capacidade de reivindicar direitos substantivos não pode ser prejudicada”. [livre tradução]. In WESTON, Maureen A. – Universes colliding: The Constitutional Implications of Arbitral Class Action. William and Mary Law Review. [s.i.] N 47 (2005-2006), p. 17.

Já no que tange às cláusulas compromissórias em que tenha sido pactuada a exclusão de procedimentos de classe do juízo arbitral⁶³⁵, a discussão que se instalou não era mais de cunho interpretativo, senão dirigida à aferição da eficácia de tal pactuação. Assim, no precedente *AT&T Mobility LLC versus Concepcion et ux*, a conclusão foi favorável à arbitragem individual e desfavorável à perspectiva de resolução coletiva do conflito. Em termos pragmáticos, a definição da possibilidade de renúncia à tutela coletiva na arbitragem é de fato relevante, face à vultuosidade de contratos de consumo e emprego que expressem tal vedação⁶³⁶.

A percepção que se deve ter é que, tratando-se de cláusula compromissória obrigatória, a renúncia à arbitragem de classe implicaria a renúncia a todos os mecanismos de tutela coletiva. A doutrina tem assinalado de forma veemente a necessidade de se reprimir essa conduta e proteger o acesso à tutela coletiva⁶³⁷, embora a Suprema Corte estadunidense tenha decidido, recentemente, em sentido diverso⁶³⁸.

Por fim, cumpre advertir que tanto a *AAA* quanto a *JAMS* - duas principais câmaras arbitrais estadunidenses, não admitem o processamento de demanda arbitral cuja cláusula compromissória contenha vedação à arbitragem coletiva, a menos que o comando advenha de decisão judicial⁶³⁹.

3.25.1.4. O due process of law nas arbitragens de classe

As ações de classe são demandas representativas que dispõem de observância obrigatória à garantia do devido processo legal. Em que pese a representação em juízo e que o controle da representatividade seja realizado de forma rigorosa pelo juiz, não haverá participação direta dos membros ausentes⁶⁴⁰. A viabilidade procedimental deriva da observância obrigatória da garantia constitucional do

⁶³⁵ Após o precedente *Green Tree Financial Corporation versus Bazzle* diversas empresas inseriram em seus contratos comerciais expressa vedação à instauração de arbitragens coletivas, como é o caso de algumas organizações de autorregulação privatística: Securities and Exchange Commission, a New York Stock Exchange (NYSE) e a National Association of Securities Dealers (NASD). Cf. SCANLON, Kathleen M. - Class Arbitration Waivers: The "Severability Doctrine and Its Consequences. *Dispute Resolution Journal*. [s.i.] (2007), p. 44-45.

⁶³⁶ SCANLON, Kathleen M. - Class Arbitration Waivers: The "Severability Doctrine and Its Consequences. *Dispute Resolution Journal*. [s.i.] (2007), p. 44-45.

⁶³⁷ Logo ao introduzir o tema, Jean Sternlight em seu artigo "Como a arbitragem obrigatória vincula a ação coletiva, a ação coletiva sobreviverá?" [livre tradução], firma posição de que "... seria errado permitir que as empresas usassem cláusulas de arbitragem para se isolarem totalmente da responsabilidade coletiva, e que tribunais e legisladores deveriam tomar medidas para proteger o Código Processual Civil em ações coletivas" [livre tradução]. Cf. STERNLIGHT, Jean R. - As mandatory binding arbitrations meets the class action, will de class action survive? [em linha]. *William and Mary Law Review*. Las Vegas, Universidade de Nevada, V 42 (2000), pp. 5-125, p. 6. (15.01.2019). Disponível para download em <https://scholars.law.unlv.edu/facpub/271>.

⁶³⁸ O desencontro foi bem assinalado por Scanlon, no sentido que o Terceiro, o Quarto, o Quinto, o Sétimo e o Décimo-primeiro Circuitos da Suprema Corte estadunidense têm reconhecido a validade da renúncia às arbitragens de classe, ao passo que o Primeiro e o Nono Circuitos têm resistido à vedação. Em paralelo, a maioria das Cortes Distritais têm reconhecida eficácia às cláusulas arbitrais de renúncia a procedimentos de classe, enquanto que nas Cortes estaduais a tendência é contrária. Cf. SCANLON, Kathleen M. - Class Arbitration Waivers: The "Severability Doctrine and Its Consequences. *Dispute Resolution Journal*. [s.i.] (2007), pp. 43-44.

⁶³⁹ Scanlon chega a cogitar a inclusão dos novos contratos de convenções arbitrais condicionais. Assim, caso o Judiciário reconhecesse a nulidade da cláusula de renúncia à ação coletiva, então toda a convenção arbitral restaria invalidada e a demanda se processaria perante a justiça pública ordinária. *Ibidem*, p. 44.

⁶⁴⁰ A mutabilidade das regras que asseguram o devido processo legal à luz da natureza da demanda, é reafirmada por Buckner, aduzindo que aduz que "... o devido processo no contexto da ação de classe envolve considerações que se estendem além dos requisitos do processo devido em litígios que não sejam

devido processo legal, a partir da criação de regras específicas que envolvam um ambiente de segurança jurídica às partes envolvidas no litígio.

Considerando que as arbitragens de classe também constituem ações representativas (coletivas), uma vez que a distinção em relação às *class actions* movidas perante a justiça pública é apenas a alteração do foro da discussão, as *class arbitrations* devem igualmente observar o devido processo legal.

Essa inferência, embora pareça ser óbvia no contexto do sistema constitucional brasileiro, causa espécie no âmbito do sistema jurídico estadunidense, vez que lá predomina entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o *due process of law*, na faceta procedimental, não é requisito de validade para o desenvolvimento de arbitragens contratuais individuais⁶⁴¹. A admissibilidade das arbitragens de classe estadunidenses exigem a concepção de um regime jurídico arbitral coletivo, que se amolde às peculiaridades dessas demandas arbitráveis.

A doutrina tem se dedicado a analisar o procedimento que melhor se amolde à natureza representativa das arbitragens de classe, notadamente quanto ao grau de intervenção do controle judiciário estatal. O primeiro modelo conhecido é o modelo híbrido⁶⁴² adotado pela Corte do Estado da Califórnia no caso *Keating versus Superior Court*, julgado em 1984, onde se pressupôs que, para asseverar a observância à garantia do devido processo legal, seria imprescindível a revisão dos requisitos de admissibilidade relacionados à ação coletiva, em especial dos requisitos de “certificação” para a “notificação”, dentre outros⁶⁴³.

A primeira crítica recai sobre a existência de desconfiança em relação à capacidade do árbitro de assegurar o devido processo legal, para se afirmar que os tribunais judiciários possuem melhores condições de assegurar a observância da garantia insculpida constitucionalmente.

A segunda crítica recai sobre a necessidade de infirmação pelos tribunais judiciários de diversas decisões judiciais sobre o procedimento adotado, contrariando norma federal que regulamentou a arbitragem, a qual concebeu hipóteses restritas de intervenção judicial⁶⁴⁴, em retomada ao império da lei para garantia da segurança jurídica aplicável a técnica heterocompositiva.

de ação de classe. Essas considerações derivam do fato de que, no litígio de ação coletiva, todos os reclamantes não estão presentes perante o tribunal” [livre tradução]. Cf. BUCKNER, Carole J. – Due process in Class Arbitration. Florida Law Review. Flórida, N 58 (2006), pp. 194-195.

⁶⁴¹ BUCKNER, Carole J. – Due process in Class Arbitration. Florida Law Review. Flórida, N 58 (2006), pp. 187-188.

⁶⁴² No ano 2000, antes do julgamento do caso Green Tree Financial Corporation versus Bazzle pela Suprema Corte estadunidense, Sternlight chegou a defender a utilização do modelo híbrido, embora com alguma restrição quanto à forma e como a interação entre árbitros e tribunais deveria funcionar. Cf. STERNLIGHT, Jean R. – As mandatory binding arbitrations meets the class action, will de class action survive? [em linha]. William and Mary Law Review. Las Vegas, Universidade de Nevada, V 42 (2000), pp. 5-125. (15.01.2019). Disponível para download em <https://scholars.law.unlv.edu/facpub/271>.

⁶⁴³ BUCKNER, Carole J. – Due process in Class Arbitration. Florida Law Review. Flórida, N 58 (2006), p. 226.

⁶⁴⁴ Segundo Buckner, na arbitragem contratual privada típica de classe, submetida pelo Tribunal de maneira cogente, restringirá a participação judicial até a conclusão da arbitragem por mérito, quando então a parte vencida não cumprir voluntariamente a sentença do árbitro, onde as partes podem retornar ao sistema judicial para confirmar a sentença arbitral ou requerer a modificação da sentença. Fora de exigir as partes a honrar seu acordo de arbitragem, confirmar a sentença ou considerar processar um recurso para modificação da sentença, o sistema judicial não tem participação na adjudicação subjacente

Após o precedente *Green Tree Financial Corporation versus Bazzle*, a AAA e a JAMS editaram regras complementares a seus regulamentos estatutários, especificamente para o processamento de demandas arbitrais coletivas. Ambos os regulamentos previram expressa previsão de intervenção judicial, conforme indicou BUCKNER⁶⁴⁵.

O regulamento da AAA previu a prolação de duas sentenças parciais, antes da sentença final. A primeira (*Clause Construction Award*) de natureza interpretativa da cláusula contratual quanto à possibilidade de instauração de uma ação de classe, ativa ou passiva (Regra 3)⁶⁴⁶ e a segunda (*Class Determination Award*), afirmativa do preenchimento dos requisitos de admissibilidade para certificação (Regra 4)⁶⁴⁷.

Até que sobreviesse tais decisões interlocutórias, o procedimento arbitral ficaria suspenso por pelo menos 30 (trinta) dias, a fim de que as partes tivessem a possibilidade de buscar a confirmação ou a anulação do laudo arbitral parcial perante a justiça estatal. Caso houvesse a efetiva submissão do laudo parcial ao Poder Judiciário, o procedimento ficaria sobrestado até que o árbitro viesse a ser informado sobre a decisão de mérito estatal.

O regulamento da JAMS afigura-se bastante aproximado. Contempla idênticas duas hipóteses de sentenças parciais: a primeira, relativa à validade da cláusula arbitral e à possibilidade de conhecimento da demanda coletiva (Regra 2)⁶⁴⁸, a segunda, relativa à certificação da demanda de classe (Regra 3)⁶⁴⁹, isto é, chancela própria de competência de natureza coletiva.

A distinção em relação ao procedimento da AAA é que, embora seja necessária a abertura de oportunidade para as partes submeterem o laudo arbitral à confirmação judiciária estatal ou anulação judicial, inexistente previsão de prazo suspensivo de sobrestamento do feito principal arbitral.

dos méritos da ação que o árbitro determina em sentença. Cf. BUCKNER, Carole J. – Due process in Class Arbitration. Florida Law Review. Flórida, N 58 (2006), pp. 227-228.

⁶⁴⁵ Idem, pp. 254-263.

⁶⁴⁶ In litteris: "Upon appointment, the arbitrator shall determine as a threshold matter, in a reasoned, partial final award on the construction of the arbitration clause, whether the applicable arbitration clause permits the arbitration to proceed on behalf of or against a class (the "Clause Construction Award"). The arbitrator shall stay all proceedings following the issuance of the Clause Construction Award for a period of at least 30 days to permit any party to move a court of competent jurisdiction to confirm or to vacate the Clause Construction Award. Once all parties inform the arbitrator in writing during the period of the stay that they do not intend to seek judicial review of the Clause Construction Award, or once the requisite time period expires without any party having informed the arbitrator that it has done so, the arbitrator may proceed with the arbitration on the basis stated in the Clause Construction Award. If any party informs the arbitrator within the period provided that it has sought judicial review, the arbitrator may stay further proceedings, or some part of them, until the arbitrator is informed of the ruling of the court".

⁶⁴⁷ In litteris: "(a) The arbitrator's determination concerning whether an arbitration should proceed as a class arbitration shall be set forth in a reasoned, partial final award (the "Class Determination Award"), which shall address each of the matters set forth in Rule 4. [...]".

⁶⁴⁸ In litteris: "Subject to Rule 1(a), once appointed, the Arbitrator, following the law applicable to the validity of the arbitration clause as a whole, or the validity of any of its terms, or any court order applicable to the matter, shall determine as a threshold matter whether the arbitration can proceed on behalf of or against a class. In construing the applicable arbitration clause, the Arbitrator shall not consider the existence of these Supplementary Rules to be a factor either in favor of or against permitting the arbitration to proceed on a class basis. The Arbitrator shall set forth his or her determination with respect to the matter of clause construction in a partial final award subject to immediate court review".

⁶⁴⁹ In litteris: "(c) The Arbitrator shall set forth his or her determination with respect to the matter of Class Certification in a partial final award subject to immediate court review".

Como se observa, as hipóteses de intervenção do Judiciário em ambos os modelos de regulamento são mais diminutas do que aquelas concebidas no modelo híbrido, vez que não há juízo de revisão, mas apenas de confirmação ou de anulação. Ainda assim, tais modelos incorrem nos mesmos equívocos que o modelo híbrido. Com efeito, inexistirá razão de se criar hipóteses de intervenção judicial além daquelas já concebidas pela lei federal de arbitragem estadunidense. Uma vez estabelecidos no regulamento da arbitragem os critérios objetivos que devam ser observados para assegurar o curso do devido processo legal, inexistirá justificativa para se submeter a confirmação judicial a cada exarcação de um laudo parcial.

Além disso, a eficiência de tais procedimentos é altamente questionável, na medida em que haverá suspensão do processo por 60 (sessenta) dias. Considerando a possibilidade de que as partes submetam as sentenças parciais à confirmação ou anulação pelos tribunais judiciais, o processo arbitral comportará duas suspensões por prazos indefinidos, em contramão da razoável duração do processo e dos meios que garantam sua celeridade, predativos do método heterocompositivo alternativo de acesso à Justiça.

Ao analisar tais regulamentos sob a perspectiva do devido processo legal, BUCKNER lançou objeções quanto ao excesso de intervenção judicial⁶⁵⁰, afirmando a necessidade de criação de um modelo puramente arbitral, objeto de conclusão em seu artigo⁶⁵¹.

Por conduto, a clássica eficiência como fundamento do processo heterocompositivo arbitral, com a necessidade de observância da garantia constitucional do devido processo legal, a dotar-lhe de celeridade, proteção da confiança e segurança jurídica, dependerá das bases normativas sólidas que lhe emprestem conceitos de autonomia e de independência de instâncias, sob o viés de reconhecimento de fonte alternativa de acesso à Justiça, em método eficaz para solução alternativa de controvérsias judiciais.

⁶⁵⁰ "Provider models of class arbitration also are doctrinally vulnerable because it is likely that the courts will find that provider rules sanctioning judicial intervention into private arbitral proceedings exceed the authority of the FAA [Federal Arbitration Act], which explicitly circumscribes the judicial role in contractual arbitration. Arbitration providers lack the power to co-opt the courts to expand the judicial role in class arbitration without congressional action." Cf. BUCKNER, Carole J. – Due process in Class Arbitration. Florida Law Review. Flórida, N 58 (2006), pp. 254-255.

⁶⁵¹ Idem, pp. 260-263.

3.25.1.5. Da autorregulação das arbitragens de classe

Em que pese termos discorrido sobre as disposições dos regulamentos da *AAA* e da *JAMS* sob o prisma da intervenção jurisdicional no procedimento, interessa-nos, destarte, analisar as demais disposições desses próprios regulamentos criados para atender às exigências específicas das arbitragens coletivas.

Quanto à escolha dos árbitros, apenas o regulamento da *AAA* contém disposição específica. A propósito, dispõe a Regra 2 que pelo menos um dos árbitros deve ser escolhido a partir da lista institucional de árbitros especializados em arbitragens de classe. Se não houver acordo entre as partes quanto ao número de árbitros, a *AAA* decidirá se a demanda pode ser decidida por apenas um julgador, ou se seria o caso de se nomear um painel colegiado com três julgadores.

Quanto à “certificação” da ação de classe, enquadramento do litígio com sendo de natureza coletiva, enquanto a *JAMS* utiliza-se da Regra 23 da *Federal Rule of Civil Procedure*, a *AAA* optou por enumerar expressamente os seus requisitos. Os quatro primeiros requisitos objetivos são idênticos àqueles previstos na Regra 23; já o último requisito de arbitrabilidade objetiva exige que o contrato celebrado por cada um dos sujeitos da classe, contenha cláusula arbitral substancialmente similar àquela subscrita pelo representante da classe. O regulamento não resolve acerca da identidade de situações fático-jurídicas que impõe, constituindo cláusula indeterminada a ser validada pelo árbitro; afinal, exigir que a juntada aos autos de todos os contratos individuais celebrados, seria impor ao árbitro uma tarefa hercúlea. Assim, a verificação deverá ser feita à época do cumprimento da decisão final e não antes da “certificação” da demanda como ação de classe, pois confunde-se com o mérito da demanda arbitral.

Além destes requisitos objetivos, ambos os regulamentos exigem a comprovação das características de predominância e de superioridade, típicos das *class actions for damages*, previsto na Regra 23b (3) das Normas Federais de Processo Civil estadunidense. A predominância liga-se a ideia de coesão em centralidade da demanda (ponto focal uno), enquanto a superioridade está adstrita a conglobação dos direitos reunidos a serem tutelados coletivamente pelo juízo arbitral (reunião de pretensões individuais).

O regulamento da *AAA* especificou que a sentença parcial (decisão interlocutória) que tem o condão de certificar a demanda como ação de classes, deve individualizar a espécie e a forma como será conduzida a notificação dos membros ausentes, além de descrever o meio e forma pelo qual poderá ser exercido o direito de autoexclusão, isto é, não adesão à demanda coletiva pelo indivíduo.

Quanto aos moldes da notificação dos membros ausentes, a regulamentação de ambos os autorregulamentos é idêntica, a exigir: (a) descrição clara e concisa da natureza da ação; (b) definição da classe certificada; os pedidos formulados, as questões a serem decididas e as defesas apresentadas; (c) informação quanto à possibilidade de comparecimento em juízo e o dever de comparecer às audiências; (d) direito à autoexclusão e forma de exercício; (e) informação sobre a imutabilidade do julgamento em relação à classe arbitrada, (f) informações biográficas sobre o árbitro, o representante da classe e seu defensor; e, por fim, (g) informações sobre como e com quem é possível se informar sobre o processo (publicidade).

No que concerne ao laudo final, a *AAA* exige que o provimento seja formal e escrito, fundamentado e assinado pelo árbitro ou pela maioria dos árbitros que compõem o julgamento, com possibilidade de publicação da sentença arbitral.

O regulamento da *JAMS* impõe dever ao árbitro na exposição das razões que determinaram a certificação da classe (admissibilidade da arbitrabilidade coletiva) e dos fundamentos de fato e razões de direito que embasaram o julgamento de mérito. Ambos os regulamentos exigem que o laudo arbitral contenha especificação da classe, enumeração a quem foram dirigidas as notificações (alcance material da decisão) e relação dos que exerceram direito de autoexclusão (renúncia volitiva aos efeitos da decisão da lide).

Para a celebração de acordos os regulamentos disciplinam que os termos da composição devam ser informados aos membros integrantes da classe pela via da notificação, para que o árbitro verifique os critérios de justeza, razoabilidade e de adequação da proposta negocial. Inexiste no regramento da *AAA* a presunção de “confidencialidade” comumente atribuída ao procedimento arbitral. Pelo contrário, as audiências são públicas e a instituição mantém em seu sítio na *internet*, com o registro de todas as arbitragens de classe, cópia da peça exordial, identificação das partes, de seus defensores constituídos (advogados), lista dos laudos proferidos, com especificação de datas, horários e local das audiências designadas⁶⁵².

Quanto às custas processuais, as arbitragens de classe processadas perante a *AAA* ensejam o pagamento de despesas preliminares que compreendem os gastos referentes ao interstício entre o protocolo de deflagração da arbitragem e a prolação do laudo arbitral parcial. Se afirmada a possibilidade de prosseguimento da demanda a título coletivo, haverá a necessidade de pagamento de custas complementares pelo autor da lide, a ser calculada de acordo com a tabela de custas estipuladas pelas

⁶⁵² Em visita ao sítio da *AAA* na *internet* há possibilidade de se consultar todas as arbitragens de classe em curso, com acesso inclusive a documentos dos processos (10.01.2019), em <https://www.adr.org/>.

regras da *AAA* em arbitragens comerciais, tem como referência o valor da causa, isto é, pretendida na demanda.

Como consequência de não pagamento das despesas administrativas exigidas pelo juízo ou câmara arbitral, ensejar-se-á a suspensão do processo arbitral, importando em requisito de prosseguibilidade.

3.26. Premissas tópicas parciais

1. As premissas estadunidenses acerca do tratamento deferido as *class arbitrations* demonstram a importância do tratamento normativo diferenciado que deve envolver as balizas mínimas de demandas coletivas, sob pena da omissão influenciar no surgimento de novas lides subjacentes ao processo principal de arbitrabilidade, comprometendo a eficácia do método alternativo heterocompositivo.
2. As arbitrabilidades de classe não foram concebidas em essência como técnica de solução de conflitos coletivos⁶⁵³. A inauguração se deu como estratégia comercial e jurídica defensiva para criar óbice a deflagração das lides de classe.
3. Em descompasso as teses jurídicas defensivas que restaram vencidas nos tribunais estatais e arbitrais, o processamento das arbitrabilidades de classe consolidou o método como instrumento idôneo, predominante e superior, em relação as arbitrabilidades individuais, em que pesem não gravar de limitação ao exercício das mesmas.
4. Entretanto, carecem a doutrina e jurisprudência de demonstração das maiores vantagens da utilização das arbitragens de classe para solução de conflitos coletivos, sem nos decurarmos das discussões jurídicas envoltas na matéria^{654 655}.

⁶⁵³ Não se trata, portanto, de conclusão extraída a partir da noção de multi-door court-house, conceito cunhado pela Superior Court of the District of Columbia, em 1985, consistente “em uma mesa de entradas (intake) e um centro de diagnóstico, em que um pessoal especializado ouve o relato do caso promovido pelas próprias partes e as orienta pelo meio mais adequado para a solução do conflito.”. Cf. CALMON, Petrônio – Fundamentos da Mediação e da Conciliação. São Paulo: Forense, 2007, pp. 181-182.

⁶⁵⁴ Apenas a título exemplificativo, há possibilidade de inserção de cláusula compromissória em contrato de adesão, definição de vetores interpretativos para as cláusulas omissas, validade da renúncia parcial ou total à tutela coletiva, necessidade de observância do devido processo legal, criação de regulamentos arbitrais específicos para esse procedimento, dentre outros.

⁶⁵⁵ Adota-se como critério de efetividade para arbitrabilidade, os requisitos estabelecidos por José Carlos Barbosa Moreira, em 1984, a saber: “a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de tempo e energias.”. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa – Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. Temas de direito processual: 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 27-28.

5. A fixação de prazo para sentença, a razoável duração do processo, os meios que garantam sua celeridade, a flexibilização procedimental e a escolha ou eleição de *experts*⁶⁵⁶ são todas vantagens claras da arbitrabilidade de classes. A confidencialidade é vantagem sob prisma de proteção comercial individual, ao passo que pode surgir como desvantagem ao instituto ao gerar desconfianças por tratamento obscurantista (intransparência), sendo certo como inaplicável nas hipóteses de ações coletivas em que envolvam interesses públicos relevantes.
6. A economicidade de tempo e custos em relação a arbitrabilidade individual, tornam as arbitralidades coletivas atraentes, ao menos no modelo estadunidense⁶⁵⁷.
7. A obrigatoriedade de observância às regras do devido processo legal cria um “núcleo duro” de observância de normas federais, criando, em tese, barreira intransponível à flexibilização do processo arbitral, cujo conteúdo material não poderá ser mitigado por livre convenção, exceto nas hipóteses de disponibilidade instrumental como já visto nos direitos coletivos por essência.
8. A exigência de notificação dos membros ausentes no litígio arbitral coletivo, pode acarretar óbice ao cumprimento de prazo para prolação de decisão, a depender da forma de cumprimento estabelecida (*verbi gratia*, pessoalmente por intermédio de oficial arbitral).
9. A ausência de ampla autonomia da instância arbitral estadunidense quanto ao mérito da lide, representa flagrante desvantagem ao processo de escolha do método alternativo, sobretudo, pois, os modelos regulamentares exigem homologação dos laudos arbitrais como requisito de confirmação por juízes togados, em verdadeiro modelo heterocompositivo híbrido, que pode suspender por períodos dessarzoados o curso regular do processo arbitral, desestimulando o uso da técnica alternativa de solução de conflitos.

⁶⁵⁶ Esta é uma vantagem classicamente associada à arbitrabilidade pela doutrina, onde: “... a liberdade das partes para escolher os árbitros permite que a nomeação recaia sobre pessoas dotadas do necessário conhecimento, o que lhes permitirá resolver os complexos problemas econômicos, jurídicos e técnicos trazidos pelos litigantes, pois não há dúvida que é sempre melhor designar árbitros que sejam experts na matéria por si mesmos”. Cf. CARMONA, Carlos Alberto – A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 75. Nesse mesmo sentido, a “busca da tutela adequada, ou seja, substancialmente justa, é favorecida por vários modos no processo arbitral, inclusive mediante a eleição de árbitros profissionalmente preparados para melhor entender questões e apreciar fatos inerentes ao seu conhecimento específico – o que não sucede no processo judicial, em que a presença de questões técnicas leva os juízes a louvar-se em peritos, deixando de ter contato direto com a realidade do litígio e sem ter, ele próprio, familiaridade com a matéria.”. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel - Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. Porto Alegre, Nota dez, Revista Jurídica, N 290 (2001), pp. 5-15, p. 7.

⁶⁵⁷ A título de considerações práticas sobre as class arbitrations, Scanlon faz as seguintes ponderações de pertinência temática: “In a classwide arbitration, parties face many of the complexities of a class-litigation (for example, class certification and discovery complex issues) but outside the confines of a judicial proceeding. Classwide arbitration could also be costly, eliminating the cost-effectiveness associated with two-party arbitration. Whether the arbitral process, which is designed for efficient dispute resolution, can accommodate such a complex mechanism as adequately as a judicial forum is not readily apparent.”. Cf. SCANLON, Kathleen M. - Class Arbitration Waivers: The “Severability Doctrine and Its Consequences. Dispute Resolution Journal. [s.i.] (2007), p. 44.

10. Afastadas as hipóteses de necessidade arbitral, naquelas ações em que o autor preencha os requisitos objetivos das ações de classe, a alternatividade de escolha procedimental – arbitral ou publicista - parece ser casuística em não submissão da lide a um juiz togado generalista, considerando os atrativos publicistas de menores custos financeiros e por procedimento transparente⁶⁵⁸.
11. A análise do funcionamento das *class actions arbitrations* estadunidenses não encontra paradigma no direito brasileiro desde o nascedouro, posto que a utilização da arbitragem para a solução de controvérsias relativas a direitos individuais homogêneos, não corresponde uma tentativa jurisdicional defensiva de “fuga” à jurisdição estatal, como estratégia comercial e/ou jurídica.
12. O modelo processual de ações coletivas brasileiras tende a produzir melhores resultados na utilização do método alternativo heterocompositivo, havendo presunção de inclusão de membros ausentes à lide coletiva, que possam se beneficiar do resultado útil do processo coletivo ou dele se afastar pela via ordinária individual da tutela do direito.
13. Dessarte, a análise da experiência estadunidense com as *class action arbitrations* representa possibilidade jurídica fidedigna de utilização de regras de processo arbitral como meio alternativo de solução de problemas coletivos, com a observância das normas de garantia do devido processo legal, patamar de direitos inderrogáveis na seara de direitos fundamentais.

3.27. Da arbitragem em razão da matéria: o direito consumerista brasileiro

As demandas de consumo constituem parcela expressiva de ações coletivas, em especial quando volvidas à tutela de direitos individuais homogêneos.

A utilização da arbitragem para a solução alternativa de solução conflitos na seara de direitos do consumidor devem observância ao disposto no artigo 51, inciso VII, do Código de Defesa brasileiro, que impõe nulidade de pleno direito as cláusulas que determinem a utilização compulsória de arbitragem.

Contudo, norma jurídica posterior insculpida no artigo 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem brasileira, preconizou que os contratos de adesão que versem acerca de relações consumeristas, disporá cláusula compromissória com eficácia somente se o consumidor (aderente) deflagrar a arbitragem ou aquiescer,

⁶⁵⁸ As ações de classe estadunidenses são mais eficientes quando conduzidas pelo Judiciário. Cf. STERNLIGHT, Jean R. – As mandatory binding arbitrations meets the class action, will de class action survive? [em linha]. William and Mary Law Review. Las Vegas, Universidade de Nevada, V 42 (2000), pp. 5-125. (15.01.2019). Disponível para download em <https://scholars.law.unlv.edu/facpub/271>.

por escrito com a sua deflagração (documento anexo ou em negrito), apondo assinatura ou visto especialmente para o fim.

Segundo ORLANDO GOMES, nos contratos de adesão as cláusulas são uniformes, rígidas e predeterminadas⁶⁵⁹, cabendo ao aderente tão somente aceitá-las em bloco ou rejeitar a contratação, sem qualquer possibilidade de discussão quanto aos termos do pacto. Nesse sentir, clarividente que em matéria de avença adesiva, não há como se presumir que eventual cláusula arbitral tenha sido pactuada, mediante prévio debate e aceitação tácita de ambas as partes.

Em análise dos normativos antepostos, parte da doutrina sustenta ser nula a inserção de cláusulas compromissórias em contratos de adesão de natureza consumerista⁶⁶⁰, havendo supedâneo neste sentido em jurisprudência assentada no Superior Tribunal de Justiça brasileiro⁶⁶¹.

A exigência de anuência expressa do aderente para instituição de cláusula compromissória, não tem o condão de elidir o aspecto rígido e inegociável do contrato de adesão, de modo a manter a hígida opção de manifestação de vontade do aderente (volitividade).

A propósito, por logicidade e coerência, não haveria nulidade na hipótese de outra solução preconizada pela Lei de Arbitragem brasileira, onde a iniciativa de instaurar o procedimento arbitral parta do aderente.

Com efeito, o ato de deflagração da arbitragem desvela exercício pleno da autonomia de vontade, onde o uso da arbitragem resultaria de livre opção do consumidor, afastando a cogitação de nulidade da cláusula compromissória.

A seu turno, NANCY ANDRIGHI sustenta que a limitação preconizada no Código de Defesa do Consumidor apenas vedaria a estipulação prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração do contrato de adesão, não obstando a submissão de conflito havido posteriormente por meio da arbitragem⁶⁶².

Essa (re)orientação refere-se às hipóteses de estipulação da convenção de arbitragem por meio de compromisso arbitral⁶⁶³ (antecedente ao litígio) e não de cláusula compromissória (posterior ao conflito

⁶⁵⁹ Nesse sentido, Orlando Gomes traz três características que conformam os traços fisionômicos dos contratos de adesão. Cf. GOMES, Orlando – Contrato de Adesão: Condições Gerais dos Contratos. São Paulo: RT, 1972, pp. 9-10.

⁶⁶⁰ Cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de – A arbitragem e do Direito do Consumidor. Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42.

⁶⁶¹ "(...) É nula a cláusula de convenção de arbitragem inserta em contrato de adesão, celebrado na vigência do Código de Defesa do Consumidor.". Superior Tribunal de Justiça, REsp 819.519/PE, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 09/10/2007. Disponível para consulta em www.stj.jus.br.

⁶⁶² ANDRIGHI, Fátima Nancy – Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. Revista de Arbitragem e Mediação, A 3, N 9 (2006), pp. 13-21.

⁶⁶³ LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes – Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social. Uma sugestão de integração. 2006. Dissertação ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, pp. 196-197.

de interesses de pretensão resistida), não havendo óbice legal a instituição desta para solução de problemas que envolvam o direito consumerista brasileiro.

O artigo 4º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, preconiza dentre os princípios da relação de consumo “o incentivo ao uso de mecanismos alternativos de resolução de conflitos”, estando “atenado” aos meios extrajudiciais de solução de controvérsias e aos meios alternativos de acesso à Justiça, donde a arbitrabilidade deflui.

Em Espanha a arbitragem é um meio eficaz, difundido e gratuito para solução de disputas que envolvam lides de consumo. As juntas arbitrais são órgãos de natureza publicista em que se processam as reclamações de natureza consumerista, sendo despidendo a participação de advogados⁶⁶⁴.

O modelo espanhol ganha correspondência a atuação dos juizados especiais cíveis brasileiros, com modelo assemelhado na solução de disputas.

3.27.1. Do pensamento jurídico brasileiro

A arbitrabilidade de conflitos que envolvam direitos coletivos em essência é cabível no sistema jurídico brasileiro, como visto linha atrás, desumindo-se como técnica adequada para heterocomposição do litígio. Em perspectiva concreta, a própria convenção arbitral irá descrever os ditames de desenvolvimento válido dessa técnica alternativa.

A reunião de conflitos em seguidas pretensões individuais resistidas podem desaguar na seara de conflitos coletivos, devendo eventual convenção arbitral dispor da estipulação do método por meio de compromisso arbitral, isto é, opção póstuma ao nascedouro do conflito de interesses reiterado. Desta feita, impossível será a instauração de arbitragem coletiva, a partir de cláusulas compromissórias inseridas em contratos singulares, tal como se passa no modelo estadunidense.

O compromisso arbitral deverá ser firmado por todos que àqueles que seriam partes em eventual ação judicial coletiva, como visto nas hipóteses de (co)legitimados na tutela de direitos individuais homogêneos ou coletivos *stricto sensu*.⁶⁶⁵ Os órgãos ministeriais que não firmarem o compromisso deverão ser notificados da arbitragem coletiva, visando suas participações obrigatórias. Na mesma toada

⁶⁶⁴ Cf. VERÍSSIMO, Marcos Paulo - A Arbitragem de Consumo na Espanha [em linha]. Universidade Federal de Santa Catarina. [15.10.2018]. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29773-29789-1-PB.pdf>.

⁶⁶⁵ Quaisquer dos órgãos públicos (co)legitimados à deflegração da tutela coletiva, isolada ou conjuntamente; os agentes públicos ou privados que teriam violado ou ameaçado direitos individuais homogêneos ou que teriam responsabilidade pela reparação ou compensação do dano; e, o órgão público responsável pela autorização da atividade nociva e/ou fiscalização da atividade que resultou na ameaça ou lesão, se restar configurada hipótese de litisconsórcio necessário.

os compromissos arbitrais devem atentar aos requisitos formais, tanto como na hipótese já enfrentada na tutela de direitos individuais homogêneos e direitos coletivos *stricto sensu*⁶⁶⁶.

O laudo arbitral faz coisa julgada *secundum eventum litis* com efeitos *erga omnes*, com cognição exauriente decorrente *secundum eventum probationis*, representado título extrajudicial com força executiva, não se submetendo a homologação ou confirmação do Poder Judiciário. Após a prolação da decisão arbitral, deve ser submetido ao regime de ampla publicidade, exceto se gravado de confidencialidade, hipótese em que, somente os interessados serão cientificados, não cabível nas hipóteses que envolverem relevantes interesses públicos.

Essas são, em linhas gerais, as perspectivas exordiais na utilização da arbitragem no pensamento brasileiro, visando à compatibilização do processo arbitral com o sistema processual de tutela coletiva, que apesar de não restar defeso, encontra dificuldades pragmáticas e de operabilidade, o que dificulta sua opção de escolha entre os (co)legitimados da tutela coletiva.

Sem prejuízo, de outra banda, o anteprojeto de lei de licitações e contratos públicos brasileiros reproduziu a reforma da lei de arbitragem brasileira⁶⁶⁷, ao permitir – normativamente – que a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis⁶⁶⁸, sendo sempre de direito nestas hipóteses, respeitando-se o princípio da publicidade cuja escolha do processo de árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução

⁶⁶⁶ Qualificação das partes; a qualificação do árbitro ou indicação da câmara arbitral; o objeto da arbitragem; e, o local em que será proferida a sentença arbitral. Se não realizada em território nacional brasileiro estará sujeita às regras de homologação de sentença estrangeira para fins de eficácia. A arbitragem deve ser pública, podem haver cláusula de confidencialidade ou sigilosidade⁶⁶⁶, desde que não envolvam entes públicos, devendo ser redigida em linha portuguesa, para que não propicie o surgimento de conflitos de interesses subjacentes ao objeto principal, pondo em xeque o procedimento e a interpretação das cláusulas, assim o próprio laudo arbitral.

⁶⁶⁷ Lei federal n. 13.129/2015 da República Federativa do Brasil.

⁶⁶⁸ Anteprojeto da nova lei de licitações e contratos administrativos brasileira, aprovado pelo legislativo: Art. 150. [...] Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

de disputas (*dispute boards*⁶⁶⁹) – este último em inovação legislativa -, observarão critérios isonômicos, técnicos e transparentes⁶⁷⁰.

3.28. Premissas tópicas parciais

1. O atual estágio de desenvolvimento do movimento universal de acesso à Justiça inaugurado em MAURO CAPPELLETTI, remeteu-nos a investigação acadêmica atuarial sobre a possibilidade de solução extrajudicial de conflitos de interesses relativos aos direitos coletivos, típicos da litigiosidade contemporânea.
2. A transposição da ideia de disponibilidade instrumental associada aos direitos coletivos em essência, afasta a cláusula de reserva jurisdicional afetado ao Poder Judiciário, abrindo “espaço fértil” à arbitrabilidade coletiva como meio idôneo de solução de controvérsias dessa natureza.
3. A necessidade da jurisdição estatal na seara de heterocomposição de direitos coletivos resta ilidida pela exposição teórica das espécies de técnicas alternativas de solução de disputas, assim como pelas características fundamentais de cada uma das espécies de direitos coletivos.
4. A análise de critérios de ordem subjetiva autoriza a conclusão de que os órgãos públicos (co)legitimados à tutela coletiva possuem legitimidade e capacidade para promoção e busca de solução consensual de conflitos relativos aos direitos coletivos por essência. As associações, apesar de (co)legitimadas à busca da tutela coletiva, possuem

⁶⁶⁹ O instituto dos comitês de resolução de disputas (*dispute boards*) possui diferentes modalidades e características quanto ao momento de sua formação. Quanto ao momento de formação, pode-se dizer que há duas alternativas possíveis. A primeira é o “*dispute board permanente*”. Nessa hipótese, o Comitê é formado no momento da pactuação do negócio jurídico e permanece em funcionamento ao longo de toda a relação contratual, ainda que não surjam controvérsias entre as partes. A segunda alternativa é o “*dispute board ad hoc*”, que seria a hipótese em que o comitê é formado somente se surgirem desavenças contratuais em virtude da relação jurídica encetada entre a Administração e o contratado. O “*dispute board ad hoc*” permanecerá vigente até a prolação da decisão e a finalização dos demais procedimentos a ela aplicáveis. Já no que se refere às modalidades dos comitês de resolução de disputas (*dispute boards*), três podem ser mencionadas, sendo que a diferença marcante entre elas vai estar intimamente ligada ao teor das suas decisões, ou seja, se serão vinculantes ou não. A primeira modalidade é o *Dispute Review Boards (DRBs)*, pela qual os membros do Comitê emitem recomendações às partes. Vale ressaltar que, se as partes não apresentarem objeção à recomendação apresentada pelo Comitê, esta passará a ter efeito imediatamente vinculante, sendo que o descumprimento poderá acarretar penalidades contratuais e legais. Os artigos 2.2, 2.3 e 2.5 do “Regulamento do CAM-CCBC sobre o Comitê de Prevenção e Soluções de Disputas” podem ser utilizados como interessante exemplo prático acerca dos *dispute review board*, pois são expressos ao dispor que a ausência de impugnação torna a recomendação do Comitê imediatamente vinculante às partes contratantes. O item 2.4 do mesmo Regulamento ainda dispõe que a parte que apresentar “rejeição” à recomendação deverá iniciar procedimento arbitral ou judicial no prazo máximo de 30 dias contados da submissão da notificação de rejeição, caso contrário, a recomendação se tornará vinculante e de cumprimento imediato. A segunda modalidade é o *Dispute Adjudication Board (DABs)*, pela qual os membros do Comitê emitem decisões de adoção obrigatória aos contratantes e, portanto de efeitos imediatos às partes. Nesse caso, o seu descumprimento acarretará os efeitos legais e contratuais inerentes ao inadimplemento voluntário e inescusável. A decisão do Comitê permanecerá obrigatória e com efeito vinculante às partes, salvo no caso de revisão por meio de submissão da controvérsia à arbitragem ou ao Poder Judiciário. Por fim, a terceira modalidade é o *Combined Dispute Boards (CDBs)*, que são os Comitês que combinam as duas alternativas apresentadas anteriormente, emitindo-se recomendações e decisões de acordo com a situação que lhes é submetida pelas partes contratantes. Cf. ANDRADE, J. L. de - Os potenciais impactos da adoção dos comitês de resolução de disputas nos contratos da administração pública. *Revista Controle Doutrina e Artigos*. Fortaleza. V. 16. N 2 (2018).

⁶⁷⁰ Anteprojeto da nova lei de licitações e contratos administrativos brasileira, aprovado pelo legislativo: “Art. 153. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.”.

legitimidade adstrita ao pleito da tutela jurisdicional, isto é, pelo processo estatal heterocompositivo.

5. O atendimento dos critérios de ordem objetiva autoriza a resolução de litígios relativos a direitos coletivos por essência, por meio das variadas técnicas extrajudiciais disponíveis, em especial por meio da celebração de compromisso de ajustamento de gestão.
6. A negociação é instrumento idôneo para por a termo a disputa, desde que mantida incólume a integralidade do bem ou interesse jurídico coletivo ameaçado ou lesionado. Decorre nestas hipóteses a disponibilidade instrumental relativos à forma, meio, lugar, técnica e prazo de reparação ou compensação do dano ocasionado.
7. A natureza material indisponível dos direitos coletivos não impede a deflagração da arbitragem, vez que tais direitos são disponíveis sob a ótica instrumental, restando assim não submetidos à intervenção judicial em necessidade.
8. Os litígios relativos a direitos difusos e direitos coletivos *stricto sensu* que materializem pretensões de natureza patrimonial, com reparação ou compensação pecuniária de danos podem ser objeto de arbitragem, assim como as pretensões circunscritas à aferição do modo, técnica e prazo a serem observados no cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer.
9. Os critérios objetivos do juízo de admissibilidade denotam que os litígios relativos aos direitos individuais homogêneos podem ser solucionados por meio de técnicas extrajudiciais de solução de problemas.
10. A disponibilidade material deferida as pretensões de direitos individuais homogêneos legitima os órgãos públicos a atribuição para firmar compromissos de ajustamento de conduta ou de gestão que não representem a satisfação da integralidade da pretensão que seria deduzida em eventual demanda judicializada, desde que a solução obtida seja mais favorável aos titulares do direito, considerada a probabilidade de êxito em situação de avaliação de riscos (precedentes, doutrina, jurisprudência, instâncias recursais, prestação deficiente a longo prazo), inclusive quanto ao tempo de eventual processo estatal até o trânsito em julgado em grau de recurso.
11. A transação extrajudicial celebrada na seara de direitos coletivos, se submete a regra da coisa julgada *secundum eventum litis*, somente vinculando os titulares dos direitos individuais homogêneos se integralmente favorável ou em caso de expressa aquiescência à resolução extrajudicial celebrada.

12. As técnicas consensuadas e extrajudiciais de solução de controvérsias, além de serem cabíveis para por fim as disputas em matéria de direitos coletivos, também podem ser consideradas técnicas adequadas à luz de argumentos de produção, isto é, maximização de resultados a serem obtidos, com menor dispêndio de tempo e de recursos, além de argumentos de qualidade, isto é, superioridade dos resultados alcançados em face das plúrimas demandas individuais em relação de desequilíbrio material das partes.
13. A negociação e a conciliação são técnicas aptas a propiciar a solução consensuada de litígios coletivos, revelando-se adequadas por terem aptidão para proporcionar a célere solução da disputa em relação de economicidade (baixo custo), propiciada por uma via alternativa eleita pelas próprias partes em disputa.
14. Em melhor aceitação psicológica do desfecho coconstruído do conflito de interesses, a autocomposição será qualitativamente superior à solução da controvérsia pelo meio heterocompositivo, onde a decisão definitiva é imposta por um terceiro imparcial e dotado de neutralidade.
15. Sem prejuízo, a arbitrabilidade dos conflitos pode ser considerada meio adequado para solução de controvérsias relativas a direitos coletivos por essência. Aqui, a utilização do processo heterocompositivo extrajudicial desafiará a disponibilidade do demandante da arbitragem ao pagamento antecipado das custas, facilitada na esfera judicante brasileira em relação aos (co)legitimados coletivos, diante da isenção no adiantamento das despesas processuais, honorários periciais, emolumentos, ônus de sucumbência, dentre outros privilégios processuais, salvo comprovada má-fé.
16. Desta feita, o particular que se disponibilizar a suportar os custos do processo arbitral, beneficiar-se-á das vantagens e predicados decorrentes do uso da arbitragem como técnica alternativa de solução de problemas coletivos.
17. O prazo de conclusão do processo heterocompositivo arbitral é muito mais célere do que o do processo estatal, considerado o trânsito em julgado da sentença de mérito. Essa economicidade temporal denota vantagem em favor da máxima concretude de direitos e interesses públicos coletivos, em que a pronta reparação é primordial para evitar um dano de impossível reparação direta.
18. A possibilidade de eleição do juízo ou tribunal arbitral especializado no tema técnico ou jurídico objeto da lide, elevará as chances de o resultado obtido na sentença arbitral ser qualitativamente superior àquele que seria alcançado, acaso a lide fosse conhecida e

julgada por um juiz togado generalista, decorrendo vantagens da arbitrabilidade em especialidade de matérias envoltas ao direito ambiental, financeiro, orçamental, urbanístico, paisagístico, artístico, de patrimônio histórico e cultural, dentre tantos outros.

19. A arbitragem para a solução de conflitos coletivos dependerá de cláusula a ser convencionada em compromisso de ajustamento de conduta ou de gestão, sem prejuízo da celebração de compromisso arbitral, isto é, a *posteriori*.
20. A escolha do juízo ou tribunal arbitral decorrerá de critérios objetivos entre sujeitos habitados e que sejam de confiança das partes (juízo de eleição). O procedimento a ser adotado em eventual deflagração de arbitragem coletiva não poderá ser gravado de sigilosidade ou datado de confidencialidade, salvo quando o próprio interesse público recomendar que assim se proceda.

Por todo o exposto, a internalização das neófitas ideias afetas aos métodos alternativos na composição de disputas individuais e coletivas, perpassa, necessariamente, por uma quebra de paradigma e mudança cultural na visão do litígio estatal como única forma de acesso à Justiça, tanto pelos operadores do direito, quanto pelos agentes estatais, a inculcar uma postura em sociedade que melhor se amolde aos instrumentos consensuados disponíveis, reservando-se as tutelas estatais jurisdicionais as hipóteses em que a solução consensuada não seja cabível ou as tentativas de enquadramento da melhor técnica tenham se mostrado infrutíferas, com ausência de disposição volitiva das partes envolvidas no problema.

3.29. Da travessia da litigiosidade a uma nova cultura de atuação administrativa

Como já vimos, a negociação, a conciliação e a mediação são métodos autocompositivos de resoluções de controvérsias, conflitos e problemas e se destinam a simplificar, desburocratizar e informalizar os relacionamentos sociojurídicos. Inserem-se, por tais características, no contexto do movimento mundial de acesso à Justiça, mais especificamente na chamada “terceira onda” ou terceiro estágio evolutivo.

No Brasil, esses métodos encontraram grande receptividade no âmbito do II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, firmado em abril de 2009 e subscrito pelos Presidentes dos três poderes da República, que tem orientado inúmeras iniciativas legislativas,

judiciárias e administrativas desde então, dado que um dos três objetivos do Pacto é o aprimoramento da prestação jurisdicional pela prevenção de conflitos, cuja consecução os órgãos estatais assumiram o compromisso de “fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados a maior pacificação social e menor judicialização”.

Numa perspectiva mais ampla podemos afirmar que tais métodos se inserem no novo paradigma jurídico que se apresenta para o século XXI: solução de problemas pela via mais informal, negocial e coparticipativa, como veremos na sequência.

Conquanto os termos de “controvérsias” e “conflitos” possam ser utilizados como sinônimos, no debate atual brasileiro sobre o tema, há alguma preferência pelo uso apenas do segundo termo, os quais utilizaremos ambos para destacar que a atuação extrajudicial dos órgãos ministeriais pela via dos métodos autocompositivos pode ocorrer, que se mostrará mais vantajosa, antes mesmo de instalada a lide, isto é, durante a apuração preliminar conduzida no inquérito civil ou como decorrência do atendimento ao público.

Há uma relevante distinção no uso desses métodos pelo Ministério Público brasileiro em cotejo ao uso que lhes confere o Poder Judiciário, pois quando este é acionado, com a propositura da ação, o conflito (a lide) já se estabeleceu e os métodos autocompositivos servirão para evitar o curso do processo e o julgamento heterocompositivo da causa, em flagrante atuação preventiva.

Essa peculiaridade e o avançado estágio do tema no âmbito do Poder Judiciário, explicam a predominância pelo uso da expressão “métodos autocompositivos de solução de conflitos.”.

Outrora, na assimilação brasileira do segundo estágio do movimento de acesso à Justiça – voltado à superação dos obstáculos próprios dos direitos difusos –, o Ministério Público teve um protagonismo determinante e inovador, contribuindo para a construção de soluções tipicamente nacionais, que, com o tempo, mostraram-se amplamente exitosas e apropriadas à realidade social, jurídica e institucional do país. Honrando a legitimidade recebida diretamente da Magna Carta na promoção da defesa de direitos difusos e coletivos (legitimação autônoma), o Ministério Público brasileiro é, sem dúvida, o principal responsável pela consolidação no Brasil da promoção do acesso à Justiça, numa especial perspectiva coletiva.

Esse protagonismo foi responsável pela (re)estruturação institucional e pelo seu (re)posicionamento no cenário jurídico nacional, consagrados na Constituição da República de 1988 e implementados nos anos que se seguiram.

Esse vanguardismo, contudo, não tem sido verificado no acelerado processo de inserção do terceiro estágio do acesso à Justiça e no paradigma jurídico que se apresenta para o século XXI, dependendo de uma mudança de mentalidade de seus membros.

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como seu principal instrumento de negociação, ampla e exitosamente utilizado por membros de todo o país e a Recomendação, instrumento que bem se presta à mediação de conflitos de natureza coletiva são importantes instrumentos para reduzir a judicialização, mas que pouca ou nenhuma atenção têm merecido nas iniciativas legislativas, judiciárias e administrativas que deveriam ser influenciadas pelo II Pacto Republicano, apesar dos avanços nas reformas processuais brasileiras em 2015.

Apesar da importância para a pacificação social, a atuação do Ministério Público brasileiro como mediador de conflitos sociais – *verbi gratia* na desocupação de terras, rodovias e prédios invadidos por determinados movimentos ou grupos sociais, traz inúmeros exemplos exitosos, mas tem sido pouco estudada academicamente ou estimulada fora do âmbito institucional próprio, conquanto internamente venha recebendo crescente estímulo, com capacitação dos membros e valorização dos resultados alcançados.

A própria tutela coletiva e sua inovação advinda da terceira evolução do movimento de acesso à Justiça – necessita de maior estudo e aprendizado, para o que os órgãos ministeriais possam aprimorar o TAC e a Recomendação em busca de mais efetividade, melhor racionalizando os métodos alternativos de acesso à justiça, assegurando-lhes, assim, agilidade e celeridade com experimentação concreta a um número maior de pessoas.

Nas mediações desenvolvidas em ações individuais, as quais os órgãos ministeriais ainda intervêm, muitos de seus membros desempenham papel de meros coadjuvantes, mesmo nas causas em que sua ativa participação poderia ser decisiva para a adequada proteção dos interesses que justificariam sua intervenção protagonista. Uma neófito iniciativa do Conselho Nacional do Ministério Público e da Escola Nacional de Mediação do Ministério da Justiça – em sede orientativa, destinou-se a contribuir para a reversão desse quadro de letargia.

Primordialmente, buscou-se sensibilizar e capacitar os membros da instituição. para incrementarem suas ações em protagonismo, em especial nas técnicas de negociação e de mediação, prioritariamente nos conflitos de natureza coletiva por essência, sem se descuidar de sua potencial importância contributiva nos conflitos individuais.

As contribuições que a instituição ministerial pode dar, visando à implementação do terceiro estágio do movimento de acesso à Justiça e a sua inserção definitiva no sistema de justiça brasileiro,

será sopesar sua atuação com a realidade social, jurídica e institucional nacional, utilizando-se das vantagens da tutela coletiva para garantia da celeridade, agilidade, efetividade e capacidade plena de solução de conflitos coletivos, melhor os apropriando às demandas e os anseios da complexa sociedade massificada.

Impõe-se sempre ter presente que, enquanto a missão do Poder Judiciário é realizar a Justiça pelo método heterocompositivo, a do Ministério Público é promovê-la em seu campo de atuação extrajudicial. Somente promoverá uma “justiça ágil, célere e efetiva”, a instituição que se “conectar” com o seu tempo e com a realidade que a envolve, tomando as lições do passado, agindo com adequação realística no presente e “mirando” num futuro promissor, que certamente perpassará pela concretude dos métodos autocompositivos.

Em atenção ao perfil constitucional ativo e independente que lhe conferiu a Constituição da República, a utilização do verbo promover deferido aos órgãos ministeriais, destacou-se em três dos nove incisos do art. 129, suas principais funções institucionais, a saber: a de titular da ação penal (inciso I), a de legitimado universal de proteção dos direitos coletivos (inciso III) e a de legitimado à jurisdição constitucional (inciso IV).

O acesso à justiça exerce papel central no direito e na democracia na atualidade. Por isso, o seu estudo e os horizontes da sua prática deverão ser ampliados, em novo “norte” que objetivará uma abrangência de conteúdo sobre os métodos alternativos de acesso à Justiça, indo muito além do acesso ao Judiciário, mas como uma necessidade intransponível em defesa do exercício da cidadania.

No contexto dos direitos e das garantias fundamentais, o acesso à Justiça adquire enorme relevância tanto para o direito quanto para a democracia, pois não há direito em perspectiva de sua prática, sem mecanismos adequados e eficientes para sua garantia, proteção e efetivação. No sistema jurídico brasileiro, a Justiça Eleitoral como um dos mais relevantes mecanismos especializados de acesso à Justiça pátria, demonstra as assertivas, sob o prisma de garantia a ascensão a forma de governo democrata. Assim, o direito e a democracia, no plano das suas respectivas funcionalidades sociais, dependerão de mecanismos adequados de garantia, proteção e de efetivação dos direitos fundamentais.

É justamente nesse contexto que a abordagem do acesso à Justiça, como novo viés de pensamento, traz horizontes reflexivos para a Teoria Geral do Direito. A concepção democrática do Direito impõe a união entre a teoria e a práxis, entre a teoria e o resultado, entre o Direito e a efetividade material. Os modelos teóricos explicativos devem atentar para o binômio: direito-efetividade.

O conteúdo essencial do acesso à Justiça possui várias facetas, em dimensão de direito e de garantia fundamental. A expressão em si tem passado por mutações no decorrer da evolução do Estado

de Direito. Assim, deixando de ser a concepção de “direito de acesso à Justiça”, ato formal do indivíduo de provocação do Poder Judiciário, como outrora remontado nos estados liberais, passou a ser concebido – no *Welfare State* - como o “direito de acesso substancial ao Judiciário” para a proteção de direitos individuais e sociais.

No âmbito do Estado Democrático de Direito – modelo adotado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 –, o conceito de “acesso à Justiça” vem passando por uma releitura para constituir em direito e garantia fundamental, que vai muito além do direito individual e social de acesso ao Judiciário.

A nova abordagem é abrangente e considera o direito e a garantia de acesso à Justiça como todo mecanismo legítimo de proteção e de efetivação de direitos, estes amplamente considerados – tanto os individuais quanto os coletivos por essência (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos).

Este novo conceito inclui os mecanismos jurisdicionais e os extrajurisdicionais, nacionais e internacionais. Nessa dimensão, o acesso à Justiça abrange também o direito à duração razoável do processo e o direito ao resultado adequado da proteção e da efetivação. Portanto, é possível afirmar que o “acesso à Justiça” conglobou o direito de ação, a duração razoável do processo ou procedimento, e o direito de solução heterocompositiva adequada, em que se atendam às reais necessidades do direito material em situação de lesão e de ameaça.

O acesso à Justiça deve ser (re)compreendido como direito e garantia fundamental de acesso a todos os meios legítimos – jurisdicionais e extrajurisdicionais, nacionais ou internacionais – de proteção e de efetivação de direitos individuais e coletivos amplamente considerados⁶⁷¹.

Tal conjuntura conceitual do “direito de acesso” engloba a garantia de acesso a mecanismos justos, céleres, eficazes, eficientes e efetivos, possibilitando-se um resultado adequado e tempestivo de experiência jurídica que será projetada em sociedade e na vida dos cidadãos comunitários.

Por outro lado, a nova abordagem do direito de acesso à Justiça como direito e garantia fundamental fixou novas diretrizes à hermenêutica constitucional, com destaque para a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º, da CR/1988), considerada a sua força normativa irradiante - em grau máximo - sobre todo ordenamento jurídico, assim como outras diretrizes

⁶⁷¹ Cf. Gregório Assagra Almeida, a “(...) summa divisio constitucionalizada relativizada no País é Direito Coletivo e Direito Individual. Chega-se à essa conclusão porque o texto constitucional de 1988 rompeu com a summa divisio clássica ao dispor, no Capítulo I do Título II – Dos direitos e Garantias Fundamentais, sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. No constitucionalismo democrático pós-positivista, os direitos e garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico, de forma a constituírem-se a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular.”. In ALMEIDA, Gregório Assagra – Direito material coletivo: superação da summa divisio clássica direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, pp. 380-381.

ligadas à multifuncionalidade deles. Nessa nova e atual conceituação, precisamos incorporar ao conceito de acesso à Justiça os aspectos subjetivos e objetivos que têm orientado a contemporânea doutrina dos direitos fundamentais⁶⁷².

Sob aspecto subjetivo, o acesso à Justiça é direito fundamental de aplicabilidade imediata aos indivíduos e à coletividade, representando espécie do gênero dos direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CR/1988).

Sob aspecto objetivo, o acesso à Justiça é princípio fundamental do ordenamento constitucional brasileiro e do Estado Democrático de Direito, constituindo perspectiva material para o exercício do controle da constitucionalidade, a exegese do direito, assim como para as reformas legislativas, judiciárias e administrativas⁶⁷³.

Dessarte, não se restringe ao acesso ao Judiciário, sendo condição de direito fundamental em acesso a todo e qualquer meio legítimo de proteção e efetivação de direitos, inclusive acesso aos métodos alternativos consensuados de solução de controvérsias, visando resultados mais adequados à tutela (extra)jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da CR/1988)⁶⁷⁴.

Além disso, da interpretação do sistema infraconstitucional aos casos concretos, devemos perpassar por uma “filtragem” constitucional. Alinhado a esses objetivos, uma primeira abordagem se destinará a contextualizar o movimento mundial do acesso à Justiça e seus reflexos no sistema jurídico brasileiro; uma segunda abordagem, rememorar o vanguardismo dos órgãos ministeriais brasileiros para adoção de soluções tipicamente nacionais, em superação aos desafios típicos da segunda onda renovatória do movimento, isto é, acesso à Justiça em matéria de direitos coletivos; e, por fim, uma terceira abordagem enfocará os desafios e as potencialidades que a terceira onda do acesso à Justiça representará ao Ministério Público brasileiro.

3.30. O novo “norte” de acesso à Justiça e seus reflexos

O século XX foi caracterizado por um crescente incremento dos direitos humanos em todo o mundo, especialmente no Brasil, de modo mais acentuado a partir de 1930. Aos direitos individuais voltados à garantia das liberdades e da propriedade cresceram-se, inicialmente, variados direitos sociais

⁶⁷² CARDOZO, José Eduardo – O acesso à justiça no Brasil: desafios e perspectivas. Manual de boas práticas de acesso à justiça – Mercosul e Estados associados. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, 2012, pp. 44-53.

⁶⁷³ Sobre os aspectos objetivos e subjetivos dos direitos fundamentais. In HESSE, Konrad – Significado de los derechos fundamentales. In BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner, VOGEL, Hans-Jocher; HESSE, Konrad (Orgs.). – Manual de derecho constitucional. Tradução Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 90.

⁶⁷⁴ Cf. CARDOZO, José Eduardo – O acesso à justiça no Brasil: desafios e perspectivas. Manual de boas práticas de acesso à justiça – Mercosul e Estados associados. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, 2012, p. 44-53.

destinados a promover proteção, sob a lógica da solidariedade social (direitos dos trabalhadores, previdenciários e de saúde, dentre outros) e da igualdade material (por exemplo, com um crescente reconhecimento do direito de todos à educação e o dever do Estado de provê-lo).

Na sequência, como decorrência do pós-guerra e da maior preocupação com o futuro da humanidade que se lhe seguiu, em resposta à massificação das demandas em sede de relações sociais, provocada pelos novos métodos e modelos de produção industrial e de comercialização de produtos, fazendo nascer uma nova gama de direitos, denominados genericamente como difusos, posto que titularizados abertamente em sociedade, destacando-se, dentre outros, o direito ao meio ambiente equilibrado e os direitos dos consumidores nas relações massificadas.

Esse incremento foi, em grande parte, resultado de um acentuado processo de transformação social: a) crescente urbanização; b) maximização da produção e do consumo; c) incremento populacional sem precedentes – resultado dos avanços da medicina e das melhorias das condições básicas de vida das populações; e, por fim, d) multinacionalização das empresas e globalização econômica, com ampla e volátil circulação do capital, com desenvolvimento dos meios de comunicação de massa.

Na esteira dessas transformações jurídico-sociais, e notadamente desde meados da década de 1960, surgiram desafios realísticos de provisão de direitos, garantindo-os minimamente por meio de vetores que obstassem contínuas violações, em que pese restarem expressamente declarados⁶⁷⁵.

A garantia da efetividade da tutela jurídica, entendida como a realização e o cumprimento material das pretensões amparadas pela ordem jurídica positiva, passou a ganhar maior atenção do que aquela que decorria a segurança jurídica, isto é, faceta do direito em seu viés de regulação e de integração social.

Ao lado da tutela jurídica estática, vale dizer, de proteção jurídica conferida por meio da positivação de preceitos reguladores de convivência – direitos e interesses primários –, cresceu a preocupação com a tutela jurídica dinâmica, ou seja, com as atividades destinadas a assegurar a efetividade desses preceitos, tudo sob um viés instrumental⁶⁷⁶.

A reação mais organizada que o direito produziu para fazer face a desafio teve início em meados da década de 1970, dissecada na doutrina de MAURO CAPPELLETTI, responsável pela coordenação de três projetos destinados a estudar e aprofundar a temática do acesso à Justiça no mundo, tanto em relação à adequada e acessível representação em juízo, quanto no que diz respeito à qualificação da Justiça e ao surgimento de métodos alternativos de solução das controvérsias.

⁶⁷⁵ Cf. BOBBIO, Norberto – Presente e Futuro dos Direitos do Homem. A Era dos Direitos. 11^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 25.

⁶⁷⁶ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel – Fundamentos do Processo Civil Moderno. Vol. II. 5.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 809-810.

Concebido originalmente como “Projeto Florença”, esses estudos contaram com a colaboração de juristas de aproximadamente 25 países em quase todos os continentes, “desaguando” no chamado “movimento pelo acesso à Justiça”, que veio desde então revolucionando o direito de vários países⁶⁷⁷.

Nesses estudos, a titularidade de direitos é destituída de sentido quando da omissão de mecanismos idôneos para sua efetiva reivindicação, onde o acesso à Justiça é tido como requisito fundamental – o mais basilar dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos⁶⁷⁸.

Com efeito, de pouco vale prever direitos em lei e depois se descurar de implementá-los, não garantindo-se-lhes efetividade. A expressão “acesso à Justiça” serviu para robustecer duas finalidades no sistema de justiça (instância de reivindicação de direitos e resolução de controvérsias), quais sejam: a) igualdade material de acessibilidade universal; e, b) produção de resultados individuais e socialmente equitativos⁶⁷⁹. Nesse particular, a justiça social pressupõe o acesso efetivo à justiça comum ao cidadão, devendo ser garantida sua efetiva implementação pelo Estado⁶⁸⁰.

Para MAURO CAPPELLETTI⁶⁸¹ os principais obstáculos de acesso à justiça podem ser indicados como: (a) as custas judiciais diretas (emolumentos) e indiretas (gastos com advogados, dispêndio de tempo e recursos humanos à causa), problemas estes relevantes em causas individuais; (b) as diferentes possibilidades das partes, notadamente quanto à disposição de recursos financeiros, onde grandes empresas e o Estado – principais violadores de interesses coletivos – se tornam hiper-suficientes em relação aos litigantes individuais, sobretudo quanto ao conhecimento – aptidão de (re)conhecer um direito e propor uma ação ou agir em defesa própria; (c) (re)conhecimento às diversas diferenças entre os litigantes eventuais e os habituais em hiper-suficiente na relação processual, dada maior *expertise* e possibilidade logística de planejamento do litígio por meio de banco de dados (de ações e precedentes em julgados), com o estabelecimento de relações informais com a autoridade decisora, a diminuir os riscos da demanda em sede de previsibilidade; e, (d) problemas especiais afetos a interesses difusos:

⁶⁷⁷ Os resultados dessa pesquisa foram apresentados parcialmente em 1975 por Mauro Cappelletti, em convenção realizada em Florença, sob o título “Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla giustizia civile” e posteriormente o estudo foi apresentado na Convenção sobre “Liberdades Fundamentais e Formações Sociais” realizada entre 9 e 11 de maio de 1975, publicado na Rivista di Diritto Processuale no mesmo ano e traduzido para o português por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, com publicação na Revista de Processo n. 05, jan-mar 1977, pp. 128-159, sob o título “Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil”. Este artigo e suas ideias tiveram grande destaque no desencadeamento das ideias de Mauro Cappelletti, sendo precursor da obra de análise dos resultados da pesquisa, intitulado “Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective” de coautoria de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Esse relatório foi traduzido para o português pela ex-Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie Northfleet, sob o título “Acesso à Justiça” e publicado no Brasil por Sérgio Antônio Fabris Editor, em 1988, em obra que até hoje é leitura fundamental sobre o tema. In CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

⁶⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. In CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant - Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report. Milano: Giuffrè, 1978, pp. 10-11.

⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 8

⁶⁸⁰ A discussão brasileira sobre o tema de efetividade de acesso à Justiça culminou nos anteprojatos legislativos posteriormente transformados na Lei federal n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).

⁶⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Original: Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report. Milano: Giuffrè, 1978, pp. 20-21.

nenhum indivíduo possui legitimidade na correção a lesão de interesse coletivo; ou, a recompensa para qualquer indivíduo que tente buscar essa correção será pequena demais para induzi-lo a tentar o ajuizamento de ação.

No intuito de identificar os meios que permitissem superar tais obstáculos, edificaram-se as propostas denominadas “ondas de acesso à Justiça”⁶⁸².

A primeira, atinente à assistência judiciária aos hipossuficientes já encontrava respaldo normativo brasileiro pela Lei federal n. 1.060/1951 (Lei de Assistência Judiciária Gratuita), sobrelevada a partir da estruturação das defensorias públicas como funções essenciais à Administração da Justiça, em especial nas localidades em que não eram devidamente estruturadas⁶⁸³.

A segunda, preocupada com a representação em juízo dos interesses difusos e direcionada à superação das noções tradicionais do processo civil acerca da legitimidade e coisa julgada, dependia da identificação de a quem caberia a defesa desses interesses coletivos por essência, bem como da extensão dos efeitos das decisões de mérito judiciais para além das pessoas submetidas em contraditório judicial nos processos estatais⁶⁸⁴.

O sistema jurídico brasileiro materializou regras pela Lei federal n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública brasileira) e pelas disposições processuais da Lei federal n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor brasileiro), ambas erigidas sob a influência da “segunda onda de acesso à Justiça”. Desse avanço sobrelevou-se o papel do Ministério Público brasileiro, em sua efetivação na função essencial à Administração à Justiça.

A terceira onda renovatória focou em amplitude na superação da visão de “representação em juízo” (legitimidade), em direção ao que denominou-se de “enfoque global de acesso à Justiça”, consistente na simplificação de procedimentos judiciais, julgamento em sede de pequenas causas e utilização de formas “quase-judiciais” ou “não judiciais” de conciliação e mediação, instrumentos idôneos de resolução dos litígios e em simplificação ao direito adjetivo, com desburocratização e informalização⁶⁸⁵.

Com a nova impulsão legislativa advieram os Juizados de Pequenas Causas constantes da Lei federal n. 7.244/1984 (já revogada), substituído pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (em vigor) preconizados nas Leis federais n. 9.099/1995 e n. 10.259/2001, assim como o processo

⁶⁸² Idem, pp. 15-31.

⁶⁸³ Ibidem, pp. 31-49.

⁶⁸⁴ Ibidem, pp. 49-67.

⁶⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Original: Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report. Milano: Giuffrè, 1978, pp. 75-160.

heterocompositivo extrajudicial disposto na Lei de Arbitragem brasileira com o advento Lei federal n. 9.307/1996.

De igual modo, decorreu influência de celebração do II Pacto Republicano de Estado, por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo, firmado pelos Presidentes dos três Poderes da República brasileira em 13 de abril de 2009, do qual adveio o compromisso para fortalecimento da mediação e a conciliação, em estímulo à resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados a maior pacificação social e menor judicialização⁶⁸⁶.

Dessarte, ao tratarmos de políticas públicas do sistema de justiça, merece destaque a aprovação da Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça, que dispôs sobre a “Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”.

Concomitantemente a esses debates destinados ao aprimoramento legislativo, alguns estudos doutrinários advieram acerca da efetividade da tutela coletiva e do acesso à Justiça; mesmo quando não serviram de mote principal para mudanças culturais, seus preceitos permearam de reflexão acerca da tutela jurídica em sua perspectiva dinâmica.

Por fim, o movimento de acesso à Justiça encontrou ampla receptividade no processo de redemocratização do país, refletido na Constituição da República brasileira (1988), expressos em verdadeiros preceitos-paradigma.

Enquanto a Constituição da República de 1967, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 1/1969, assegurava-se em seu artigo 153, § 4º, que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual, a Magna Carta de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, previu garantia mais ampla de acesso à Justiça⁶⁸⁷.

O legislador constituinte originário tratou de ampla proteção contra a ameaça do direito, não mais restrito a pura lesão, abarcando hipóteses de violação individual ou coletiva em verdadeira ampliação de seu espectro protetivo, tudo sob a ótica preventiva ou repressiva, abrindo a possibilidade da tutela coletiva.

A despeito da referência expressa de acesso ao Poder Judiciário esculpida na garantia constitucional do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República brasileira (1988), tratou a doutrina especializada em superar a interpretação restritiva de acesso à Justiça, motivando e embasando a

⁶⁸⁶ Nesse sentir, no âmbito do Poder Judiciário merece especial destaque a Resolução CNJ n. 125, de 29 de novembro de 2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça”.

⁶⁸⁷ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”.

ampliação da garantia de acesso aos meios alternativos, à luz do conceito do respectivo movimento renovatório, por via de interpretação sistêmica e como técnica de hermenêutica jurídica.

HERMAN BENJAMIN⁶⁸⁸, sustenta haver mais “sentidos” além do restrito conceito de acesso ao Poder Judiciário, mais consentâneos com nossa realidade. O mais amplo refere-se à tutela de direitos ou interesses violados por meio de instrumentos jurídicos variados – judiciais ou não. Outro, que o autor denomina de “integral” equivaleria ao acesso ao Direito, vale dizer, a uma ordem jurídica justa (inimiga dos desequilíbrios e destituída de presunção de igualdade), (re)conhecida (individual e socialmente) e implementável efetivamente, com um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso a mecanismos alternativos (principalmente os preventivos), estando os sujeitos titulares plenamente conscientes de suas possibilidades, habilitando-os - material e psicologicamente – ao exercício mediante a superação de “barreiras” (requisitos) de ordem objetiva e subjetiva. Tal propositura é denominada “acesso integral à ordem jurídica justa”, e que vai ao encontro das premissas desta obra.

Assim, inequívocos foram os avanços alcançados pelo direito brasileiro rumo ao crescente acesso à Justiça e à efetividade do direito, em especial por meios autocompositivos cada vez mais crescentes nesta última década, a abandonar-se a técnica clássica de solução das lides por meio do processo judicial (litigioso), substituindo-o pelos meios alternativos extrajudiciais de solução de problemas.

Não obstante, a realidade brasileira tem mostrado o déficit de efetividade dos direitos prescritos, onde a prestação deficiente deve-se - em parte - à exclusão histórico-social que caracterizou a inserção da nossa nação no plano global da modernidade (primeiro mundo), estabelecendo-se um abismo entre a realidade concreta e a positivada.

Por outro lado, tal fato emergiu devido às dificuldades inerentes ao processo estatal para, isoladamente, assegurar a efetividade dos direitos numa sociedade cada vez mais complexa, mormente sob a perspectiva coletiva dos direitos e em virtude das peculiaridades que lhe são próprias.

Esta é uma das principais razões pelas quais os meios autocompositivos de solução de conflitos, controvérsias e problemas vêm ganhando mais atenção no sistema de justiça pública.

⁶⁸⁸ Cf. BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos – A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In MILARÉ, Édís (coord.). Ação Civil Pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 74-75.

3.31. O novo protagonista brasileiro da segunda onda de acesso à Justiça

Especificamente no que se refere aos direitos coletivos, a indagação formulada por MAURO CAPPELLETTI “mirou” na disputa jurídica que corresponderia a disputa social característica da sociedade contemporânea, decorrendo resposta em favor da proteção dessa categoria em massa, isto é, de direitos de natureza difusa (consumerista, ambiental, dentre outros)⁶⁸⁹.

E a resposta jurídica encontrada incluiu a viabilização da tutela jurisdicional dos novos direitos (de segunda e terceira geração), bem como daquelas lesões individuais provocadas em massa sob a perspectiva coletiva, garantindo-se adequadamente a todos – individual ou coletivamente - o adequado acesso à Justiça.

Para tanto, impôs-se construir soluções jurídicas que inovassem em dois pontos fundamentais do processo estatal: a legitimidade (quem estaria autorizado à defesa coletiva) e a coisa julgada (quem estaria vinculado para benefício ou prejuízo aos efeitos da decisão estatal), assim como estabelecer instrumentos e a disciplina processual que propiciasse um tutela jurisdicional coletiva.

Superando preconceitos do próprio autor acerca da ilegitimidade da tutela coletiva pelos órgãos ministeriais, fundamentado a partir da realidade institucional de outros países⁶⁹⁰ onde o Ministério Público não detêm independência funcional ante os poderes políticos locais, agregado, ainda, às dificuldades na especialização de seus membros na defesa de direitos difusos e coletivos estrito senso, decorreu a superação do ceticismo por meio da aproximação à realidade jurídico-social brasileira, advinda após a promulgação da Lei federal n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública brasileira) e a Constituição da República de 1988, passando a excepcionar suas próprias críticas.

O modelo institucional erigido a partir da Constituição da República brasileira (1988), onde os órgãos ministeriais brasileiros passaram a ser dotados de independência funcional, trouxe consigo a legitimação universal (autônoma) na tutela de direitos coletivos⁶⁹¹, além de posição de protagonista à ação civil pública – seja como *dominus litis* ou *custos legis* – intervindo em todos os feitos dessa natureza, agregado a titularidade do inquérito civil público (procedimento investigativo de natureza inquisitorial).

Destacamos a legitimação ativa deferida aos órgãos ministeriais para propositura da ação de indenização pela prática de ato ilícito danoso ao meio ambiente⁶⁹², em consonância aos movimentos do acesso à Justiça e sob à égide da nova realidade local.

⁶⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro – Tutela dos interesses difusos. Tradução Tupinambá Pinto de Azevedo. Revista AJURIS, N 33 (1985), pp. 169-182, pp. 172-173.

⁶⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. Revista de Processo. A 2, N 5 (1977), pp. 137-140.

⁶⁹¹ Artigo 129, inciso III, da Constituição da República brasileira de 1988.

⁶⁹² Artigo 14, da Lei federal n. 6.981/1981, mais tarde ab-rogada pela Lei federal n. 9.605/1998, da República Federativa do Brasil.

A história da Lei da Ação Civil Pública brasileira (Lei federal n. 7.347/1985) é emblemática para demonstrar como a contribuição dos órgãos ministeriais foram cruciais para a consolidação nacional da segunda onda renovatória do movimento de acesso à Justiça⁶⁹³.

Destacamos que o modelo europeu descrito em MAURO CAPPELLETTI⁶⁹⁴, lastrado em referência francesa, italiana e espanhola, dispunha o tratamento isolado de cada espécie de direito coletivo a ser tutelado e a primazia das associações civis na legitimidade ativa coletiva, apropriada à realidade social de uma sociedade organizada e mobilizada com o atingimento do bem comum.

Qualquer análise retrospectiva que se faça sobre a contribuição dos órgãos ministeriais para a efetivação da segunda onda renovatória de acesso à Justiça brasileira, tanto em relação à disciplina legislativa, quanto à prática administrativa, invariavelmente concluirá pela destacada relevância por uma tutela jurisdicional coletiva, efetiva e adaptada à realidade nacional.

Tanto que, hodiernamente, o Ministério Público brasileiro é o legitimado ativo mais atuante no ajuizamento das ações coletivas, possuindo, por consequência, maior êxito e alcance de melhores resultados. Essa amplitude do objeto da ação civil pública⁶⁹⁵ permitiu a maximização do acesso à Justiça na tutela de direitos sociais, pondo país em envergadura vanguardista sobre o temática.

Dentre os mecanismos postos à disposição para busca de elementos probatórios para propositura judicializada, edificou-se o inquérito civil público preparatório da ação civil, procedimento de natureza inquisitorial, sob presidência do membro do Ministério Público com a atribuição funcional e titularidade ativa da demanda coletiva a ser aviada, por vezes indispensável à colheita de material probatório mínimo, por meio de diligências requisitórias que subsidiam a tutela jurídica do direito violado ou sob premente ameaça de lesão.

Permitiu-se o ajuizamento de ações civis públicas melhor instruídas, e, por consequência, surgiram maiores probabilidades de sentenças estatais de mérito exitosas⁶⁹⁶. Neste estado de coisas, o inquérito civil público serviu de mecanismo de viabilização da redução de judicialização de demandas,

⁶⁹³ O primeiro anteprojeto dessa lei foi elaborado por Ada Grinover, Kazuo Watanabe e Cândido Rangel Dinamarco, a pedido da Associação Paulista de Magistrados, e apresentado no I Congresso Nacional de Direito Processual, realizado em Porto Alegre, em 1983, quando recebeu contribuições do professor José Carlos Barbosa Moreira. Em novembro do mesmo ano, o anteprojeto foi encaminhado ao Deputado Flávio Bierrenbach, que, no ano seguinte, apresentou à Câmara dos Deputados o primeiro Projeto de Lei da Ação Civil Pública, sob o n° 3.034/1984. Conquanto já prevísse a legitimidade ativa do Ministério Público e outros avanços significativos, como a possibilidade de concessão de provimentos judiciais de obrigação de fazer ou não fazer, a concessão de medida liminar, a dispensa de adiantamento de custas, honorários periciais e outras despesas judiciais, decorreu a instituição de um fundo dos direitos difusos, para especialização da tutela de tais direitos, inclusive coletivos.

⁶⁹⁴ Cf. CAPPELLETTI, Mauro – Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil. Revista de Processo. A 2, n 5 (1977), pp. 137-140.

⁶⁹⁵ Trata-se de lei eminentemente formal que objetiva regular a ação protetiva dos vários direitos subjetivos e deveres jurídicos relativos aos interesses metaindividuais, dentre os quais, os interesse difusos, coletivos estrito senso e individuais homogêneos. Cf. VALENTE, Tarcísio Régis – Ação Civil Pública: A Tutela dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos na esfera Trabalhista. 2001. Tese de Dissertação de Mestrado. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 30.

⁶⁹⁶ Cf. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro – Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo, 2ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 204-205.

consideradas as soluções extrajudiciais coconstruídas em seu próprio *locus*, antecedente à deflagração da instância jurisdicional.

Sem prejuízo, fracassada a tentativa consensuada surgirá a possibilidade de busca judicializada com provimento cautelar – inclusive de natureza antecipatória –, em fase de juízo estatal de cognição sumária, determinante para garantia da efetividade dos direitos coletivos, sendo competente o foro do local do dano para conhecer e julgar as ações propostas sob a égide da Lei da Ação Civil Pública brasileira.

Vemos que o Ministério Público se reinventou, sendo abarcado na seara constitucional após o advento da Lei da Ação Civil Pública brasileira como legitimado ativo na tutela dos direitos sociais, seja por meio da ação civil, seja por meio do inquérito civil. Essa guinada institucional contribuiu para movimento renovatório de acesso à Justiça em favor da sociedade brasileira, assegurado pela independência institucional e às competências constitucionais de órgão promotor de justiça, apresentado como protagonista do sistema de funções essenciais à Administração da Justiça.

Nesse particular, o avanço institucional contribuiu com a racionalização administrativa na prestação jurisdicional, estancando o ajuizamento de inúmeras ações individuais sob mesmo objeto, cujo pano de fundo retratava acerca de direitos coletivos.

A aprimoração da atuação dos órgãos ministeriais no processo de implantação do segundo estágio do movimento de acesso à Justiça, serviu de supedâneo funcional para o alcance da posição de protagonismo na implantação da “terceira onda renovatória”, da qual decorre interesse acadêmico na presente obra.

3.32. Das potencialidades da terceira onda do acesso à Justiça

Com o advento da Carta Magna brasileira de 1988, consagrou-se três modelos funcionais de Ministério Público conquanto função essencial à Administração da Justiça. O primeiro de essência demandista, que atua no plano jurisdicional; o segundo de essência fiscalizatória - *custos legis* - que atua no plano (extra)judicial; e o terceiro, de essência resolutiva, que atua tanto no plano jurisdicional, quanto no plano extrajudicial, em matéria de autocomposição alternativa de litígios.

No modelo resolutivo, os órgãos ministeriais assumiram protagonismo na solução das controvérsias, dos conflitos e dos problemas ligados à área de sua atribuição constitucional – tutela de interesses públicos relevantes.

Nessa onda neoconstitucionalista caracterizada pela força normativa irradiante sobre a ordem jurídica brasileira, destaca-se a normação do objetivo fundamental de defesa dos direitos coletivos de uma

sociedade pretendidamente justa, livre, solidária, fraterna, em atenção à erradicação da pobreza e à diminuição das desigualdades sociais, atividades de defesa precípua dos órgãos ministeriais. Esse novo modelo institucional constitucionalizado impôs um redesenho da atuação jurisdicional e extrajurisdicional do Ministério Público brasileiro.

A capacitação de seus membros ministeriais perpassou pela quebra de paradigma de uma atuação sob viés eminentemente demandista (litigioso), para um viés concertado na solução das controvérsias, conflitos e problemas, por meio da interlocução e da consensualidade, caminhos indispensáveis remodelação constitucional. Assim, a negociação e a mediação surgiram como primeiras técnicas legítimas para ampliação e consagração do acesso à Justiça, sob influência direta do movimento de terceira onda renovatória.

A inserção dos órgãos ministeriais em seção própria do Título IV da Constituição da República brasileira (1988), que disciplinou a Organização dos Poderes, em especial no Capítulo das Funções Essenciais à Administração da Justiça, criou um separatismo salutar dos três poderes republicanos (funções típicas), voltando-se à consolidação da sua independência funcional plena, agregada à sua autonomia administrativo-financeira, sem as quais, seria impossível a transformação institucional e o progresso experimentado.

Nesse diapasão, temos a consolidação de uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”⁶⁹⁷.

Nesse cenário promissor constitucional-republicano, sobrevieram normas infraconstitucionais capazes de dar azo de maior efetividade das novas tarefas que lhe foram incumbidas. Essa evolução histórica permitiu observar a vocação democrática do Ministério Público, seja na transformação da realidade social e jurídica do país, seja na efetividade dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito. Sem a efetividade da atuação ministerial, pela ausência ou fraqueza funcional, abre-se espaço para o exercício do arbítrio estatal⁶⁹⁸.

Em contrapartida, vozes dissidentes tentaram submeter os órgãos ministeriais ao Poder Legislativo, posto que caberia a este a elaboração legislativa, “norte” fiscalizatório daquele, vinculando-o ao princípio da estrita legalidade; de outra banda, houve quem buscasse a submissão da atividade ministerial como proeminência jurisdicional típica, razão pela qual estaria subordinado ao Poder

⁶⁹⁷ Art. 127, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁶⁹⁸ Cf. MACHADO, Antônio Alberto – Ministério Público: democracia e ensino jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 139-140.

Judiciário; por fim, houve quem lecionasse que a função ministerial seria de natureza eminentemente administrativa na promoção ou execução das leis, pelo que restaria subordinado ao Poder Executivo⁶⁹⁹.

Em que pesem tais apontamentos, nenhuma das concepções antepostas encontraram respaldo neoconstitucional, que além de estabelecer um rol de competências personalíssimas, conferiu-lhe autonomia administrativa, financeira, orçamentária agregada a independência funcional, remetendo-lhe a princípios institucionais próprios, com garantias funcionais de seus membros e órgãos de execução, para consolidação do exercício independente de seu *munus* constitucional.

Destarte, ainda que seja pautado em sua atuação por normas legais emanadas pelo Poder Legislativo, em atuação jurisdicional como parte e/ou *custos legis* perante o Poder Judiciário, e na fiscalização do fiel cumprimento das leis pelo Poder Executivo, a nenhum deles se subordina, aplicando-se-lhe à regra de independência funcional plena, decorrendo o deslocamento institucional de pertença da sociedade política – órgão autônomo acusatório do Estado –, para pertença da sociedade civil – órgão autônomo defensor da sociedade⁷⁰⁰.

Essa nova primazia institucional está alinhada a um compromisso histórico-organicista do órgão ministerial para com a sociedade, cuja defesa incondicional foi construída no desempenho de suas funções ao longo do tempo, como critério conformador da justiça. Do mesmo modo, a defesa da democracia e de suas instituições aparece como compromisso político-institucional, abarcando na juridicidade neoconstitucional a autonomia administrativa, financeira e orçamentária, a instrumentalizar sua independência funcional em relação aos demais poderes republicanos.

Em que pese permanecer na estrutura organicista do Estado, este movimento pendular de deslocamento e de integração da sociedade política para a defesa da sociedade civil é inerente ao modelo de forma de governo democrático brasileiro, que lhe deferiu protagonismo de fiscal da lei a ser cumprido pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, viabilizado por um redesenho muito mais funcional do que propriamente administrativo⁷⁰¹.

Assim, temos um órgão institucional de envergadura constitucional de equivalência com os demais poderes republicanos, com o deferimento de regime jurídico e lei orgânica próprios, disciplinadores de carreira típica de Estado, com garantias funcionais e institucionais personalíssimas, fincadas em independência no desempenho do papel constitucional que lhe foi atribuído pelo poder constituinte originário.

⁶⁹⁹ Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro – Introdução ao Ministério Público. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 18-20.

⁷⁰⁰ Cf. GOULART, Marcelo Pedroso – Ministério Público e democracia: teoria e práxis. São Paulo: Editora de Direito, 1998, pp. 95-96.

⁷⁰¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de – Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no Neoconstitucionalismo. In ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas – Teoria Geral do Ministério Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, pp. 2-82.

Há quem defira ao órgão ministerial o *status* de garantia constitucional fundamental da sociedade, conquanto instituição essencial de acesso à Justiça, que deva participar do processo democrático de maneira alinhada com os demais poderes e organismos sociais, todos volvidos à concretude dos direitos fundamentais e no resgate da cidadania plena, num projeto hegemônico de redemocratização⁷⁰².

Sob enfoque da terceira onda renovatória do movimento de acesso à Justiça, tal linha de pensamento representa a “pedra de toque” da transformação do próprio pensamento jurídico clássico (demandista) que arraigava os órgãos ministeriais e a cultura jurídica brasileira, que se vinculou por anos a um positivismo neutralizante que distanciou o Estado na solução consensuada de controvérsias, método último indispensável à pacificação social, à solução pacífica das disputas, à estabilidade democrática e à realização da justiça social.

A efetividade do direito deve ser vista como “mola-mestra” da ordem jurídica, onde o movimento de acesso à Justiça é modelo de pensamento da própria ciência do Direito em si⁷⁰³.

A ordem social e normativa – vertida à efetividade do direito – ganha relevância em matéria dos direitos fundamentais, cuja tutela constitucional é função precípua ao órgão ministerial conquanto órgão essencial da realização da própria Justiça. Ainda existem paradigmas a serem rompidos pelos órgãos ministeriais entre o segundo e o terceiro movimentos renovatórios de acesso à Justiça, acentuados pela debelação da cultura jurídica demandista de seus membros, que emergidos da sociedade política, ingressaram remotamente em órgãos de execução acusatória estatal.

A migração do órgão ministerial para a defesa da sociedade civil, implicou a atenção especial de busca da efetividade das normas jurídicas de direito fundamental, impondo a aceitação da ideia de simplificação procedimental, desburocratização da máquina administrativa, informalização do modo de agir e internalização de métodos compositivos da solução de controvérsias.

Em contraponto aos novos “ares” renovatórios de acesso à Justiça, a maioria dos membros que compõe os órgãos ministeriais insistem na utilização do processo judicial adjetivo (demandista) decorrente de apuratórios investigativos civis que dispõem, sem valorizar em grandeza instrumental os resultados práticos e efetivos dos vários métodos alternativos (consensuados) na resolução de conflitos.

A globalização dos efeitos decorrentes dos avanços tecnológicos na seara jurídica, são capazes por si só de simplificar e informalizar procedimentos de acesso à Justiça – de atribuição também ministerial – que tenta acompanhar o crescimento da complexidade e do pluralismo social, passando a

⁷⁰² GOULART, Marcelo Pedrosa – Ministério Público e democracia: teoria e práxis. São Paulo: Editora de Direito, 1998, pp. 95-96.

⁷⁰³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 11-12.

pautar sua atuação pela informalidade, participatividade e negociabilidade, tudo sob influxo de um viés desconcentrado, descentralizado e fragmentado do exercício do poder⁷⁰⁴.

Focando-se muito mais no resultado do que na forma, a efetividade dos direitos fundamentais advindos com tempo de razoável duração do processo, a celeridade dos meios tecnológicos, a economicidade dos custos do direito e a maior “aceitação” do resultado construído pelas partes, são vantagens que emergem dos mecanismos alternativos de solução de lides com a participação direta dos interessados⁷⁰⁵, desnaturados da impositividade estatal que ponha a termo a lide (sentença estatal), conferindo-se maior grau de solução material e psicológica, abstraída da rivalidade demandista das partes, que enxergam numa sentença estatal uma forma de se extrair um título executivo entre vencedor e vencido (cultura da adversariedade).

Toda essa linha de pensamento acima esposada tende a “descolar” os órgãos ministeriais do seu tempo fundante – demandista e acusador –, o que certamente acarretou a remodelação de sua posição institucional frente aos demais atores do sistema de acesso à Justiça, influenciando, inclusive, em suas novas atribuições legais no futuro. Lado outro, mantendo-se excluídos dessa remodelação de pensamento estruturante, os órgãos ministeriais deixam de contribuir para o próprio aprimoramento e de seu país, resultando em efeitos deletérios no verdadeiro sentido de justiça material.

Esse é o sentimento que pairou com o advento da celebração do II Pacto Republicano de Estado “por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo”, que não fortaleceu todos os plúrimos métodos autocompositivos na resolução de controvérsias extraprocessuais (negociação, transação, acordo), a descrever – pontualmente – mecanismos endoprocessuais (conciliação e mediação)⁷⁰⁶, decorrendo referência genérica aos demais.

Assim, contrariamente à teleologia pactual de menor judicialização, “norte” do dito pacto republicano, a mediação e a conciliação se intensificaram, em regra, a *posteriori* do ajuizamento das ações individuais, servindo para dispensar, tão somente, a solução da lide por heterocomposição estatal, sem não antes tomar-se de toda máquina administrativa judiciária em isonomia – de tempo e recursos materiais e humanos – despendidos tanto quanto às demais ações propostas perante o Poder Judiciário. Deixou-se de evitar um maior número de ajuizamento de ações individuais, possivelmente

⁷⁰⁴ Cf. FARIA, José Eduardo – O direito na sociedade globalizada. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, pp. 7-9.

⁷⁰⁵ GAVRONSKI, Alexandre Amaral – A Tutela Coletiva do Século XXI e sua inserção no paradigma jurídico emergente. In MILARÉ, Édís (Coord.) – A ação civil pública após 25 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 37-59.

⁷⁰⁶ “Fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados a maior pacificação social e menor judicialização”. Cf. Alinea “d”, inciso III, do II Pacto Republicano de Estado [em linha]. (24.05.2019). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm.

contingenciadas – em parte - pela celebração de termos de ajustamento de conduta pelos órgãos ministeriais, sobretudo em perspectiva coletiva.

Nesse diapasão, os acordos de ajustamento de gestão têm em si a possibilidade de evitar uma gama de litígios individuais perante os órgãos do Poder Judiciário, conglobando, em perspectiva coletiva, na solução extrajudicial estruturante da tutela de acesso à Justiça, tudo pelo viés autocompositivo.

O grande paradigma a ser enfrentado é o abandono do viés demandista institucional, que em certa medida é o próprio núcleo fundante das atividades judiciárias, para conformação de uma premente atividade protagonista de autocomposição capaz de uma maior solução de controvérsias (plúrimas), com menor demanda de ações individuais repetitivas perante os órgãos jurisdicionais (faceta da economicidade), possibilitando-se, assim, qualificado e mais adequado acesso à Justiça, de forma eficiente, ágil e eficaz em atendimento a proposta dos sucessivos pactos republicanos advindos dos influxos das “ondas renovatórias”.

Esse é o melhor cenário desenhado, quando se admite que o legislador constituinte dotou os órgãos ministeriais de competências exclusivas, equiparando-os – enquanto instituição permanente – ao Poder Judiciário, no que tange à autonomia administrativa, orçamentária e financeira, dotando seus membros de independência funcional e de isonômico modo de garantias e prerrogativas funcionais.

Em verdade, o modelo neoconstitucional encaminha por equiparar os órgãos ministeriais como “defensores públicos” qualificados, pendularmente inclinados à defesa da sociedade civil, identificando seus membros como verdadeiros agentes políticos de interesses públicos sociais.

Importamos repisar que o conceito de “sistema de acesso à Justiça” não se confunde com o “sistema de acesso ao Judiciário”. O primeiro é estruturado para promoção da justiça, e o segundo é estruturado para realização da justiça.

De outra parte, cabe reconhecer que na origem dos estudos de MAURO CAPPELLETTI, a terceira onda renovatória foi pensada numa lógica que pode ser denominada como “judicialiforme”, posto que orientada a resolver problemas do próprio Poder Judiciário na realização da justiça e voltada às partes. Assim, seria o órgão jurisdicional uma espécie de “terceiro imparcial” que atuaria perante as partes, por conciliação ou mediação, sempre depois da lide proposta considerando o princípio da inércia, sendo instância estatal dotada de definitividade para resolução dos conflitos.

Pari passu a essa Administração Judiciária organizada para realização da justiça, defluem-se as potencialidades dos mecanismos plúrimos postos à disposição da sociedade, que encontram ressonância nas reformas judiciárias que caminharam, a saber: (a) pelas reformas da organização judiciária convencional em direção à informalização de procedimentos de promoção da Justiça; e, (b) a

criação de alternativas promotoras de Justiça, com meios expedidos de solução de problemas pouco regulados, em face de hodierno florescimento da arbitrabilidade e de (re)conhecidos meios como *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, que representam a mais concludente transformação dos processos heterocompositivos convencionais (extrajudiciais) de solução de controvérsias⁷⁰⁷.

Não há de se olvidar que os órgãos ministeriais não foram contemplados pelos estudiosos da terceira onda renovatória, considerada a conformação contemporânea, dotando-os, somente de envergadura institucional própria (diversa de outros países), numa realidade de atribuições independentes dos demais Poderes, tudo para fazer face a suas missões constitucionais (especializadas).

A par dessas externalidades institucionais que encaminharam ao alheamento do Ministério Público nos modelos de acesso à Justiça, decorreram movimentações isoladas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e de ramos especializados dos órgãos ministeriais brasileiros sobre o tema, visando as formas inclusivas ativas de atuação funcional.

Tais circunstâncias contribuem para lançar dúvidas sobre a eficácia dos métodos autocompositivos do Termo de Ajustamento de Conduta e do Termo de Ajustamento de Gestão Pública, das Notificações-Recomendatórias em sede de tutelas coletivas, das transações penais e dos acordos de não persecução cível e penal, em especial nos espaços endoinstitucionais.

As desconfianças e resistências residem, sobretudo, da não aceitação da superação de conceitos clássicos próprios de “instrumentos judicialiformes” para atingimento do interesse público, da indisponibilidade das ações penais e da guinada protagonista extraprocessual de promoção direta de acesso à Justiça, onde, em grande parte, os órgãos ministeriais passaram a ser órgão de execução direta por meio da autocomposição, afastando a necessidade do processo heterocompositivo estatal, o que fere “susceptibilidades” em relação as competências e os poderes afetos aos órgãos judiciários brasileiros.

Outrossim, a superação da resistência endoinstitucional aos meios autocompositivos de solução de controvérsias perpassa pela ausência de base doutrinária sólida e, por conseguinte, o desconhecimento e o obscurantismo que a acompanha, de modo a não assegurar aos órgãos ministeriais, as transformações dotadas de segurança jurídica para o pleno desenvolvimento das ideias preconizadas no terceiro estágio do movimento de acesso à Justiça.

A envergadura do protagonismo similar àquele decorrente do segundo estágio da onda renovatória (tutela de direitos coletivos), compatível com a missão constitucional, deve atentar às neófitas

⁷⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa – Pela mão de Alice: O Social e o Político na Pós Modernidade. 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 176-177.

diretrizes do consenso na solução de conflitos, acordos que são ao contexto internacional, e por consequência, à realidade interna brasileira.

O alijamento dos entraves ainda existentes perpassa por uma requalificação dos membros do Ministério Público com (re)alinhamento às técnicas consensuadas no amplo sistema de tutela coletiva, incluindo-se o uso de todas ferramentas idôneas à autocomposição dos conflitos, em especial o Termo de Ajustamento de Conduta e do Termo de Ajustamento de Gestão.

A autonomia e a independência do Ministério Público brasileiro e a crescente legitimação social advinda de sua atuação em defesa do cidadão, acrescida ao gradativo conhecimento empírico especializado, com estrutura institucional própria, permitem uma atuação em escalada de aproveitamento de experiências exitosas, habilitando a ação (extrajudicante) destacada na seara consensuada, protagonizando-se pela sujeição ativa nos meios extrajudiciais autocompositivos, notadamente por meio da negociação, mediação ou transação envolvendo conflitos coletivos.

Sem prejuízo, os órgãos ministeriais estão preparados para o desempenho de papel destacado nas mediações em ações individuais ou coletivas, cuja intervenção é relevante para a proteção dos interesses públicos afetos as suas atribuições. Nas coletivas, versarão sobre a defesa de direitos sociais; nas individuais, versarão sobre a defesa de interesses privados vertidos à manutenção da ordem pública e do cumprimento da lei que justifiquem especial tutela, como, *verbi gratia*, a tutela dos interesses dos incapazes na forma da lei civil e da preservação do erário dos entes públicos (sem prestar-lhes assessoria ou consultoria jurídicas), dentre outros.

A contribuição institucional para o debate e o exercício crescente de métodos alternativos autocompositivos na solução das disputas, deve sempre superar a dimensão individualista, para alcançar patamares de direitos massificados (coletivos)⁷⁰⁸.

Nesse diapasão, denote-se às milhares de ações individuais repetitivas que podem ser compiladas num procedimento preparatório de ação coletiva, solucionando-se o problema antes do ajuizamento da ação judicial de forma consensuada. Sem prejuízo, tal consenso pode advir em sede de audiência preliminar, pelas várias técnicas alternativas extrajudiciais à disposição, impondo como ordem de prioridade a internalização dos neófitos conceitos consensuais de composição da lide por todos os poderes da República.

⁷⁰⁸ A audiência preliminar que indica a tentativa de composição consensual em fase endoprocessual estatal nos termos do artigo 334 do Novo Código Civil brasileiro, sobretudo nas causas em que os órgãos ministeriais funcionem (e não só nos juizados especiais criminais ou cíveis), podem encaminhar ao deslinde do feito pela influência de métodos consensuados na solução das lides, antes mesmo da utilização completa do aparato estatal (critérios de economicidade e racionalidade administrativa), servindo de mote à verificabilidade do custo/benefício de demandas individuais repetitivas que tenham como pano de fundo a reparação da violação massiva de direitos coletivos.

As sucessivas violações de direitos individuais podem ser identificadas para fins de celebração de ajustamento de gestão pública, podendo ser alvo de recomendação ou autocomposição direta pelo órgão ministerial, sem prejuízo de constatação de fatos ilícitos e a responsabilização dos envolvidos pelo incumprimento de normas jurídicas.

Contudo, ressaltamos a subsistência de desafios de ordem estrutural. O número de feitos brasileiros judicializados acumulam-se para um gargalo (in)concluso de prestação jurisdicional (in)efetiva⁷⁰⁹, justificando a ampliação dos meios consensuados de solução de conflitos⁷¹⁰, especialmente em relação à autocomposição (à negociação, à mediação e à conciliação), caminhos fidedignos para modificação dessa realidade letárgica expressa em números.

Lado outro, as dificuldades estruturais pela falta de mecanismos facilitadores organizacionais, de logística, recursos humanos disponíveis e materiais, não só em relação a regiões de predominância de hipossuficientes comunitários em centros urbanos desenvolvidos (comunidades aglomeradas, favelas, ocupações civis), tanto quanto em relação a regiões menos desenvolvidas socioeconomicamente, decorrendo, ainda, prestação extrajurisdicional deficitária⁷¹¹.

Nesse contexto, a culturalidade e a formação individualista e cartesiana dos profissionais do direito no Brasil, de matiz iminentemente litigante (processual heterocompositiva estatal), precisa ser relativizada e remodelada. Aqui, destacam-se vários projetos tendentes a implantar uma nova cultura consensuada de solução das controvérsias, cujo fenômeno metodológico precisa ser cada vez mais estudado e exercitado.

Contudo, os índices de conciliação apresentam-se tênues, considerada a implementação da política há mais de uma década. Este índice no Brasil é aferido pelo percentual de sentenças e decisões resolutorias por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas.

⁷⁰⁹ Segundo o Relatório do Anuário da Justiça brasileiro elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2019 já eram 78,7 milhões de processos aguardando solução definitiva em todos os ramos da Justiça, sendo proferidas 32,4 milhões de sentenças e decisões e baixa de processos de 31,9 milhões, havendo distribuição de novos casos à monta de 28,1 milhões. Apesar da demonstração do aumento de produtividade dos magistrados, não é capaz de conduzir um cenário de equilíbrio e prestação jurisdicional efetiva. Relatório com séries históricas [em linha]. (15.12.2019). Disponível em http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Já no ano de 2020 as causas pendentes analisadas em série histórica, tiveram a marca de 77,1 milhões de feitos judiciais em aberto. Relatório com séries históricas [em linha]. (01.11.2020). Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>, p. 95. Esse contexto sociocultural de alta conflituosidade nos remete a ideia de AQUINO, José Carlos G. Xavier - Juizes enxugam gelo ao sol de meio dia [em linha]. (24.05.2019). Disponível em <http://www.migalhas.com.br/depeso/302831/juizes-enxugam-gelo-ao-sol-do-meio-dia>.

⁷¹⁰ A corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado São Paulo criou projeto-piloto de conciliação e mediação durante a pandemia do COVID-19, expedindo regulamento – vigente por 120 dias de trabalho remoto e podendo ser prorrogado – com métodos pré-processuais de composição em momentos de acentuada crise, que acarreta impactos na economia e com efeitos diretos na judicialização massiva de disputas envolvendo contratos empresariais e demandas societárias, realizando-se, deste modo, audiências preliminares por meio do sistema Microsoft Teams com vistas à solução consensuada de controvérsias. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2020-abr-18/tj-sp-cria-projeto-piloto-conciliacao-mediacao-durante-epidemia>.

⁷¹¹ Nesse sentir, para atenuação dos graves problemas deficitários de acesso à Justiça no Brasil, imprescindível o desenvolvimento de políticas públicas de Justiça Itinerante, Justiça Comunitária e Casa de Direitos, todos com escopo de aproximação da Administração Pública judiciária e de suas funções essenciais ao cidadão, com participação do Ministério Público e das Advocacias e Defensorias Públicas.

A implantação do movimento conciliatório incentivou os tribunais em realizarem semanas de conciliação, impulsionadas pelos centros de estudos jurídicos diversos, com o fim de juntar as partes e promover acordos nas fases pré-processual e endoprocessual estatal.

A criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) pelo Conselho Nacional de Justiça, a partir de 2010⁷¹², fortaleceram estruturas e unidades volvidas ao atendimento de casos compositivos, quase sempre ligados a lides já deflagradas por meio de ação judicializada.

No final do ano de 2018 e início de 2019 importantes avanços ocorreram na área do sistema de Justiça brasileiro, em especial com fortalecimento do programa “Resolve”, que realizou projetos e ações que incentivaram a composição das lides e a pacificação social por meio de conciliação e de mediação, além de classificar os CEJUSCs no conceito de unidade judiciária⁷¹³, tornando obrigatório para cálculo da prestação jurisdicional paradigma os atos judicialiformes exercidos nestas unidades⁷¹⁴.

Dentre dos problemas de acesso à Justiça, identificamos a ausência do (re)conhecimento do exercício de cidadania plena em matéria dos direitos fundamentais, e por consequência, das vias apropriadas de busca pelos cidadãos⁷¹⁵.

Mas os números do Conselho Nacional de Justiça demonstram que a preocupação com saída de feitos judicializados, suplanta a ideia administrativa de entrada (novos casos) como mecanismo de acesso pleno à Justiça, o que perpassa como ordem do dia, pela necessidade de enfrentamento estrutural do problema, servindo o método de solução consensual de litígio como importante componente dessa engrenagem a ser estimulado, em especial nas questões litigiosas em que envolvam direitos coletivos, isto é, que podem ser o mote de deflagração de inúmeras ações individuais sobre o mesmo objeto.

⁷¹² Resolução CNJ n. 125/2010.

⁷¹³ Resolução CNJ n. 219/2016. Na Justiça Estadual, havia no final do ano de 2018, 1.088 CEJUSCs instalados. Esse número cresceu ano após ano. Em 2014, eram 362 CEJUSCs, em 2015 a estrutura cresceu em 80,7% e avançou para 654 centros. Em 2016, o número de unidades aumentou para 808, atingindo 982 unidades em 2017, numa tendência força da política pública conciliatória na resolução das lides. Relatório com séries históricas. [em linha]. (15.12.2019). Disponível em http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf.

⁷¹⁴ Assim, foi possível chegar ao percentual de sentenças homologatórias de acordo, comparativamente ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas. Em 2018, foram 11,5% sentenças homologatórias de acordo, valor que reduziu no último ano após o crescimento registrado nos dois anos anteriores. Na fase de execução as sentenças homologatórias de acordo, corresponderam em 2018 a 6%, e na fase de conhecimento a 16,7%. In Relatório com séries históricas [em linha]. (15.12.2019) Disponível em http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf, p. 142.

⁷¹⁵ No ano de 2013 foi lançado projeto pelo Ministério da Justiça e Cidadania brasileira, intitulado de Atlas de Acesso à Justiça no Brasil, que tinha por objetivo informar aos cidadãos de seus direitos fundamentais e das vias disponíveis de acesso à Justiça, com endereços e telefones de todas as esferas de administração pública voltadas à sociedade. Era disposta na rede mundial de computadores, para facilitação dos encaminhamentos e atendimentos, e encontrava-se disposto no sítio eletrônico (<http://www.acessoajustica.gov.br>) da então Secretaria de Reforma do Judiciário. A Secretaria foi extinta e o projeto foi esquecido e desativado com as mudanças de governo nos anos seguintes.

Nesse diapasão, os litígios individuais massificados – com mesmo objeto e causa de pedir – necessitam ser encarados de forma uníssona e serem otimizados, articulados e eficientes sob à ótica da prestação jurisdicional.

Nesse sentir, colocam-se fundamentais os manejos alternativos de solução em apoio, amplitude e a maximização dos métodos extrajurisdicionais de tutela coletiva, tanto por meio de instrumentos normativos, quanto pelo fortalecimento das unidades institucionais legitimadas para “indução” compositiva. A prioridade de tramitação pela instância judicante de ações coletivas já propostas é indispensável para desafogar o gargalo que aguarda solução de continuidade das lides repetitivas.

A identificação dos entraves de acesso à Justiça, aliada ao método mais eficaz para o enfrentamento de suas inconsistências, deve perpassar pela inclusão da sociedade civil no debate. A criação de metodologia de inclusão democrática e participação social, reforça e amplia o exercício pleno da cidadania, em especial na realização de audiências públicas periódicas, com esclarecimento de abordagem temática das variadas formas de acesso à Justiça.

O Ministério Público brasileiro deve ser indutor desse processo, estimulando a guinada de inclusão social ao debate institucional do sistema judiciário brasileiro. Estender a temática para soluções consensuadas de conflitos em sede de tutela coletiva é mister constitucional dos órgãos ministeriais, ordem de prioridade do dia e que não podem prescindir da observância do princípio da oportunidade, agregando-se a *expertise*, racionalidade administrativa, celeridade processual e mecanismos de efetividade ao sistema judiciário brasileiro.

Nesse diapasão, estender às tutelas coletivas o *modus operandi* consensuado e orientado pelo terceiro estágio do movimento do acesso à Justiça faz emergir dos mecanismos autocompositivos a maximização de suas vantagens e virtudes, ultrapassando as balizas estreitas dos problemas individuais, cujo sopesamento do custo/benefício não tem sido valorado pelos Poderes da República como num “preconceito” de possível ordem fundamentalista.

O início da solução do desafogamento de feitos pendentes no judiciário brasileiro deve implicar na coragem em certas quebras de paradigma. Tal receio restou comprovado na rejeição por deliberação legislativa do anteprojeto de lei federal que se propunha a uma modificação da lei da ação civil pública brasileira, em especial no processo coletivo, desvelado em fundamentos deliberativos resistentes ao ativismo judicial e à possibilidade da utilização de meios autocompositivos maximizados em face de

possíveis judicializações estruturantes⁷¹⁶ e na solução de controvérsias na seara de direitos coletivos por essência⁷¹⁷.

Já na última década, houve avanço em termos legislativos acerca do processo coletivo, inclusive com um novo viés dos meios autocompositivos para solução dos conflitos, onde o julgamento da lide se estabeleceu pela homologação da forma consensuada, antes mesmo da propositura do feito e sem o uso da força estatal, esta última pela utilização dos poderes deferidos ao juiz em sede de tutela coletiva.

Aos órgãos ministeriais importam o dever de fomento institucional *interna corporis* dos mecanismos de solução consensual das lides, seja como parte na defesa da ordem constitucional ou da sociedade, seja como *custos legis*, atentando à tendência geracional dos meios autocompositivos como instrumentos de resolução de controvérsias de litígios coletivos, se importando muito mais com os resultados que deverão ser alcançados de forma (re)estruturante de direitos.

Sem prejuízo, a capacitação para celebração dos meios autocompositivos precisa avançar, com metodologias voltadas às técnicas de composição, negociação e mediação, aflorando a vocação ministerial para o diálogo – com a sociedade e interinstitucional –, instrumentos estes importantes para o destencionamento das partes para alcance de uma solução participativa, cujo cumprimento do ajuste se torna compromisso de (re)ajustamento da própria conduta ou da gestão, caracterizada pela

⁷¹⁶ Acerca de litigância estratégica em processos estruturais, Edilson Vitorelli aduz acerca do pensamento do processo de categorias abstratas dos direitos coletivos para um novo enfoque nos litígios coletivos em si. Litígios coletivos globais (litígios coletivos com impacto pequeno a indivíduos). Litígios locais coletividade afetada, cujos indivíduos foram muito impactados). Litígios irradiados (subgrupos de pessoas afetadas de maneira diversa), que fazem decorrer a ideia de litígio estrutural – que não deriva de um evento instantâneo, mas de uma estrutura no tempo (instituição pública, empresa privada, política pública). Ferramentas não estruturais jurisdicionais usuais (ações individuais ou coletivas propriamente ditas). Ferramentais estruturais jurisdicionais (ação judicial que visa solucionar a causa e não a consequência). A causa de pedir do processo estrutural deriva do diagnóstico do problema estrutural, dependendo a investigação por meio de inquérito civil estrutural. Exemplo: Ação estrutural em face da Agência Nacional de Mineração para estruturação fiscalizatória das barragens de rejeitos da mineração. Assim, o pedido do processo estrutural será acerca da reestruturação da administração pública para realização do seu objetivo, com a apresentação de planos de ação com medidas capazes de reestruturar a Agência Nacional de Mineração. Nessa hipótese, foi celebrado um TAC estrutural. O processo estrutural tem uma perspectiva de interferência mais branda do que os mecanismos não estruturantes (ações individuais e coletivas heterocompositivas). Outra modalidade seria a via da intervenção jurisdicional com afastamento dos gestores (verbi gratia, saúde). Há a sistematização de ideias a luz de um pensamento estadunidense, com possibilidade de encaminhamento da solução do problema, com vistas ao atingimento de indicadores mínimos para efetividade da política pública. Há possibilidade de decisões escalonadas (decisões em cascata) para solução a médio e longo prazo. Nos problemas estruturais a administração pública não se recusa a resolver, mas sim difícil de resolver. Isto é, trata de litígios dotados de complexidade. A propositura de múltiplas ações (individuais e coletivas) não atacam a causa, mas a consequência da violação massiva e sistemática de direitos, que poderá continuar reiteradamente violada no tempo e no espaço. In Vitorelli, Edilson Vitorelli – Curso de litigância em processo estrutural. Aula 1. (21.09.2020). Escola Superior do Ministério Público Federal. In WEBINAR – Escola Superior do Ministério Público de Goiás. (28.07.2020). Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=z-p4THuxkM.01h13m08seg>.

⁷¹⁷ Na exposição de motivos exarada pelo Ministro da Justiça à época, constante da minuta do anteprojeto de lei federal n. 5.139, era preciso adequar a Lei da Ação Civil Pública às profundas transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais em âmbito global, significativamente aceleradas na virada do milênio. Mesmo assim, a rejeição deliberativa parlamentar ocorreu na sessão de 17 de março de 2010 perante à Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em caráter terminativo. A rejeição parlamentar liderada votou pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa; contudo, no mérito, pela rejeição parlamentar, com críticas destinadas a um “possível” tratamento de desequilíbrio a parte ré, à reiterada “liberdade do juiz” para conhecer do pedido em favor do autor com alteração da ordem das fases processuais, para liberdade de chamamento ao processo de terceiros interessados, pela possibilidade de prorrogação injustificada da demanda, pela falta de racionalidade administrativa (ao invés de diminuir o número de ações sobre a mesma matéria”, acabaria por “alimentar mais ações”), não solução de continuidade dos “problemas” do modelo atual – aplicável às ações civis públicas, pela maior “insegurança jurídica em escala vertiginosa”, com possibilidade de aumento da demanda em juízo para defesa de interesses coletivos. Mas não é só. De voto parlamentar apartado em dezembro de 2009, afirmou-se que ativismo judiciário colidiria com as finalidades do II Pacto Republicano brasileiro de acesso à Justiça, em especial com seus objetivos e compromissos, dentre os quais a implementação dos meios autocompositivos da solução de controvérsias.

volitividade e melhor aceitação psicológica do resultado, advindo de maior celeridade do instrumento e razoável duração dos meios utilizados.

A litigiosidade e a lógica adversarial quedam-se junto com a letargia da máquina administrativa judiciária, agravada pelos passivos processuais a serem julgados – tudo em favor do deslinde imediato e solução alternativa perene do conflito, decorrendo natural efetividade ao direito em que visa tutelar – centro do conflito primitivo.

A lógica formal do processo, os inúmeros recursos possíveis, as variadas instâncias são preservadas – ainda que sede de tutela coletiva. Mas destinar-se-ão as lides forenses à tutela jurisdicional forçada, como última via para pacificação do conflito interesse posto em juízo, em imersão, por via de consequência, aos critérios constitucionais brasileiros da razoável duração do processo e dos meios que garantam sua celeridade, conquanto necessidade efetivação dos direitos e garantias fundamentais que o judiciário não consegue promover pelo volume da demanda de ações propostas.

3.33. O marco da consensualidade nos pactos republicanos brasileiros

O marco da consensualidade brasileira nasceu do movimento de acesso à Justiça externado nos compromissos⁷¹⁸ firmados pelos Poderes da República, trazendo fluxos nas searas executiva, legislativa e judiciária.

Com o viés tipicamente executivo, criou-se a Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça à época, com a finalidade de promoção, coordenação e sistematização de propostas referentes à reforma afeta ao judiciário brasileiro.

Nesse influxo interinstitucional, o primeiro grande marco relevante dos objetivos firmados pelos poderes foi a participação conjunta na elaboração do projeto da Emenda Constitucional n° 45/2004, que alterou a Constituição brasileira (1988) em “pontos-chave”, dentre os quais a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Assim, o Ministério da Justiça teve papel relevante na interlocução interinstitucional entre os poderes republicanos, inclusive com o Ministério Público, governos regionais, sociedade civil organizada e entidades internacionais, por meio de suas Secretarias Executivas, difundindo a reformulação de ações de aperfeiçoamento do sistema de justiça brasileiro⁷¹⁹.

⁷¹⁸ I Pacto Republicano (2004) e II Pacto Republicano (2009) entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

⁷¹⁹ A interoperabilidade institucional dos poderes republicanos e demais entidades fez surgir as ideias de modernização e criação de fundos para melhor gestão do sistema de justiça brasileiro, propiciando à reforma constitucional e importantes alterações legislativas perante o Congresso Nacional. Dentre tais conceitos, encontrou-se a priorização de políticas públicas afetas ao sistema de justiça, suas necessidades institucionais volvidas à celeridade processual e eficiência na prestação jurisdicional, com facilitação dos meios de acesso pelo cidadão. Incluiu-se no rol de direitos e garantias fundamentais princípios

Daí decorreu o estímulo de medidas de modernização, fortalecimento e aprimoramento do sistema de justiça e suas instituições integrantes como funções essenciais à Administração da Justiça, em especial com a reestruturação dos juizados especiais cíveis e criminais (estaduais e federais) como primeiro grande “norte” de solução célere e eficiente de litígios.

Adveio desta premissa, a criação da Justiça Itinerante e dos Centros Integrados de Cidadania, que com seus projetos de acesso judiciário da população hipossuficiente, integra-se às defensorias públicas, advocacia privada e aos órgãos executivos ministeriais na democratização do acesso à Justiça, importante componente do exercício pleno da cidadania, além de servir como instrumento de desburocratização de procedimentos e processos, com a resolução amigável das controvérsias⁷²⁰.

Os novos impulsos no sistema de justiça também trouxeram a mais adequada institucionalização da Defensoria Pública nos Estados e na União, órgãos que representam a porta de entrada de camada da população que se encontra em situação de hipossuficiência socioeconômica.

3.34. O consenso na solução de litígios como política de democratização de acesso à Justiça

A política brasileira de democratização do remodelado acesso à Justiça teve como uma de suas “molas-mestras” a composição amigável da solução de controvérsias.

Importante destacar, que antes da inserção de métodos alternativos, a quebra de paradigma em face do acesso pela via judicante apresentava-se como única (acesso ao Judiciário), decorrendo grande marco contributivo desde a criação da Secretaria de Reforma do Judiciário – extinta em 2016⁷²¹, que atuou – primordialmente – para a construção de uma nova concepção de acesso pelo cidadão, instituindo métodos legítimos de proteção dos direitos fundamentais, seja através dos estímulos aos meios consensuados de solução de conflitos, seja na estruturação, modernização e fortalecimento da atuação interinstitucional dos poderes da República, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

expressos da razoável duração do processo e dos meios que garantam sua celeridade, além da criação dos Conselhos Nacionais de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, ambos de composição plúrima, vertidos à busca da implementação dos novos conceitos introduzidos, dentre outras medidas de estratégia institucional.

⁷²⁰ Um dos primados da Justiça Itinerante é a realização de audiências de conciliação e solução pacífica da controvérsia entre as partes, homologação imediata de acordos e efetivação plena dos direitos aos hipossuficientes. Como exemplo, a ata da audiência traz a resolução definitiva do conflito, estabelecendo direitos e obrigações mútuas das partes, servindo de título executivo judicial (carta de sentença), mandado judicial para todos os fins de direito, inclusive assentamentos nos cartórios de registros públicos se necessário forem (cíveis, registro de imóveis, títulos e protestos, notas, etc...).

⁷²¹ “Seu fim significou a perda de um importante instrumento de articulação do Executivo com o Judiciário e com as demais instituições do sistema de justiça; a redução substancial de iniciativas voltadas para o conhecimento e a análise sobre a atuação do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da advocacia; e a diminuição de incentivos à elaboração de pesquisas sobre acesso à Justiça, sobre meios consensuais de realização de direitos e solução de conflitos, sobre causas da litigância, sobre as relações entre o Direito e a economia, sobre a violência e o sistema prisional”. Cf. RENAULT, Sérgio et al – Fim da Secretaria da Reforma do Judiciário é uma perda importante [em linha]. (29.04.2019). Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-30/fim-secretaria-reforma-judiciario-perda-importante>.

Não sem razão, no influxo da conciliação e mediação foi-se capaz de instituir a Escola Nacional de Mediação e de Conciliação (ENAM), criada pela Portaria ministerial nº 1.920, de 4 de setembro de 2012 (Ministério da Justiça), que teve por escopo a mudança da cultura judiciária brasileira demandista, adotando como premissa os novos métodos autocompositivos na solução de litígios, por meio de componentes pragmáticos como o diálogo, a consensualidade, a mediação de conflitos, o fomento à conciliação, dentre outros, em reforço aos instrumentos de democracia participativa.

Não foi só aí o incremento interinstitucional que trouxe a ideia dos novos métodos de prevenção e solução de litígios. O advento do Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça (CEJUS), vinculado a então Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, foi criado pela Portaria ministerial do nº 1.036, de 22 de março de 2013, que teve por finalidade precípua a promoção de diagnósticos das dificuldades estruturais do sistema judiciário, fomento à pesquisa científica, com vistas à internalização institucional de ideias, sob viés doutrinário e acadêmico dos novos métodos consensuados em voga.

Como já dito, sem os pactos republicanos estatais não haveria a “guinada” do Poder Judiciário rumo a políticas públicas eficazes na realização de direitos fundamentais. Após o advento do I e II Pactos Republicanos de Estado, já se ensaia a necessidade de firmamento de novo compromisso⁷²².

O I Pacto Republicano de Estado “por um Judiciário mais célere” celebrado em 2004 pelos chefes dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), além de redimensionar os projetos do sistema de acesso, “desaguou” na promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Judiciário), capaz de promover alterações constitucionais com vistas a combater a síndrome do “estado de coisas inconstitucional”⁷²³.

Tal estado de coisas foi entabulado na própria exposição de motivos do I Pacto Republicano de Estado, tais como: (i) morosidade dos processos judiciais; (ii) baixa eficácia de suas decisões em letargia ao desenvolvimento nacional, desestimulando investimentos e propiciando a inadimplência das obrigações; (iii) geração de sensação de impunidade a solapar a crença de justiça dos cidadãos no curso de um regime democrático.

Em destaque, emergiram-se compromissos - já cumpridos em parte - pelos poderes republicanos, a destacarmos: (i) implementação da reforma constitucional do Judiciário à época (Emenda Constitucional

⁷²² O ensaio do III Pacto Republicano de Estado já foi objeto de intenção dos Presidentes da Suprema Corte brasileira – Min. César Peluso (2011) e Min. Dias Toffoli (2018), demonstrada a preocupação na simplificação dos procedimentos processuais (desburocratização) e a ampliação das competências dos tribunais de segunda instância, em especial visando à redução do número de recursos que podem ser apresentados em cada instância judicial. Outro ponto abordado, foi a necessidade de modificação da natureza dos recursos extraordinários interpostos perante a Supremo Tribunal Federal, a fim de reduzir a duração das causas judiciais. (27.04.2019). Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547.

⁷²³ O estado de coisas inconstitucional foi dissecado como fenômeno que revela equívocos da doutrina tradicional, ao identificar insuficiência protetiva de direitos fundamentais advindas pela omissão total ou prestação deficiente pelo Estado. Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo – Estado de Coisas Inconstitucional. 2.ª ed., Salvador: JusPodivm, 2019, p. 80.

n. 45/2004); (ii) reforma do sistema de recursos e de procedimentos (adoção de súmula vinculante emanada do Supremo Tribunal Federal, criação do instituto da repercussão geral e a reforma do Digesto Processual Civil brasileiro (2015); (iii) Defensoria Pública e Acesso à Justiça (Autonomia das Defensorias Públicas Estaduais); (iv) Juizados Especiais e Justiça Itinerante (modernizados e implantados no âmbito dos Estados); (v) execução fiscal de dívidas públicas; (vi) precatórios judiciais de sentenças em desfavor do erário; (vii) combate às graves violações estatais contra direitos humanos; (viii) informatização dos processos e dos tribunais; (ix) produção de dados e indicadores estatísticos atuariais (relatório do anuário da justiça brasileira); (x) coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas (não postergação de demandas infrutíferas) ; (xi) incentivo à aplicação das penas alternativas (substitutivas das sanções criminais de privação de liberdade)⁷²⁴.

Em seguida, o II Pacto Republicano de Estado “por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo” foi celebrado em 2009 pelos chefes de poderes da República, tendo como principais objetivos – em parte já implementados –, a destacarmos: (i) acesso universal à Justiça, em especial aos necessitados e hipossuficientes na forma da lei; (ii) aprimoramento da prestação jurisdicional em efetividade e em cumprimento do princípio da razoável duração do processo, com atuação preventiva em solução compositiva de conflitos (conciliação e mediação); (iii) modernização, aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal, com combate à violência e a criminalidade; (iv) implementação de políticas de segurança pública em conjunto com ações sociais protetivas da dignidade da pessoa humana.

Nota-se que a incorporação do acesso à Justiça como modelo de pensamento nos poderes republicanos, possibilitou o surgimento de inúmeras normas na última década, capazes de externar os rumos traçados para uma nova política interinstitucional por métodos alternativos, ampliando, de forma dialógica e participativa, a atuação de outros entes e a própria sociedade na Administração Pública do sistema de justiça brasileiro.

O empoderamento popular no sistema de justiça consagra a abertura e interoperabilidade institucional para criação de núcleos executivos de natureza participativa, com a criação de espaços extrajudiciais volvidos à consensualidade, em que se projetam – normativamente - a propiciar a expansão executiva dos objetivos compromissados nos pactos celebrados.

⁷²⁴ O I Pacto foi decisivo para a efetivação de mecanismos que aumentaram a agilidade da Justiça, como a regulamentação dos institutos da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral por meio das Leis 11.417/2006 e 11.418/2016. A vigência desses novos institutos de direito processual contribuíram para “desafogar” demandas repetitivas da Suprema Corte brasileira. Noutras ações aprovadas no I Pacto Republicano de Estado estava a criação de cadastro centralizado de crianças e adolescentes desaparecidas, cadastro nacional de adoção e o cadastro nacional de pessoas procuradas (mandados de prisão), premissas pactuadas também já cumpridas [em linha]. (27.04.2019). Disponível em http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=173547.

3.35. O marco da normação da consensualidade no Conselho Nacional de Justiça

A criação da política pública de tratamento adequado aos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário brasileiro teve seu marco inaugural por meio da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, sendo responsável pela entronização da quebra do paradigma da conflituosidade, decorrendo “pedra de toque” na consensualidade.

Representou o marco inaugural da consensualidade conquanto objetivo normativo hierarquizado e estrategicamente erigido pela Justiça brasileira, trazendo em seus anexos um código de ética para atividade de mediadores e conciliadores judiciais, com impulso da Administração do sistema de justiça sob à ótica da solução consensuada das disputas.

Em sua redação preambular indicou que o direito constitucional de acesso à Justiça, além de entabular vertente formal perante os órgãos judiciários, implicaria no acesso à ordem jurídica justa, abarcando todos os meios de acesso extrajudiciais e judicantes.

No referido normativo resolutivo, o Conselho Nacional de Justiça apostou na conciliação e mediação como instrumentos eficazes de pacificação social consensuada de controvérsias, em decorrência de prevenção e solução de litígios a mitigar a excessiva judicialização⁷²⁵.

Do mesmo modo, por consentâneo lógico, haveria menos recursos às instâncias judiciárias e menos execuções por títulos judiciais em decorrência do cumprimento espontâneo dos acordos construídos pela mútua vontade das partes. Essa mudança de planejamento de acesso pelo cidadão, *ex surge* como política nacional judiciária, impondo adequações tanto do Poder Judiciário, quanto das instituições denominadas como integrantes da órbita das funções essencial à Administração da Justiça, que, em conjunto com a sociedade, deveriam passar a imprimir soluções de controvérsia por natureza e peculiaridade, perpassando pelo caminho inaugural da consensualidade como procedimento facultativo estanque da litigiosidade⁷²⁶.

Assim, gravamos o marco normativo administrativo de inauguração de política pública tendente ao permanente incentivo e aperfeiçoamento dos métodos consensuados de resolução de conflitos, advindo com perenidade numa nova cultura de acesso à Justiça.

⁷²⁵ Relatório do Anuário da Justiça com séries históricas [em linha]. (15.04.2019) Disponível em http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf.

⁷²⁶ Resolução CNJ 125/2010. Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. Nas hipóteses em que este atendimento de cidadania não for imediatamente implantado, esses serviços devem ser gradativamente ofertados no prazo de 12 (doze) meses.

3.36. O pragmatismo da resolução pacífica de conflitos

A criação da Escola Nacional de Mediação e Conciliação do Ministério da Justiça⁷²⁷ objetivou, no âmbito da Reforma do Judiciário brasileiro, a disseminação de técnica de resolução extrajudicial de conflitos, com a promoção de capacitação e aperfeiçoamento de operadores técnicos do direito, graduandos, pós-graduandos, professores, agentes de mediação comunitária, servidores da administração da justiça e todos aqueles que laboram na seara das instituições públicas e privadas, com vistas a uma nova realidade compositiva como forma de solução de disputas.

A oferta de cursos de capacitação presenciais e à distância, com oferecimento de material pedagógico pertinente a solução compositiva da lide, foi caminho idôneo para lançamento dos fundamentos de uma nova cultura jurídica, dissociada da vertiginosa litigiosidade judiciária expressa em números. A disseminação e a incorporação de técnicas e métodos volvidos à autocomposição fizeram parte do primeiro passo para entabulação de estratégias institucionais que tragam reflexos – a médio prazo - de transformação das ideias em sociedade.

A ereção de ideários colaborativos para formação de políticas públicas é fenômeno característico e restaurativo das administrações públicas dialógicas, onde se opera reforço da democracia participativa.

Os órgãos ministeriais a seu turno, como instituições permanentes de Estado e integrantes da defesa da sociedade e da ordem jurídica, necessitam ser propulsores desse neoculturalismo dialógico, protagonizando os métodos participativos, consensuados e alternativos resolutivos de litígios.

Essa tentativa de mudança cultural de priorização da solução consensual da disputa já é realidade no legislativo brasileiro, por advento dos compromissos fincados nos últimos pactos republicanos.

A indicação da conciliação ou mediação como fase obrigatória de presença das partes no processo heterocompositivo estatal prestigia o princípio da colaboração das partes em juízo, abrevia os ritos procedimentais e demonstra um caminho a ser perseguido na celeridade processual⁷²⁸.

Diante de algumas propostas legislativas que viraram norma jurídica na última década, todas atentas ao primado da consensualidade, a ampla disciplina da mediação e da conciliação ganharam destaque no novo Digesto Processual Civil brasileiro⁷²⁹.

⁷²⁷ Portaria ministerial n. 1.910/2012 – Ministério da Justiça da República Federativa do Brasil.

⁷²⁸ Conforme o Princípio da Cooperação positivado no art. 6º do Novo Código de Processo Civil, são deveres dos sujeitos processuais cooperarem entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. “A extinção do processo, sem resolução do mérito, tendo por fundamento o não cumprimento de ordem judicial a qual a parte veio aos autos, justamente, manifestar o seu não entendimento quanto ao que pretendia o juízo, caracteriza violação ao devido processo legal e, por consequência, ao princípio da cooperação, base da nova ordem legal processual civil.”. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70048521165, julgada em 08/03/2016. (15.07.2019). Disponível para consulta em <http://www.tjrs.jus.br>.

⁷²⁹ O novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015), trouxe primados importantes acerca da consolidação da mediação e da conciliação, estabelecendo que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.”. (art. 2º, § 2º); “A conciliação, a mediação e outros métodos de resolução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros

Mas é ainda necessário avançar na seara doutrinária e acadêmica que envolvam a disciplina de métodos alternativos de solução de conflitos, face sua tibieza no exercício do aprendizado das cátedras acadêmicas.

3.37. A proposta do neoculturalismo acadêmico dos métodos consensuados

O formato de solução de litígios brasileiros e em muitos países, concentrado no processo estatal heterocompositivo, revela-se “esgotado” em face do aumento exponencial e progressivo das demandas sociais levadas à jurisdição publicista, associado a estruturas deficitárias posta à disposição dos atores institucionais que atuam neste campo.

Pode-se afirmar que o modelo vigente de formação de bacharéis pelos cursos brasileiros de direito é um dos grandes responsáveis pela exortação da cultura que privilegia as formas heterocompositivas e judicantes de se lidar com o conflito, como no caso do processo judicialiforme. Tudo porque o estudante de direito aprende a litigar em juízo pelo oferecimento de matrizes curriculares que se preocupam exacerbadamente com o processo judicial (civil, penal, administrativo, trabalhista, tributário). Seus treinamentos são voltados à “litigiosidade e adversariedade jurisdicional” e para a percepção do conflito como forma de disputa que resultará na concepção de resultado entre “ganhadores” e “perdedores”, tudo como forma adequada de atuação profissional do bom advogado da parte.

Os estudantes de Direito pouco aprendem sobre a pacificação social que pode ser alcançada por intermédio da humanização dos mecanismos de solução dos litígios e da construção da cultura do diálogo que leve aos estágios de consenso e à paz das relações interpessoais.

Essa mudança cultural perpassa, portanto, necessariamente pela formação jurídica dos operadores do direito, que os capacite ao exercício adequado das técnicas consensuais na solução dos problemas e das lides, com destaque para a mediação, a conciliação, a negociação e a transação.

Nesse diapasão, o Ministério da Justiça, o Ministério da Educação e a comunidade jurídica brasileira têm discutido a incorporação dos métodos alternativos de solução de conflitos (MASCs) como conteúdo obrigatório a ser ministrado nas graduações de Bacharelado em Direito nas universidades brasileiras, dentre outras disciplinas propedêuticas indispensáveis à matéria.

do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”. (art. 2º, § 3º); “O juiz dirigirá o processo conforme disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de mediadores e conciliadores judiciais” (art. 139); e, no Título IV, Capítulo III, Seção IV (arts. 165-175), há uma ampla disciplina da mediação e da conciliação, dispondo, inclusive, sobre a mediação pública (art. 174). Nessa toada, foi sancionada a Lei federal n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispôs sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos na Administração Pública.

A mudança será um verdadeiro marco acadêmico, qualificando o sistema de aprendizado jurídico para a solução de conflitos de forma dialógica, incorporando – com maior propósito e qualidade – os métodos alternativos na atuação extrajudicial cotidiana dos juristas. Além disso, construir uma neocultura participativa que favoreça o consenso e a paz na solução de problemas em sociedade, decorre de uma exigência dos princípios fundamentais republicanos brasileiros⁷³⁰, e não somente de pactos republicanos e movimentos doutrinários de evolução, representando cumprimento dos fundamentos constitucionais.

É pauta em que demanda a teoria dos direitos e garantias fundamentais, especialmente volvida à garantia da sua aplicabilidade imediata, cláusulas constitucionais “abertas” de conteúdo material, inclusivas de pactos e acordos internacionais que o Brasil seja parte⁷³¹.

Nascerá aqui, um novo olhar de acesso à Justiça, como forma de realização da cidadania plena, induzida pelas instituições responsáveis pela promoção e a realização de ideários tão caros aos Estados Democráticos de Direito, incutindo-se a ideia do diálogo desde as cadeiras acadêmicas, com a formação dos futuros membros que atuarão ativamente do sistema nacional de Justiça.

3.38. O novo olhar do acesso à Justiça na ótica do Conselho Nacional do Ministério Público

O Conselho Nacional do Ministério Público brasileiro, criado por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, fruto do advento do I Pacto Republicano de Estado, também exarou normas de apoio à nova sistemática de acesso à Justiça na seara de suas atribuições funcionais.

A contextualização compositiva se implementou na seara do inquérito civil público, instrumento de espectro constitucional de competência originária dos órgãos ministeriais, de natureza jurídica inquisitória para colheita de indícios de autoria e materialidade delitiva de infrações cíveis, podendo servir de conduto construtivo do diálogo e do consenso, com vistas à resolução consensual da controvérsia.

Além disso, emerge a possibilidade no seu curso, de propositura e firmamento de Termo de Ajustamento de Conduta, de Termo de Ajustamento de Gestão e Recomendações para cumprimento de obrigações, seja pela via notificatória ou espontânea.

⁷³⁰ Artigo 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁷³¹ Art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse diapasão, foi editada resolução deliberativa no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público brasileiro⁷³², com vistas à normação por ato secundário (*hard law*) dessa nova cultura jurídica do diálogo e do consenso compositivo, com destaque à negociação, conciliação e mediação.

A resolução consensual de controvérsias, conflitos e problemas, conquanto política pública nacional inaugurada no âmbito das atribuições do Ministério Público brasileiro, fez emergir a elaboração de Manuais de Negociação e Mediação para membros do Ministério Público brasileiro, importantes instrumentos técnico-acadêmicos de capacitação e internalização de doutrina, paradigmas úteis para fazer face o alto grau de litigiosidade⁷³³.

O acesso à Justiça – dissociado da ideia do acesso ao Poder Judiciário – passou a ampliar a sua realização pelo exercício e admissão de métodos extrajudiciais para solução dos problemas, dotando-os de celeridade, eficiência e permeados de amplo espectro de consensualidade advindo da abertura pelo diálogo, garantias sobressalentes à proteção dos direitos sociais e transindividuais indisponíveis.

A teleologia do preâmbulo constitucional republicano brasileiro sempre trouxe premissas para solução pacífica das controvérsias, irradiando tais preceitos aos direitos e garantias fundamentais por toda Carta Política⁷³⁴.

Da releitura anteposta, frisamos que o direito fundamental de acesso à Justiça compreende não só o direito de acesso ao Poder Judiciário, mas o acesso aos meios de distribuição de justiça externalizados pelos variados métodos compositivos extrajudiciais. Nesse cenário, consolida-se gradativamente a implementação de uma política pública perene de essência compositiva e institucional, a agir como mecanismo estanque de problemas sociais (preventivo).

A justiça restaurativa ganha envergadura em processo de redemocratização do acesso à Justiça, tudo sob a perspectiva dos métodos (extra)judiciais de negociação, mediação, conciliação, ajustamento de conduta, ajustamento de gestão e processos estruturantes consensuados, com vistas à composição deflagrada pelos membros dos órgãos ministeriais.

As técnicas de autocomposição e os seus processos estruturantes restaurativos são instrumentos efetivos de pacificação social, solução de conflitos e prevenção de litígios. A redução da desmedida judicialização estatal levará as partes envolvidas na pretensão resistida à autossatisfação da demanda, à

⁷³² Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispôs sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências [em linha]. (15.06.2019). Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-118.pdf>.

⁷³³ (15.06.2019). Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/7560-contribuicoes-para-atuacao-do-ministerio-publico-na-copa-das-confederacoes-e-na-copa-do-mundo-2>.

⁷³⁴ Artigo 5º, incisos XXXV, alínea "a"; XXXV; LXXIV; e, LXXVIII, c/com § 2º do mesmo edito, todos da Constituição da República Federativa brasileira.

autopacificação da controvérsia, a não reincidência disruptiva e ao empoderamento do indivíduo comunitário por meio do exercício pleno da cidadania.

Para tanto, hão de se erigir parâmetros sólidos de tratamento consensuado à frente de problemas concretos, aqui, em especial, pelo exercício da autocomposição como fase procedimental do agir dos órgãos ministeriais, tudo com escopo organizativo e de uniformização de rotinas administrativas, visando dotação de maior segurança jurídica para as partes.

O estímulo, apoio e difusão de política institucional orientada pelo órgão nacional de controle administrativo e financeiro (CNMP), e com a remessa ao cumprimento dos deveres funcionais de membros do Ministério Público, tem o condão de estabilizar os entraves iniciais de implantação dos ideários consensuais, servindo de normação afiançadora de uma nova estratégia de atuação unificada, a credibilizar o pleno sucesso deste novo viés de atuação funcional, agora voltado à pacificação de conflitos dissociada da adversariedade do processo estatal, sem abrir mão da imposição de responsabilidades e penalidades aos infratores.

O constructo da solução do conflito se dará por autocomposição direta dos envolvidos – órgãos ministeriais e pessoas físicas e jurídicas (responsáveis ou interessadas) – conformada em resolução definitiva da disputa, não só nas balizas formais e materiais propriamente ditas, mas no elemento subjetivo-psicológico de se prevenir ou pôr a termo a litigiosidade demandista que poderá advir pela não celebração do acordo extrajudicial.

Não à toa, celebrou-se acordo de cooperação técnica entre o Conselho Nacional do Ministério Público e o Ministério de Justiça, sendo intermediária à Secretaria de Reforma do Judiciário, com o fito de reafirmar a necessidade da adoção de medidas em sede de política nacional de meios consensuais de solução de conflitos no âmbito das relações institucionais dos órgãos ministeriais⁷³⁵.

Na seara típica legislativa, ensaios fundamentam essa tendência deferida aos órgãos ministeriais, declarando estes acordos firmados como de natureza jurídica de título executivo extrajudicial. No título dos processos de execução em geral, preconizado no Código de Processo Civil brasileiro, temos a descrição dos requisitos do título executivo extrajudicial, onde resta arrolado o instrumento de transação referendado pelos órgãos ministeriais⁷³⁶.

Nessa linha de pensamento, a lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais brasileiros também dispôs que é válido como título executivo extrajudicial, o acordo celebrado pelas partes – por instrumento

⁷³⁵ Cf. Acordo de Cooperação Técnica nº 14/2012 firmado entre o Ministério da Justiça, com a interveniência da Secretaria de Reforma do Judiciário, e o Conselho Nacional do Ministério Público.

⁷³⁶ Art. 784, inciso IV, do Código de Processo Civil brasileiro.

escrito – referendado pelo órgão ministerial competente⁷³⁷. Do mesmo modo, o corolário legislativo infraconstitucional dos dispositivos de transação deferido aos órgãos ministeriais, descrito em artigo da lei da ação civil pública brasileira, dispôs que o compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais é título executivo extrajudicial⁷³⁸.

Todos esses fundamentos legislativos erigidos ordinariamente pelo Congresso Nacional decorreram da logicidade deferida – constitucionalmente - ao Ministério Público brasileiro, conquanto instituição permanente constante do rol das funções essenciais à Administração da Justiça, de organização autônoma administrativa, orçamentário e financeiramente em relação aos demais poderes da República, garantidora dos meios de acesso à Justiça pelo cidadão, além de atuar precipuamente em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁷³⁹.

A seu turno, os acordos e transações administrativas também encontraram guarida na seara penal brasileira. A composição de danos (cíveis e ambientais⁷⁴⁰) e a transação no âmbito dos juizados especiais (cíveis e penais) preveem a possibilidade de composição dos danos por parte do autor do fato (infrator)⁷⁴¹, como requisito para obtenção de benefícios de eventuais medidas despenalizadoras.

Tais conceitos se encontram insculpidos nas hipóteses de delação ou colaboração premiada, compromisso de cessação de conduta abusiva, transações e compromissos de ajustamento de conduta e de gestão, e do neófito acordo de não persecução penal⁷⁴², inclusive nas searas tributária, ambiental, econômica e de defesa do consumidor⁷⁴³.

Dito isto, vimos na última década uma consolidação da política nacional de tratamento adequado de conflitos, com viés dialógico e consensuado, sendo estruturado também no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, implementado gradualmente pelos órgãos ministeriais de execução – de acordo com suas peculiaridades – seja por meio autocompositivos de resolução do conflito, seja por

⁷³⁷ Art. 57, da Lei federal n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), da República Federativa do Brasil.

⁷³⁸ Cf. §6º do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), da República Federativa do Brasil.

⁷³⁹ Capítulo IV – Seção I – Artigos 127, 128, 129, 130 e 130-A, da Constituição da República do Brasil.

⁷⁴⁰ Cf. Lei federal n. 9.605/98 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), da República Federativa do Brasil.

⁷⁴¹ Proposta de acordo de composição dos danos (cíveis e ambientais), conforme art. 72, da Lei federal n. 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Nas ações penais públicas incondicionadas, caberá transação penal por proposta pelo órgão ministerial, conforme art. 76, da Lei federal n. 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Nas ações penais privadas ou condicionadas à representação, a aceitação da composição dos danos cíveis acarretará a renúncia do direito de queixa-crime ou representação, respectivamente, conforme Parágrafo único, do art. 74, da Lei federal n. 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais). Além disso, não sendo possível composição cível ou transação penal (medida despenalizadora) na fase preliminar, caberá suspensão condicional do processo, conforme art. 89, §1º e incisos, da Lei federal n. 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais), sendo indispensável o cumprimento de requisitos objetivos e subjetivos, dentre os quais, a obrigação de reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.

⁷⁴² Cf. Anteprojeto do “Pacote anticrime” inaugurado pela sanção da Lei federal n. 13.964/2019 (Altera dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal brasileiros).

⁷⁴³ Fundamentos para adoção dos acordos de não persecução penal (antes da Lei n. 13.964/19 – Pacote Anticrime): Art. 129, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil c/com art. 3º e 28, caput, ambos do Código de Processo Penal brasileiro; art. 18 da Resolução CNMP n. 181/17, alterada pela Resolução CNMP n. 183/18, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público Brasileiro.

mecanismos heterocompositivos, em especial com atuação nas atividades endoprocessuais de conciliação ou mediação.

3.39. Conclusões parciais

1. O acesso à Justiça tornou-se método de pensamento decorrente do lúdimo direito individual de natureza fundamentalista, centrado na pessoa humana, cujo amplo espectro conceitual engloba o exercício de cidadania e decorre da participação democrática dos processos decisórios de políticas de Estado.
2. Os números expressam os desafios do acesso ao Poder Judiciário brasileiro, agravado pelo excesso de judicialização e ausência de uma estratégia institucional de resolução – dialógica e consensuada – dos conflitos, impondo uma quebra de paradigma das ideias de litigiosidade e do demandismo judiciário, cujo aprendizado ainda é gravado de tibieza na cátedra dos ensinos jurídicos brasileiros.
3. A manutenção da ideia de decisão heterocompositiva em que surja “vencido ou vencedor” fomenta a adversariedade processual estatal, em detrimento de outros métodos mais adequados de acesso à Justiça, mais céleres e eficazes, sobressalentes nos instrumentos aptos à pacificação social das controvérsias em sociedade.
4. A prova de inauguração de uma política nacional vertida aos caminhos compositivos é a celebração de pactos republicanos de Estado, que trouxeram consigo profundas mudanças legislativas, executivas e judicantes, a produzir resultados concretos, mas que precisam avançar mais.
5. Os órgãos de controle nacionais, tanto do Poder Judiciário, quanto do Ministério Público brasileiro, foram precursores pela mudança de paradigma rumo ao consenso, deferindo tratamento adequado de conflitos de forma pragmática.
6. A aprovação do marco legal da mediação e da conciliação pelo Congresso Nacional, inclusive aplicável para as administrações públicas, aliada à mudança do digesto processual brasileiro e leis infraconstitucionais, trouxeram novos “ares” de consensualidade para solução das lides, previamente ou logo após a submissão do litígio ao Poder Judiciário.
7. Instrumentalizou-se um novo modelo – extrajudicial – de acesso à Justiça, sem ser estaque ou vetor da cláusula de jurisdição universal (acesso ao Poder Judiciário).

8. A consolidação dessa nova linha de pensamento jurídico precisa estar fincada nas cátedras de ensino do direito, com a inserção de disciplina obrigatória de métodos alternativos de conflitos, com conteúdo obrigatório na matriz curricular dos projetos pedagógicos de bacharelado em ciências jurídicas.
9. A política nacional de solução adequada de conflitos ganhou importante sedimentação no âmbito dos órgãos ministeriais brasileiros, cujo novo *mister* constitucional acabou por transformar a própria missão institucional na defesa da ordem jurídica e da sociedade, com papel de protagonismo em autocomposição, voltado à solução célere e efetiva dos conflitos de interesse coletivos, instrumentalizando-se de meios dotados de plena segurança jurídica e gravado de resolutividade perene da controvérsia.
10. A atuação dos órgãos ministeriais como fiscal da lei, também no exercício de controle externo da Administração Pública, o aproximou da possibilidade do exercício dessas funções em matéria despesista do Estado, propiciando que a dialógica administrativa influenciasse nos modelos de fiscalização clássicos (inquérito civil e recomendações), a permitir a tomada de compromissos de ajustamento de conduta e gestão às exigências legais, neófito método autocompositivo extrajudicial de solução de controvérsias.

CAPÍTULO III

4. DO CONTROLE EXTERNO DEMOCRÁTICO E DAS FINANÇAS PÚBLICAS

O alargamento dos objetivos do Estado moderno é paralelo que rivaliza com a compreensão das finanças públicas como meio hábil e apto a oferecer os instrumentos de que o próprio ente necessita para cumprir integralmente suas finalidades. Sob prisma dos objetivos estatais nós temos uma prospecção de infinidade; já sob prisma das finanças públicas nós temos uma perspectiva de finitude.

A formulação de tema-problema que envolva a disciplina financeira está imbricada ao direito público e aos fins do Estado. O atingimento das finalidades do Estado é desenvolvido a encargo das atividades administrativas que exerce no seio de seus poderes constituídos, sobre os quais vige a ideia internalizada por LOCKE e aprimorada em MONTESQUIEU no sistema de controle de freios e contrapesos, onde quem fiscaliza também precisa ser fiscalizado.

Hodiernamente, sendo o homem centro dos direitos consagrados constitucionalmente, o controle social por ser de natureza difusa, surge como importante instrumento de controle externo do Estado, dependente sempre de maior transparência e publicidade nas atividades encetadas pelos agentes públicos.

Assim, as finanças públicas tornam-se centro de “olhares” tanto do cidadão comum, quanto dos poderes públicos e órgãos constitucionais instituídos para tal finalidade controladora, o que possibilita “jogar luzes” ao gasto público eficiente e de qualidade para atingimento das finalidades do Estado, cuja contraponto será alvo de ação responsabilização e sanção.

4.1. As finanças públicas e o controle social

Sob determinada ótica contemporânea, o direito financeiro foi pensado sob o enfoque de relação obrigacional do cidadão para com o Estado (poder de tributar/receita pública), a partir de uma lúdima relação impositiva derivada de ato de império (legalidade tributária), para fazer face às políticas públicas devidas pelo próprio ente e o funcionamento da sua organização administrativa, dos poderes constituídos

(máquina estatal/despesas públicas), todos derivados da concepção de ideias de justiça geral⁷⁴⁴, distributiva⁷⁴⁵ e social⁷⁴⁶.

Remotamente, a gênese da expressão fisco proveio do vocábulo *defiscus*⁷⁴⁷, representado pela cesta de junco com a qual eram arrecadados os impostos pelos romanos, particularmente dos povos conquistados.

Todavia, com a constitucionalização das relações estatais e tributário-financeiras, que no Brasil foi iniciada com a Emenda nº 18 da Constituição da República de 1946, e as posteriores reformulações decorridas com as Constituições da República de 1967 e 1988, a reflexão estatal-financeira começou a se orientar pela integração do direito tributário aos direitos fundamentais, pela promoção de mudanças que viessem a realizar o ideário da justiça fiscal.

Aos poucos, a tributação e as finanças públicas dentro do moderno Estado Democrático de Direito afastaram-se da visão meramente arrecadatória, de receitas e despesas públicas, tornando-se instrumento necessário para a execução dos princípios e objetivos da República Federativa do Brasil⁷⁴⁸, nomeadamente, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades socioeconômicas por critérios de justiça social.

É sob esse enfoque que surge o controle social das finanças públicas, do que se requer a participação efetiva da sociedade como mecanismo de “democratização da democracia”⁷⁴⁹, permitindo-se que os cidadãos não só participem diretamente e indiretamente da formulação das políticas públicas, mas, também, fiscalizem a aplicação dos recursos públicos obtidos através das receitas hauridas dos particulares em favor do Estado.

Tais fatores somente foram possíveis em linha de pensamento, somente se cumprido o direito de acesso à informação ao cidadão, aliado à transparência pública governamental (gestão fiscal), ambos

⁷⁴⁴ Para justiça geral tem-se a contribuição dos membros da comunidade para o bem comum, na medida de suas possibilidades (pagando impostos, prestando serviço militar obrigatório, etc.), devendo estar expressamente prevista em lei. In NADER, Paulo – Introdução ao estudo do direito. 41.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 111.

⁷⁴⁵ Por justiça distributiva, temos o Estado como agente, a quem compete a repartição dos bens e dos encargos aos membros da sociedade (ensino gratuito, prestação de assistência médico-hospitalar, repassando verbas a entidades culturais e beneficentes), orientando-se pela igualdade proporcional aplicada aos diversos graus de necessidade. In NADER, Paulo. *Ibidem*.

⁷⁴⁶ Para justiça social temos a finalidade protecionista aos mais pobres e desamparados, mediante a adoção de critérios que favoreçam a repartição mais equilibrada das riquezas, valendo-se da igualdade proporcional, onde se observam a capacidade de uns e a necessidade de outros. In NADER, Paulo. *Idem*, p. 112.

⁷⁴⁷ “En la antigua Roma, recibía el nombre de fisco el tesoro personal del emperador, recaudado mediante el cobro de impuestos en las provincias imperiales. Fue instaurado durante la administración del Principado en el Imperio romano”. Fonte: El Rincón Del Vago. [08.02.2018]. Disponível [em linha] em http://html.rincondelvago.com/derecho-romano_13.html.

⁷⁴⁸ Artigos 1º e 3º, da Constituição da República de 1988.

⁷⁴⁹ Expressão usada por SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a Democracia: os Caminhos da Democracia Participativa*. Coleção Reinventar a Emancipação Social. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

implantados recentemente no ordenamento jurídico brasileiro⁷⁵⁰, apesar de consagrados há muito pela norma constitucional⁷⁵¹.

REGINA FERRARI em referência aos ensinamentos de DROMI, aduz que o governo e o controle parece ser a fórmula orgânica da estrutura do poder: para que os que mandem não lhes falte o poder e para os que obedeçam não lhes falte a liberdade, resguardada por controles idôneos que assegurem qualidade e eficácia⁷⁵².

Com fundamento em nossa história econômico-colonial, onde todas as riquezas aqui produzidas tinham como destino certo a grande metrópole portuguesa, é comum a visão social do fisco como algo a ser evitado a todo custo, numa verdadeira circunstância *lesa personae*, visão ultrapassada, hodiernamente, passados quase 200 anos da independência da “metrópole-além-mar”.

A título de contextualização histórica, relembremos a experiência da Inconfidência Mineira – uma tentativa de insurreição abortada pelo governo português em 1789 -, cujo principal pretexto foi fixar altas taxas implementadas sobre a extração do ouro intitulada de derrama (um quinto da produção).

Após 220 anos, os brasileiros enxergam o poder público assim, como os insurgentes das Minas Gerais enxergavam o *Del Rey* (Estado): o expropriador; fazem de tudo para se eximir do pagamento dos tributos, contrário *sensu* ao ideal imperativo categórico kantiano. Ocorre que, diferentemente dos dias de hoje, o dinheiro aqui arrecadado era gasto em terras lusitanas, guardada a infraestrutura e o desenvolvimento investido na própria colônia (legados indelévelis); já hoje, os tributos servem para o financiamento do próprio Estado nacional e os entes subestatais federativos.

No sistema econômico capitalista existem poucas formas de obtenção de recursos no intuito de financiar as atividades estatais. Dentre elas, identificamos a tributação, a intervenção direta no exercício da atividade econômica, a emissão de moedas e a obtenção de empréstimos.

Se não quisermos um Estado intervencionista, endividado e afundado em crises econômicas, necessária se faz a conscientização da indispensável tributação do particular, pois sem esta não restaria outra saída, senão a exploração direta de atividade econômica pelo próprio Estado, medida que refoge à sua finalidade constituinte e por vezes odiosa, mas também produtora de receitas públicas, quando executadas por gestores íntegros, probos e capazes.

Nesse contexto, a tributação torna-se imprescindível à existência de um país onde as atividades econômicas são, em regra, executadas pela iniciativa privada. Portanto, "a liberdade é razão e limite da

⁷⁵⁰ Lei federal n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e Lei Complementar federal n. 131/2009 (Lei da Transparência Pública), que alterou a Lei Complementar federal n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade fiscal).

⁷⁵¹ Artigo 37, caput, da Constituição da República de 1988.

⁷⁵² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery - Controle Social das Instituições Democráticas. Belo Horizonte. Interesse Público, A 14, N 73 (2012), p. 65.

tributação”⁷⁵³. Em outras palavras, "os tributos são o preço da liberdade, no sentido de que se constituem no espaço aberto pelos direitos fundamentais e visam sua garantia"⁷⁵⁴.

Apresentam-se também como meio responsável pela manutenção do Estado, propiciando os serviços e a implementação das políticas públicas, cujo escopo é permitir o alcance realização do bem comum.

Sem prejuízo, necessário se faz o rompimento da dicotomia tributação/liberdade, de forma a possibilitar que o destino da arrecadação tributária seja a concretização dos imperativos constitucionais. Sem isso, continuaremos a vivenciar a postura da sonegação fiscal como um fato normal na (de)formação da sociedade brasileira.

Nesse cenário, faz-se habitual o discurso legitimador da sonegação tributária, dentro da ideia isolada e já superada da teoria do benefício: ao pagar deve haver o retorno em benefício de serviços públicos.

Como aduz EDUARDO MOREIRA, a sonegação de tributos justifica-se por um processo de racionalização que acaba por fundamentar qualquer ilegalidade. A racionalização das ações humanas para o comportamento ilícito é responsável pelo processo de corrupção, onde as “pequenas condutas, como a sonegação de tributos, o uso indevido de influências e favorecimentos, estímulo de aquisição de produtos piratas, e a penetração dessas práticas ilegais faz-se com um discurso reacional de justificação”⁷⁵⁵.

É certo que as políticas públicas voltadas à redução da miserabilidade social, ao acesso à educação e à saúde são ainda incipientes. Contudo, não é pela postura do não-pagamento dos tributos, postura do “do cada um *per se*”, que as distorções que afetam nossa sociedade acabarão resolutas de forma justa e solidária.

A mudança da realidade brasileira perpassa por uma postura propositiva de todos os cidadãos na definição de prioridades e no controle dos gastos públicos, seja pela via de organizações representativas da sociedade (conselhos, sindicatos, associações civis, organizações não-governamentais) ou diretamente pela via da conduta individual cidadã de fiscalização dos atos dos gestores públicos, sem prejuízo dos órgãos controladores previstos na norma constitucional.

⁷⁵³ MOREIRA, Eduardo Ribeiro – Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008, p. 149.

⁷⁵⁴ TORRES, Ricardo Lobo – A constitucionalização do direito financeiro. In SARMENTO, Daniel (coord.). A constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 982.

⁷⁵⁵ MOREIRA, Eduardo Ribeiro – Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008, p. 139.

Muito se discute sobre a elevada carga tributária brasileira, nos astronômicos valores arrecadados pela Receita Federal do Brasil, mas quase não se escutam vozes sobre a fiscalização do orçamento público.

Assim, a preocupação se circunscreve em torno das receitas tributárias, arrecadadas pelo Poder Público, deixando *a latere*, em quase esquecimento, a aplicação dos recursos (despesas), fonte de escoamento por vezes indevido.

Evidentemente essa realidade é muito perversa, pois, afinal de contas, a ausência de fiscalização é que abre espaço para as famosas “máfias da ambulância, das sanguessugas, dos gautamas, dos mensaleiros, dos rodoleiros, dos taturanas, dos cartões corporativos”⁷⁵⁶, entre tantas outras que dilapidaram o patrimônio público.

Vislumbramos em relatório de dados do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão da República Federativa do Brasil, constantes do Projeto da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2018, publicado no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados⁷⁵⁷, a evolução do resultado primário e das receitas/despesas públicas no Brasil em relação ao Produto Interno Bruto (PIB), conforme pode ser visualizado através da série de tabelas a seguir:

Tabela 1 - Evolução das Contas do Governo Federal em Percentual

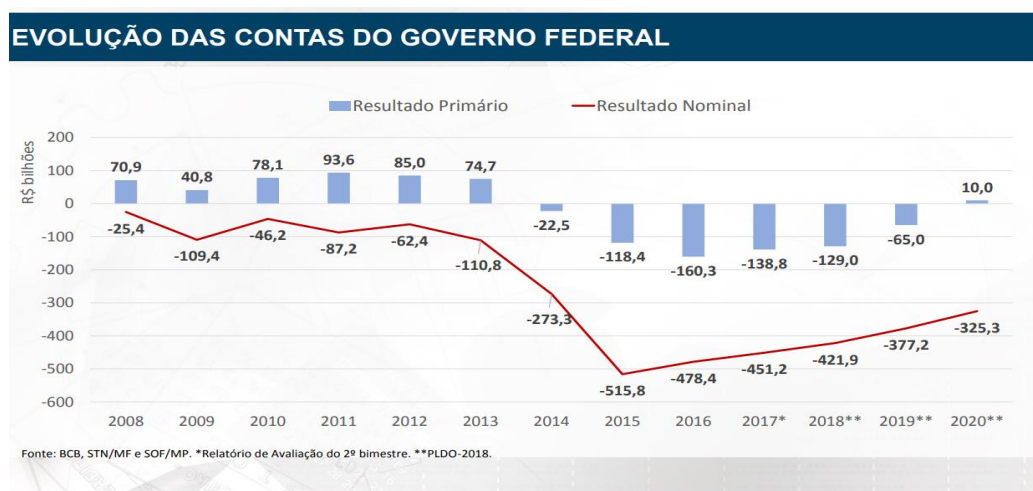


Fonte: BCB, STN/MF e SOF/MP

⁷⁵⁶ Intitulação de operações policiais que combateram o desvio de recursos na administração pública da União e do Estado de Alagoas, dentre outros.

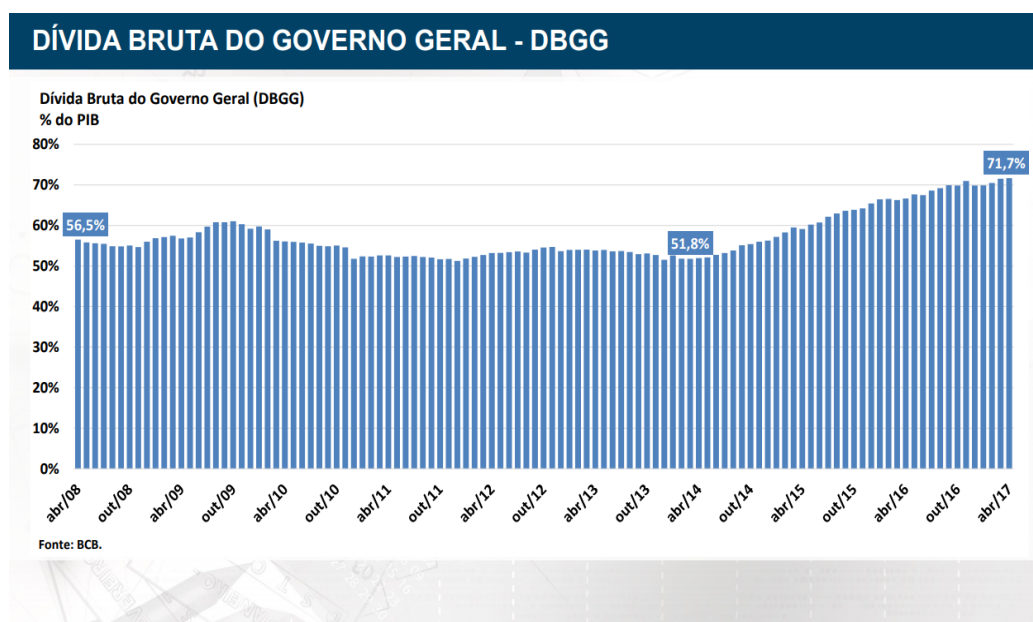
⁷⁵⁷ OLIVEIRA, Diogo – Apresentação do Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias (PLDO) de 2018 da República Federativa do Brasil. [25.09.2019]. Disponível para download em: https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/apresentacao/2017/Pres_PLDO2018.pdf.

Tabela 2 - Evolução das Contas do Governo Federal em Bilhões de Reais



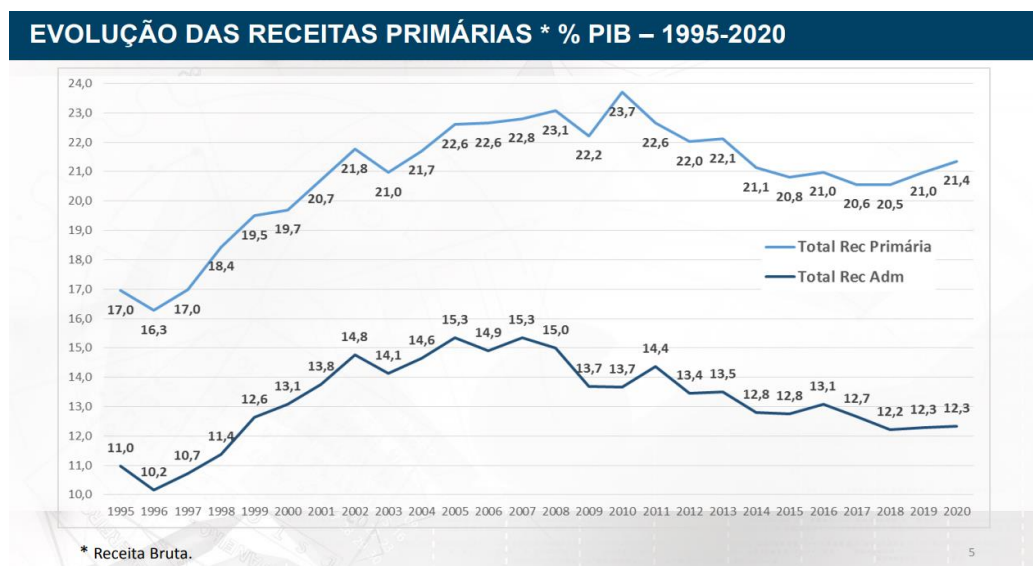
Fonte: BCB, STN/MF e SOF/MP

Tabela 3 - Dívida Bruta do Governo Geral



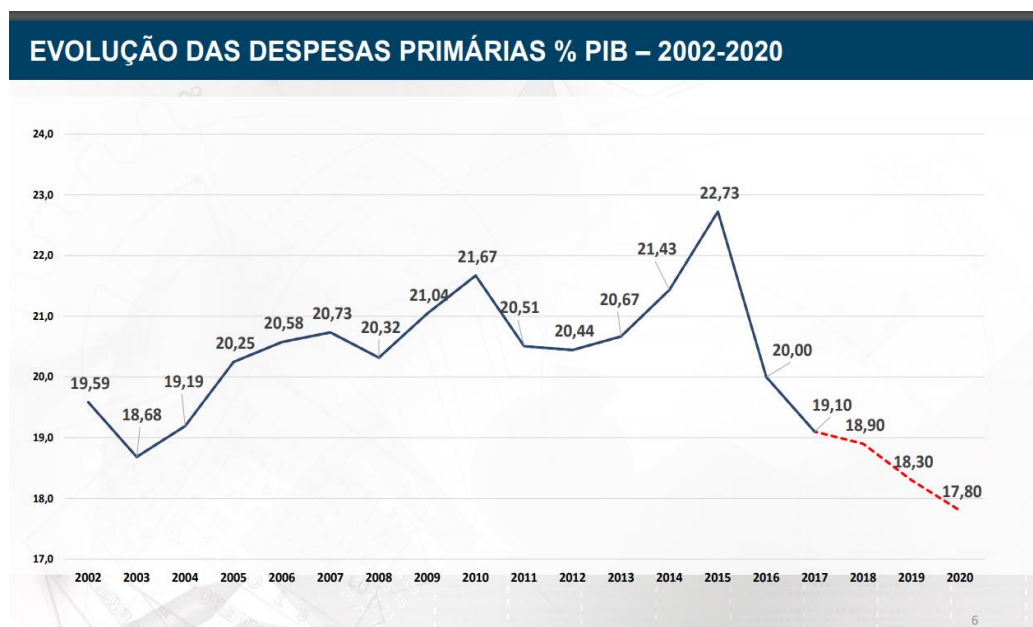
Fonte: BCB

Tabela 4 - Evolução das Receitas Primárias



Fonte: BCB

Tabela 5 - Evolução das Despesas Primárias



Fonte: BCB

Dessarte, diante dos últimos anos com resultados negativos que assolam em evolução às despesas primárias, crescimento da dívida bruta do governo federal, evolução negativa do resultado nominal das contas públicas do governo central, há prospecção de continuidade de gestão fiscal perdulária, isto é, com gastos maiores dos que são arrecadados, numa pernicioso autorização legislativa de orçamentos deficitários que já perduram há 7 anos, numa superestimação de receitas e subestimação

de despesas públicas, agregadas aos fatores advindos do “orçamento de guerra” pelas imprevisões de natureza sanitária e esteios estatais sociais em virtude da declaração do estado de emergência⁷⁵⁸.

Devemos, portanto, reforçar os mecanismos de controle indutores dos “freios de arrumação” nas contas públicas, numa evolução concertada à retomada do reequilíbrio socioeconômico e financeiro estatal brasileiro e países emergentes.

4.2. Os serviços da dívida pública e seus reflexos: controle dos orçamentos deficitários

4.2.1. Da teoria das escolhas

A despeito das múltiplas abordagens sobre o método ou a tempestividade⁷⁵⁹, a pandemia de Covid-19 (Sars-CoV-2) evidenciou-se, de forma sem precedentes, em necessidade de célere e eficiente ação estatal de emergência, numa congregação de esforços públicos com organizações mundiais em favor da comunidade e dos particulares. Nada como uma crise sem precedentes – diante da evolução da sociedade do século XXI – para reafirmação da indispensabilidade da organização da sociedade em Estado, em favor da segurança da nação contemporânea.

O Estado deve, por mandamento constitucional, ser eficiente⁷⁶⁰. E o conceito de eficiência, sabidamente, está relacionado à finitude de recursos. A escassez de recursos significa que os entes estatais dispõem de recursos limitados em favor da sociedade e, portanto, não podem produzir todos os bens e serviços que as pessoas desejam ter, nem tampouco podem promover a expansão da máquina pública para prestação de serviços essenciais sem planejamento orçamental sólido no tempo e no espaço.

Assim, a eficiência decorrerá da propriedade de se obter o máximo possível a partir de recursos disponíveis e finitos. Ciente das premissas econômicas⁷⁶¹ que o legislador pátrio determinou à eficiência nos atos da administração pública, em clara situação de escassez e emergência, há escolhas dentre as quais ações estatais precisam observar, com objetivos mais prementes em relação a outros – em margem de discricionariedade do gestor público.

⁷⁵⁸ Decorrente da pandemia da SARS-Cov-2 iniciada em 2019.

⁷⁵⁹ “Direito dos desastres”, “direito de emergência”, “socorro emergencial”, “orçamento de guerra”, dentre outros.

⁷⁶⁰ Art. 37, caput, da Constituição da República de 1988.

⁷⁶¹ In MELLO, Marcílio Barenco Corrêa de; SALGUEIRO, Gabriel – A Disruptura arrecadadora do erário: a concessão (in)discriminada de benefícios fiscais [em linha]. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 38, n. 2, p. 12-29, jul.-dez.2020. [31.12.2020]. Disponível em: <https://revista.tce.mg.gov.br/revista/index.php/TCEMG/article/download/464/468>.

Lado outro, há definições constitucionais previamente estáticas, isto é, notadamente marcadas pela ideia de estrita legalidade, as quais não se pode tergiversar. Aqui destacamos a “blindagem” do serviço da dívida financeira⁷⁶², onde em tempos de redução de receitas públicas tributárias e a explosão de despesas públicas primárias (direitos fundamentais), não se possibilita o contingenciamento do aporte orçamentário para pagamento do serviço dos juros da dívida pública brasileira.

Sem prejuízo, em atenção ao direito constitucional orçamentário, a participação popular representativa (parlamentar) resta defesa em emendar temas afetos a encargos do serviço da dívida federal (amortização do principal, pagamento de juros e seus encargos), o que cria uma atmosfera de intangibilidade financeira nem mesmo deferida pragmaticamente aos direitos fundamentais, a se questionar em sede de escolhas de políticas públicas.

Os serviços da dívida pública são mais prementes que direitos fundamentais em tempos de emergência? Aqui estamos diante de uma alta prioridade do direito constitucional orçamental para (re)financiar o Estado por meio do pagamento de juros da dívida pública e sua rolagem (contração de novas dívidas), toda vez que a receita tributária for insuficientemente capaz de fazer face às despesas públicas cada vez mais crescentes, numa sociedade plúrima, multifacetada e complexa como a brasileira.

Estamos diante de decisões conflitantes? Deve haver equilíbrio de gastos públicos na implementação de direitos fundamentais e estruturação da máquina pública *versus* o serviço da dívida que suportará o Estado de emergência?

Trade-off é a expressão que define uma situação de escolha conflitante, quando uma determinada ação econômica acarreta, invariavelmente, na renúncia às demais opções – as quais, por não terem sido escolhidas, também gerarão problema futuro. E isto diz muito para o problema perquirido de controle externo em ações de gestão pública equilibradas.

Independentemente da ação (escolha) a ser adotada pelo gestor público, reconhecer a existência das *trade-offs* é fundamental, porquanto o agente estatal somente pode tomar decisões em matéria de boa gestão se compreender as opções que lhes estão disponíveis mirando no direito ao futuro das próximas gerações (equidade intergeracional) e da sustentabilidade do próprio ente estatal que governa.

É isto, pois, que deverá restar esclarecido quando doravante houver a (re)formulação do orçamento (deficitário) brasileiro: vamos pagar mais juros e refinar o Estado em detrimento de

⁷⁶² Trata-se como “cláusula pétrea orçamentária”, posto que o momento estabelecido pelo Poder Executivo no projeto de lei orçamentária não pode ser objeto de modificação no Congresso Nacional. Ex vi artigo 166, §3º, inciso III, alínea “b” da Constituição da República de 1988. In SCAFF, Fernando Facury - Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 352.

direitos fundamentais e funcionamento mais eficiente da máquina pública? São questões postas em conflito de interesses premente, onde a preservação do erário para aumento da capacidade de investimentos já era experimentada antes mesmo do estado de emergência.

Emplacar medidas fiscais, mormente as de controle de gastos e de contenção do endividamento, é um enorme desafio político; para que não contrariem a base eleitoral, legisladores optam pelo populismo fiscal^{763 764}.

As *trade-offs* vividas pelos legisladores quando do exercício da normação é evidente: se se apoiarem em medidas de responsabilidade fiscal, expansivas do lado das receitas públicas (*verbi gratia*, aumento da tributação sobre dividendos, impostos sobre grandes fortunas) ou constrictivas do lado das despesas públicas (*verbi gratia*, prestação deficiente de políticas públicas já combatidas, redução salarial do funcionalismo público), seus respectivos eleitores serão economicamente incomodados, e, provavelmente, não irão reelegê-los.

Do mesmo modo, as escolhas recaem sobre questões atinentes à dívida pública e seus juros exorbitantes em anatocismo, que tornam o passivo (principal) impagável a médio/longo prazo, em achatamento de políticas públicas de interesses primários relevantes, acarretando, de igual modo, não estruturação adequada da máquina administrativa. Até quando o Estado sustentará orçamentos anuais deficitários, com prestação deficiente de bens e serviços essenciais e depreciação da estruturação de seus órgãos?

Nada contrapõe melhor o populismo fiscal do que uma análise técnica baseada em dados em que se examinam causas e suas consequências, isto é, políticas de controle externo de resultados na certeza da busca da eficiência estatal.

Assim, deve haver aperfeiçoamento da gestão pública e do olhar do controle externo acerca dos temas de patrocínio financeiro privado (também em matéria de benefícios fiscais) e suas (re)formulações, na busca de um patamar mínimo equilibrado entre o pagamento do serviço da dívida e seu refinanciamento, aliado a manutenção e expansão da tutela de direitos fundamentais, da manutenção de investimentos da máquina pública estatal, da segurança jurídica dos investidores privados, com foco protetivo tanto do erário público e dos direitos coletivos, quanto dos credores particulares.

⁷⁶³ BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon - The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy [em linha]. 1999. [28.06.2020]. The Collec ed. Indianapolis: LibetyFund Inc. Disponível em <http://oll.libertyfund.org/titles/buchanan-the-calculus-of-consent-logical-foundations-of-constitutional-democracy>.

⁷⁶⁴ BUCHANAN, James M.; WAGNER, Richard E. - Fiscal responsibility in constitutional democracy [em linha]. Vol. I. 1978. Boston, MA: Springer US. [28.06.2020]. Disponível em: <http://link.springer.com/10.1007/978-1-4684-7125-0>.

4.2.2. Do controle do processo orçamental: da despesa pública e dos serviços da dívida.

A promoção de políticas públicas nas vertentes propostas por MUSGRAVE⁷⁶⁵ é o financiamento por recursos públicos. Assim, ao fim do período financeiro, três situações são possíveis: (i) *superávit*, quando o governo arrecada mais do que gastou; (ii) neutralidade, se dispendidos valores idênticos aos arrecadados; e, (iii) *déficit*, quando os gastos do governo não são passíveis de serem saldados pelos recursos por ele naturalmente arrecadados. Esta última é a lamentável realidade brasileira dos últimos anos, que poderá ser agravada se medidas contentivas e de controle imediato não forem adotados.

Em cenários como o brasileiro (orçamentos sucessivamente deficitários) é indispensável que o governo capte, de alguma forma, recursos necessários para saldar as obrigações planeadas na lei do orçamento anual, sob pena que impor certos cortes de gastos, sem a possibilidade de implementação de políticas públicas aprovadas ou em prestação deficiente, com reflexos na estruturação dos órgãos da administração pública.

Aqui reside a relação entre despesa pública e os serviços da dívida; para saldar as despesas públicas que extrapolem a arrecadação ordinária de tributos – regime deficitário - é necessário que se contraiam dívidas, ou se refincancie as existentes por meio da emissão de novos títulos⁷⁶⁶. Noutros termos, é dizer que as despesas públicas dizem respeito ao fluxo corrente, e as dívidas ao estoque do passivo financeiro.

Deste modo, os resultados da política fiscal podem ser avaliados sob diferentes ângulos. Para tanto, são úteis os indicadores fiscais de fluxos (resultados primário, operacional e nominal) e estoques (dívidas líquida e bruta). Esses indicadores, em verdade, possuem correlação, posto que os estoques sejam formados por fluxos.

4.2.2.1. Das despesas públicas e seus indicadores

São indicadores de fluxo - portanto, de despesas públicas - os resultados primário, operacional e nominal. Em fluxograma o primeiro está contido no segundo, que por sua vez está contido no terceiro.

⁷⁶⁵ MUSGRAVE, Richard Abel - Teoria das finanças públicas: um estudo de economia governamental. São Paulo: Atlas, 1976.

⁷⁶⁶ Reendividamento também conhecido como "rolagem" da dívida.

Estas definições sob conceitos está descrita pelo Manual de Demonstrativos Fiscais (MDF)⁷⁶⁷: (i) resultado primário, tido como produto obtido a partir do cotejo entre receitas e despesas orçamentárias de um dado período, que impactam diretamente na dívida estatal. Convencionalmente, estas receitas e despesas apuradas no resultado primário são de categoria não-financeiras, isto é, não envolvendo, portanto, juros, correções e amortizações de empréstimos ou dívidas públicas pretéritas; (ii) resultado operacional, englobando o componente não-financeiro do resultado fiscal (primário) e o componente real dos juros; e, (iii) resultado nominal, representado pela soma dos produtos operacionais às correções monetárias e cambiais.

Assim, é o resultado nominal que indica a necessidade (ou não) de (re)financiamento do setor público. No Brasil, o cenário constantemente deficitário orçamental fez surgir uma variável própria denominada Necessidade de Financiamento do Setor Público (NFSP).

Na divergência quanto à metodologia de apuração do resultado nominal⁷⁶⁸: enquanto a Secretaria de Tesouro Nacional analisa as receitas e despesas públicas de forma desagregada (denominada “acima da linha”), o Banco Central mede, ao final, quanto foi à necessidade de geração de aumento de estoque da dívida (denominada “abaixo da linha”). Em resumo, a metodologia “acima da linha” corresponde à diferença entre as receitas e as despesas do setor público, enquanto a metodologia “abaixo da linha” versa sobre a variação da dívida líquida total.

A ausência de normação publicista mais segura (legislativa primária) acerca da composição da dívida pública propicia apuração cambiante, o que já denota a primeira insegurança ao erário estatal a chamar atenção dos órgãos de controle.

CESAR ANDRADE⁷⁶⁹, discorrendo sobre o aspecto finalístico do controle da dívida pública, afirma que “é matéria de relevância nacional, pois o endividamento elevado dos entes subnacionais causa impacto na estabilidade econômica do País, obrigando o governo central, em situações extremas, a intervir e assumir a dívida dos entes subnacionais”.

Nos termos de GIAMBIAGI e ALÉM⁷⁷⁰, as estatísticas fiscais desagregadas que apresentam as variáveis de receita e despesa pública são denominadas “acima da linha”, enquanto a variável que mede exclusivamente a dimensão do desequilíbrio através da variação do endividamento público – sem que se

⁷⁶⁷ Manual de Demonstrativos Fiscais da Secretaria do Tesouro Nacional [em linha]. 2020. [09.07.2020]. Disponível em <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/manual-de-demonstrativos-fiscais-mdf/2020/26>.

⁷⁶⁸ O Tesouro Nacional e o Banco Central brasileiros divergem metodologicamente quanto à apuração do resultado nominal, com dois métodos de apuração distintos.

⁷⁶⁹ ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de – O controle do endividamento público e a autonomia dos entes da federação [em linha]. 2012. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo. [28.05.2018]. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-06062013-141952/pt-br.php>.

⁷⁷⁰ GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia - Finanças Públicas - Teoria e Prática no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 47.

saiba ao certo se este mudou por motivos ligados à receita ou à despesa pública é denominada de estatística “abaixo da linha”.

No Brasil, as NFSPs são medidas “abaixo da linha” a partir das alterações no valor do endividamento público. A abordagem de receitas e despesas públicas é diferente da variação do endividamento; “o mais provável não é que a estatística da dívida pública esteja errada, mas sim que algum item talvez não tenha sido corretamente apurado pelas estatísticas desagregadas, gerando, porém, na prática, uma variação do endividamento”⁷⁷¹.

Assim, é possível depreender que as metodologias são complementares: enquanto a metodologia “acima da linha” permite uma verificação detalhada da execução orçamentária das entidades públicas, a estatística “abaixo da linha” permite calcular precisamente o valor gasto público⁷⁷².

4.2.2.2. Da dívida pública e seus indicadores

A dívida pública pode ser entendida como o resultado da acumulação sucessiva de *déficits* orçamentário-financeiros. Dentre os agentes indicados no Manual de Estatísticas Fiscais⁷⁷³, dois merecem maior atenção: o Governo Geral e o Setor Público.

O Governo Geral tem abrangência restrita, incluindo apenas o Governo federal (incluída a Previdência Social), os governos estaduais e os governos municipais.

O Setor Público, a seu turno, “agrupa as empresas públicas e sociedades de economia mista na categoria de empresas estatais, inclusive suas autarquias e fundações nas respectivas categorias de governos a que pertencem”⁷⁷⁴.

Conforme o Decreto federal n. 93.872/86 – que regulamentou a Lei federal n° 4.320/64 – a dívida pública é composta pela dívida flutuante e consolidada (fundada)⁷⁷⁵. Note-se que, a previsão de “pagamento independentemente de autorização orçamentária” dos serviços da dívida, representa critério de afrouxamento na seara de responsabilidade fiscal de contas públicas. Possibilita-se desarranjo no

⁷⁷¹ Ibidem..

⁷⁷² Os resultados primário e nominal e os juros apurados no ente nacional brasileiro, entre os exercícios de 2013 e 2019, estão representados em gráficos dealhados. [25.06.2020]. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/540164/RAF15_ABR2018.pdf.

⁷⁷³ Manual de Estatísticas Fiscais do Banco Central do Brasil [em linha]. 2018. [25.06.2020]. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/ftp/infecon/Estatisticasfiscais.pdf>.

⁷⁷⁴ Ibidem.

⁷⁷⁵ Art. 115 do Decreto federal n. 93.872, de 23 de dezembro de 1986, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional brasileiro: “A dívida pública abrange a dívida flutuante e a dívida fundada ou consolidada. §1º A dívida flutuante compreende os compromissos exigíveis, cujo pagamento independe de autorização orçamentária, assim entendidos: a) os restos a pagar, excluídos os serviços da dívida; b) os serviços da dívida; c) os depósitos, inclusive consignações em folha; d) as operações de crédito por antecipação de receita; e) o papel-moeda ou moeda fiduciária. §2º A dívida fundada ou consolidada compreende os compromissos de exigibilidade superior a 12 (doze) meses contraídos mediante emissão de títulos ou celebração de contratos para atender a desequilíbrio orçamentário, ou a financiamento de obras e serviços públicos, e que dependam de autorização legislativa para amortização ou resgate”. (Grifos meus)

planeamento orçamentário submetido à aprovação parlamentar (democracia representativa) - já gravado de cláusula pétrea orçamentária nos serviços da dívida - subvertendo-se, inclusive, os mandamentos constitucionais de natureza orçamental.

A concepção patrimonialista acerca do pagamento do serviço da dívida precisa ser enfrentada, em especial, numa clara tendência de “blindagem jurídica orçamental”. Há colisão com os princípios constitucionais orçamentários, em especial da unidade, totalidade, universalidade, especificação, equilíbrio, orçamento bruto e realismo orçamentário, todos que em confrontação ao tratamento dispensado aos serviços da dívida, desafiam sua exacerbada proteção privatístico-patrimonialista. Este tratamento, à lupa, não refletirá o devido interesse público relevante.

Não à toa, o legislador infraconstitucional criou balizas aos gestores públicos acerca de atos prudenciais de endividamento, deixando de fora, estranhamente, os serviços da dívida. Essa mesma lógica patrimonialista foi replicada no exercício do poder derivado constituinte ao estabelecer na Emenda à Constituição nº 95/2016, que instituiu o teto de gastos públicos brasileiros, excluindo-se, novamente, o pagamento de juros da dívida pública.

Sendo insuficiente como concebido na lei de responsabilidade fiscal, a Lei Complementar federal nº 173, de 27 de maio de 2020, inovou no ordenamento jurídico brasileiro a autorizar a suspensão da dívida pública devida pelos Estados e Municípios à União, a reestruturação dos créditos internos e externos junto ao sistema financeiro, e, por último, auxílio financeiro aos entes subnacionais, mantendo-se novamente incólume o serviço da dívida pública da União.

Para LUÍS ARELLANO⁷⁷⁶, a elevação da dívida pública dos entes subnacionais (federativos) é sintoma de desequilíbrio fiscal do modelo federativo instituído por competências, impondo-se ações governamentais na seara de políticas públicas constitucionais, além de suas possibilidades arrecadatórias ou da pouca qualidade do sistema de transferências (obrigatórias) entre entes governamentais (ente nacional a entes subnacionais).

Notemos, ainda, a expansão do conceito de dívida pública consolidada ao incluir nessa categoria as operações de crédito de prazo inferior a 12 meses, cujas receitas tenham constado do orçamento⁷⁷⁷. Em análise comparativa entre a Lei de Responsabilidade Fiscal e o Manual de Demonstrativos Fiscais⁷⁷⁸,

⁷⁷⁶ ARELLANO, Luís Felipe Vidal – Teoria jurídica do crédito público e operações estruturadas: empréstimos públicos, securitizações, PPPs, garantias e outras operações estruturadas no direito financeiro. São Paulo: Blucher Open Access, 2020, p. 95.

⁷⁷⁷ Art. 29 da Lei Complementar federal n. 101/2000, da República Federativa brasileira.

⁷⁷⁸ Manual de Demonstrativos Fiscais da Secretaria do Tesouro Nacional [em linha]. 2020. [09.07.2020]. Disponível em <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/manual-de-demonstrativos-fiscais-mdf/2020/26>, pp. 571-575.

a “Dívida Consolidada” é entendida como a junção das dívidas: (i) mobiliária; (ii) contratual; (iii) provenientes de precatórios pós-05/05/2000; e, (iv) outras dívidas⁷⁷⁹.

Nessa esteira, cabe traçar que o conceito de dívida pública pode ser representado de diferentes modos, sendo as mais comuns a “dívida bruta” (que considera apenas os passivos do governo) e a “dívida líquida” (que desconta dos passivos, os ativos que o governo possui).

Assim, se tomada a “Dívida Consolidada Bruta” e dela subtraída a disponibilidade de caixa do governo e demais haveres financeiros, o resultado obtido será o da “Dívida Consolidada Líquida”⁷⁸⁰.

Conforme aduzem SILVA e MEDEIROS⁷⁸¹, a dívida bruta pode ser classificada quanto: (i) origem (interna ou externa); (ii) à abrangência (setor público, governo geral, governo federal etc.); e, (iii) à natureza (contratual ou mobiliária)⁷⁸².

Surgem indicadores relevantes para fins de controle externo da presente análise, a saber: (i) “Dívida Bruta do Governo Geral” (DBGG), abrangendo o total das dívidas de responsabilidade do governo federal, dos governos estaduais e dos governos municipais com o setor privado e o setor público financeiro; (ii) “Dívida Líquida do Governo Geral” (DIGG), correspondente ao endividamento líquido (considerando ativos e passivos) do governo federal (inclusive previdência social), dos governos estaduais e dos governos municipais com o setor privado não financeiro e o sistema financeiro - público (inclusive Banco Central) e privado - e o resto do mundo; (iii) “Dívida Líquida do Setor Público” (DLSP), indicando o endividamento utilizado pelo governo brasileiro para decisões de política econômica.

Desta análise, refletimos de maneira mais adequada a dinâmica dos passivos públicos e o esforço fiscal do governo revelado pelo resultado primário consolidado entre todos os seus níveis; assim, a “dívida pública federal” corresponderá à soma das dívidas - interna e externa – sob responsabilidade do governo federal. Já a dívida interna é conhecida pelo montante da “Dívida Pública Mobiliária Federal interna” (DPMFi)⁷⁸³, e a dívida externa pelo montante da “Dívida Pública Federal externa” (DPFe).⁷⁸⁴

⁷⁷⁹ Visão integrada das Dívidas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [em linha]. [s.a.]. Tesouro Nacional transparente. [28.06.2020]. Disponível em <https://www.tesourotransparente.gov.br/historias/visao-integrada-das-dividas-da-uniao-dos-estados-do-distrito-federal-e-dos-municipios>.

⁷⁸⁰ Manual de Demonstrativos Fiscais da Secretaria do Tesouro Nacional [em linha]. 2020. [09.07.2020]. Disponível em <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/manual-de-demonstrativos-fiscais-mdf/2020/26>, p. 566.

⁷⁸¹ SILVA, Aline Dieguez B. de Meneses; MEDEIROS, Otávio Ladeira - Conceitos e estatísticas da Dívida Pública. In BRASIL. Ministério da Fazenda. Tesouro Nacional. Secretaria do Tesouro Nacional (org.). Dívida Pública: a experiência brasileira. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2009, p. 102.

⁷⁸² Ex vi dados estatísticos do Banco Central do Brasil e da Secretaria do Tesouro Nacional brasileiro. [28.06.2020]. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/estatisticas/docs_estatisticasfiscais/Nota%20para%20a%20Imprensa%20-%20Estat%3ADsticas%20Fiscais.pdf e <http://www.tesourotransparente.gov.br/ckan/dataset/estoque-da-divida-publica-federal>.

⁷⁸³ A DPMFi é expressiva na composição da DPF (Cf. “A dívida em grandes números”). São espécies de DPMFi: Letras do Tesouro Nacional (LTN); Letras Financeiras do Tesouro (LFT); Nota do Tesouro Nacional, série B (NTN-B) e Nota do Tesouro Nacional, série F (NTN-F).

⁷⁸⁴ A DPFe é a dívida do governo federal, sob a forma de títulos e contratos, cujos fluxos de recebimentos e pagamentos são realizados em outras moedas que não o real. In SILVA, Aline Dieguez B. de Meneses; MEDEIROS, Otávio Ladeira - Conceitos e estatísticas da Dívida Pública. In BRASIL. Ministério da Fazenda. Tesouro Nacional. Secretaria do Tesouro Nacional (org.). Dívida Pública: a experiência brasileira. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2009, p. 112.

Os principais relatórios sobre a dívida pública são divulgados pelo Tesouro Nacional brasileiro, quais sejam: (i) Relatório Mensal da Dívida Pública Federal, que divulga estatísticas periódicas sobre a DPF; (ii) Plano Anual de Financiamento da Dívida Pública Federal (PAF), que traça os objetivos, as diretrizes, a estratégia e as metas da instituição em relação à gestão da DPF; e, (iii) Relatório Anual da Dívida Pública Federal (RAD), responsável por consolidar as propostas constantes do PAF.

Assim, a dívida pública brasileira - de trato parcimonioso pelo executivo e legislativo -, de cunho flagrantemente patrimonialista a bancos privados poderia “desaguar” ao montante de 90% do PIB anual, restando cenário nebuloso ao país com de PIB negativo de -3,4% (3º trimestre de 2020), o que inviabilizaria o Estado orçamentário e financeiro a curto/médio prazo, com reflexos deletérios na manutenção de direitos fundamentais e no funcionamento da estrutura dos órgãos dos poderes e dos órgãos administração pública⁷⁸⁵.

Agrega-se ao fato ser realístico ao atual cenário de pandemia de Covid-19. A perspectiva é de forte desaceleração da economia e escalada no aumento de despesas de socorro com a implementação de políticas prementes de saúde pública e sanitárias, e de assistência social, a aumentar o endividamento do país que não tem recursos disponíveis em fluxo de caixa em 2020, quiçá nos anos vindouros.

O relatório de projeções da dívida pública brasileira mostra cenário desalentador, a exigir medidas mais concretas pelos órgãos de controle externo⁷⁸⁶. Ademais, relatórios fiscais divulgados pelo Banco Central brasileiro constataram que: A DLSP alcançou 60,2 do PIB em julho último, com aumento de 2,2 p.p. do PIB em relação ao mês anterior. Esse resultado refletiu, em especial, o impacto do *déficit* primário no mês (aumento de 1,1 p.p.) e do efeito da variação cambial (aumento de 1,0 p.p.) e dos juros nominais apropriados (aumento de 2,5 p.p.); A DBGG para o mês de julho registrou o equivalente a 86,5% do PIB, com aumento de 1,0 p.p. do PIB em relação ao mês anterior. Essa evolução decorreu de emissões líquidas de dívida bruta (aumento de 0,7 p.p.), do efeito da variação do PIB nominal (aumento de 0,2 p.p.) e da incorporação de juros (aumento de 0,4 p.p.)⁷⁸⁷.

O estado de coisas acima demonstrado é causa de sucessivos *déficits* públicos orçamentais fincados em despesas públicas não acobertadas pelo planejamento de receitas públicas primárias, o que

⁷⁸⁵ Ex vi Senado Notícias – Com deficit de 9% em 2020, dívida pública pode chegar a 90% do PIB, alerta Mansueto [em linha]. 2020. Senado Federal. (28.06.2020). [14.05.2020]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/14/com-deficit-de-9-em-2020-divida-publica-pode-chegar-a-90-do-pib-alerta-mansueto>.

⁷⁸⁶ Relatório Quadrimestral de Projeções da Dívida Pública. 2020, N 2. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional. [01.08.2020]. Disponível em https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/ff?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:33480.

⁷⁸⁷ Relatórios de estatísticas fiscais [em linha]. 2020. Brasília. Banco Central do Brasil. [08.09.2020]. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/estatisticas/docs_estatisticasfiscais/Nota%20para%20a%20Imprensa%20-%20Estat%20C3%ADstic%20Fiscais.pdf.

imporá novo reendividamento para saldar juros da própria dívida, o que representa gasto perdulário passível de urgente controle externo⁷⁸⁸.

O direito constitucional tributário como garantidor da arrecadação de receitas por exação do particular para fazer face às despesas públicas do Estado, deve estar volvido aos fins constitucionais: direitos sociais e estruturação dos órgãos do Estado, impondo uma sustentação de gastos públicos de interesses relevantes, para mirar na manutenção da sociedade contemporânea. O *quantum debeatur* dispendido nos orçamentos anuais a serviço da dívida é desarrazoado e desproporcional, tomando por base variados graus de relevância de interesse público e sua forma de amortização pelo valor global.

Em verdade, o tema contrapõe economistas e juristas desenvolvimentistas e liberais. A teoria de filosofia política e de política contemporânea, que se baseiam em dados são claras: se, por um lado, o Estado tem o dever de promover o bem-comum – *verbi gratia*, reduzindo desigualdades e expandindo direitos fundamentais, por outro, o faz mal, com políticas de desenvolvimento descontextualizadas por meio de subsídios capturados por interesses privados, cujo financiamento estatal se dá por interesses econômicos privatísticos (patrimonialistas)⁷⁸⁹.

Mesmo que se reduzam os gastos públicos com direitos fundamentais de nada adiantaria – o que já seria um retrocesso social inconcebível. A economia com as despesas públicas não passaria para investimentos do Estado, posto que tão somente lançada ao “mar” do serviço da dívida e seus juros, cada vez mais crescentes e impagáveis, em patamar estimado de R\$ 4,75tri em 2020⁷⁹⁰, cujos serviços comprometeram 38,9% por cento do orçamento anual da União em 2019⁷⁹¹ e comprometerão 45% em 2020⁷⁹², percentuais flagrantemente desequilibrados em detrimento de políticas públicas indispensáveis.

Necessariamente, a mudança de política fiscal por uma trajetória sustentável do Estado perpassa por limitações orçamentárias da União aos serviços da dívida, hoje abertas a interesses privatísticos e “blindadas” juridicamente por flexibilizações orçamentais (“cláusulas pétreas orçamentais”). A manutenção e ampliação dos direitos fundamentais como objetivos republicanos e a estruturação dos órgãos de poderes que o materializam, dependem de um (re)equilíbrio orçamental, permitindo-se

⁷⁸⁸ Cf. SCAFF, Fernando Facury - Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 352-353.

⁷⁸⁹ É nesta ótica que se faz presente o capitalismo de laços. Em suma, duas constatações relevantes: (i) poucos agentes são donos de várias empresas e (ii) a despeito das privatizações, o Estado ainda se mantinha forte na economia direta (via BNDESPar) ou indiretamente (via concessão de crédito a big players). Esta concessão de benefícios, por vezes, é caracterizada pelas conexões sociais e políticas existentes entre empresários e o governo (capitalismo de compadrio, do inglês crony capitalism). Cf. HABER, Stephen (ed.) - Crony capitalism and economic growth in Latin America: theory and evidence. Stanford: Hoover Institution Press, 2002.

⁷⁹⁰ MÁXIMO, Welton – Dívida pública pode alcançar até R\$ 4,75 trilhões em 2020 [em linha]. 2020. [28.06.2020]. (28.01.2020). Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-01/divida-publica-pode-alcancar-ate-r-475-trilhoes-em-2020>.

⁷⁹¹ LINDESAY, Paulo – O custo da dívida pública para o Estado Brasileiro, com ou sem pandemia de Covid-19 [em linha]. 2020. Rio de Janeiro. [28.06.2020]. (11.05.2020). Disponível em: <https://auditoriacidada.org.br/nucleo/o-custo-da-divida-publica-para-o-estado-brasileiro-com-ou-sem-pandemia-de-covid-19-por-paulo-lindesay/>.

⁷⁹² Ex vi Senado Notícias – Congresso aprova Orçamento da União para 2020 [em linha]. 2019. Brasília. [28.06.2020]. (17.12.2019). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/17/congresso-aprova-orcamento-da-uniao-para-2020#>.

expansão de realização dos objetivos do Estado em patamares maiores em relação ao pagamento de seus passivos.

O Tribunal de Contas da União que tem papel relevante no controle externo dos serviços da dívida, determinou que a gestão da dívida pública tivesse acompanhamento permanente daquele órgão de controle, o que denota falha de monitoramento em virtude do atual cenário caótico⁷⁹³, onde os esforços orçamentário-financeiros não levarão a uma situação de (re)equilíbrio ou de possibilidade de solvência da dívida, frente a sucessivos orçamentos deficitários do ente federal que tendem a agravá-la, impondo um olhar mais acurado aos serviços da dívida e suas flexibilizações orçamentais nesse contexto de desequilíbrio generalizado.

Em regra, as principais formas de financiamento orçamentário são: (i) o “refinanciamento da dívida pública”, com emissão de títulos para pagamento do principal da dívida, acrescido da atualização monetária. Em outras palavras, trata-se da substituição de títulos públicos (anteriormente emitidos) por títulos novos (refinanciamento), com vencimento posterior, conhecido como “rolagem da dívida”; (ii) “operações oficiais de crédito”, que representam novos empréstimos contraídos pelo governo; e, (iii) “emissão de títulos”, que representam outra forma de o governo obter recursos para custear suas despesas. Esses títulos podem ser adquiridos por pessoas físicas, empresas, bancos e até mesmo outros países, sendo subsidiados por capitais privados ou públicos. Os títulos públicos são emitidos pelo governo federal com o objetivo de captar recursos para o financiamento da dívida pública e das demais atividades governamentais. A Secretaria do Tesouro Nacional é o órgão responsável pela emissão e controle desses títulos.

O Brasil experimentou uma grande mudança no perfil de suas dívidas nas últimas duas décadas no quesito de origem. Objetivando diminuir a exposição à variação cambial, o Estado empreendeu esforços no sentido de internalizar as dívidas emitidas em moeda estrangeira, substituindo-as por dívidas emitidas em moeda nacional. A rigor, o país ainda possui dívida externa; contudo, quando apurada de forma líquida (*verbi gratia*, considerando os ativos em moeda estrangeira em reservas internacionais do Banco Central), o resultado passou para a neutralidade ou em alguns casos negatividade, isto é, crédito em moeda estrangeira.

Por vezes é aventada a questão de possível fraude ou inconsistência nas operações da dívida pública brasileira. Foi esta desconfiança, por exemplo, que levantou a “CPI da Dívida Pública” a encargo da Câmara dos Deputados. Na ocasião, os parlamentares buscaram investigar a dívida pública da União

⁷⁹³ Nos termos do Acórdão 1705-2018/Plenário (TC 011.919/2015-9), de relatoria do Ministro-Relator Weder de Oliveira, apontava naquela época “trajetória indesejável da dívida pública com efeitos negativos sobre o crescimento econômico”.

e dos entes subnacionais, o pagamento de seus juros, os beneficiários destes pagamentos e os seus impactos nas políticas sociais e no desenvolvimento sustentável do país.

Em que pese a conclusão dos trabalhos parlamentares tenha “desaguado” em aprovação de relatório final que afirmou “desconhecer qualquer indício de ilegalidade” com base em exposição do Tribunal de Contas da União, voto em separado⁷⁹⁴ trouxe um rol de irregularidades que denotam falha técnica no aprofundamento da questão, em especial os conflitos de interesses na definição das taxas juros que seguem lógica contratual patrimonialista em detrimento do erário público.

A propósito, a utilização de indicativos de mercado financeiro privado na emissão de títulos da dívida elevam a impossibilidade de adimplemento num cenário de Estado fiscal deficitário, em especial na prática de anatocismo (juros sobre juros) e (re)financiamentos para pagamento de juros⁷⁹⁵, o que beneficia somente o credor particular em política fiscal perversa ao devedor (Estado brasileiro).

Sem dúvida, essa conta será paga pelo cidadão-contribuinte recaindo em “culpa” no direito constitucional tributário e orçamentário e que certamente não lhes cabe.

As flexibilizações no tratamento orçamental (executivo e legislativo) dos serviços da dívida beneficiam seu manejo pelos governos temporários, sem uma política de solvência/adimplemento do principal, tudo a serviço do capital privado e de outros investidores internacionais. Não há preocupação com a transparência no trato dos serviços da dívida e a sua normação, em prudência exigível pelo princípio da publicidade e equidade intergeracional, como pressuposto ao direito ao futuro das sociedades contemporâneas.

Para FERNANDO SCAFF⁷⁹⁶, a Constituição financeira tem sido usada no Brasil para comprimir a Constituição orçamentária e social, em detrimento de uma indispensável equidade intergeracional em que os interesses e gozo dos frutos da arrecadação da geração presente, deve se “espraiar” aos da geração futura, sem excessiva oneração pelos compromissos assumidos no passado.

A dívida pública tornou-se instrumento de (re)financiamento de políticas públicas emergenciais (deficitárias), de governos temporários e seus mandatários, numa clara demonstração de ausência de preocupação de primeira ordem com efeitos deletérios e do direito ao futuro, impondo sujeição de controle administrativo externo⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ Ex vi Auditoria Cidadã da Dívida – CPI da Dívida – voto em separado [em linha]. 2010. [28.06.2020]. (05.05.2010). Disponível em: <https://auditoriacidada.org.br/conteudo/cpi-da-divida-voto-em-separado-relatorio-alternativo-do-deputado-federal-ivan-valente-psol-sp/>.

⁷⁹⁵ GOÊS, Carlos (Org.) – Dados e gráficos sobre a dívida pública federal. Brasil. 2015. Instituto Mercado Popular. [28.06.2020]. Disponível para download em <https://mercadopopular.org/wp-content/uploads/2015/10/IMP-Base-de-Dados-Juros-da-Divida.xlsx>.

⁷⁹⁶ SCAFF, Fernando Facury - Crédito Público e Sustentabilidade Financeira [em linha]. Revista de Direito à Sustentabilidade. UNIOESTE, V 1, N 1 (2014). [28.06.2020]. Disponível em <http://e-revista.unioeste.br/index.php/direitoasustentabilidade/article/view/11046/>.

⁷⁹⁷ Cf. SILVA, Carlos Richelle Soares – Os Tribunais de Contas dos entes subnacionais e o controle externo do endividamento público. In CONTI, José Mauricio (Coord.) – Dívida Pública. Série Direito Financeiro. São Paulo: Blucher, 2018, pp. 639-663.

O protecionismo patrimonialista que não está sujeito as balizas de planeamento orçamental publicista são grandes atrativos a esse tipo de operação financeira, caracterizado por um verdadeiro “cheque em branco” em favor do credor, típico das relações privadas calcadas na “autonomia da vontade” só que deferida ao alvedrio de gestores públicos de ocasião.

Em síntese, autoriza-se a negociação de novos empréstimos para pagamento dos próprios juros e de passivos do serviço da dívida, atrativos a investidores, posto que em balizas de mercado privatístico sob garantia de adimplemento do ente público.

As despesas com juros e o refinanciamento para adimplemento dos juros aumentam o *déficit* público; portanto, impulsionam as necessidades de (re)emissão de dívida nova num verdadeiro ciclo vicioso, a agravar a situação de endividamento brasileiro. Logo, se o resultado operacional não for suficiente para o governo naquele exercício mais dívida haverá de ser tomada, realidade dos últimos orçamentos do ente federal desde 2014, com projeções até 2029.

As despesas com juros não são despesas planeadas no orçamento. Em verdade, são consequências, em critério de “boa medida” da política monetária e das “boas condições” do país⁷⁹⁸.

Em regra geral, as despesas com juros são representadas por percentual multiplicado pelo estoque da dívida⁷⁹⁹. Esse percentual, em tese, está estritamente relacionado à taxa básica de juros fixada pelo Comitê de Política Monetária (COPOM), no caso brasileiro a taxa SELIC, frise-se, estranhamente variante sem autorização legislativa de fonte primária: lei formal, isto é, sem controle parlamentar.

No geral, convém-se chamar atenção no custo do dinheiro. Quanto maior a taxa de juros, menor é o estímulo para tomada de crédito pelo particular, para aplicação em investimentos de produção e consumo; assim, o aumento da taxa SELIC, *verbi gratia*, sinaliza para as instituições financeiras e para sociedade que o “dinheiro está ficando mais caro”; como consequência, os movimentos financeiros futuros deixariam de ser feitos. Nesse cenário, o detentor do capital passaria a represar as disponibilidades monetárias ou a investi-las em títulos públicos, onde a lógica aplicável é de quanto maior a taxa de juros, maior é a obtenção de lucros em créditos publicistas disponibilizados⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ BERNANKE, Ben S; HEFFETZ, Ori - Principles of Macroeconomics. 6ª. ed. New York: McGraw-Hill, 2014, cap. 11.

⁷⁹⁹ Para Fernando Scaff, o “orçamento público poderia determinar em valores exatos quanto o Brasil pagará de juros a cada ano ou período de quatro anos (para ser compatível com o Plano Plurianual), e não, como é feito, orçar pelo “saldo” apurado, comprimindo todas as despesas através do sistema de contingenciamento, para que o superávit primário corresponda ao montante de juros a pagar. Este singelo procedimento transformaria uma fórmula opaca em algo transparente, o que cumpre uma interminável série de normas acerca da matéria. A sociedade ficaria esclarecida sobre o valor do serviço da dívida e o esforço financeiro que deve ser feito para cumprir os compromissos creditícios assumidos. E a blindagem do serviço da dívida à deliberação e ao controle parlamentar, tal qual hoje existe, deveria ser afastada de nossa Constituição, pois contrária aos princípios democrático e republicano”. Cf. SCAFF, Fernando Facury - Crédito Público e Sustentabilidade Financeira [em linha]. Revista de Direito à Sustentabilidade, UNIOESTE, V 1, N 1 (2014). [28.06.2020]. Disponível em <http://e-revista.unioeste.br/index.php/direitoasustentabilidade/article/view/11046/>.

⁸⁰⁰ Há uma relação direta entre política monetária e política fiscal. Assim, se a demanda agregada se encontra muito pressionada, decorrerá uma pressão inflacionária. Como consequência, o COPOM aumentaria a taxa de juros. Hoje, porém, comparando-se a expectativa de crescimento do Brasil, há um gap de 6% (hiato do produto - PIB potencial versus PIB observado). Significa-se que há margem para redução da taxa de juros, porquanto a pressão inflacionária está baixa, com possibilidade de deflação face à crise pandêmica e redução de fluxos econômicos.

Resta saber, se em tempos de orçamentos deficitários há vias alternativas ao (re)financiamento estatal. O direito constitucional orçamentário precisa ser revisitado, com a possibilidade de contingenciamento – como imposto aos Estados-membros e Municípios – a limites de gastos com o serviço da dívida pública, neste particular da União.

O erário público precisa ser protegido dos interesses de capital privado no (re)financiamento dos serviços da dívida. Não se trata de moratória ou insolvência da dívida consolidada, mas de medidas de contingência pós-pandêmica para fazer frear a cobertura de *déficits* orçamentais recorrentes, o que não pode recair em corte de gastos em direitos fundamentais - por medida de odioso retrocesso social – ou de “definhamento” das estruturas dos órgãos estatais (máquina pública).

No último ano em que o governo verificou *superávit* primário (2013)⁸⁰¹, 6% das receitas totais foram utilizadas para o pagamento de juros. Noutra banda, há uma clara demonstração de ciclo vicioso de má gestão fiscal na atualidade, onde a (re)emissão da dívida serviu para pagamento dos juros da dívida consolidada pretérita⁸⁰², em política pública de irresponsabilidade fiscal, possibilitada pela ausência de normação clara de ancoragem constitucional e principiológica orçamental, a estancar práticas perdulárias.

O adimplemento da dívida não pode se lastrar em reemissão de novos títulos e em (re)financiamentos por interesses de capitais privatísticos em aderência a ideários patrimonialistas. A pergunta que fica é: há amortização do adimplemento da dívida em condições de sustentabilidade do orçamento público?

Conforme demonstrado, o governo paga encargos sob a forma de juros; contudo, a dívida é elevada, as despesas aumentam e os *déficits* ficam maiores. A partir de certo limite de endividamento, a dívida pública fica fora de controle, impondo ações emergenciais das autoridades monetárias. O (re)equilíbrio das contas públicas é premente: gastar menos com os recursos públicos disponíveis hauridos da arrecadação de tributos, com maior eficiência, sem necessidade de aumento da carga tributária e sem corte de gastos indispensáveis a manutenção de direitos fundamentais e as estruturas de poderes e órgãos de Estado. Esses são os motes da atividade de controle externo administrativo que deve ser “mirado”.

Pelas definições apresentadas, a dívida pública só será passível de ser saldada caso haja *superávit* nominal – isto é, o governo economizar além do montante necessário para pagar os juros da

⁸⁰¹ GOÊS, Carlos (Org.) – Dados e gráficos sobre a dívida pública federal. Brasil. 2015. Instituto Mercado Popular. [28.06.2020]. Disponível para download em <https://mercadopopular.org/wp-content/uploads/2015/10/IMP-Base-de-Dados-Juros-da-Divida.xlsx>.

⁸⁰² Ex vi Auditoria Cidadã da Dívida – CPI da Dívida – voto em separado [em linha]. 2010. [28.06.2020]. (05.05.2010). Disponível em: <https://auditoriacidada.org.br/conteudo/cpi-da-divida-voto-em-separado-relatorio-alternativo-do-deputado-federal-ivan-valente-psol-sp/>.

própria dívida. De fato, desde 1999, quando da adoção do denominado “tripé macroeconômico”, o país vivenciou sucessivos *déficits* nominais reduzidos e combinados com *superávits* primários – ou seja, com adimplemento parcial dos juros. Mas a situação se agravou; os sucessivos *déficits* primários desde 2013 (e, por óbvio, *déficits* nominais mais acentuados ainda) – indicam o aumento da dívida pública, e seu agravamento em ciclo vicioso de “rolagem”, restando impagável no médio/longo prazo.

Não sem razão, a saída menos custosa é imposição de limites à possibilidade de (re)financiamento dos serviços da dívida de forma descomedida pela União, atividade típica de controle externo, cujas taxas de juros precisam de previsão expressa em lei, a garantir a segurança jurídica do negócio celebrado, ao passo que afastará tratativas governamentais em cláusulas contratuais privatísticas (de livre comércio), de natureza eminentemente patrimonialista. Os *superávits* primários não podem servir ao pagamento de juros da dívida, retroalimentando uma “indústria do capital privado” que se apropriou do Estado.

Não há que se cogitar a ideia de majoração de impostos, em especial, em tempos de retração econômica agravada pela pandemia (Covid-19). Aumentar impostos agride mais severamente a economia e o desemprego. Nesse sentir, os outrora ajustes fiscais bem-sucedidos – isto é, definidos no sentido de manutenção do equilíbrio orçamentário após a implementação de programas de austeridade fiscal, restam associados à ênfase no corte de gastos possíveis – nunca indispensáveis - ao invés do aumento de receitas tributárias, em especial àqueles de natureza corrente e sem supressão de investimentos⁸⁰³.

De toda sorte, a fixação de limites globais das dívidas, tanto da União, como dos Estados e dos Municípios, é privativa do Senado Federal⁸⁰⁴. Em que pese a resolução do Senado limitar as dívidas dos entes subnacionais (Estado, Distrito Federal e Municípios), não há previsão limitativa para o ente nacional (União federal)⁸⁰⁵, o que agrava – por omissão constitucional legislativa - toda situação orçamentário-financeira anteposta, estrangulando-se as demais despesas públicas indispensáveis.

Mostra-se premente ação concertada entre o Executivo e o Legislativo, para revisitação do direito constitucional orçamentário e a impor limites de gastos com o serviço da dívida da União e seus juros – como feito nos demais entes (Estados e Municípios), gravando-lhes da rigidez de planejamento coerente e proporcional com as receitas públicas, aliada a diminuição de despesas correntes possíveis, a torná-las exequíveis e solventes, sem decretação de moratórias.

⁸⁰³ Cf. ALESINA, Alberto; FAVERO, Carlo; GIAVAZZI, Francesco - What do we know about the effects of Austerity? [em linha]. 2018. Cambridge, MA: [s.n.]. [20.06.2020]. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w24246.pdf>.

⁸⁰⁴ Artigo 52, inciso VI, da Constituição da República de 1988.

⁸⁰⁵ Ex vi tramitação de Projeto de Resolução do Senado n. 46, de 2019. Senado Federal. [28.06.2020]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136749#:~:text=Ementa%3A,Estados%20e%20do%20Distrito%20Federal>.

Por fim, devemos compatibilizar o sistema constitucional tributário, financeiro e orçamentário à execução plena da concretude dos direitos fundamentais e do eficiente funcionamento das estruturas dos poderes republicanos e os órgãos da administração pública, tudo em prol do cidadão-contribuinte sob olhar atento das múltiplas instâncias de controle interno e externo da administração pública.

4.3. Das múltiplas instâncias de controle administrativo

Mesmo com a coexistência de variados órgãos de controle administrativos – internos e externos – em matéria de gastos públicos brasileiros, em especial pelos Tribunais de Contas da União e dos Estados (e Municípios), dos Ministérios Públicos federais, estaduais e especiais (junto aos Tribunais de Contas), a Controladoria Geral da União, dos Estados (e Distrito Federal) e Municípios, mostra-se ainda incipiente, insuficiente e limitado a atuação da atividade controladora, considerado o grande volume de recursos arrecadados e o quantitativo de ordenadores de despesas da administração pública em geral (jurisdicionados), o que faz com que os poderes executivos elaborem as políticas públicas distantes de um controle realístico, fazendo-nos dependentes - cada vez mais – do controle difuso da sociedade, que pode ser exercido por cada um cidadão brasileiro.

Deste modo, torna-se essencial que a coletividade participe do controle dos gastos públicos, monitorando as ações governamentais e exigindo o uso correto dos recursos arrecadados pela multiplicidade de subsistemas de interesses nacional, regional e local.

Nesse sentido, leciona ROGÉRIO LEAL⁸⁰⁶, ao corroborar a importância significativa e inelutável da participação da sociedade civil em efetivamente estreitar os laços e vínculos com a Administração Pública. Tais atos são mecanismos importantes ao fortalecimento da cidadania, que, infelizmente, em nosso país, acaba sendo confundida com o mero exercício do direito ao voto, de quatro em quatro anos, sem a plenitude de seu exercício, do controle social efetivo, o que CARRAZZA⁸⁰⁷ intitula como uma verdadeira “democracia de fachada”.

⁸⁰⁶ “[...] o controle de exercício do sufrágio como ato isolado de participação política tem se confundido com a delegação incondicionada de mandatos (poder) e agentes públicos por tempo certo e determinado, comodamente transferindo a estes todas as responsabilidades e liberdades à solução das mazelas sociais. Em verdade, a sociedade civil tem tido no voto, no envolver dos tempos democráticos, um dos únicos momentos espacial e temporal de vinculação e relação com a Administração Pública, após o que se ausenta do espaço público para que os donos do poder possam desempenhar seus papéis.” Cf. LEAL, Rogério Gesta – O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In SARLET, Ingo (Org.) - Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 162.

⁸⁰⁷ CARRAZZA, Roque Antonio – Curso de direito constitucional tributário. 24.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 67.

4.4. Do controle social: mecanismos e eficácia

Diversos mecanismos de participação direta da comunidade em gestão de políticas públicas vêm sendo implementados no Brasil: o orçamento participativo⁸⁰⁸; a criação de conselhos⁸⁰⁹ municipais e estaduais de educação, alimentação escolar, saúde, assistência social, segurança pública; o plebiscito⁸¹⁰; o referendo⁸¹¹ e; a iniciativa popular legislativa⁸¹²; todos estes são mecanismos eficazes ao exercício da cultura de cidadania exercida pela sociedade.

Assim sendo, como instrumento de participação direta do povo, decorre o controle social nos processos de planejamento, acompanhamento, monitoramento e avaliação das ações de gestão e execução das políticas e programas públicos. Trata-se de uma ação conjunta entre Estado e a sociedade, em que o eixo é o compartilhamento de responsabilidades.

Lado outro, nossa democracia é eminentemente representativa, perpassando, em dimensão global, numa flagrante crise acerca da atuação dos representantes políticos. Sobre o tema, escreve MARIA GARCIA, asseverando que no princípio democrático é que as Constituições modernas incorporaram seu institutos de democracia direta ou participativa (referendo, plebiscito, iniciativa popular, ação popular, direito de representação e petição), pois quase ninguém atualmente, com lucidez, é capaz de afirmar que na democracia representativa a nação é efetivamente representada por seus mandatários, em possível desvio de finalidade do mandatário, cujo delegação de poderes deveria basear-se na fidelidade e na lealdade⁸¹³.

O controle social pressupõe alterações profundas na edificação de uma sociedade democrática, especialmente nas relações jurídicas depreendidas entre o Estado e o cidadão, os quais deixam de ser vistos como oponentes e se transformam em partícipes do processo de definição, implementação e de avaliação das políticas públicas.

⁸⁰⁸ Artigos 163 a 169, da Constituição da República de 1988. Cf. SÁNCHEZ, Félix R – Orçamento participativo: teoria e prática. São Paulo: Editora Cortez, 2002. Conceitualmente, José Afonso da Silva ensina que "Orçamento é o processo e o conjunto integrado de documentos pelos quais se elaboram, se expressam, se aprovam, se executam e se avaliam os planos e programas de obras, serviços e encargos governamentais, com estimativa de receita e fixação das despesas de cada exercício financeiro". Cf. SILVA, José Afonso – Curso de direito constitucional positivo. 23ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 718.

⁸⁰⁹ Órgãos colegiados de composição e representação plúrima, cujas deliberações possuem caráter consultivo, e às vezes, resolutivo, a depender dos seus estatutos constitutivos.

⁸¹⁰ Consulta popular prévia, de deliberação legislativa ainda não apreciada.

⁸¹¹ Consulta popular póstuma, de deliberação legislativa e executiva já aprovada, dependo a sua vigência, da aquiescência popular.

⁸¹² Cf. Artigo 14, da Constituição da República de 1988. Um dos grandes exemplos atuais de participação popular no processo legislativo, nos moldes do artigo 61, parágrafo 2º, da Constituição da República de 1988, foi a apresentação do projeto de Lei da Ficha Limpa, que culminou com a deliberação legislativa e executiva da Lei Complementar Federal n. 135, de 04 de junho de 2010, trazendo inúmeros vetores de candidatura a mandatos eletivos, por fundamentos de proibidade na administração pública, tornando mal gestores públicos gravados de inelegibilidade pelo tempo que o instrumento legal dispôs, a depender da hipótese de incidência concreta às hipóteses elencadas.

⁸¹³ GARCIA, Maria – Os poderes do mandato e o recall. Revista dos Tribunais. São Paulo, [s.i.]. A 13 (2005), p. 3.

Na visão hegeliana, se o Estado não construir uma sociedade civil que o integre, não existe povo, ora, se não existe povo, não existe o Estado⁸¹⁴.

BONAVIDES alertando para o baixo grau de incidência de legitimidade participativa, aduz uma farsa do sistema democrático vigente, decorrente da dissociação do povo e suas instituições governamentais, trazendo à baila a concepção de que “ninguém sabe responder quem é o povo”⁸¹⁵. Nesta forma de organização “em que o ente político é objeto e não sujeito, e se viu privado pela extorsão política, das titularidades de suas faculdades soberanas”⁸¹⁶.

Em se falando de controle social, não quer aqui se compartimentar o poder de potestade deferido ao Estado, acabando por demandar uma desoneração das políticas públicas somente a ele impingidas, conforme anota NEIVA OLIVEIRA e AVELINO OLIVEIRA⁸¹⁷.

Bem verdade, a nova legitimidade perpassa por instrumentos de concretização. A própria Constituição da República já estimula tal (re)integração, seja através da obrigatoriedade da transparência pública das contas governamentais⁸¹⁸, seja do direito fundamental de acesso à informação⁸¹⁹, ou ainda por meio da institucionalização do direito de petição do cidadão, a fim de que possa denunciar irregularidades⁸²⁰.

Todavia, tais instrumentos somente serão eficazes se decorrerem de uma verdadeira mobilização da sociedade, na qual se assume a tarefa de participar ativamente na construção de uma nova nação, menos desigual socioeconomicamente, menos injusta materialmente, menos pobre entre suas classes, com maior controle eficaz de atos dos gestão pública.

Mas qual o motivo de nosso atual conformismo ou indiferença? Talvez a formação histórica, talvez o comodismo do regime de liberdades públicas solidificado, talvez o olhar incrédulo das instituições, talvez o olhar de desconfiança depositado nos representantes que numa retórica redundante e promessas infundadas, em nada se volem de concreto quando da investidura no poder político mandatário, numa inversão de papéis ideológicos, onde não existe mais à esquerda ou à direita

⁸¹⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery - Controle Social das Instituições Democráticas. Interesse Público. A 14, N 73 (2012), p. 64.

⁸¹⁵ BONAVIDES, Paulo – Teoria constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 26.

⁸¹⁶ Idem.

⁸¹⁷ Aduzem que a “falta de comprometimento do Estado com as políticas que são de sua competência e a consequente devolução à sociedade civil das atribuições que esta lhe outorgou, nada tem a ver, então, com a vontade política deste mesmo Estado de delegar poderes decisórios à sociedade civil em questões relativas a programas, recursos, etc”. Cf. OLIVEIRA, Neiva Afonso; OLIVEIRA, Avelino da Rosa – Controle social e participação política: desafios de ontem à filosofia da educação (política) de hoje. In UFRGS, GT-17, Filosofia da Educação, [s.a.], p. 28.

⁸¹⁸ Através da criação dos portais das transparências de receitas e despesas públicas e das transferências voluntárias e obrigatórias aos entes que compõem a federação. No âmbito da União ex vi <http://www.tesouro.fazenda.gov.br> e <http://www.portaldatransparência.com.br>.

⁸¹⁹ Artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição da República de 1988, que fora regulado recentemente pela Lei federal n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de acesso à informação e transparência pública).

⁸²⁰ Artigo 5º, inciso XXXIV, alínea a, da Constituição da República de 1988, onde resta assegurado a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

partidárias, pois se revezam no poder e transmutam seus discursos a depender da posição que ocupam, por critérios de mera conveniência de uma minoria (grupos partidários), denotando um democracia frágil.

Pode-se imaginar a concretude do princípio democrático, não só quando se permite a participação direta do administrado na formação dos impulsos administrativos, mas, também, na sua efetividade e realização dotada de completude⁸²¹.

O controle social é um sistema complexo de mecanismos não planejados e inconscientes, que servem para contrapor tendências desviantes, isto é, “desviante é termo geralmente definido em função de normas, que por sua vez, são padrões predominantes de comportamento e pensamento. Declarar desviante o que não coincide com o padrão predominante é negar - *a priori* - legitimidade e comportamentos de seus agentes”⁸²².

A própria Carta da República brasileira cria momentos de participação democrática direta específica, além do já conhecido direito de voto e elegibilidade do cidadão, com a participação dos trabalhadores e empregados nos órgãos colegiados de interesse próprio⁸²³, com a eleição de representantes diretos junto aos trabalhadores para promover-lhes entendimento com os empregadores⁸²⁴, na cooperação das associações representativas no planejamento municipal⁸²⁵, ao estabelecer o caráter democrático da gestão administrativa da seguridade social⁸²⁶, instituindo à colaboração para preservação do patrimônio cultural brasileiro⁸²⁷, dentre tantas outras.

Nesses contextos, temos as audiências públicas que exercitam o princípio da legitimidade, igualdade, impessoalidade e publicidade, decorrendo um duplo papel informativo, pois se de um lado propiciam ao público alvo a oportunidade de obter uma informação, lado outro, levam à administração a tomar ciência dos interesses dos envolvidos no objeto de discussão, podendo auferir a repercussão sobre o plano ou projeto que deu ensejo a sua convocação⁸²⁸.

Podemos ainda ressaltar a ouvidoria (*ombudsman*) como forte instrumento de participação e controle social, em especial atenção ao que preconiza a participação do usuário de serviços públicos na administração pública direta ou indireta, com acesso à informação e direito de representação contra atos irregulares verificados⁸²⁹.

⁸²¹ Cf. FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson – Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 21-22.

⁸²² Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery - Controle Social das Instituições Democráticas. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, A 14, N 73 (2012), p. 68.

⁸²³ Artigo 10, da Constituição da República de 1988.

⁸²⁴ Idem.

⁸²⁵ Artigo 29, inciso X, da Constituição da República de 1988.

⁸²⁶ Artigo 194, Parágrafo único, inciso VII, da Constituição da República de 1988.

⁸²⁷ Artigo 216, Parágrafo 1º, da Constituição da República de 1988.

⁸²⁸ Cf. ANTUNES, Paulo Bessa – Direito ambiental. 4.ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2000, p. 239.

⁸²⁹ Artigo 37, § 3º, incisos I, II e III, da Constituição da República de 1988.

Denote-se ainda a natureza jurídica das Agências Reguladoras e Executivas Governamentais, que possuem o condão de controle de eficácia operacional de serviços públicos, agregada à necessidade de se alcançar determinadas metas, que incluem a abertura de canais de comunicação entre usuários e prestadores⁸³⁰.

De fato, para se minorar a injustiça social, em prol da melhoria do sistema democrático, o importante é a (re)pactuação de uma cultura social de corresponsabilidades, atuante, cidadã, participativa do processo político institucional e dos governos, de caráter integrativo, sem lugar para a omissão, indiferenças, descréditos, pessimismo ou desonerações políticas.

A insensibilidade das intempéries alheias, em que a fome, a ausência de moradia e a miserabilidade social batem à porta dos menos favorecidos, faz ressoar críticas desvalidas de caráter construtivo, quando nos deparamos com programas públicos de distribuição de renda, como algo natural e irreversível.

Esse sim é o preço da construção de um Estado Social, em que a solidariedade ressalta frequentemente aos olhos, de maneira transitória, conquanto sirva de instrumento temporário minorante da terrível realidade da desigualdade social em que vivemos.

E a postura de bom pagador de impostos, por si só, não é excludente de corresponsabilidades sociais, nem tampouco mecanismo de desoneração psicológica do cumprimento de deveres. Em síntese, não basta cumprir o dever legal de pagar o tributo e após, reclamar.

Há necessidade de uma conduta proativa: no simples ato de exigir a nota fiscal, denunciar as irregularidades que tiver conhecimento, fiscalizar o cumprimento das políticas públicas, exercer o direito de sufrágio universal – votando e sendo votado –, cobrar do Legislativo e do Ministério Público as ações de combate à corrupção e às explicações acerca da fiscalização da probidade no erário público, denunciando, inclusive, os agentes políticos inertes.

Um critério positivo de controle social que vem sendo ampliado a cada ano é o que envolve o “Orçamento Participativo”, acima tratado. A participação popular na elaboração do orçamento municipal de inúmeras cidades vem demonstrando ser uma fonte muito mais democrática em decidir sobre a aplicação dos recursos públicos que serão arrecadados, do que se buscar posteriores responsabilizações. Trocam-se informações, experiências e inauguram-se debates abertos, francos e transparentes, sintetizando-se as necessidades prementes com maior amplitude na busca das políticas públicas corretas e eficazes com plena aderência com os anseios da sociedade.

⁸³⁰ Cf. AGUILLAR, Fernando Herren – Controle social de serviços públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 253.

O “Orçamento Participativo” é instrumento de democracia direta ou participativa que possibilita à sociedade influenciar no processo de fixação de despesas públicas, no qual o cidadão torna-se responsável pelo acompanhamento da elaboração do orçamento público e, conseqüentemente, da aplicação dos gastos que estejam previstos⁸³¹.

Embora a metodologia utilizada seja diferente nos municípios que institucionalizaram o orçamento participativo, podemos apontar como atos comuns a realização de assembleias abertas em bairros ou distritos, com periódicas etapas de negociação direta com o governo.

Normalmente são eleitos delegados que representarão um tema ou território nas negociações com o governo, que ficam responsáveis pelo diálogo com os representantes do município, acerca da execução das obras e prioridades previstas no orçamento aprovado através da participação popular.

O que ressalta desta experiência é que a participação popular permite incluir no orçamento público as demandas prioritárias na visão da própria população, discutindo os problemas urbanos que mais afetam seu cotidiano, decidindo o que deve ser feito para sanar estes problemas, e mais, sua participação exala decisão, não tendo meramente caráter consultivo.

Importante ressaltar que o fomento ao controle social dos gastos públicos, longe de ser contrário aos interesses do Estado e da administração pública, contribui para a própria persecução de seus interesses tributários, pois a efetividade desse sistema e a redução da sonegação fiscal apenas se concretizarão com procedimentos que visem à sensibilização da função socioeconômica do tributo, como mecanismo de redistribuição de renda e minoração das desigualdades sociais.

A participação direta da sociedade possibilita o rompimento da dicotomia entre a seara pública e privada, tudo isso sem desonerações mútuas, possibilitando a inserção do controle do patrimônio público dentro da perspectiva do patrimônio de todos e, em pleno exercício do direito e dever fundamental da cidadania, erigido como fundamento republicano em nossa norma constitucional⁸³².

4.5. A lei de acesso à informação: instrumento de reforço do controle social

O advento da Lei de Acesso à Informação brasileira (2011) representou significativo avanço à política pública de transparência governamental, propiciando o despertar legiferante da reafirmação da cidadania constitucional, quer seja pela regulamentação da liberdade de informação enquanto direito fundamental constitucional, quer seja como forma de maior eficácia ao princípio da publicidade, a

⁸³¹ Cf. SÁNCHEZ, Félix R. - Orçamento participativo: teoria e prática. São Paulo: Editora Cortez, 2002.

⁸³² Artigo 1º, inciso II, da Constituição da República de 1988.

permitir acesso a qualquer cidadão às informações até então reservadas às esferas de decisão gestacional das administrações públicas federal, estadual, distrital e municipal.

Mas muito precisamos falar. A democracia conquanto baseada no “poder do povo, pelo povo e para o povo” desafia o incentivo à transparência pública, a fim de refundar a legitimação popular como forma perene da cidadania. O direito de acesso à informação ganhou novo aliado ao princípio da publicidade (art. 37, da CR/88), com diretriz imposta aos órgãos públicos de publicitação de seus dados em *locus apertus*, isto é, que contenha, no mínimo, prestação de contas clara, de forma concisa, inteligente e inteligível.

De outra banda, passados quase 9 anos da inovação legislativa acertada, estudo divulgado pela Controladoria Geral de União (CGU) subordinada ao Poder Executivo federal, em divulgação da 3ª Avaliação do Índice da Escala Brasil Transparente – Dados Abertos⁸³³, constatou que 69,8% dos 2.238 dos municípios brasileiros pesquisados – de um total de 5.570 –, receberam nota abaixo de 5 (regular). Somente 209 municípios pesquisados – que correspondem 9% do total –, tiveram nota satisfatória (entre notas 9 e 10), incluindo 14 Municípios sede de Capitais das Unidades da Federação (de um total de 27).

Os números extraem o “fosso” existente entre a norma cogente do ato prescrito em lei e o pragmatismo de seu cumprimento. Muito se revela, sobretudo, a falha dos órgãos de controle interno e externo, permitindo óbice intransponível ao acesso de informação aos cidadãos residentes na ambiência do “poder local”, ora alijando-os da participação política ativa plena, ora alijando-os do salutar controle social – aqui de caráter difuso –, dependente da transparência pública passiva⁸³⁴, tão relevante em tempos de sucedâneos escândalos de desvio de dinheiro público e práticas corruptivas brasileiras.

Mas não é só. O descumprimento da Lei de Acesso à Informação (LAI) administrativa brasileira por parte de gestores públicos – transparência pública ativa⁸³⁵ – desvela que a presença participativa da população é incipiente, não só com demandas e reivindicações de dados públicos objetivos abertos, mas como verdadeira política de boa governança e de aproximação de uma administração pública essencialmente dialógica. Quanto maior a transparência, maior será a solicitude da cidadania constitucional, numa via de mão dupla virtuosa. Privando-se o cidadão de informações básicas sobre economia, finanças, governo, política, pessoa, família, sociedade, ciência, tecnologia, comunicação, orçamentos, saúde, educação, segurança, dentre outros, propicia-se, cada vez mais, o vilipêndio ao “direito ao futuro” das próximas gerações ainda em gestação (equidade intergeracional).

⁸³³ Fonte: Brasil. Relatório da Controladoria Geral da União [em linha]. [20.09.2018]. Disponível em https://relatorios.cgu.gov.br/Visualizador.aspx?id_relatorio=20.

⁸³⁴ Disponibilização de informações públicas em atendimento a pleitos específicos de pessoas físicas ou jurídicas.

⁸³⁵ Divulgação de dados públicos abertos pelo próprio poder público.

A colaboração e participação ativa da sociedade em atos de gestão e de ações de controle demandam a revisitação do instituto da administração pública dialógica, sobretudo sob a ótica da doutrina clássica de PETER HÄBERLE⁸³⁶, na ereção de uma “sociedade aberta aos intérpretes da Constituição”, onde a visão clássica (restrita a juízes e Tribunais) de contornos póstumos de hermenêutica constitucional, recebe contribuições inovadoras do povo, o qual detentor de legitimação de cunhar a norma, o terá para (re)interpretá-la, servindo de patamar orientativo ao legislador/julgador.

A informação transmuda-se de elemento acessório à imprescindível no exercício pleno da cidadania constitucional, sem a qual, “amputam-se sentidos” indispensáveis à criação de uma rede protetiva da comunidade, seja em prol de seus direitos, seja em prol do erário que se constitui por direito de exação sobre os esforços dos próprios cidadãos.

Nesse diapasão, os gestores públicos precisam eleger as transparências públicas ativas e passivas como temas da “ordem do dia”, não só para soerguê-los a si próprios ao título de bons gestores, mas, sobretudo, para inclusão da cidadania como fundamento da participação ativa popular.

Tais fundamentos são decorrentes de obrigações tratadistas que o próprio Brasil é signatário e se obrigou a cumprir. Se considerarmos que o fundamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – o Pacto de São José da Costa Rica – subscrito em 1969 pela República Federativa do Brasil, que entrou em vigor em meados de 1978, já aquilatava a prescrição da liberdade de perscrutar, receber e difundir informações e ideais de qualquer natureza (art. 13)⁸³⁷, veremos que a aparente “juventude” do direito de acesso à informação na legislação brasileira é mais “tardia” do que nunca.

Tomando por base a disseminação do direito de informação em séculos passados em vários países (*verbi gratia*, duzentos anos na Suécia), temos uma atmosfera decorrente de ideais democráticas globalizadas, exprimindo-se o interesse público de fomento ao controle social hodierno, bem como no chamamento de participação ativa popular por meio do fundamento republicano da cidadania, como elemento nuclear fincado em Estados Democráticos de Direito, servindo de duplo viés: maior chamamento à participação ativa popular por meio do “acesso à informação” e maior transparência (ativa e passiva) como mecanismo eficaz no combate à corrupção e malversação de recursos públicos.

Se considerarmos a amplitude e possibilidades advindas com a Lei de Acesso à Informação brasileira, estamos diante da inauguração de um sistema progressista de *checks and balances*, incrementador não só do controle social, mas do conhecimento de outros direitos constitucionalmente

⁸³⁶ HÄBERLE, Peter – Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

⁸³⁷ Pacto de São José da Costa Rica. Artigo 13 – Liberdade de pensamento e de expressão.

postos em destinação da sociedade, a afastar o “segredo” como marca registrada de Estados totalitários que se utilizam de segregação de todos os matizes.

Aqui destacamos maior lastro e celeridade na obtenção de informações como ápice do direito à informação, já fundado há muito na norma constituinte brasileira, quer seja por meio de comunicações eficazes, quer seja pela oportunização viabilizada pela tecnologia da informação e comunicação (TIC), que impôs a obrigação da divulgação de dados por meio de sítios oficiais eletrônicos, notadamente os chamados “Portais de Transparência”.

Estimula-se cada vez mais, estratégia governamental de fomento às ações coordenadas de fóruns plurais de participação popular (audiências públicas), a *accountability*, prevendo sanções decorrentes do incumprimento da LIA, estipulando-se prazos exíguos de prestação de informações sob pena de responsabilidade.

Contudo, o avanço de gratuidade na prestação das informações veio atrelado a requisitos estanques. Explico. O primeiro é o pagamento de emolumentos necessários à reprodução de documentos no exercício de transparência pública passiva, por vezes único meio de prova material da perpetração de ilícitos. O segundo é a indispensável qualificação do requerente, que *prima facie*, causa temor e constrangimento, sobretudo quando dirigido àquele mau gestor que será fiscalizado e submetido a possível responsabilidade civil, administrativa e penal, pela prática de atos ilegais, ímprobos e de malbaratamento do dinheiro público.

Apesar de tudo, não podemos deixar de frisar os fatores que representam avanços circunstanciais no combate à corrupção, tudo de forma mais difusa e aberta, possibilitando maior engajamento para o despertar da cidadania constitucional plena.

De fato, o empoderamento do cidadão no acesso à informação e a transparência pública, terá o condão de aproximá-lo dos governos, dando-lhes oportunidade de melhor conhecer seus direitos, ao passo de propiciar a criação de uma nova cultura de “cidadania” participativa em rede, na fiscalização e (re)formulação de políticas públicas indispensáveis ao convívio em sociedade organizada de Estados Democráticos de Direito.

4.6. O direito à informação pública administrativa

O acesso à informação pública administrativa, antes mesmo de ser um dever imposto ao gestor público, constitui-se um direito do cidadão incorporado historicamente no lento evoluir das gerações dos

direitos constitucionais. Aqui reside sua essência conquanto direito humano reconhecido fundamental, e por consequência, guardando correspondência regulamentar ao princípio da publicidade e transparência.

A bem da verdade, a liberdade de expressão consagrada desde a Revolução Francesa (1789) trouxe especial atenção ao direito de acesso à informação pública administrativa, sendo hodiernamente meta comum das democracias, muito mais além dos ideários do direito de “se expressar livremente” e de “se manifestar livremente”⁸³⁸.

Nesse sentir, o histórico-evolutivo de tal direito à informação reside além da clássica geração de direitos constitucionais (1ª geração – liberdades públicas, 2ª geração – igualdade e 3ª geração – fraternidade)⁸³⁹, a identificar-se em PAULO BONAVIDES⁸⁴⁰ como direito constitucional de 4ª geração, estatuído pela globalização política relacionada à democracia, à informação e ao pluralismo. Afirma-se aqui, que a globalização dos direitos fundamentais equivale a universalizá-los na seara institucional, onde, residindo na normatividade jurídica, introduz os direitos de 4ª geração na fase de institucionalização nos Estados Sociais, compreendendo a concretização da sociedade aberta do futuro em dimensão de máxima universalidade, ápice das relações de convivência pluralista.

Para AUGUSTO MARTÍNEZ, o direito de acesso às informações públicas vem desenrolar do marco de ideias impulsionadas pelo neoconstitucionalismo que impõe um novo modelo de Estado Constitucional baseado na centralidade da pessoa humana⁸⁴¹.

Destacamos a transição conceitual do dogma do direito administrativo vinculado ao interesse público e da pura discricionariedade administrativa (além da lei), para, constitucionalizando-o, convergi-lo aos ideais de dignidade da pessoa humana, impulsionado pelos direitos fundamentais e pela democracia, a fixar novos ares de constitucionalidade (bloco de juridicidade) para os atores da administração pública (gestores públicos).

Agora a administração pública apresenta-se de forma descentralizada na busca de maior eficiência aos destinatários de seus serviços, cuja observância do princípio constitucional da publicidade advém de uma dimensão constitucional iminentemente normativa (*hard law*)⁸⁴².

Tais fatos são decorrência lógica e imbricada da própria evolução das gerações dos direitos constitucionais, impulsionando o Estado – então absentista – para seu novo patamar de organismo de Justiça social propulsor de ações afirmativas. Tanto que o direito de acesso à informação foi reconhecido

⁸³⁸ Ex vi incisos IV, XIV e XXXIII, do artigo 5º, da Constituição da República do Brasil de 1988.

⁸³⁹ Dimensões dos direitos constitucionais.

⁸⁴⁰ BONAVIDES, Paulo – Curso de Direito Constitucional. 20.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 570-593.

⁸⁴¹ MARTÍNEZ, Augusto Dúran – Derecho al acceso a la información pública em el Uruguay. In Rafael Valin [et al.] (Coord.) - Acceso à Informação Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 220.

⁸⁴² Artigo 37, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), abarcando não só o próprio direito em si, mas, sobretudo, o dever do próprio Estado.

Abrange, também, o prisma do postulado da liberdade de informação, agregado ao direito do cidadão ser informado, elevando-os definitivamente à condição de necessidade humana básica (fundamental). Temos então a agregação dos ideários de liberdades públicas de expressão e de opinião, ao direito de manter-se informado pelo Estado, e, por conseguinte, marco jurídico de dever de transparência do ente estatal⁸⁴³.

Nesse cenário, o direito de acesso à informação pode ser elevado ao patamar de concretização das exigências inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, acompanhado no cerne das evoluções dos direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana, com espírito próprio de liberdade pública e de cidadania do tecido social. Volvido à seara pública administrativa, cotejamos tal direito de acesso à informação administrativa no rol de direitos fundamentais do cidadão⁸⁴⁴, dentre outras hipóteses de taxinomia.

Por isso mesmo, antes de ser norma formalmente constitucional no direito brasileiro, reproduzimos seu *status* de direito materialmente constitucional, expressão maior de participação dos cidadãos nas esferas de decisão da administração pública, tendo como estanque tão só elementos de segurança do Estado e da sociedade, e mais recente, os direitos à privacidade^{845 846}.

Assim, erigiu-se a participação do cidadão no âmbito da Administração Pública a ser revelado na elaboração das normas objetivas relacionadas ao Poder Público, cuja órbita legiferante alcança preponderantemente o legislador infraconstitucional.

Tenhamos por destaque RAMIRO SALES⁸⁴⁷, quanto à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais derivados da norma constitucional brasileira, tudo por força de seu artigo 5º, §1º, da Constituição da República de 1988, a saber: aplicação direta nos casos concretos, observância pelas normas infraconstitucionais, paradigma de interpretação de atos ou normas jurídicas de entes e poderes estatais, parâmetro para controle de constitucionalidade e, por fim, imposição de dever de concretude pelo poder público estatal.

⁸⁴³ BARROS, Lucivaldo Vasconcelos – O Estado (in)transparente: limites do direito à informação socioambiental no Brasil. 2008. 368 f. Tese de Doutorado em Desenvolvimento Sustentável, Política e Gestão Ambiental. Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 176.

⁸⁴⁴ Artigo 5º, inciso XXXIII; artigo 37, §3º, inciso II; e, artigo 216, §2º, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁸⁴⁵ Artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁸⁴⁶ Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

⁸⁴⁷ SALES, Ramiro Gonçalves – O Direito de Acesso à Informação Pública Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 297.

Entretanto, é de se destacar que o direito constitucional de acesso à informação pública administrativa trouxe autolimitação de seu exercício, conquanto classificada pela doutrina clássica como norma de eficácia contida⁸⁴⁸, prevista no Artigo 5º, inciso XXXIII, da norma fundamental⁸⁴⁹.

Regulamentando o prazo anteposto quanto ao pedido de acesso, a norma brasileira estabeleceu em seu art. 10 c/c art. 11, §1º, as hipóteses e prazos para exercício do direito a ascender à informação administrativa, regulamentando o art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição da República de 1988⁸⁵⁰.

Ademais, a norma nacional além de impor a necessidade de identificação do requerente, delimitando os prazos antepostos, exigiu a possibilidade de cobrança pelas despesas próprias com reprodução documental junto ao órgão ou entidade pública consultada, em que pese os serviços de busca e fornecimento de informações serem gratuitos⁸⁵¹.

Ainda que não houvesse previsão em norma infraconstitucional dos prazos de acesso às informações administrativas, era defensável o direito de acesso à informação pela própria densificação da norma materialmente constitucional (norma de eficácia plena), agora totalmente viabilizado pelo procedimento colacionado em norma infraconstitucional regulamentadora: Lei de Acesso à Informação brasileira.

Por certo, pela própria normação constitucional, as informações públicas almejadas serão aquelas gravadas de essência publicista, excluídas às atinentes à segurança do Estado, da sociedade e de direito à personalidade.

Portanto, estamos diante da necessidade de concretização de um direito fundamental constitucionalizado, cuja densidade material permite o seu cumprimento de forma imediata (eficácia e aplicabilidade imediatas), em que pese o advento da Lei federal n. 12.527/11 que regulamentou o procedimento de acesso às informações públicas administrativas em grau de abstração normativa infraconstitucional.

⁸⁴⁸ São aquelas em que o legislador constituinte regulou segundo interesses em razão da matéria, deixando margem à atuação restritiva por competência do legislador infraconstitucional ou Poder Público, nos termos que a lei vier a estabelecer ou nos conceitos gerais nela enunciados, in casu no prazo a ser estabelecido.

⁸⁴⁹ Art. 5º [...], inciso XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

⁸⁵⁰ Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida. [...] Art. 11. O órgão ou entidade pública deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível. §1º Não sendo possível conceder o acesso imediato, na forma disposta no caput, o órgão ou entidade que receber o pedido deverá, em prazo não superior a 20 (vinte) dias: I – comunicar a data, local e modo para se realizar a consulta, efetuar a reprodução ou obter a certidão; II – indicar as razões de fato ou de direito da recusa, total ou parcial, do acesso pretendido; ou, III – comunicar que não possui a informação, indicar, se for de seu conhecimento, o órgão ou entidade que a detém, ou, ainda, remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação. §2º O prazo referido no §1º poderá ser prorrogado por mais 10 (dez) dias, mediante justificativa expressa, da qual será cientificado o requerente.

⁸⁵¹ Art. 12. O serviço de busca e fornecimento da informação é gratuito, salvo nas hipóteses de reprodução de documentos pelo órgão ou entidade pública consultada, situação em que poderá ser cobrado exclusivamente o valor necessário ao ressarcimento do custo dos serviços e dos materiais utilizados. Parágrafo único. Estará isento de ressarcir os custos previstos no caput todo aquele cuja situação econômica não lhe permita fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio ou da família, declarada nos termos da Lei [...].

Para efetividade e concretização do direito, há de se implementar a dimensão do referido direito reconhecida em CANOTILHO⁸⁵² como aquela que explicita tais direitos em características próprias conferidoras do direito subjetivo aos cidadãos, isto é, na transferência do direito a esfera particular do indivíduo com produção de efeitos nas relações jurídicas encetadas, a autorizar, desde plano, sua reivindicação.

Para SALES⁸⁵³ o estudo evolutivo do direito de acesso à informação e das características que envolvem tal direito é indispensável à compreensão do direito subjetivado ao cidadão, assim como sua reivindicação, bem como acerca dos entes obrigados ao dever de informar e, por fim, as formas protetivas de seu exercício pleno; fato é que adquiriu feições de defesa (negativos por não violação) e prestação (afirmativos por dever de cumprimento).

Se posicionam os quatro *status* em que o indivíduo pode se postar em relação ao Estado, na teoria clássica de JELLINEK, retratada por GILMAR MENDES [*et al.*]⁸⁵⁴, onde o administrado se encontra subordinado a deveres ou obrigações (sujeito passivo), em sua esfera de patrimônio individual protegida (direitos negativos ou de abstenção), sendo sujeito de direitos positivos (direitos positivos ou *civitas*) com a existência de direitos políticos (em cidadania ativa).

Nessa seara, o direito de acesso à informação traz sua faceta do exercício de cidadania plena, enquanto o indivíduo torna-se sujeito de obrigações, mas, sobretudo, destinatário de direitos (positivos ou negativos), cuja inclusão num Estado de Direito se dará de forma completa, possibilitando inclusive, a participação no controle difuso (social), cujo pressuposto de transparência pública é “mola-mestra” para exercício pleno de direitos subjetivados (acesso à informação administrativa).

Para tanto, a referida subjetivação do direito de acesso dependerá antes mesmo da dimensão objetiva em si, constituído como visto linha atrás, em conteúdo de direito humano e fundamental, retratados como princípios estruturantes das normas constitucionais, de essência substancialmente constitucional nos fundamentos do Estado.

Para ALEXY⁸⁵⁵, os princípios estruturantes do Estado desempenham papel central do sistema jurídico, irradiando-se nas relações jurídicas verticalizadas entre Estado *versus* cidadão, e horizontalizadas entre terceiros (particulares), consagrando-se na ordem objetiva de princípios que orientam todo sistema jurídico, resultando em três consequências na construção sistêmica constitucional: a) limitativa das normas de direito infraconstitucionais; b) sistema jurídico de caráter

⁸⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1256.

⁸⁵³ Cf. SALES, Ramiro Gonçalves – O Direito de Acesso à Informação Pública Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 306.

⁸⁵⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 192.

⁸⁵⁵ Cf. ALEXY, Robert – Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 520-525.

aberto, com sopesamento de valores em cada caso, não havendo uma única solução para o caso concreto; e, c) vigência do sistema jurídico aberto em face da moral.

Desta feita, a irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo, constitui-se disseminação da ideia de justiça dentre os ramos de direito, fato de compreensão também aplicável ao direito de acesso à informação administrativa, conquanto princípio de direito constitucional fundamental. O acesso à informação, deve ser orientado pelos fins e funções constitucionais, significando a implementação da ideia de administração pública dialógica (democrática), forte instrumento de emancipação popular (cidadania constitucional plena).

A edição da via legal infraconstitucional de acesso, em concretização do direito fundamental, traz consigo um conjunto de subprincípios que devem ser objeto de perscrutação.

4.7. Rol de subprincípios do direito de acesso à informação pública administrativa

A apreciação do conjunto de dispositivos constitucionais e da lei de acesso à informação fez surgir uma gama de subprincípios do direito à informação pública, notadamente: “máxima publicidade ou mínimo sigilo, divulgação, modernidade, promoção de um governo aberto, participação, desnecessidade de motivação, procedimento adequado, qualidade da informação e gratuidade”⁸⁵⁶.

Esse rol de subprincípios instrumentaliza a concretude da norma constitucional fundamental, restando imbricados entre si para realização do princípio maior de direito de acesso, ao passo que formam um escopo mínimo de requisitos de participação da sociedade nas decisões do Estado, conquanto seus concidadãos são destinatários de bens e serviços públicos estatais, sujeitos de direitos individuais e coletivos.

As normas atuam no sistema jurídico de forma parametrizada, graduando sentidos e valores; já os princípios se apresentam como verdadeiros mandados de otimização⁸⁵⁷ de natureza geral e abstrata, com produção de efeitos em diferentes níveis e funções. Quanto maior a generalidade principiológica, mais difícil será a concretização dos direitos. De outra banda, os princípios também servem de vetores de normas e interpretações incompatíveis com o núcleo duro a ser preservado. Por isso, o direito de acesso à informação administrativa decorre de princípios superiores, quais sejam, princípio do acesso à informação, princípio da transparência, princípio da publicidade, princípio democrático e princípio do Estado de Direito.

⁸⁵⁶ SALES, Ramiro Gonçalves – O Direito de Acesso à Informação Pública Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 277.

⁸⁵⁷ ALEXY, Robert – Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 90-91.

A fim de resguardá-lo da autonomia necessária conquanto princípio fundamental criou-se uma gama de subprincípios, que atuam em função delegada pelos sobreprincípios consolidados constitucionalmente. Não à toa, o artigo 3º, da Lei federal n. 12.527/2011, trouxe elementos formadores dessa gama⁸⁵⁸.

Tais diretrizes expressam a natureza subprincipiológica, instrumentos de indução do conjunto sistêmico-jurídico que envolvam o direito de acesso à informação administrativa.

Assim temos o subprincípio da máxima publicidade que reforça a primazia do sobreprincípio da publicidade - constitucionalmente posto⁸⁵⁹ e de natureza plena. Isso porque, a reboque do subprincípio da máxima publicidade, temos o subprincípio do mínimo sigilo, que abre espaço para gravame restritivo de informações de interesse do Estado e da sociedade, bem como atinentes à privacidade do indivíduo.

A regra da máxima publicidade abre espectro de luz à transparência pública de forma muito mais útil e quase plena, a tornar o mínimo sigilo algo diminuto, excepcional e opaco. Existirão hipóteses em que a preservação do segredo será imprescindível às reservas de segurança legais, sem, contudo, abarcar as hipóteses maximizadas de políticas públicas (e seus gastos) em serviços essenciais fornecidos pelo Estado, permitindo suas fiscalizações de forma difusa pelo cidadão. Aqui reside a “pedra de toque” do controle social.

Partindo dessa premissa, defensável a ideia que a máxima divulgação deve atingir a informação, aos entes que devem prestá-la, e os indivíduos destinatários (passivos ou ativos), por meio de estruturas administrativas adequadas⁸⁶⁰.

Sem se descurar do mínimo sigilo, a lei de acesso à informação conceituou em seu art. 4º, incisos III e IV, as informações gravadas de exceção à regra, delimitando como toda aquela submetida temporariamente à restrição publicista em razão da imprescindível segurança do Estado e da sociedade, bem como aquela que possa causar dano ao direito à intimidade protegido constitucionalmente⁸⁶¹.

Já no que tange ao subprincípio da divulgação, está insculpido na função prestacional do direito de acesso, inserindo-se no contexto de obrigação da comunicação, envolvendo os conceitos de transparência pública ativa e passiva como deveres proativos dos entes da administração pública, referente as atividades exercidas, políticas públicas setoriais ou gerais, organização, serviços,

⁸⁵⁸ Art. 3º. Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV – fomento ao desenvolvimento da cultura da transparência na administração pública; V – desenvolvimento do controle social da administração pública.

⁸⁵⁹ Art. 37, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁸⁶⁰ SALES, Ramiro Gonçalves – O Direito de Acesso à Informação Pública Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 334.

⁸⁶¹ Art. 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

administração patrimonial, licitações, contratos, programas governamentais, projetos, prestação de contas de gastos públicos, renúncias fiscais e receitas próprias, dentre outros.

Tal divulgação deve se dar em local de acesso fácil, via sítio eletrônico (Portais da Transparência), com indicação expressa de Serviço de Atendimento ao Cidadão (SAC ou Ouvidorias), com atribuições de receber pedidos e prestar informações de andamentos processuais.

Além de formar um ambiente pedagógico-preventivo e de orientação social, o subprincípio da divulgação realiza a finalidade do interesse público, permitindo a participação social na reorganização de uma administração pública dialógica, com fomento ao debate para construção de pontes que levem à máxima efetividade dos objetivos republicanos.

No que toca ao subprincípio da modernidade, reforça a ideia de uma administração volvida a atender o princípio da eficiência, com a utilização de recursos da tecnologia da informação, envolvendo-se não só sistemas de processamento de dados, *software* ou *hardware*, mas, sobretudo, aspectos humanos, administrativos e organizacionais (fluxos de trabalho, pessoas e informações). Estamos a pensar muito além da posse de informações de modo eficiente e seguro (gestão pública moderna), incluindo o acesso rápido e hialino (transparência pública) aos destinatários da lei de acesso à informação (cidadão).

Nesse contexto, não podemos deixar de identificar a *internet* como mecanismo importantíssimo para democratização da informação administrativa, onde a objetividade, transparência passiva e fácil inteligibilidade, tornam-se componentes essenciais.

Já no diapasão do subprincípio da promoção de um governo aberto, com fomento ao desenvolvimento cultural da transparência na administração pública, registramos a quebra de paradigma da sigilosidade dos atos de governo, arraigada pela superada potestade dos vetustos atos de império, dentro do contexto de democratização da informação conquanto direito fundamental.

A sonegação de informações públicas limita a atividade cívica de cidadania, mitigando a fiscalização indispensável à *res publica*, deixando sob suspeição os agentes públicos, ferindo de “morte” o caráter educativo, informativo e de orientação social previstos na Constituição da República de 1988⁸⁶².

Ademais, volvidos ao subprincípio da participação, que possui também a faceta de democratização da administração pública, temos aqui a maior expressão do fomento à cidadania plena, seja na qualidade de sujeito de obrigações, mas, sobretudo, o cidadão como sujeito de direitos, numa tendência contemporânea de presença individual ou coletiva nas decisões político-governamentais.

⁸⁶² Art. 37, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

As ideias de simplificação, descentralização, incentivo participativo, colaboração e coexistência pacífica são marcos da democratização da administração pública. De certo, advir-se-ão possibilidades de maior controle social com metodologia participativa administrativa, fomentando as possibilidades negociais e conciliatórias com melhor formação do interesse público e aceitação dos atos emanados da autoridade, em ultrapassada unilateralidade e potestade.

ODETE MEDAUAR traz as várias formas de participação da sociedade, seja em sentido lato, com a participação popular nos atos da administração, como também na escolha dos seus mandatários do Poder Executivo e Legislativo pelo voto direto, secreto, universal e periódico, ou ainda, por meio dos partidos políticos. Já em sentido estrito, aduz a ideia da participação popular por meio dos cidadãos ou servidores públicos, que pelos vínculos funcionais integram e influenciam suas instituições, bem como por meio de sindicatos ou atividades de particulares⁸⁶³.

Deste modo, a participação social torna-se precedente mais amplo a propiciar o controle social, dependente do acesso às informações públicas administrativas, sem as quais, tal função é mitigada por ausência de objeto a ser perscrutado e fiscalizado. É nesse sentido que a informação deve ser prestada finalisticamente, sempre que possível, em futuros atos decisórios, como em consultas e audiências públicas para maior alcance da democratização administrativa.

Uma atuação de participação de qualidade do cidadão é dependente da formação de ambiente cultural integrativo, tendo como pressuposto o direito de acesso, restando, assim, como pilar do Estado Democrático de Direito.

Ademais, o subprincípio da desnecessidade de motivação, com o fito de desconstituir a criação de exigências inúteis que inviabilizem o acesso por anteposição de requisitos limitadores e restritivos ao exercício do direito titularizado, bastará a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.

Como visto linha atrás, a identificação do requerente é óbice ao exercício livre do direito de acesso à informação, ao passo que expõe o interessado que visa subsidiar a fiscalização de atos públicos, por vezes eivados de ilicitudes administrativas com reflexos penais, exercitando-se o direito de cidadania em nome próprio, mas em função típica coletiva, em substituição procedimental. Se temos a máxima publicidade como subprincípio insito ao sistema implantado, obrigando o exercício da transparência passiva independentemente de provocação, o exercício da transparência ativa (com pedido de

⁸⁶³ MEDAUAR, Odete – O direito administrativo em evolução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 216-217.

informações), prescinde de prévia qualificação e indicação do requerente, sendo comandos legais diametralmente opostos.

A especificação da informação requestada terá natureza meramente indicativa, a não permitir que a especificidade seja óbice de acesso, exceto daquelas hipóteses sob mínimo sigilo.

Outrossim, o subprincípio do procedimento adequado tem lugar na facilitação de acesso por meio de procedimento objetivo, célere, transparente, claro, moderno, orientativo e passível de impugnação. Já o subprincípio da qualidade da informação é caracterizado pela disponibilidade, autenticidade, integridade, primariedade e atualidade⁸⁶⁴.

Dessarte, temos o subprincípio da gratuidade que abrange o serviço de busca e fornecimento de dados, exceto aqueles destinados à reprodução de documentos, cujos custos deverão se ater exclusivamente ao valor necessário ao ressarcimento dos custos dos serviços reprográficos. Encontra-se aqui limitação do mecanismo de se aquilatar ilicitudes no âmbito da administração pública, cuja prova material, por vezes, reside na produção de prova documental, óbice oneroso ao requerente que age em nome próprio, com vistas a tutelar direito coletivo.

De certo, com todo arcabouço principiológico ora esposado, criou-se um ambiente de relações jurídicas mais seguras e de proteção de direito fundamental do cidadão, onde a superação da lacuna normativa de dever estatal não mais constitui óbice ao exercício do pleno direito de acesso à informação, pressuposto do exercício da cidadania constitucional.

Mas com o direito ora assegurado surgiram novos deveres. A transparência pública trouxe consigo o dever de controle social, muito mais eficaz por sua natureza difusa e aberta, possibilitando a participação da sociedade e de seus membros como fiscais de gastos públicos e neófitos partícipes na elaboração das políticas públicas.

4.8. Da transparência pública à eficiência do controle social

Como detentores de direito à participação de assuntos públicos, cada cidadão passa a deter parcela do poder soberano estatal na definição de políticas públicas, seja na formação das esferas decisórias, seja no controle da efetivação dos objetivos estatais finalísticos.

⁸⁶⁴ Ex vi arts. 4º e 7º, inciso IV, da Lei federal n. 12.527/2011.

O povo reproduz não só um referencial quantitativo pelo voto, mas sobretudo uma massa comunicativa despersonalizada que legitima o processo democrático governamental, sendo dotado de direitos políticos⁹⁶⁵.

O cerne da nova cidadania constitucional baseia-se justamente na participação do cidadão nas decisões administrativas e no controle político e de gestão pública. A apresentação de denúncias perante órgãos públicos é instrumento eficaz do controle de legalidade de atos e visará a responsabilização de maus gestores, muito mais agora com a instrumentalização do direito de acesso consolidado.

A inserção popular de modelo de democracia administrativa atende os objetivos da isonomia entre cidadãos, conquanto membros do gênero humano, envolvendo-se à universalidade dos direitos constitucionais fundamentais. Ser protagonista do jogo de forças políticas não é mais um privilégio de poucos, mas decorre do exercício de direitos ordinários afetos a qualquer cidadão, cuja cultura do acesso à informação e controle externo devam ser internalizadas desde cedo na sociedade (educação básica), como forma de potencializar o exercício de cidadania.

A difusão do conhecimento e de informações públicas administrativas, de instrumentos eficientes e de espaços de controle social pelo cidadão, fazem-se indispensáveis ao processo de (re)democratização administrativa, com a permanente (re)afirmação da legitimação do controle social.

Para VANICE VALLE⁹⁶⁶ a construção de espaços de interlocução e de uma administração pública dialógica, perpassam pelas condições de exercício da boa governança – cuja natureza jurídica ainda é aberta –, mas que está imbricada aos ideais democráticos por representar modo de relacionamento do Estado com subsistemas sociais participativos e em processos decisórios que afetam todos os destinatários; cooperando para alcance dos objetivos comuns por meio de respeito e dever de colaboração, haverá maior assimilação dos efeitos de atos de gestão administrativos em que também participaram da produção.

A transparência como pressuposto do direito ao acesso torna-se atributo da boa gestão pública democrática, rompendo paradigmas de reserva de propriedade estatal de dadas informações por ele próprio produzidas (arquivos sigilosos).

Nesse contexto, temos o nascedouro da função de controle externo, cuja participação democrática induz sua forma social de exercício, eficaz, sobretudo pelo caráter difuso (aberto) de seu exercício. Explico. Onde houver um cidadão exercendo direito de participação na elaboração de políticas

⁹⁶⁵ SILVA, Elke Andrade Soares de Moura - Transparência e Controle Social: Controle externo, controle social e cidadania. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. A 1, N 1, Ed. esp. (2012), p. 51.

⁹⁶⁶ VALLE, Vanice Regina Lirio – Direito fundamental à boa administração e governança. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

públicas e de gestão, haverá um cidadão exercitando controle social de sua eficiência e efetividade em prol de toda comunidade.

Como vemos, o controle social passa a integrar a essência do regime democrático e dialógico administrativo. Nesse impulsionar, temos o despertar do exercício da cidadania muito mais inclusiva. A participação ativa e consciente com o direito de avaliação, opinião e formação das decisões de políticas públicas volvidas à sociedade, tem seu ápice na integração plúrima de atores na (con)formação do interesse público a ser perseguido pelo Estado, tendo como supedâneo a informação, a comunicação e a inclusão.

Contudo, essa iteração depende - em grande medida - do grau de transparência ofertada pelo ente estatal, em especial por mecanismos da tecnologia da informação e sua disponibilidade pela rede mundial de computadores (*internet*).

A informação pública disponibilizada ganha contorno de direito fundamental com reflexos positivos nas perspectivas de direitos sociais, onde uma melhor comunicação e difusão faz surgir o reconhecimento inculcado no destinatário das políticas sociais.

De certo, o controle social (externo) aqui posto, realiza a legitimação dos membros da sociedade ou de grupos sociais, a impulsionar maior participação ativa nas decisões e na elaboração das normas, estimulando comportamentos cada vez mais virtuosos em sede de formação de decisões coletivas. Esse é o grande patamar a ser alcançado pela cidadania constitucional plena, enquanto elemento formador da democracia, por meio do exercício dos direitos civis, políticos e sociais.

Tal aperfeiçoamento da participação democrática permite a criação de instância colegiada de decisões, ao passo que afasta decisões unilaterais não discutidas abertamente com os destinatários, tudo em benefício da própria coletividade. Nesse sentir, a informação tornou-se instrumento poderoso de exercício de direito inclusivo da população, bem como mecanismo de controle social (externo) da administração, representando cultura hodierna a ser fomentada nos regimes democráticos e nos Estados de Direito.

O acesso às informações válidas é pressuposto de ambiência para o “teatro” de tomada de decisões racionais, seja na formação dos atos de gestão, seja na conformação da fiscalização dos atos já praticados. Dotá-los de caráter democrático pressupõe que se oportunize aos interessados a participação igualitária nas decisões que os afetem, sendo pressuposto objetivo de desenvolvimento pleno em sociedade.

A transparência pública será indutora de boa governança e administração publicista, ao passo que propiciará o estímulo da cultura de cidadania constitucional aos membros comunitários.

O direito de acesso à informação administrativa tornou-se importante instrumento à disposição do cidadão, dotando-lhe de poderes políticos na conformação do processo decisório no âmbito das relações administrativas estatais. A aspiração de uma melhor condição de vida na sociedade aberta da informação, trata da concretude de direito fundamental do cidadão.

Ao passo que a informação serve de reconhecimento dos direitos individuais e coletivos que os Estados democráticos conferem aos seus concidadãos, propicia uma participação ativa na idealização das políticas públicas que servirão de mote para implementação de bens e serviços indispensáveis à própria coletividade.

Lado outro, além da formação de ideários fundantes de uma sociedade participativa nas decisões estatais, teremos com a contemplação da ampla acessibilidade às informações públicas administrativas, o espaço adequado de realização do dever de cidadania, qual seja, na atividade de fiscalização da utilização de recursos públicos como fundamento de controle republicano.

O poder de fiscalização deferido ao cidadão pela Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), obrigou a os entes estatais a ampliar a divulgação das ações de governo e de gestão, permitindo-lhes dar conhecimento de seus atos e revelando à informação como bem público pertencente a toda counidade.

A avaliação e acompanhamento da gestão pública pelos dados abertos à sociedade, exigem posturas mais zelosas, éticas e responsáveis pelo gestor público, que sabedor da existência da submissão a um controle “aberto” em sociedade, toma suas decisões político-administrativas com maior cautela com a coisa pública.

O direito de acesso à informação representa grande desafio cultural da sociedade brasileira. Há necessidade de se criar uma consciência política de participação ativa do cidadão “fiscal”, em prol do combate à corrupção e da desburocratização estatal. Sem prejuízo, o grande avanço na eficácia popular participativa residirá na consolidação da cidadania constitucional plena em sede de regimes democráticos, por meio da plenitude do exercício de seus direitos civis, políticos e sociais.

Por fim, ainda que detentor de legitimação constitucional para o exercício de direito de ação contra malversação do erário público⁸⁶⁷, o cidadão comum poderá se valer das instituições de controle externo para deflagração do controle administrativo/judicial, toda vez que se deparar com irregularidades

⁸⁶⁷ O Art. 5º, inciso LXXIII da Constituição da República brasileira preconiza: “LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

que tenha ciência decorrente do pleno exercício de seu controle social, tudo na faceta de sua cidadania, isto é, em direito subjetivo de representação⁸⁶⁸.

4.9. O Ministério Público de Contas: uma instituição de controle externo de finanças públicas

Para entendimento do órgão de envergadura constitucional denominado Ministério Público de Contas⁸⁶⁹, com neófito previsão de autonomia e independência funcional na Carta Constitucional de 1988, *mister* se faz nortear premissas de compreensão do modelo jurídico, tendo por escopo a interpretação sistemática no âmbito da Constituição da República.

Na visão de JUAREZ FREITAS⁸⁷⁰, a interpretação sistemática da Constituição tem que promover a maior sinergia possível do Estado, num todo, respeitado o princípio da deferência e reforçada a autonomia das carreiras de Estado como consectário lógico do cumprimento dos objetivos fundamentais de nossa nação⁸⁷¹.

Nesse sentido, aduz que “a boa interpretação sistemática constitucional precisa buscar a maior otimização possível do discurso normativo. Quer dizer, ao intérprete cumpre guardar vínculo com a efetividade, no mundo real, das finalidades da Carta”⁸⁷².

Assim, o alcance sistemático do artigo 130 da Constituição da República de 1988, que faz alusão expressa aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, faz aplicar-lhes, expressamente, as disposições da Seção intitulada “Do Ministério Público”, pertinentes a direitos, vedações e formas de investidura, traçando liames incontornáveis com a independência funcional, preconizada no artigo 127, parágrafos 1º e 2º, da Constituição da República de 1988.

A independência funcional como garantia do exercício de qualquer atividade estatal, demanda-lhe não subordinação, em especial aos Tribunais de Contas dos Estados e da União onde atuam “junto”, seja por falta de autonomia plena, seja por falta de independência orçamentário-financeira⁸⁷³.

Ainda, na visão de FREITAS, por outras palavras, com a leitura do art. 130 da Constituição da República e em “sinapse” com a sistemática constitucional, “insofismavelmente e sem prejuízo da

⁸⁶⁸ O Art. 5º, inciso LXXIII da Constituição da República brasileira preconiza: “XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

⁸⁶⁹ Cf. artigo 130, da Constituição da República brasileira.

⁸⁷⁰ FREITAS, Juarez – Ministério Público de Contas: Parquet Especial, Autonomia e o princípio irrenunciável e indisponível da independência funcional (Parecer). 2009. Porto Alegre, p. 6.

⁸⁷¹ Cf. Artigo 3º, da Constituição Federal de 1988.

⁸⁷² *Ibidem*, p. 7.

⁸⁷³ SILVA, José Afonso da – Comentário contextual à constituição. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 604.

especialidade “*ratione materiae*” do Ministério Público de Contas, seria lesivo às hermenêuticas citadas qualquer inteligência restritiva do alcance e do significado desse dispositivo constitucional que confere direitos”⁸⁷⁴.

De sorte, que não se admite que sejam afastados os dispositivos atinentes ao Ministério Público, visto que, sem tautologia, o Ministério Público “junto” – não atrelado, inerente, subordinado, mas ligado com a autonomia e independência – aos Tribunais de Contas, possui competências e atribuições extrajudiciais especializadas, não deixando de se afastar do regime autêntico dos órgãos do Ministério Público brasileiro previsto constitucionalmente⁸⁷⁵, com traços irrenunciáveis, indelegáveis e característicos de carreira autônoma típica de Estado, cuja autonomia jamais implica atitude antagonista ou insular⁸⁷⁶.

Aplicam-se, pois, com plenitude, as garantias dispostas no artigo 128, §5º, inciso I, da Constituição da República de 1988, no que concerne à vitaliciedade, inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídios.

Em contrapartida e sem exceções, aplicam-se as vedações averbadas aos membros dos órgãos ministeriais, inclusive, restando impedidos de exercer a advocacia perante o Tribunal que se afastou, antes de decorridos três anos (quarentena)⁸⁷⁷.

Essa mesma inteligência foi o fundamento do voto proferido pelo Ministro MARCO AURÉLIO DE MELLO, no julgamento da ADI 789⁸⁷⁸, dando ensejo à atuação autônoma, desembaraçada e independente do *Parquet* Especial que atua perante os Tribunais de Contas.

Sem embargo, mesma inteligência ocorreu no julgamento da ADI 328-3, da Relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, que assim proferiu o seu voto: “O Plenário do Supremo Tribunal Federal, de seu turno, firmou entendimento no sentido de que tais dispositivos, aplicáveis também aos Tribunais de Contas dos Estados, destinam-se a assegurar que os membros desse *Parquet* especial possam atuar com plena autonomia”⁸⁷⁹.

E assim, dando consecução a sua exegese, o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI reconheceu ainda que essa “garantia é reforçada pela previsão de que integrem um órgão dotado de estrutura própria, que não se confunde com as de outras carreiras do serviço público”⁸⁸⁰.

⁸⁷⁴ FREITAS, Juarez – Ministério Público de Contas: Parquet Especial, Autonomia e o princípio irrenunciável e indisponível da independência funcional (Parecer). 2009. Porto Alegre, p. 12.

⁸⁷⁵ Artigo 128, da Constituição da República de 1988.

⁸⁷⁶ ROCHA, João Carlos de Almeida – Ministério Público da União: Um Balanço. Ministério Público e a Ordem Social Justa. Flávio Paixão [et al.] (Coord.). Del Rey e ANPR: 2003, p. 116.

⁸⁷⁷ Artigo 128, § 6º, da Constituição da República de 1988.

⁸⁷⁸ Julgamento proferido pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 789. [15.09.2018]. Disponível para consulta em <http://www.stj.jus.br>.

⁸⁷⁹ Julgamento proferido pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 328-3/SC. [15.09.2018]. Disponível para consulta em <http://www.stf.jus.br>.

⁸⁸⁰ Idem.

Em que pese a autonomia não se subsumir a autonomia do Ministério Público comum⁸⁸¹, advêm da natureza jurídica própria institucional do órgão especial, tendo como *mister* a idêntica guarda – no estrito âmbito de suas atribuições e competências especializada – da ordem jurídica do Estado constitucional, considerado um *plus* na defesa do erário público, denotando assim o porquê dessa especialidade.

Como bem assinala CHECKER⁸⁸², “do simples fato de o Ministério Público não constar expressamente do rol do inciso I, do art. 128 [...] não se pode retirar-lhe a natureza de uma especialização do Ministério Público da União ou Estadual e, ainda, de possuir as finalidades dispostas no art. 127 [...]”.

O controle externo de legalidade dos atos dos gestores públicos passam a ser fiscalizados tanto pelo Ministério Público estadual e federal, assim como pelo Ministério Público de Contas, cuja especialidade se ressalta na guarda da constituição, das leis e da preservação da ordem pública na seara de contas públicas, tornando-se mais um aliado em sede de fiscal de lei (*custos legis*), indispensável à verificação da probidade e da boa gestão do erário público, em especial, na administração das despesas públicas.

Estamos diante de um órgão constitucional de controle de contas públicas, dotado de autonomia e independência funcionais, com atuação precípua na promoção do bem-estar da coletividade e na defesa da ordem jurídica, isto é, de natureza especializada na defesa do erário estatal, com atuação perante às Cortes de Contas dos Estados e da União, preservadas as mesmas garantias, vedações, benefícios, vantagens e atribuições do Ministério Público comum, sem excluir-lhe do mesmo escopo de atuação funcional – função essencial à Administração da Justiça.

4.10. O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais

O Tribunal de Contas é organismo de envergadura constitucional própria, essencial ao desenvolvimento do processo de consolidação da democracia, sendo responsável pela garantia da probidade e zelo na administração da *res publica*.

Na lição de BOBBIO, no Estado de Direito “que é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou exercício ilegal do poder”⁸⁸³.

⁸⁸¹ Artigo 127, da Constituição da República de 1988.

⁸⁸² CHECKER, Monique – Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 127.

⁸⁸³ BOBBIO, Norberto – Liberalismo e Democracia. 6.ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1998, p. 19.

A Constituição da República de 1988 atribuiu às Cortes de Contas competências de caráter multifacetado com objetivos precípuos⁸⁸⁴, no exercício da fiscalização do erário público dos entes estatais, possibilitando o apontamento das irregularidades de contas e atos de gestão ilegítimos, a impor sanções pecuniárias pelas ilegalidades e abuso de poder constatados, após a oportunização da ampla defesa e o contraditório ao jurisdicionado; além disso, poderá o órgão de contas condenar o mau gestor público ao ressarcimento de danos causados ao erário, tendo natureza de “órgão especial de destaque constitucional”⁸⁸⁵.

Assim, o texto constitucional lhes defere a natureza jurídica “*sui generis*, posto de permeio entre os poderes políticos da Nação, o Legislativo e o Executivo, sem sujeição, porém, a qualquer deles”⁸⁸⁶.

Tem em suas competências uma forma mais acurada de fiscalização que se sobreleva às demais formas de controle por ele exercidas, fazendo-se sob jugo da legalidade, economicidade e legitimidade dos atos administrativos e de gestão praticados por seus jurisdicionados.

A atividade de auxílio ao Poder Legislativo, que lhe é peculiar, não deve ser vista como subordinação hierárquica ou administrativa, porquanto a norma constitucional lhe defere também autonomia administrativa e financeira, sendo possuidor de orçamento própria⁸⁸⁷.

Tem em suas estruturas próprias, corpos técnicos dotados de *expertise* multidisciplinar, com qualificação para o auxílio no desempenho do controle externo da atividade estatal, incidente nas mais diversas searas de fiscalização especializadas – contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial – em face daqueles que de qualquer forma assumam a qualidade de gestores públicos ou ordenadores de despesas, recaindo também sobre quaisquer sujeitos particulares que recebam ou girem bens, serviços e interesses por aporte de subvenções dos entes públicos.

Deste modo, as competências dos Tribunais de Contas brasileiros se potencializam nas funções administrativas de fiscalização externa e atividade jurisdicional especial no julgamento das contas dos responsáveis (seara extrajudicial), incidentes àqueles que guardem e giram dinheiros públicos, isto é, os ordenadores de despesas a qualquer título e demais agentes públicos submetidos a sua jurisdição administrativa.

A competência jurisdicional que decorre das normas constitucionais é questão caracterizada como contraponto doutrinário, apesar de expressa menção no texto constituinte. GUALAZZI afirma a inexistência de tal competência jurisdicional ao fundamentar que, “uníssono com José Cretella Júnior,

⁸⁸⁴ Artigos 71 e 75, da Constituição da República brasileira.

⁸⁸⁵ PARDINI, Frederico - Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional. 1997. Tese de Doutorado. Belo Horizonte, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 159.

⁸⁸⁶ CASTRO NUNES, José de – Teoria e prática do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 25.

⁸⁸⁷ Artigo 73, da Constituição da República brasileira.

[...] a jurisdição, *stricto sensu*, em termos científicos, é exercida exclusivamente pelo Poder Judiciário, que detém, no Brasil, o monopólio da competência constitucional de aplicar o Direito contenciosamente, a casos concretos”⁸⁸⁸.

Assim, sob o aspecto jurídico, não há como se conceber que o Tribunal de Contas brasileiro detenha natureza jurídica de órgão jurisdicional imanente ao Poder Judiciário, pois não há na interpretação sistemática nenhum mecanismo capaz de causar-lhes liame, demandando ausência de precisão explícita na organização deste poder⁸⁸⁹.

Daí entender que as Cortes de Contas exercem função jurisdicional administrativa especial. Sob esse prisma, KONRAD HESSE vislumbra que legislar e executar se entrelaçam, sendo a jurisdição a mais peculiar das funções do Estado. Esta não se distingue das demais funções do Estado, pelo fato de aplicar o direito no caso concreto, em maior ou menor grau, posto que idêntico o olhar da legalidade a todas as esferas da administração pública; nem tampouco se distingue pelo fato de solucionar litígios, mas pela especificidade de se encontrar abstraída de questões políticas, pela independência e definitividade de seus provimentos⁸⁹⁰.

Para HESSE, a jurisdição se particulariza pelo papel que desempenha na “tarefa de decisão autoritária e, com isso, obrigatória, independentizada, em casos de direito contestado ou violado em um procedimento especial, ela serve exclusivamente à conservação e, com essa, à concretização e aperfeiçoamento do direito”⁸⁹¹.

Entende-se, deste modo, que a jurisdição constitucional serve para a própria conservação dos seus comandos inafastáveis e indissociáveis, expressos nas competências deferidas às Cortes de Contas brasileiras. Fato é que a especialidade jurisdicional do nosso ordenamento constitucional é exercida pelos Tribunais de Contas no que tange ao julgamento exclusivo das contas públicas, exercendo o controle de atos administrativos e de gestão do erário público adesivos às políticas públicas de seus jurisdicionados⁸⁹².

SEABRA FAGUNDES descreveu que a atribuição do Tribunal de Contas para julgar contas públicas, investe-o “no parcial exercício da função judicante. O seu pronunciamento, embora restrito em amplitude, porque limitado ao aspecto contábil (o criminal fica à Justiça comum) é conclusivo. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para reexaminá-lo”⁸⁹³.

⁸⁸⁸ Cf. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho – Regime Jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 186.

⁸⁸⁹ Artigo 92, da Constituição da República de 1988.

⁸⁹⁰ HESSE, Konrad – Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 411.

⁸⁹¹ Idem.

⁸⁹² JAYME, Fernando G. – Tribunal Constitucional: exigência democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 66.

⁸⁹³ SEABRA FAGUNDES, Miguel – O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 142.

Nesse ponto, teremos a possibilidade de um provimento jurisdicional meritório que ganha *status* de imutabilidade (coisa julgada material administrativa), pois nem mesmo o Poder Judiciário poderá revê-lo, exceto acerca dos aspectos de legalidade que revistam a decisão, isto é, observância do devido processo legal formal e material, ampla defesa e contaditório, todas antecedentes ao seu proferimento.

Para PONTES DE MIRANDA “julgar as contas está claríssimo no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro juiz rejulgue depois”⁸⁹⁴.

Para CASTRO NUNES, acerca da jurisdição especial das Cortes de Contas, representa juízo constitucional das contas, sendo privativa do Tribunal instituído pela Constituição para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos, onde o Judiciário não tem função no exame, não tem autoridade para as rever (mérito administrativo) e nem para apurar o alcance dos responsáveis; tampouco para os liberar das sanções cabíveis à espécie, sendo função “própria e privativa” do Tribunal de Contas⁸⁹⁵.

Na seara jurisprudencial, o Pretório Excelso brasileiro (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário (REx) n. 132.747⁸⁹⁶, pacificou o entendimento jurisprudencial de que mediante a leitura dos incisos I e II do artigo 71 da Constituição da República de 1988, decorre tratamento diferenciado a matéria jurisdicional, consideradas as contas do chefe do Poder Executivo da União e dos demais administradores públicos em geral.

Dá-se, sob tal ângulo, nítida dualidade de competência, ante a atuação do Tribunal de Contas. Este aprecia as contas prestadas pelo Presidente da República e, em relação a elas, limita-se a exarar parecer, não chegando, portanto, a emitir julgamento⁸⁹⁷. Já em relação às 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, bem como às contas daqueles que deram causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, a atuação do Tribunal de Contas não se faz apenas no campo opinativo, extravasando-o, para alcançar o do julgamento de mérito.

A toda evidência, não só pelo emprego nos dois incisos de verbos distintos – a de apreciar e de julgar – como também pelo desdobramento especial da matéria, explicita-se, quanto às contas do

⁸⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – Comentários à Constituição de 1946. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947, p. 95.

⁸⁹⁵ CASTRO NUNES, José de – Teoria e prática do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943, p. 31.

⁸⁹⁶ Disponível para consulta em: www.stf.jus.br.

⁸⁹⁷ Acerca das contas de governo e contas de gestão, o Supremo Tribunal Federal brasileiro em sede de Recurso Extraordinário (REx) n. 848.826 e (REx) n. 729.744, ambos julgados em 10.08.2016, firmou entendimento em sede repercussão geral de que a competência para julgar contas de governo e de gestão de Prefeito Municipal é da Câmara de Vereadores respectiva. In CONTI, José Maurício – Supremo gera polêmica ao decidir sobre julgamento de contas de prefeitos [em linha]. Conjur. (23.08.2016). [13.07.2018]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-23/contas-vista-stf-gera-polemica-decidir-julgamento-contas-prefeitos>.

Presidente da República que o exame se faz “mediante parecer prévio” a ser emitido, como *exsurge* com clareza solar, pelo Tribunal de Contas⁸⁹⁸.

De todo exposto, superada a discussão acerca da natureza jurídica da atividade jurisdicional do controle de contas brasileiras, de atuação extrajurisdicional, os Egrégios Tribunais emergem como função essencial ao controle dos atos administrativos e gestão pública em geral, indispensáveis ao regime democrático e na preservação das leis e da constituição, agregando-se ao sistema de controle administrativo estatal e institucional preexistentes, voltados à preservação da probidade e zelo na administração pública.

Mas essa função é agregada por outros atores do sistema de controle externo brasileiro, em concomitância de atuação fiscalizatória, com atribuições próprias e reforço na atividade exercida, como veremos a seguir.

4.1.1. Do protagonismo do Ministério Público em tempos de consensualidade

Após à reabertura democrática brasileira, os modelos de atuação funcional dos órgãos ministeriais brasileiros apresentaram-se com duas vertentes acentuadas: (i) a primeira, demandista, com atuação no plano jurisdicional perante os órgãos do Poder Judiciário; (ii) a segunda, investigativo-fiscalizatória com atuação no plano extrajudicial por meio de instrumentos próprios de natureza inquisitorial.

Em seu novo modelo investigativo e de fiscal da lei (*custos juris*), os órgãos ministeriais de execução desempenham papel de protagonismo na ação de controle externo das administrações públicas, assumindo, via de consequência – pela teoria dos poderes implícitos –, relevante *mister*⁸⁹⁹ para resolução extrajudicial de controvérsias – método adequado de acesso à Justiça.

Na segunda linha de atuação deferida constitucionalmente, a autocomposição se sobrepõe como papel conformador dos direitos em defesa da sociedade (*custos societatis*), a instituição se apresenta legitimada – *per se* – para consagração da efetivação do direito fundamental de acesso à Justiça.

É nessa travessia conceptiva de *custos legis* para *custos juris* e *custos societatis*, que o Ministério Público expandiu seu papel de atuação extrajudicial, traçando um “novo olhar” sob a função demandista,

⁸⁹⁸ Julgamento proferido pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário (REx) n. 132.747, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, que reconheceu a função jurisdicional dos Tribunais de Contas. [15.09.2018]. Disponível para consulta em www.stf.jus.br.

⁸⁹⁹ O deferimento de competências constitucionais de defesa da ordem jurídica, do Estado de Direito e da ordem constitucional, em especial destaque aos direitos individuais indisponíveis, transindividuais, difusos e coletivos, dá bem a noção do espectro de atuação ampliado dos órgãos do Ministério Público brasileiro.

sobretudo volvido no resultado – célere e eficaz – melhor protetivo dos direitos transindividuais, difusos e coletivos.

Temos aqui, a outorga institucional ao Ministério Público como agente de promoção dos valores e direitos indisponíveis (constitucionalizados ou não), o que lhe confere uma atuação promocional da própria Justiça. Tanto que, como guardião-mor constitucional da ordem jurídica, em destaque dos poderes republicanos, salvaguarda à legitimação universal no controle da constitucionalidade (difuso ou concentrado), pode apontar inconstitucionalidades na fase extrajudicial, a serem sanadas por alerta das recomendações institucionais emanadas.

Ainda assim, a celebração de Termo de Ajustamento de Gestão em sede de autocomposição de conflitos, dentre outros, também será instrumento hábil para solução de continuidade de ilicitudes no âmbito extrajurisdicional.

4.11.1. O poder-dever da resolução (pacífica) das controvérsias

As garantias máximas previstas constitucionalmente denominam-se cláusulas pétreas, protegidas que são da ação do poder constituinte derivado, sendo enumeradas como núcleos duros das constituições formais, a fim de vedar retrocessos nas conquistas sociais. A Magna Carta brasileira tem perenes: (i) a forma de Estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos poderes; e, (iv) os direitos e garantias individuais⁹⁰⁰.

Assim gravadas de perenidade em relação ao objeto de deliberação do poder constituinte reformador, não poderão ser objeto de votação tendente a aboli-las, revelando circunstâncias materiais de impedimento à mitigação, isto é, verdadeiro corolário de segurança jurídica aos interesses da sociedade e do Estado.

Tratadas hodiernamente como cláusulas superconstitucionais, restam protegidas dos arbítrios de governos temporários (por mandato), assumindo papel ativo dos direitos e prerrogativas nelas estatuídas, ao passo que exercem função garantidora da máxima concretização do Estado e os poderes constituídos em sua organização.

Nesse sentir, o Ministério Público brasileiro apresenta-se como instituição permanente, independente, autônoma (administrativa, orçamentária e financeiramente), dotada de envergadura constitucional própria (competências, carreira/investidura de seus membros (agentes políticos),

⁹⁰⁰ Cf. art. 60, §4º, incisos I, II, III e IV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

garantias e vedações funcionais), trazendo consigo linhas próprias de poder estatal⁹⁰¹, em que pese não se encontrar, nem no Poder Executivo, nem no Poder Legislativo, tampouco no Poder Judiciário brasileiro; representa, assim, perante à organização dos poderes estatais⁹⁰² instituição cuja função é essencial à Administração da Justiça.

Não bastasse tal fato jurídico, incumbirá ao Ministério Público a defesa do regime democrático, cujo componente mais expressivo – voto direto, secreto, universal e periódico – é gravado de imutabilidade pelo poder constituinte reformador.

A dimensão substancial de indivisibilidade, unidade e independência funcional, “blinda” o Ministério Público brasileiro do poder reformador das mesmas vedações tendentes a abolir as cláusulas pétreas, elevando-o – em condição institucional – à envergadura de cláusula superconstitucional, sem possibilidade de eliminação ou supressão. Nada obsta à ampliação das competências e garantias pelo exercício do poder reformador.

A carga de concretização normativa em que são dotados os órgãos ministeriais dão-lhe supedâneo de garantia de efetividade a todas as instituições democráticas (*custos iures*) – inclusive do próprio Ministério Público – vinculando, inclusive, o poder reformador do legislador constitucional ou atividade legiferante infraconstitucional, a fim de manter-lhe incólume de eventuais tentativas políticas de mitigação funcional atemporais, sem possibilidade, contudo, de servirem de mote para estaque da eficácia social das garantias e princípios que lhe dão própria condição de garante⁹⁰³.

Deste modo, as garantias institucionais não podem ser usadas para si, nem tampouco em benefício pessoal de seus membros, que encontram na fonte constitucional seu marco legal de existência, prerrogativa e garantia, mas de lá extraem o poder-dever de suas atribuições inescusáveis. A melhor interpretação, portanto, em sede de garantias e competências constitucionais do Ministério Público brasileiro – conquanto cláusulas superconstitucionais –

⁹⁰¹ O Ministério Público se apresenta como um verdadeiro Poder do Estado. Caso Montesquieu tivesse escrito hoje o “Espírito das Leis” com segurança não havia sido tríplice mas sim quádrupla a divisão dos Poderes. Um órgão que legisla, um que administra, um que julga e um que defende a sociedade e a lei perante à Justiça, parta a ofensa de onde partir; é dizer, em defesa dos indivíduos ou dos próprios Poderes do Estado. Cf. VALLADÃO, Alfredo – O Ministério Público, quarto poder do Estado e outros estudos jurídicos. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1973, p. 25.

⁹⁰² Além da adequação material que deve existir “o fato de o Constituinte originário ter considerado o Ministério Público uma Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado traz reflexos outros, limitando, igualmente, o próprio poder de reforma da Constituição. Com efeito, partindo-se da própria natureza da atividade desenvolvida pelo Ministério Público, toda ela voltada ao bem-estar da coletividade, protegendo-a, em especial, contra os próprios poderes constituídos, a sua existência pode ser considerada como insita no rol dos direitos e garantias individuais, sendo vedada a apresentação de qualquer proposta de emenda tendente a abolir-la (art. 61, § 4º, IV, da CF/1988)”. Cf. GARCIA, Emerson – Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017, p. 47.

⁹⁰³ “Por ser inócua a previsão de direitos sem a correspondente disponibilização de mecanismos aptos à sua efetivação, parece-nos que a preservação da atividade finalística do Ministério Público está associada à própria preservação dos direitos fundamentais, o que reforça a sua característica de cláusula pétreia e preserva a unidade do texto constitucional. Além disso, a limitação material ao poder de reforma alcançará, com muito maior razão, qualquer iniciativa que, indiretamente, busque alcançar idêntico efeito prático (verbi gratia, redução das garantias e prerrogativas de seus membros e supressão da autonomia da Instituição, tornando-a financeiramente dependente do Executivo e, com isto, inviabilizando a sua atuação, que é o elemento indicativo de sua própria existência”. Cf. GARCIA, Emerson – Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017, p. 48.

deve restar ligada a proteger institucionalmente, com vistas ao fortalecimento de seu *mister* perante à sociedade, revisitando sempre os valores que compõem o regime democrático.

De uma simples leitura das competências institucionais deferidas aos órgãos ministeriais brasileiros, assim como das suas garantias e prerrogativas institucionais, extrai-se a certeza de que *exsurge* como instituição pública capaz de ser guardiã dos princípios fundamentais, em especial, contra atos dos próprios poderes republicanos (Executivo, Legislativo ou Judiciário), donde se extrai o porquê fora apeada (em vedação expressa) à representação judicial ou consultoria jurídica de entes públicos, fortalecendo-se ainda mais nas funções de *custos societatis* e *custos iures*.

Destacam-se entre as vedações de atuações funcionais⁹⁰⁴, verdadeiras garantias indiretas institucionais, atuação exclusiva de seus membros na atividade-fim dos órgãos ministeriais, em especial: (i) não receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; (ii) não exercer a advocacia, salvo exceção constitucionalmente prevista nos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT); (iii) não participar de sociedade comercial, salvo na forma da lei; (iv) não exercer, ainda que em indisponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; (v) não exercer atividade político-partidária; e, (vi) não receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

Por todo esse regime especial de tratamento diferenciado, deve o Ministério Público ser conglobado as cláusulas supernacionais, de preservação institucional e de competências volvidas à garantia da plenitude das cláusulas pétreas previstas constitucionalmente.

Desta feita, como instituição voltada a assegurar a máxima efetividade dos direitos e garantias individuais, decorre o poder-dever de promover – direta e indiretamente - a concretude de todos os métodos de acesso à Justiça em sua função de *custos societates*.

Decorre, portanto, poder-dever institucional e funcional - em suas dimensões de atuação judicial ou extrajudicial –, a tentativa primeva da resolução de controvérsias de forma dialógica, célere, eficaz e consensuada, visando atingir a máxima efetividade dos objetivos de manutenção e preservação dos direitos fundamentais constantes de suas atribuições, dentre outros.

⁹⁰⁴ Art. 128, §5º e incisos, da Constituição de República do Brasil.

4.11.2. Da ampliação da legitimação de atuação institucional

O dever de promoção social atribuído ao Ministério Público brasileiro em seu rol de competências constitucionais, fez crescer a necessidade institucional da defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, em especial na promoção direta do acesso à Justiça.

A ausência de escolha dos membros dos órgãos ministeriais por meio de sufrágio universal, não lhes retira a legitimação social para defesa destes direitos, mas pelo contrário. A investidura nos cargos por meio de concurso público de provas e títulos, extrai a meritocracia como elemento formador de seus quadros, dotando-os de pessoas de conhecimentos plúrimos capazes de fazer face ao enfrentamento de sucessivas violações de direitos fundamentais, decorrente, por muitas vezes, de atos de próprios agentes do Estado.

Entretanto, não é qualquer tipo de atuação que poderá constituir fator de ampliação da legitimação social dos órgãos ministeriais, havendo necessidade de compreensão da escorreita conformação constitucional da instituição e suas dimensões no neoconstitucionalismo.

Nesse particular, em atinência aos compromissos de legitimação social e dos novos desafios dos órgãos ministeriais brasileiros, encontra-se contido o poder-dever de promoção direta do acesso à Justiça, com destaque na indispensável capacitação profissional de seus membros, em especial na utilização dos novos métodos e técnicas de solução pacífica das controvérsias, fruto do impulso de política pública nacional.

4.11.3. Do dever de cautela na proteção de bens jurídicos: princípio da prevenção geral

O princípio da prevenção geral positiva⁹⁰⁵ encontra respaldo no princípio democrático, insculpido como princípio republicano fundamental, donde o dever de cautela na proteção de bens jurídicos erigidos fundamentais, guarda escala – em eventual violação – na mais grave forma de vilipêndio a direitos.

O acesso à Justiça é importante instrumento de natureza restaurativa em eventual hipótese de violação desses direitos fundamentais, cujo escopo autocompositivo ganha sobrelevo como forma ágil de pacificação das controvérsias e restabelecimento do *status quo ante*.

⁹⁰⁵ TUTIKIAN, Cristiano - Proteção Geral Positiva e Proteção de Bens Jurídicos: Possibilidades e Contradições no Estado Democrático de Direito [em linha]. Brasília. Revista de Informação Legislativa. A 45, N 177 (2008), pp. 243-255. [15.01.2019]. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160327/Preven%C3%A7%C3%A3o_geral_positiva_177.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Nesse particular, a tutela preventiva é a mais adequada técnica jurídica de salvaguarda num Estado Democrático de Direito. Por meio desta tutela, uma ou todas as dimensões do ilícito poderá ser mitigada, afastando-se sua consumação ou ocorrência, possibilitando-se evitar o dano ao bem jurídico protegido. Acaso não seja possível antever a consumação de violação do direito, caberá à tutela jurídica repressiva afastá-lo, incidindo, por consequência, o viés ressarcitório.

Contudo, muitas violações em matéria de direitos fundamentais ocorrem em sede de direitos coletivos (sociais), em especial atenção no direito à saúde, educação, consumidor, meio ambiente, criança e adolescente, idoso, deficientes físicos, dentre outros, impossíveis de ressarcimento *in natura*, impõem a tutela repressiva para fatos ilícitos pretéritos, de natureza sancionatória e/ou compensatória, inadequada em condições de dever prevenção geral⁹⁰⁶ de bens jurídicos protegidos constitucionalmente.

Eis a faceta de *custos societatis* emergindo como dever de cautela afeto aos órgãos ministeriais, cuja atuação deve ser priorizada dentre suas competências constitucionais, conquanto responsável pela promoção indireta dos direitos coletivos, individuais indisponíveis, transindividuais e difusos, em tutela ao regime democrático e o Estado de Direito.

A forma mais lúdica de defesa e realização de direitos não advém da capacidade impositiva de decisões, mas de conformação de soluções estratégicas, dialógicas, consensuadas e de participação plúrima, em especial das partes envolvidas na controvérsia ou conflito, extraindo-se a parte mais importante da prevenção, cujo dever de cautela atuará em evitar a violação massiva de direitos⁹⁰⁷.

4.11.4. A atividade pedagógico-preventiva

O ensino público brasileiro que tem a função precípua do pleno desenvolvimento do indivíduo e sua preparação para exercício da cidadania plena⁹⁰⁸, incluídos valores antropológicos, políticos e profissionais⁹⁰⁹, é insuficiente na formação esperada de maior parte da população nacional num contexto de regime democrático.

Dessa lacuna, decorre um compromisso constitucional deferido aos órgãos ministeriais, para que funcionem em difusores dos direitos e obrigações decorrentes da cidadania plena, viabilizando,

⁹⁰⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins – Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. MPMG Jurídico. Belo Horizonte: Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. A I, N 1 (2005), pp. 13-16.

⁹⁰⁷ À disposição do Ministério Público brasileiro, acaso impossibilitada a atuação volitiva autocompositiva, as ações civis públicas são importante instrumento repressivo e de tutela inibitória da violação massiva direitos coletivos (sociais).

⁹⁰⁸ Cf.. art. 205 da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁹⁰⁹ SILVA, José Afonso da – Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 784-785.

assim, a inserção de um maior número de pessoas em processos democratizados em sociedade, aptos a se opor legitimamente a arbítrios de agentes políticos e econômicos hiper-suficientes.

Nasce desse compromisso institucional a função pedagógica do exercício da cidadania, de natureza jurídica preventiva, de grande relevância ao interesse social, onde os órgãos ministeriais exercem papel de tutela permanente (*custos societatis*)⁹¹⁰.

4.11.5. Da dialógica institucional em audiências públicas

Na estruturação ampliativa de uma administração pública dialógica, o fortalecimento de atuação do Ministério Público brasileiro surge como protagonista em audiências públicas⁹¹¹ – decorrentes do princípio da soberania popular –, permitindo diálogo direto com a sociedade na busca de demandas permanentes em matéria de direitos coletivos e apresentação de proposta de solução consensuada de controvérsias, a permitir a inauguração de neófito método de acesso à Justiça.

Na visão de PAULO BONAVIDES, como já visto linha atrás, o direito à democracia é ladeado ao direito à informação e ao pluralismo político, conquanto integrantes da quarta geração em dimensão constitucional, apresentando-se como mecanismos de exercício da democracia direta, com vistas à cidadania futura e a própria liberdade de todos os povos⁹¹².

Nesse sentir, a audiência pública é instrumento constitucional de abertura à uma administração pública dialógica, com autoridades e agentes em iteração direta aos cidadãos, facilitando o exercício direto da cidadania. Permite-se a demonstração de propostas, de demandas sociais, de mitigação de dúvidas, de direito de representação, sem prejuízo da fiscalização direta da atuação dos órgãos ministeriais, suscetíveis que são ao controle social, garantindo-se o debate envolto a matérias constitucionalmente relevantes.

Assim, os órgãos ministeriais devem fomentar a realização de audiências públicas⁹¹³, com a periodicidade suficiente para manutenção das demandas sociais e atuação preventiva para solução de conflitos em sociedade, com a participação de outras instituições responsáveis pela defesa social,

⁹¹⁰ Nesse contexto, temos importantes experiências de protagonismo preventivo dos órgãos ministeriais: divulgação de cartilhas de direitos públicos, matérias de vinculação publicitária (jornais e tv), audiências públicas, atividades escolares de ensino fundamental e médio, tudo com foco na ampliação da informação de cidadania plena e em políticas de aproximação do tecido social de base, o que reforça a competência constitucional de legitimação social na proteção de direitos coletivos e do regime democrático.

⁹¹¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; GONÇALVES, Samuel Alvarenga – Audiência pública: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público. MPMG Jurídico. Belo Horizonte: Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. A 1, N 5 (2006), pp. 9-15.

⁹¹² “A democracia positivada enquanto direito de quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema [...]”. Cf. BONAVIDES, Paulo – Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 11.ª ed. 2001, pp. 525-526.

⁹¹³ GAVRONSKI, Alexandre Amaral – Tutela coletiva: visão geral e atuação extrajudicial. Manual de Atuação. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), 2006, pp. 90-91

transformação política da sociedade e de acesso à Justiça, maximizando a conformação de direitos à realidade social em atenção ao princípio participativo.

A realização das audiências públicas pelos órgãos ministeriais decorre das suas próprias competências constitucionais, em particular na defesa do regime democrático, promovendo-se um conjunto de direitos e garantias que exortam a ampliação do exercício da democracia direta (democracia participativa) exercitada no seio de instituições eminentemente democráticas⁹¹⁴.

Finalisticamente, as audiências públicas – meio alternativo de acesso à Justiça – promoverá o debate franco e aberto sobre determinado fato, recolherá propostas participativas e estabelecerá o direito de representação popular, divulgando atividades de interesse público coletivo, com formação de consenso democrático de opinião pública, além de deflagrar a atividade pedagógico-preventiva com vistas à resolução pacífica de controvérsias.

Sem prejuízo, as reuniões públicas podem ser convocadas ordinária ou extraordinariamente, por todos os órgãos democráticos de defesa social, para tratar de determinado fato ou questão coletiva, sendo deflagrada *ex officio* ou mediante provocação da população interessada, permitindo-se a aferição da razoabilidade administrativa a ser adotada em decisões administrativas.

É de se destacar que no âmbito de atuação dos órgãos ministeriais – enquanto titulares dos inquéritos civis preparatórios – poderão ser convocadas audiências públicas no curso de procedimento inquisitório ou de natureza administrativa, a fim de esclarecer fatos investigados ou colher elementos materiais⁹¹⁵ de funcionalidade às políticas públicas, do cumprimento de deveres coletivos pelos entes estatais e com a possibilidade de tentativas de conciliação e de (re)ajustamento de gestão ao administrador público, conciliando-se as partes envolvidas em conflitos de interesses, divulgando-se medidas (a serem) adotadas e publicizando-se atividades institucionais em defesa da sociedade.

Destacamos a primazia decorrente de audiências públicas, em especial: (i) foco de juridicidade e concertação de atuação estatal para atingimento de objetivos constitucionais; (ii) transparência ativa e passiva de medidas governamentais decisórias; (iii) dialogicidade no exercício do poder público; (iv) coparticipação democrata na gestão da coisa pública; (v) trato preventivo de intervenções administrativas enviadas; e, (vi) solução consensuada de conflitos de interesses publicistas.

Dessas intervenções em reuniões publicistas, inúmeras são as vantagens decorrentes de oitiva popular, a criar caminhos e programas de atuação funcional. Isso não significa, que tais audiências

⁹¹⁴ Acerca da realização das audiências públicas pelos órgãos ministeriais, dispõe no art. 27, Parágrafo único, inciso IV, da Lei federal n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) acerca das atribuições na realização e promoção em defesa de direitos sociais e coletivos. O art. 58, § 2º, da Constituição da República Federativa brasileira prevê a realização de audiências públicas a cargo do Congresso Nacional.

⁹¹⁵ GAVRONSKI, Alexandre Amaral – Tutela coletiva: visão geral e atuação extrajudicial. Manual de Atuação. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), 2006, pp. 89-90.

públicas tenham, preponderantemente, condão deliberativo no seio das instituições de defesa social, não se submetendo a uma assembleia popular (democracia direta). Não se votam linhas de atuação institucional, mas se colhem informações, opiniões, críticas construtivas e proposituras, para se erigir maior legitimidade social em ações e decisões de natureza institucional⁹¹⁶.

De tudo isso, sobreleva-se a função pedagógico-preventiva afeta aos órgãos e instituições de defesa da sociedade, levando-se conhecimento e informação de direitos e deveres para formação homogênea do tecido social (infoinclusão), em horizontalização da cidadania plena junto aos membros comunitários.

No âmbito de planejamento estratégico-institucional, o Conselho Nacional do Ministério Público brasileiro normatizou a audiência pública por meio resolução, estabelecendo os limites de realização pelos órgãos de execução ministeriais no âmbito de suas atribuições, visando auxiliar a tomada de decisão e instrução de procedimentos sob suas responsabilidades funcionais, identificação escoreita das plúrimas demandas sociais, a serem realizadas abertamente – com acesso a qualquer cidadão – para defesa de direitos e indicação de lesões em matéria de interesses difusos, coletivos e transindividuais⁹¹⁷.

4.11.6. Do planejamento institucional e da fiscalização orçamentário-financeira

O compromisso institucional de promoção social, defesa do regime democrático e dos interesses sociais, impuseram um (re)planeamento das missões institucionais dos órgãos ministeriais brasileiros, sempre atentos aos objetivos republicanos como o acesso à Justiça e os anseios da realidade social.

A catarse institucional de órgão de defesa da sociedade no processo de redemocratização brasileira – com o advento da Constituição da República de 1988 – impôs um (re)desenho institucional transformador da *práxis* de atuação ministerial, impulsionado por momento ético-político. A superação demandada pela transformação social, o (re)planeamento estratégico e a exigência da eficiência estatal, superaram em muito a expectativa pretérita de atuação individual de membros – por vezes intuitiva e recorrente -, em simbiose transformadora das atribuições institucionais mais aderente à realidade social, a fazer surgir um novo modelo de atuação jurisdicional e extrajurisdicional⁹¹⁸.

⁹¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro – Inquérito civil. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 327.

⁹¹⁷ Resolução CNMP n. 82/2012, do Conselho Nacional do Ministério Público brasileiro.

⁹¹⁸ Cf. GOULART, Marcelo Pedroso – Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, p. 713.

A atuação funcional sob viés repressivo de ilícitos, com impactos certos da análise econômica do direito (custo x benefício), designadamente de cunho litigioso e de difícil solução dos conflitos a curto e médio prazo, escoimado no acesso ao Poder Judiciário pela via do clássico processo judicialiforme, cedeu espaço à atuação sob viés preventivo, mais adequado ao tratamento de controvérsias e preservação incólume de direitos, tomado pela via alternativa de resolução de controvérsias, tudo a partir das estatísticas, indicadores sociais e de cátedras de objetivos de desenvolvimento sustentável⁹¹⁹.

Para tanto, houve necessidade de atuação em sede de núcleos de estudos estatísticos⁹²⁰ ou cooperação técnica com centros universitários, a fim de que se obtivessem resultados panorâmicos e gráficos para sustentação de tratamento adequado (preventivo) – extrajudicial ou judicializado – às causas de graves injustiças sociais e à violação massiva de direitos coletivos.

Dessarte, o viés repressivo de natureza litigiosa só se sustentará daqui para frente como *ultima ratio* de atuação funcional, baseado sempre em diagnósticos macros e sólidos, que demonstrem adequada a via de repressão de graves ilícitos administrativos por meio de acesso ao Poder Judiciário, impondo a deflagração do devido processo legal em ações cíveis ou penais de cominação condenatória, acompanhadas de gravames personalíssimos, coercitivos e sancionatórios inerentes às penas, que, em uma de suas facetas, também exprimem caráter pedagógico-preventivo, à medida que servem de desestímulo à prática reiterada de ilícitos pelo condenado e/ou por terceiros.

4.11.7. Do controle de constitucionalidade por legitimação universal

A prerrogativa de guardião da ordem jurídica, do regime democrático e do fiscal de cumprimento das leis e da Constituição deferiu aos órgãos ministeriais a legitimação universal de deflagração das ações de controle de constitucionalidade (concentrado ou difuso), seja por via de ação direta ou incidental judicializada, seja na realização de suas atribuições extrajudiciais pela expedição de recomendações e celebração de termos de ajustamento de conduta ou de gestão às exigências legais.

Sem prejuízo das atribuições ministeriais em matéria de controle repressivo de constitucionalidade, a provocação extrajudicial aos poderes legiferantes poderá ser vetor de eventual

⁹¹⁹ Cf. CALIMAN, Geraldo (org.) – Cátedras UNESCO e os Desafios dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Cátedra UNESCO de Juventude, Educação e Sociedade. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2019.

⁹²⁰ No sistema estatístico brasileiro, contamos com dados econômicos, demográficos e sociais na produção de indicadores, agrupados e publicizados por diferentes agências públicas de dados estatísticos, disseminados por diferentes agências federais ou estaduais. Por meio de uma rede capilarizada em território nacional, representações estaduais e municipais, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) coordenando o sistema nacional de produção de estatísticas públicas, atua na produção de dados primários, agregador de informação proveniente de ministérios, disseminando-os por mecanismos estatísticos. Temos então uma rede pública brasileira integrante do sistema nacional de produção e disseminação de estatísticas públicas.

demandismo judicial, com atuação volitiva da técnica de autocontrole de inconstitucionalidade pelos destinatários.

Neste caso, temos o instituto da recomendação expedida pelos órgãos ministeriais aos poderes legiferantes (Executivo, Legislativo e Judiciário), de natureza jurídica extrajudicial, capaz de notificá-los com o fito de adoção de providências em sede de autotutela, para que promovam a adequação das normas que emanem (anulação ou revogação), com vistas a salvaguarda e compatibilidade material com o texto constitucional.

Com a ciência inequívoca de eventual inconstitucionalidade formal ou material apontada, poderão os poderes legiferantes ou até particulares – volitiva e consensualmente – adequarem suas normações e condutas pelo exercício da autocontenção, a fim de evitar (controle preventivo) fatos ilícitos eivados de inconstitucionalidade ou para afastar (controle repressivo) eventual estado de coisas inconstitucional já perpetrado pela vigência de norma primária ou secundária por eles editada, acaso incompatível com as normas constitucionalizadas vigentes⁹²¹.

Considerado o mais grave vício normativo, o de incompatibilidade decorrente do exame de correspondência (material ou formal) das normas jurídicas infraconstitucionais em relação ao topo piramidal kelseniano (norma fundamental), reforça-se a primazia da supremacia da Constituição e sua rigidez matriz, a ocasionar declaração de nulidade da lei ou ato normativo infraconstitucional pelo exame de incompatibilidade, que pode ser induzido pela atividade extrajudicial preventiva ou repressiva dos órgãos ministeriais brasileiros.

4.11.8. Da prevalência da atuação extrajudicial

Em que pese o viés litigioso que impere no sentimento individual de membros integrantes do Ministério Público brasileiro, fruto de uma vetusta formação acadêmica voltada ao estudo do processo como mecanismo de solução de controvérsias, o grande desafio da atual década é o abandono do modelo tradicional demandista (vencedor e vencido), com prevalência de promoção direta de meios alternativos de acesso à Justiça.

A atuação preventiva e resolutive em sede extrajudicial de atribuição direta dos órgãos ministeriais, além de alcançar resolução célere de conflitos, adequa-se à melhor técnica de meios

⁹²¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de – Manual das ações constitucionais. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2007, pp. 770-773.

alternativos em voga na política nacional de solução de controvérsias, garantindo-se ao Ministério Público brasileiro o *status* de promotor de Justiça em defesa da sociedade, dotando-o de maior legitimação social.

Pelos motivos antepostos, a sistematização de normas a reforçar a unidade e indivisibilidade institucionais servirá de mote para ampliação de atuação não demandista (preventiva) a exigir uma mudança cultural do exercício direto da função, com alocação de esforços e ampliação de investimentos para fazer face as atividades próprias de *custos iures* e *custos societatis*.

4.11.9. Do exercício de atribuições vinculadas

A envergadura constitucional deferida aos órgãos ministeriais brasileiros, os colocaram em patamar de paridade institucional com os três poderes republicanos, não inserindo-se em nenhum deles.

O ingresso em nova fase institucional em defesa da sociedade e do cumprimento de deveres pelos entes estatais implicou o abandono da prática comum de ajuizamento de ações cíveis e penais, a entregar ao Poder Judiciário - como parte processual -, o dever de resolução da controvérsia de pretensão resistida por meio de provimentos decisórios heterocompositivos.

Um novo papel de protagonista na promoção de acesso à Justiça impõe uma postura institucional ampliada no processo de *custos legis*, proativa, colaborativa com o juízo, com vistas a resultados melhores e mais adequados na solução das controvérsias, com a devida celeridade processual e razoável duração do feito, o que impõe se “despir” da mera função de *dominus litis* nas ações em que possua legitimação ativa prevista em lei.

Nos processos coletivos, onde a causa de pedir possui grandes impactos nas ações afirmativas e na tutela de direitos sociais, necessita-se de uma atuação vinculada dos órgãos ministeriais atenta às novas diretrizes pautadas em políticas nacionais, volvidas à resolução alternativa de conflitos, cuja defesa da sociedade decorre de atribuição constitucional.

O plano da concretização das atribuições de órgão de defesa da sociedade exigirá condutas vinculadas de seus membros, fazendo cumprir fielmente as deliberações dos órgãos de administração superior, em especial do Conselho Nacional do Ministério Público, sendo extraído um poder-dever de tentativa de esgotamento das vias extrajudiciais na promoção direta do acesso à Justiça, para só então, em *ultima ratio*, adotarem-se medidas judicializadas, por meio dos processos cíveis e/ou criminais na busca da responsabilização pessoal pela prática de atos ilícitos, com dever de reparação de danos ao erário ou do patrimônio dos entes estatais.

Em linha de escala de atuação direta, deve o membro do Ministério Público esgotar primeiramente – de forma vinculada – aos meios alternativos de acesso à Justiça disponíveis (notificação, recomendação, audiência pública, compromissos de ajustamento de conduta ou de gestão, acordos de não persecução cíveis e acordos de não persecução administrativa), fundamentando a eventual impossibilidade de realizá-los, para só então, iniciar a deflagração da via demandista de acesso ao Poder Judiciário.

Deve, ainda, suplantar a leitura de normas jurídicas em seu plano abstrato (“plêiades” institucionais arroladas), para, em teleologia constitucional e interpretação sistemática das normas magnas, buscar a plenitude de concretização de suas competências institucionais em potencial de maximização e concretização de planeamentos macroinstitucionais. O ímpeto da litigiosidade deve ser contido – *prima facie* – pela demonstração da tentativa conciliatória na resolução alternativa do conflito, dando azo à oportunidade do consenso em sede de uma administração pública dialógica.

4.11.10. Da independência funcional do órgão ministerial executivo

Os planeamentos estratégicos institucionais devem vincular todos os órgãos ministeriais. O órgão executivo – dotado de independência funcional quanto aos seus membros – não pode alegá-la com o fim de criar subterfúgios para driblar as diretrizes de uma política nacional decorrente de pactos federativos, sobretudo quando elas são responsáveis pela maximização da atuação em defesa da sociedade, ápice das atribuições constitucionais deferidas aos órgãos ministeriais.

Assim, os programas e planos de ação ao tratamento adequado de acesso à Justiça – meios alternativos na resolução de conflitos – não são faculdades funcionais de seus membros -, mas ações vinculadas ao exercício do próprio cargo, cuja impessoalidade deve vigor nas ações exercidas por si, em nome da instituição que representa, gravada de unidade e indivisibilidade.

Nesse sentido, a estratégia nacional de transformação social impõe uma releitura dos princípios fundamentais dos órgãos ministeriais, cuja independência funcional não pode ser tida como autonomia funcional plena em relação ao todo, devendo guardar correspondência as ações estratégicas e metas de prioridade nacionais, otimizando-se às atribuições constitucionais dos órgãos de defesa da sociedade, reunidos na órbita do princípio da unidade institucional.

Deste modo, o princípio da unidade institucional ganha conotação política, para superando a leitura clássica de dimensão administrativa, abarcar a informação, orientação e promoção consentânea de atuação concertada político-institucional⁹²².

Lado outro, não há que se falar em diminuição do princípio da independência funcional⁹²³ – garantia da própria sociedade antes mesmo do membro, posto que tem condão protetivo de atuação ministerial livre de interferências externas (políticas e econômicas) no exercício pleno de competências funcionais, garantindo-se a deflagração de ações de controle (poder-dever) capazes de “desaguar” na implementação célere de todos os meios disponíveis de acesso à Justiça, em especial o consensuado, ou na sua motivada impossibilidade, em deflagração de ações judiciais com vistas à responsabilização de pessoas e agentes públicos por atos ilícitos.

4.11.11. A remodelação da função de *custos legis*

Após o advento de novas diretrizes políticas nacionais de fomento ao acesso à Justiça, em especial pelos métodos consensuados de solução de controvérsias, nasceu o dever de remodelação da atuação clássica de *custos legis* – exercitada tradicionalmente pelos órgãos ministeriais -, em especial nas atividades judicantes endoprocessuais.

As hipóteses de relevância, materialidade e risco acerca de interesses sociais envolvidos na demanda devem nortear a necessidade premente de atuação ministerial interventiva (*custos societates*), com atenção aos direitos fundamentais: função social da propriedade, do contrato e de sociedades empresariais.

Não por acaso algumas causas particulares (individuais) tem como pano de fundo a discussão de matérias de repercussão geral em matéria de direitos fundamentais, passando a tratar de temas amplos afetos a direitos difusos ou coletivos, ultrapassando as balizas estreitas da relação jurídica processual angular.

Nestas hipóteses, tratando-se a lide posta em juízo de matéria que verse sobre direitos transindividuais homogêneos, difusos, coletivos ou individuais indisponíveis, cujo julgado possa ser precedente prejudicial a causas de tutela coletiva, deverá o membro ministerial funcionar, acaso identificado interesse social relevante em testilha e sempre em defesa da coletividade.

4.11.12. Das ações estratégicas de relevante interesse social

⁹²² Cf. GOULART, Marcelo Pedrosa – Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007, pp. 714-715.

⁹²³ O Ministério Público não se submete a governos, não presta obediência a juizes, mas somente à sua consciência e à lei.

A atuação extrajudicial exercida pelos órgãos ministeriais ganhou função resolutiva, ao passo que se apresentou protagonistas pelos métodos alternativos na solução de conflitos em promoção direta de acesso à Justiça, impulsionada pelas “ondas renovatórias” compromissadas em pactos republicanos estatais brasileiros.

Com efeito, estas atuações estratégias criativas – judiciais ou não – passaram a nortear a coordenação de ações institucionais, sempre volvidas à consagração da dimensão material dos direitos e garantias funcionais.

Os amparos normativos criativos foram lastrando-se na utilização de novos mecanismos até então melhor explorados em matéria de adequação para solução célere de preservação de direitos. O aprofundamento de funções possíveis de realização na titularidade do inquérito civil, com desfecho notificatório, recomendatório, compromissório e de (re)ajustamento de conduta e de gestão, de não persecução cível ou penal abriu uma gama de horizontes para exercício dos meios alternativos na solução direta de problemas.

As técnicas ministeriais diretas de multifuncionalidade de atuação extrajudicial foram capazes de suplantar a ideia clássica que o processo judicial seria o único conduto seguro para definitividade de conflitos de interesses de pretensão resistida, gravando-se também de imutabilidade por meio de título executivo extrajudicial.

Pelo contrário. O custo do tempo e do dinheiro envolvido na aparelhagem da máquina pública instada a funcionar para resolução heterocompositiva de dadas controvérsias é por vezes maior que o próprio benefício que se busca alcançar no curto espaço de tempo. O sistema judicial ressarcitório, por vezes, mostra-se dissociado da razoabilidade e economicidade para preservação ou manutenção de direitos fundamentais, cujo maior tempo para tratamento adequado poderá causar danos irreversíveis ou de difícil reparação.

Assim, as ações diretas e projetos⁹²⁴ que versem sobre relevante interesse social são espaços aptos a potencializar a promoção da realidade social almejada, de forma resolutiva e cooperativa, valorando-se critérios importantes como de materialidade, risco, relevância, celeridade, economicidade,

⁹²⁴ No Estado de Minas Gerais, há tempos já se aprovou Resolução Conjunta PGJ/CGMP MPMG n° 03, de 31 de março de 2011, que regulamentou no âmbito de atuação Ministério Público estadual, os procedimentos para a instauração, promoção e implementação de projetos sociais (PROPS), com vistas à transformação da realidade social na função custos societatis.

razoabilidade e proporcionalidade, tudo em matéria de desenvolvimento sustentável dos direitos fundamentais⁹²⁵.

Assim tem sido a atuação de centros de apoio operacional de direitos humanos e apoio comunitário e questões fundiárias dos órgãos ministeriais brasileiros, com a realização de sessões públicas e aprovação de enunciados voltados à solução de conflitos coletivos urbanos e fundiários de relevante interesse social^{926 927}.

4.11.13. Da interoperabilidade disciplinar para resolução de conflitos

Em face de tamanhas transformações das atividades-fim dos órgãos de execução de defesa da sociedade, da mudança estrutural das instituições de controle externo, da mentalidade dos agentes públicos na formação de uma nova cultura jurídica do consenso, do *modus operandi* de atuação estratégica, do planejamento de ações concertadas e das finalidades na função extrajudicial de acesso à Justiça, os valores éticos e humanos devem compor a visão pós-positivista passando a ser qualificação obrigatória de membros ministeriais, a possibilitar um panorama holístico da demanda, com tratamento adequado (especializado) para solução do conflito.

A integração da democracia participativa no contexto da administração pública de defesa da sociedade, não significa, tão somente, a preservação do primado do regime de liberdades públicas. Impõe atenção aos deveres de justiça social, a busca incessante do regime de igualdades materiais em sociedade, condições compatíveis da dignidade da pessoa humana (saúde, educação, segurança, moradia, trabalho, alimentação, dentre outros), que se realizam pela implementação de projetos sociais multidisciplinares, focados em direitos sociais, econômicos e culturais, cuja *expertise* deve fazer parte da formação do membro dos órgãos atuantes.

A visão humanista de interoperabilidade disciplinar deve ser objeto de cobrança desde o concurso de provas e títulos nas carreiras dos órgãos ministeriais brasileiros, a denotar, desde logo, conhecimento indubitável e vocação para defesa de causas de relevante interesse social.

⁹²⁵ LIMA, Paulo César Vicente de – O Ministério Público como instituição do desenvolvimento sustentável: reflexões a partir de experiências na bacia do Rio São Francisco [em linha]. 2008. Dissertação de Mestrado em Desenvolvimento Social. Universidade Estadual de Montes Claros. (06.11.2019). Disponível em <http://www.posgraduacao.unimontes.br/uploads/sites/20/2019/06/PAULO-CESAR-VICENTE-DE-LIMA.pdf>.

⁹²⁶ Como exemplo dessas funções pragmáticas temos a subscrição da “Carta de Belo Horizonte” pelo Ministério Público de Minas Gerais, que aprovou medidas e ações estratégicas voltadas aos órgãos de execução, com vistas às “perspectivas para a atuação resolutiva do Ministério Público em conflitos coletivos urbanos”, decorrendo a aprovação de 44 enunciados em protagonismo extrajudicial [em linha]. 2017. (05.06.2019). Disponível em: <http://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-aprova-enunciados-sobre-atuacao-nos-conflitos-coletivos-urbanos-de-repercussao-social.htm>.

⁹²⁷ Cf. “Carta de Belo Horizonte” firmada pelo Ministério Público de Minas Gerais, nas questões voltadas ao “Estado mediador dos conflitos fundiários – um novo paradigma social e político” [em linha]. 2016. (05.06.2019). Disponível em <http://www.mpmg.mp.br/areas-de-atuacao/defesa-do-cidadao/conflitos-agrarios/noticias/carta-de-belo-horizonte-traz-consideracoes-e-conclusoes-sobre-conflitos-fundiarios.htm>.

A formação de interoperabilidade multidisciplinar, possibilita a detecção de problemas estruturantes, estratégias de combate a ilícitos e expurgo de violações massivas de direitos, ações preventivas para preservação de direitos relevantes, e, por último, atuação repressiva como mecanismo de responsabilização do infrator, o que suplanta, desde logo, a mera qualificação jurídica para atuação em lides multidisciplinares e de temas propedêuticos.

Há, assim, nessa nova forma de atuação extrajudicial dos órgãos ministeriais em matéria de tratamento adequado de direitos humanos, uma complexidade de situações que refogem a mera atuação jurídica para solução dos conflitos. Estamos a referir a interoperabilidade de outras áreas de conhecimento científico, tais como a sociologia, a antropologia, a filosofia, a biologia, a economia, a agronomia, a engenharia, dentre tantas outras.

A visão multidisciplinar acerca de dados conflitos sociais são capazes de erigir técnicas mais adequadas para solução de problemas postos à apreciação, arraigados em complexas tramas de transformação social, de tudo visando uma conformação jurídica com a tutela coletiva que se pretenda adequar. Os ideários de justiça social perpassam pelo (re)conhecimento das multifacetadas e complexas relações havidas de uma sociedade plúrima, a fim de que, por meio da democracia participativa, preservem-se direitos fundamentais de um maior número cidadãos.

A nova exigência de conformação transdisciplinar dos membros dos órgãos ministeriais, sustentam a própria exigência de uma formação técnico-crítica para atuação funcional, agregadora da cultura formalista e unidimensional do direito, composta pela interoperabilidade multidisciplinar entre a normação e as estruturas político-sociais de essência nos conflitos coletivos.

4.11.14. O demandismo judiciário *versus* a resolutividade extrajudicial

A reformulação do perfil constitucional dos órgãos ministeriais aclarou dois perfis de atuação funcional: o de *dominus litis* em demandismo judicial e o de protagonista de acesso à Justiça, atuação direta resolutiva extrajudicial.

No primeiro modelo, a atuação jurisdicional como autor (parte) de ações cíveis e penais transfere-se a resolutividade da controvérsia ao Poder Judiciário, por vezes, em processo de conhecimento dispendioso, demorado e de complexa execução sob curso forçado, que não atende adequadamente a sustação da violação massificada de direitos fundamentais. O segundo modelo, de atuação extrajudicial como protagonista resolutivo do conflitos de interesses postos, em meios alternativos de solução de litígios, consensuado e volitivo entre os compromissados, representará método econômico,

célere e desburocratizado para celebração e cumprimento espontâneo de obrigações decorrente da lei, atendendo em pronto emprego – diretamente - a guarda efetiva de direitos fundamentais.

Assim, na visão de atuação funcional demandista e resolutive⁹²⁸, a segunda via aparece substitutiva ao *modus operandi* clássico da primeira, sobretudo pelas hipóteses de sucesso em que a construção do diálogo e do consenso vêm transformando realidades sociais de interesses públicos relevantes, em melhor e maior grau de concretude dos objetivos institucionais em defesa da coletividade.

A intermediação e a instrumentalização da pacificação de problemas sociais em matéria de direitos coletivos, pela promoção direta dos meios alternativos de acesso à Justiça, reforçam a legitimação social dos órgãos ministeriais, promovem celeridade à justiça social, efetivam a plenitude de direitos fundamentais, espancam com grau de definitividade da controvérsia e gravam de segurança jurídica a solução do conflito social, trazendo consigo carga de caráter pedagógico-preventivo ao tema.

A apreciação de mérito por sentença judicial endoprocessual, carece de preparo técnico e de conhecimento multidisciplinar que restam envoltas as ações coletivas de relevantes interesse social, sobretudo por sua natureza complexa e em especialidade, decaindo, por vezes, em grau de inefetividade e incumprimento.

Deste modo, para que as vicissitudes acima não sejam reiteradas no seio extrajudicial de solução alternativa de controvérsias, em capilaridade imediata na proteção de direitos aos hipossuficientes, a atuação funcional no resgate à cidadania plena e à concretude de direitos coletivos deve restar ligado ao compromisso de cumprimento de ações estratégicas e com a utilização de *expertises* multidisciplinares exigíveis à espécie.

A legitimidade da ordem jurídica social e justa depende de fatores complexos, sendo um deles a formação multidisciplinar do operador do direito que deverá ultrapassar as balizas unidimensionais em que são laureados academicamente, exigindo-se uma predisposição pela quebra de paradigmas individuais e institucionais para alcance da maximização das competências constitucionais deferidas aos órgãos ministeriais, não só sob aspecto jurídico, mas sobretudo sob aspecto político⁹²⁹.

Os princípios gerais informativos da tutela coletiva extrajudicial⁹³⁰ resolutive podem ser compilados como: (i) maximização da efetividade de direitos sociais; (ii) coparticipação construtiva da

⁹²⁸ GOULART, Marcelo Pedrosa – Ministério Público e Democracia: teoria e prática. Leme/SP: Editora de Direito, 1998, p. 96.

⁹²⁹ Nesse sentido “[...] só poderemos entender o promotor de justiça como trabalhador social, vinculado à defesa da qualidade de vida das parcelas marginalizadas da sociedade, a partir do momento em que rompa as barreiras que historicamente o isolaram dos movimentos sociais, passando a articular sua ação com esses movimentos. Deve assumir o seu compromisso político, não apenas nos aspectos da retórica e das elaborações doutrinárias, mas, sobretudo, na atuação prática, como intelectual orgânico”. Cf. GOULART, Marcelo Pedrosa – Ministério Público e Democracia: teoria e prática. Leme/SP: Editora de Direito, 1998, p. 98.

⁹³⁰ Cf. GAVRONSKI, Alexandre Amaral – Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pp. 274-294.

solução; (iii) concretização imediata de direitos e interesses fundamentais e coletivos pela via consensuada; (iv) desburocratização pelo princípio da máxima informalidade; e, (v) utilização de técnicas alternativas extrajudiciais e judiciais na resolutividade.

Para tanto, os órgãos ministeriais brasileiros podem se valer de instrumentos próprios, tipicamente extrajudiciais, cuja legitimação ativa para solução de conflitos (preventiva ou repressiva), afasta – *prima facie* – a demanda judicial de acesso ao Poder Judiciário. Temos assim, em sede de inquérito civil ou procedimento administrativo sob titularidade de membro(s) integrante(s) de órgão(s) de execução, as espécies:

- a) recomendação, onde o dirigismo orientativo emanado pelo órgão de execução com atuação funcional específica ou concorrente notifica o agente do poder público acerca de conteúdo material orientativo, com vistas à tomada de providências apazadas, visando aprimoramento de prestação de serviços de interesses coletivos, ou na prática de atos de conformidade à manutenção e preservação de direitos fundamentais.
- b) o compromisso de ajustamento de conduta ou ajustamento de gestão, de natureza jurídica de contrato administrativo extrajudicial entre o compromitentes e os interessados – *out-of-court settlement* – por meio do qual uma pessoa física ou jurídica, ente público ou privado, que esteja colocando em risco de lesão, incumpra deveres e atribuições impostas por lei ou tenha causado prejuízo a bens e patrimônio de interesse social, por ato de ação ou omissão (inclusive na má gestão pública), assumirá compromisso de natureza obrigacional de cessação de atividade ilícita, conformando sua conduta à norma jurídica e às exigências legais, ou a administração de bens e serviços à legislação em vigor, comprometendo-se, consensualmente, a reparar os danos causados ou impedir que ocorram, sob as penas insertas na transação de natureza publicista, servindo a avença formal de título executivo extrajudicial.
- c) a notificação, instrumento endoprocedimental administrativo de natureza pública, que tem a finalidade de assinalar prazo para realização de ato ou execução de fato administrativo que possa fazer cessar ato ilícito, ou para conformar a execução de atos processuais de interesse público, no esclarecimento de situações indispensáveis ao exercício do controle externo.
- d) as audiências públicas, em sessões abertas a todos cidadãos interessados, com a coparticipação de entidades públicas ou privadas para tratar demandas de relevante interesse social, visando à oitiva das partes, colheita de sugestões, acatamento de

reclamações, exposição de ações afirmativas e promoção direta da defesa de direitos, dissociadas de natureza deliberativa, mas volvidas à formação da tomada de decisão que melhor promova o tratamento adequado do conflito.

- e) monitoramento, em ações de fiscalização prévias, concomitantes ou póstumas de qualquer natureza publicista, quanto ao cumprimento de obrigações assumidas e no cumprimento das exigências estabelecidas em lei, cujo alcance poderá se dar aos entes públicos e privados sujeitos ao controle externo, consideradas suas atividades em prol da sociedade e de administração de bens, patrimônio ou dinheiro do erário estatal.

Nesse diapasão, a resolutividade na atuação funcional dos órgãos ministeriais impõe aos órgãos de execução a devida capacitação e especialização para defesa e promoção social em temáticas plúrimas, cuja complexidade influenciará na escolha da melhor e mais adequada técnica para solução consensuada do conflito, em especial por métodos compositivos.

A adjudicação institucional da solutividade em matéria de conflitos sociais decorreu da alta demanda da comunidade aos órgãos ministeriais, cujas atribuições decorrem da norma magna brasileira. As vicissitudes do processo de conhecimento (cível ou penal), trouxe influxos de autocomposição para resolução de problemas postos, onde os promotores de Justiça se viam compelidos a ajuizar ações na busca de solução heterocompositiva gravada de definitividade, mesmo que na busca de meras homologações de acordos pré-processuais.

Esse paradigma de litigiosidade e consensualidade encontrou nesta última a pacificação dos conflitos por meio de acordos e transações de preservação mútua dos interesses das partes, sobre as mais variadas matizes, objetos e títulos⁹³¹. A legitimação dos órgãos ministeriais para celebração de instrumentos alternativos de acesso pleno à Justiça, antes de ser vista como substitutiva da jurisdição estatal, deve ser encarada como possibilidade concorrente – subsidiária à parte do litígio – mas não como método principal hierarquizado de solução de conflitos sociais.

Não se pretende mitigar as importantes funções jurisdicionais ou do processo judicializado, devendo se sobrelevar a otimização dos recursos dispostos pelos métodos alternativos – dialógicos e flexíveis – para solução de problemas, em tratamento adequado à conformação de relações jurídicas encetadas pelas partes, preservando-se o princípio da boa-fé e a proteção da confiança, valores estes antes mesmos que jurídicos, de agregação das relações interpessoais em sociedade.

⁹³¹ WATANABE, Kazuo – Cultura da sentença e cultura da pacificação. In YARSELL, Flávio Luiz e MORAES, Mauricio Zanoide (coord.) - Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 684-690.

Deste modo, a racionalidade administrativa nos métodos consensuados de solução das lides “enxerga” no culturalismo demandista da sentença adjudicatória, via concorrente não preferencial na escolha metodológica de solução de problemas. As partes trazem para si, por livre e espontânea disposição, a construção da decisão de questões que serão erigidas e aplicáveis a elas próprias, afastando-se a “frustração” decisória heterocompositiva por sentença (cultura adversarial de “vencedor” e “vencido”).

A escala geométrica de feitos judiciais é mais um fator de desestímulo demandista das partes, que aceitam buscar – colaborativamente – uma solução célere, equânime e justa de suas controvérsias em matéria de pretensão resistida de interesses. Essa lógica é a mesma aplicável a órgãos de defesa da sociedade, que na realização das atribuições que lhe são deferidas, almejam a maximização da manutenção e preservação de direitos, tudo de forma rápida e que contemple a imediata exequibilidade da pretensão de interesses coletivos incumpridos ou violados pela parte compromissária.

Também não se pretende afirmar que a solução consensual de conflitos seja a certeza de sucesso de inibição do grande volume de demanda de causas postas à apreciação do Judiciário, impossível de enfrentamento a curto e médio prazo, mas, sim, via de “escape” disponível para diminuição de novos feitos que ocupem a máquina burocrática judicializada, a possibilitar, por consequência, o pronto enfrentamento do grande passivo processual existente, tudo em primazia aos preceitos da razoável duração do processo e dos meios que garantam sua celeridade, ambos envoltos a critérios de racionalidade administrativa.

Nada impede, inclusive, que a proposta de centralidade extrajudicial na solução de conflitos pelos meios alternativos, seja, no caso concreto, deslocada para seara endoprocessual judicializada, a propiciar, a reunião de benefícios decorrentes dos critérios de racionalidade administrativa de forma diferida.

Contudo, restará tanto quanto eficaz se realizada tão logo no início do processo, em etapa conciliatória ou por via de mediação pelo princípio da colaboração das partes ao juízo. O importante, nestes casos, é ser sensível à verificabilidade do momento adequado do firmamento da solução consensuada, tentando-se, na medida do possível, que se dê antes da judicialização – para desafogamento do sistema judiciário; durante – logo após o seu início ou propositura do processo; ou ainda, antes da sentença de mérito – logo após o término da instrução processual, a impedir, inclusive, o aviamento de recursos de inconformismo pelas partes para apreciação em instâncias superiores.

4.11.15. Do modelo negocial híbrido e os processos restaurativos

Em modelos de destaque na seara de negociação e mediação, temos a negociação distributiva, onde um valor fixo – com foco na divisão dos resultados – levará o ganho e a perda a ambas as partes. Nestes moldes, o foco estará lançado no quantitativo do que cada parte do processo levará com a solução do conflito distribuída no resultado, cujo objeto de questionamento estará no consequencialismo de quem irá trazer para si um valor agregado maior, próximo da pretensão resistida inaugurada, onde a ganância de uma das partes se fará ao dispêndio da outra.

Noutro modelo, apresenta-se a negociação integrativa, em que as partes colaboram entre si para alcance da máxima efetividade de benefícios mútuos, onde a integração de interesses resultará num acordo de valores e de objeto coconstruído.

Dito isso, em sendo o bem jurídico tutelado – objeto da negociação pelos órgãos ministeriais – calcado em interesses públicos indisponíveis, não haverá espaço para transação desse núcleo protegido e enumerado constitucionalmente, impondo uma coconstrução de negociação própria – de natureza híbrida – com primado na preservação máxima dos direitos fundamentais – onde a ganância publicista do resultado em favor da sociedade emergirá como fonte material dos termos de ajustamento de gestão pública pretendido.

A seu turno, em relação à mediação destaca-se o método de negociação cooperativo – modelo da *Harvard School*³², norteado pelos seguintes princípios: (i) a separação das partes litigantes do litígio (pessoas); (ii) a concentração de interesses convergentes e diversos de posições (interesses); (iii) a inversão de possibilidades de ganhos mútuos (opções); e, (iv) a emersão hialina de parâmetros objetivos (critérios).

Noutro molde de mediação apresenta-se o contexto narrativo-sistêmico, em que o processo de comunicação entre as partes litigantes se dará por escopo de transformação das histórias vividas pelo mediador, interpretando-se - em via dialógica - a controvérsia pelo meio comunicativo. Há uma reconstrução da vivência para alcance de uma melhor saída ao caso concreto.

Já o modelo da mediação transformadora, em que o mediador busca a modificação das relações encetadas pelos mediados, tem enfoque na valorização da condição de cada parte no litígio, cuja elevação da condição do *status* moral faz jazer a resistência do poderio de conciliação dos mediados (*empowerment*)³³.

³² FERREIRA, Mário – Negociação: como funciona o método de Havard [em linha]. [19.03.2009]. (18.07.2018). Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/negociacao-o-metodo-de-harvard>.

³³ SANTOS, Ricardo Goretti – Manual de mediação de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 160-168.

De uma combinação desses modelos de negociação e mediação – sob vieses formal e informal –, surgirá arcabouço de possível atuação dos órgãos ministeriais, que poderão adequar-se à soluções híbridas de acordo com a complexidade da realidade de atuação, tudo na tentativa solução consensuada do problema, distensionando-se a conflitualidade inauguralmente posta.

Os métodos autocompositivos encetados diretamente pelo Ministério Público brasileiro, na qualidade de *custos iures* e *custos societatis*, terá como pedra de toque a ordem jurídica em matéria de direitos sociais amplamente considerados (fundamentais), visando, sobretudo, a realização do princípio da transformação social consagrado nos fundamentos republicanos.

A atuação funcional solutiva se materializará na seara extrajudicial em promoção direta de acesso à Justiça, tornando o órgão ministerial protagonista na solução erigida por meio de sua legitimação coletiva universal⁹³⁴, que poderá fazer emergir doutrina híbrida de modelo de negociação e mediação, a circunscrever os parâmetros objetivos da avença como método institucional próprio.

O sucesso da eficácia dessa nova visão de atuação terá o condão de atenuar o método clássico demandista de acesso ao Judiciário, que muito contribui para postergação das lides e difere a resolução definitiva de controvérsias em sociedade, podendo ser amplamente aplicável em matéria de convênios, redes de atuação pública, parcerias público-privadas e atuação funcional dos próprios membros dos órgãos ministeriais.

Nesse diapasão, destacam-se os seguintes princípios éticos de boa negociação⁹³⁵, a saber: (i) isonomia no tratamento dos mediados; (ii) proteção da confiança e da boa-fé na tentativa resolutiva; (iii) equanimidade entre as partes do litígio; (iv) distencionamento da pretensão resistida; e, (v) vinculação ao interesse publicista almejado.

Ademais, algumas técnicas de negociação e mediação exigem a busca da maximização de direitos coletivos (*stricto sensu*) a serem tutelados, a dispensar o pronto emprego de informalidade típico das audiências públicas, sobretudo quando envoltos direitos comunitários e de acesso à educação, devendo ser norteados por princípios objetivos da voluntariedade, autoridade dos mediados, não adversariedade, imparcialidade, consensualidade, confidencialidade, flexibilidade e informalidade⁹³⁶.

Por outro lado, o método de conciliação é possível aos órgãos ministeriais quando devam agir como instituição propositiva da solução de litígios, sobretudo quando afetos ao exercício de direitos sociais, aplicando-se-lhes os princípios norteadores da negociação e da mediação, no que couber.

⁹³⁴ Art. 129, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁹³⁵ Cf. MORAES, Paulo Valério Dal Pai; CORRÊA DE MORAES, Márcia Amaral – A negociação ética para agentes públicos e advogados. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 89-126.

⁹³⁶ Cf. SANTOS, Ricardo Goretti – Manual de mediação de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 144-145.

Essas técnicas podem ensejar a deflagração de processos restaurativos onde a litigiosidade não é capaz de penetrar. A busca da reparação de efeitos deletérios das infrações, com harmonização entres as partes (infrator e vítima), terá a capacidade de restaurar o convívio social e servirá de método de pacificação das relações sociais.

Os meios restaurativos executados pelos órgãos ministeriais brasileiros são aqueles que podem se dar em encontros públicos (oitivas ou audiências públicas), com audição do autor da infração, das vítima(s) e dos afetados pela ação ou omissão ilegal, de entidades públicas, associações e sociedade civis privadas da comunidade envolvida, tudo com vistas à idealização de um plano estrutural restaurativo (mitigação do dano, reintegração do convívio social e pacificação do problema), sob condução de um facilitador qualificado ou certificado pelos centros de estudos e o aperfeiçoamento dos meios alternativos de solução de conflitos.

Por todos esses mecanismos de solução consensual de problemas, os órgãos ministeriais brasileiros edificaram novas estratégias de atuação dialógica e humanizada, ampliando sua legitimação social e universal, ao passo em que se apresentam como agentes de promoção direta da Justiça, de forma a garantir a preservação do interesse público coletivo e o regime democrático em consonância com as normas constitucionais.

4.12. Premissas tópicas parciais

1. As dimensões jurisdicionais e extrajurisdicionais inseridas nas atribuições dos órgãos do Ministério Público brasileiro encontram lastro preconizado nas normas constitucionais, tendo sido adotado um novo modelo garantidor de direitos coletivos inserido no contexto do rol de direitos fundamentais.
2. As atribuições constitucionais deferidas ao órgão ministerial é de atuação direta na promoção direta dos objetivos fundamentais republicanos, em especial na transformação da realidade social, garantindo-se, por consequência, envergadura constitucional de poder republicano, com autonomia, unidade e indivisibilidade institucionais como verdadeira função essencial à Administração da Justiça.
3. A logicidade da sistemática constitucional implantada, deferiu a independência funcional dos membros ministeriais que possuem garantias e vedações inerentes ao cargo de dedicação exclusiva, atuando norteados por estratégias nacionais que contemplam tanto

o modelo demandista jurisdicional (processo clássico perante o Judiciário), quanto o modelo resolutivo extrajurisdicional (meios alternativos de acesso à Justiça).

4. Diante de toda essa transformação institucional em defesa da ordem jurídica, as funções precípua de *custos legis* e *dominus litis* apresentam-se remodeladas e maximizadas na tutela de direitos fundamentais, de cunho tanto quanto possível restaurativo (transformadora da realidade e pacificadora de conflitos), a ensejar nova atribuição de *custos societatis* (defesa da sociedade) e *custos juris* (guardião da lei e da Constituição).
5. A remodelação do órgão ministerial trouxe uma instituição permanente de Estado, garantidora da ordem jurídica, tornando suas atribuições e princípios fundamentais perenes, englobados no conceito de normas superconstitucionais, além de manter *status* independente da clássica separação dos poderes republicanos, isto é, também inserido em núcleo duro de cláusulas pétreas, que não pode ser objeto de poder reformador tendente a aboli-las ou restringi-las.
6. A defesa da ordem jurídica, regime democrático e de interesses coletivos e individuais indisponíveis como atribuições constitucionais, trazem concretude ao novo perfil constitucional dos órgãos ministeriais brasileiros, representando fonte de ampliação da legitimação social universal.
7. Dessa nova inteligência constituinte, a universalização da legitimação social trouxe uma nova postura de estratégia nacional de atuação funcional, a protagonizar: prioridade de atuação preventiva de conflitos; promoção direta ou indireta da cidadania plena por meios de ações pedagógicas de fomento; a oitiva periódica do cidadão em audiências públicas; atuação concertada para mitigação de desigualdades sociais com viés de *custos iures* (orçamental e financeiro); notificação em sede de controle da constitucionalidade (preventivo ou repressivo); maximização da função resolutiva de problemas sociais; fomento à especialização em razão da matéria institucional; atuação estratégica na função de *custos legis* na seara jurisdicional (processo estatal); monitoramento da exequibilidade de provimentos jurisdicionais cujo objeto verse sobre bens e interesses públicos coletivos; releitura da independência funcional em compatibilidade ao novo modelo de planejamento estratégico nacional; formação multidisciplinar de membros dos órgãos de execução; capacitação voltada ao protagonismo de uma administração pública dialógica, com primazia de solução consensual e pacífica de conflitos sociais; atuação interventiva (jurisdicional civil), em causas de

relevante interesse social; e, por fim, ações sociais humanizadas com foco à realidade socioeconômica brasileira.

8. A negociação, a mediação, a conciliação e os meios alternativos e restaurativos disponibilizam-se como instrumentos idôneos e legítimos de solução de problemas e maximização de resultados coletivos almejados, ampliam sobremaneira os meios adequados de acesso à Justiça.
9. A utilização da negociação será possível quando o órgão ministerial for parte integrante do sistema de defesa de direitos coletivos (*custos societatis*), tudo por força de sua atuação em sede de legitimação coletiva universal.
10. A utilização da mediação será possível, de igual modo, na formulação de propostas solutivas relevantes de natureza convenial, institucional em rede, fiscalização de parcerias público-privadas e entre membros da própria instituição, onde as matérias comunitárias e de educação escolar sobressaiam para alcance de concretude de interesses coletivos, devendo ser estabelecido na técnica, tanto quanto possível a informalidade por meio de reuniões e oitivas públicas.
11. A seu turno, a conciliação será possível de utilização, quando identificada relevância de atuação interventiva em matérias de bens e interesses públicos coletivos, visando, ao fim e ao cabo solução célere e pacífica do problema.
12. Por fim, os métodos estruturantes restaurativos serão possíveis de aplicação por meio de um facilitador qualificado, nas hipóteses em que haja a necessidade de harmonização da postura dos contendores, restauração do convívio social e da pacificação das relações inter-subjetivas.

4.13. Limites negociais de atuação ministerial

Por meio das diversas técnicas (extra)jurisdicionais compositivas na resolução amigável das disputas os contendores de direito ou interesse controvertido, seja diretamente (por meio da negociação) ou seja indiretamente – com a interveniência de terceiro por meio da conciliação e mediação, se postam voluntariamente, em consonância ao princípio da colaboração das partes, para tentativa de autocomposição do conflito inaugural.

Nesse novo contexto de acesso à Justiça, a atuação direta ou intervenção dos órgãos ministeriais se apresentará por força de imposição constitucional (poder-dever) em virtude legitimação universal. A

realização da Justiça advém de suas finalidades institucionais em defesa de direitos fundamentais, devendo agir *ex officio* ou quando provocado, sempre com imparcialidade nos métodos de promoção escolhidos.

Na qualidade de substituto processual⁹³⁷, em que, em nome próprio, buscará a tutela de direitos alheios (coletivos, individuais homogêneos abstratamente considerados, difusos ou individuais indisponíveis), deverá realizar previamente – em protagonismo – tratamento adequado com a utilização de meios autocompositivos disponíveis a seu turno, para solução definitiva das controvérsias.

A equanimidade do tratamento adequado e imparcialidade em relação ao problema, advirá da independência funcional e das garantias deferidas para atuação de seus membros. Contudo, os limites de atuação funcional encontram óbice nos parâmetros objetivos descritos na própria lei, seja nas causas em que atue por autocomposição direta (negociação) ou nas causas que atue indiretamente por intervenção (mediação e conciliação).

Reside aqui a mudança de postura funcional, que em vez de diferir a solução dos conflitos de interesses por meio da judicialização da ação cabível à espécie, com transferência da responsabilidade pela via de heterocomposição ao Judiciário, passará a titularizar o protagonismo da promoção direta da Justiça ensimesmado, isto é, *interna corporis* no seio de sua própria instituição.

Assim, identifica-se na demanda processual perante o Poder Judiciário, via de atuação em *ultima ratio* e não mão única de solução de disputas, impondo aos órgãos ministeriais a motivação e responsabilidade de esgotar os meios alternativos postos à sua disposição por medida de boa atuação funcional, para só então, se infrutífera, acionar-se a máquina estatal judiciária, reservando-a às soluções de controvérsias jurídicas impossíveis de consenso ou indeclináveis de solução pela via da sentença estatal – ainda que homologatória, tudo por medida de economicidade e racionalidade administrativa.

Essa remodelação institucional em postura resolutiva se insere num movimento natural que não é estanque da aplicação do princípio da jurisdição una ou universal preconizada como garantia fundamental de acesso ao Poder Judiciário.

A conformação institucional tanto dos órgãos do Poder Judiciário, quanto dos órgãos do Ministério Público, agregados à isonomia das carreiras próprias postas em simetria, com a criação de conselhos nacionais de participação plúrima e inseridos pela reforma do sistema de justiça, deferiu, a cada qual, dentro de suas competências, corresponsabilidade na promoção e realização do acesso à

⁹³⁷ Cf. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes – Curso de Direito Processual Civil. Vol. 4. Processo Coletivo, 14.ª ed., Salvador: JusPodivm, 2020, pp. 201-202.

Justiça, em compromisso de poder-dever de formulação de decisão adequada para alcance da solução do problema posto.

A assunção de papel transformador da realidade social em dimensão crescente, de alta complexidade e em trama de relações plurais, provocou paradigma jurídico de atuação ministerial cada vez mais dialógico, informal e consensuado.

Nesse contexto, o procedimento da deflagração do inquérito civil (*ex officio* ou por provocação) está para o Ministério Público como o processo (por ação) está para o Poder Judiciário. Tendo como finalidade precípua de instruir os feitos com a materialidade de ilícitos e indícios de suas autorias, tornaram-se o *locus* procedimental administrativo capazes de comportar ações dialógicas que podem “desaguar” na solução consensuada do conflito, por meios autocompositivos negociais, contando ainda com a supervisão dos órgãos colegiados superiores dos ramos do Ministério Público brasileiro, nas hipóteses de eventual arquivamento⁹³⁸.

Em que pese poderem nascer de procedimentos investigativos inquisitoriais a encargo dos órgãos ministeriais, o compromisso de ajustamento de gestão, além de identificar os problemas de ordem estrutural na administração pública, comumente serão celebrados em virtude de nuances emergentes do inquérito civil ou de procedimento preparatório em regular tramitação perante os órgãos de execução⁹³⁹. Aliam-se a estes, as notificações, recomendações, audiências públicas, oitivas, monitoramentos, ações sociais, ajustamentos de conduta, acordos de não persecução, dentre outros instrumentos legais de atuação consensuada.

Contudo, como acima subcapitulado, os órgãos ministeriais possuem limites de instrumentalização de certos métodos compositivos de solução de conflitos, devendo recair à análise de três pontos fundamentais, como requisitos à celebração de objeto negocial, a saber: (i) a indisponibilidade material de direitos fundamentais em que se tutela - em nome próprio - direitos alheios; (ii) a interpretação da maximização de concretude material do direito protegido; e, por fim (iii) a validade jurídica da autocomposição gestada com imparcialidade, volitividade das partes e solutividade do conflito em observância à ordem jurídica vigente.

⁹³⁸ Cf. Art. 9º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente. § 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público. § 2º Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação. § 3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento. § 4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação. Lei federal n. 7.437/1985, da República Federativa do Brasil.

⁹³⁹ Cf. Artigo 5º, § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. Lei federal n. 7.437/1985, da República Federativa do Brasil.

4.13.1. Da indisponibilidade material dos direitos fundamentais

No dever de proteção jurídica de direitos coletivos ou individuais homogêneos (abstratamente considerados), colocam-se os órgãos ministeriais como verdadeiros negociadores de forma direta (extrajudiciais) com a administração pública ou agente infrator, responsável pela ameaça de lesão ou violação do direito, em grau de relação jurídica procedimental (investigativa) ou processual (parte em adversariedade). Contudo, no curso de procedimento de negociação, busca-se o tratamento adequado e a melhor solução jurídica que vise assegurar o afastamento da ameaça de lesão ou restabelecimento do *status quo ante*, isto é, a manutenção do direito fundamental tutelado.

Nos feitos judiciais individuais em que intervenha na seara exclusiva de direitos indisponíveis, os órgãos ministeriais podem atuar tanto em método de mediação, como em método de conciliação, facilitando e orientando as partes para solução jurídica que melhor contemple o interesse superior indisponível a ser resguardado.

Do mesmo modo, deverá agir por dever de ofício – extrajudicialmente – em conflitos sociais complexos de relevante interesse público ou na tutela jurídica de incapazes na forma da lei civil, mesmo quando haja partes hiper-suficientes para demandar em juízo na proteção de seus direitos.

A legitimação como substituto processual se projetará para fora do processo judicializado (em matéria de interesses sociais), emergindo em legitimação processual constitucional (extraordinária)⁹⁴⁰, decorrendo, por consequência, a titularização da presidência dos trabalhos investigativos afetos ao inquérito civil e da condução ativa dos meios alternativos que dele possam derivar, em especial na celebração do termo de ajustamento de gestão.

Contudo, outra é a inteligência da legitimação ministerial na defesa de direitos individuais homogêneos (divisíveis), onde os interesses são identificáveis particularmente. Estaremos diante de uma legitimação extraordinária de substituição processual cujas limitações de atuação do legitimado coletivo restam claramente delineadas nas hipóteses de direitos não abstratizados ou cuja titularidade agregada não corresponda a uma típica tutela de interesse social (*lato sensu*)⁹⁴¹.

Assim, a legitimação extraordinária na atuação extrajudicial ou jurisdicional restará limitada ao alcance das relações de direito material em que versem sobre interesses difusos, coletivos (*stricto sensu*) ou individuais homogêneos divisíveis, constituindo óbice de abdicação ministerial do direito

⁹⁴⁰ ZAVASCKI, Teori Albino – Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos [em linha]. 2005. Tese de Doutorado. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, pp. 222-230. (12.05.2019). Disponível em <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>.

⁹⁴¹ Idem, p. 230.

titularizado por outrem, ainda que abstratamente tutelado, vez que a disponibilidade de interesses como mero substituto processual universal não lhe titulariza o direito material propriamente dito, sem possibilidade de renúncia, como já visto linha atrás.

Sem prejuízo, em que pese não titularizar – propriamente dito – tais interesses divisíveis de terceiros, poderá decorrer desistência – motivada – em ação que verse abstratamente sobre tais interesses em litígio, posto que a relação jurídica de direito material não se confunde com a relação jurídica de direito processual⁹⁴².

Assim, os direitos e interesses sociais *lato sensu* apresentam-se indisponíveis para os legitimados coletivos, independentemente de suas essências materiais restarem em disponibilidade ou indisponibilidade aos seus próprios titulares.

Tal indisponibilidade material não poderá ser óbice à negociação, desde que decorra desta o cumprimento tal qual previsto em lei. Nada impede que a negociação, mediação ou composição sejam objeto de reconhecimento do dever de cumprimento pela parte contrária, preservando-se o interesse em si, inauguralmente posto em posição de conflito.

Portanto, as regras atinentes às convenções civis lastradas na transação de natureza autocompositiva, onde, invariavelmente, a disposição do direito é premissa inaugural, não aplicar-se-ão às transações administrativas que versem sobre interesses públicos, posto que a indisponibilidade material do direito coletivo ensimesmado, não é óbice a negociação quanto ao alcance e cumprimento da norma instituída pelas vias de disponibilidade instrumental.

Dito isso, a possibilidade da negociação em sede de tutela coletiva ou de direitos individuais indisponíveis não está atrelada à disponibilidade material do direito a ser promovido pelo legitimado constitucional, cuja titularidade processual decorre do poder-dever em defesa da sociedade, havendo nítida diferença da típica transação de direito civil e dos compromissos de ajustamento de conduta e gestão assumidos.

A concretização dos direitos coletivos ou outros de indisponibilidade material, não estão ligados à sua disposição material pelo titular para serem objeto de negociação, em especial que visem à preservação ou manutenção dos interesses, isto é, a disponibilidade não é pré-requisito da concretude negocial, onde os órgãos ministeriais apresentam-se como promotores diretos de sua realização extrajudicial.

⁹⁴² Cf. art. 5º, §3º, da Lei federal n. 7.427/1985, da República Federativa do Brasil.

4.13.2. A concretude dos direitos fundamentais pelos métodos autocompositivos

Os estudos em (re)ajustamento de gestão pública, meio autocompositivo extrajudicial lançado pelos órgãos ministeriais por meio da negociação, tem por escopo o cumprimento de avenças em tempo, modo e lugar de execução na proteção de direitos sociais. A tutela de direitos fundamentais que almejamos preservar dissocia-se do direito material obrigacional previsto na lei civil⁹⁴³.

Pela indisponibilidade do interesse público objeto do compromisso negocial de (re)ajustamento⁹⁴⁴, impõe-se claros limites aos mecanismos de atuação consensuada, deferindo-se liberdade mitigada ao ente público – tomador do compromisso – para especificar somente a forma das medidas de correção no tempo e no espaço, tanto quanto mais célere possível, devendo abarcar a totalidade de medidas indispensáveis à reparação do bem lesado ou afastamento do risco de lesão⁹⁴⁵.

Por tais fatos, pode-se afastar a natureza jurídica de transação aos compromissos de ajustamento de conduta e de gestão, tudo pois, as premissas de direito privado fincadas na disponibilidade do direito material são impossíveis de adequação em matéria de interesses públicos, atribuindo-se, por consequência, a natureza de negócio jurídico *sui generis* ou de acordo em sentido estrito.

As potencialidades emergentes da autocomposição de controvérsias extrajudiciais dependerão das capacidades técnicas multidisciplinares do negociador, dada as complexidades fáticas do objeto de interesse social vertido, cuja lógica adversarial do processo é fenômeno jurídico dificultador, sobretudo com a ideia litigiosa de “vencedor e vencido” a ser declarado por terceiro em processo heterocompositivo (estatal ou arbitral).

Lado outro, a construção de soluções jurídicas qualitativas e de efetivação em tempo razoável são importantes instrumentos de economicidade e racionalidade administrativa. Pouparamos dispêndios custosos da estrutura da máquina pública judiciária, dentre elas recursos materiais, humanos, temporais e financeiros, com maior qualidade e eficácia do resultado almejado já na tutela extrajudicial de interesses sociais.

Nesse diapasão, nada impede que o objeto de compromisso de gestão recaia sobre a definição de conceitos jurídicos indeterminados, cuja interpretação adequada – em que haja controvérsia – ultrapasse óbice da (in)efetividade do direito coletivo ou da prestação deficiente do interesse público

⁹⁴³ GAVRONSKI, Alexandre Amaral – Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: RT, 2010, pp. 382-383.

⁹⁴⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis – Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 176.

⁹⁴⁵ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal – Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 68-71.

consagrado, em especial, visando o maior alcance da plêiade de princípios jurídicos afetos aos direitos fundamentais.

É justamente na definição das balizas para celebração dos compromissos de (re)ajustamento de gestão, que residem as premissas concretizadoras dos direitos sociais, cujo objeto negocial da tutela coletiva mantém incólume o direito consagrado, dotando de previsibilidade consequencial o acordo celebrado, ao passo que põe a termo a controvérsia jurídica segundo interpretação sistemática do ordenamento jurídico, servindo de instrumento de definitividade estrutural na pacificação da controvérsia⁹⁴⁶.

A definição de obrigações preventivas ou corretivas e as cominações pelo inadimplemento voluntário e inescusável pelo agente infrator fazem parte dos requisitos objetivos do instrumento compromissal, ao passo que conforma de força executiva extrajudicial o acordo entabulado, eficaz na concretização de direitos e efetivo dos interesses públicos, não se travestindo de mero compromisso moral das partes celebrantes.

Mesmo nas hipóteses omissivas e de prestação deficiente de serviços públicos essenciais, em que o compromisso de ajustamento de gestão tem por escopo a definição do cumprimento do direito tutelado – a tempo e modo –, o que restará em voga será a concretização⁹⁴⁷ do direito coletivo em si, em maximização de atuação eficiente sob encargo do órgão executor e de seus agentes público-privados, sob pena de multa-coerção que deverá constar do título executivo.

A ideia de concretude do direito foi entronizada pela doutrina germânica⁹⁴⁸ ao descrever o processo hermenêutico, em especial o método de interpretação subsuntiva, onde a situação fática é identificada primeiro para posterior enquadramento da regra aplicável ao caso concreto (subsunção do fato à norma).

A subsunção do fato à norma como técnica de conformação do direito em silogismo, típica do positivismo jurídico, cuja lei (premissa maior) é conformada aos fatos concretos (premissa menor) foi superada – em aplicação exclusiva – face à inconformidade com a evolução do direito e da sociedade inaugurada no século XX. O surgimento de regras jurídicas compostas de preceitos jurídicos indeterminados⁹⁴⁹, atrelado à força normativa das constituições e os princípios esculpidos, com o advento

⁹⁴⁶ GAVRONSKI, Alexandre Amaral – Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: RT, 2010, pp. 118-134.

⁹⁴⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann – Subsunção e concreção na aplicação do direito. Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, pp. 413-465.

⁹⁴⁸ MENKE, Fabiano - A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos direitos. Porto Alegre. Revista da AJURIS. V 33. N 103 (2006), pp. 69-94, pp. 78-79.

⁹⁴⁹ No direito brasileiro temos uma gama de preceitos jurídicos indeterminados que exigem interpretação sistemática para busca de efetivação, *verbi gratia* onerosidade excessiva, hipossuficiência, maior vantajosidade para administração pública, economicidade, regionalidade, celeridade, boa-fé objetiva, razoável duração do processo, dentre tantos outros.

da consolidação das cláusulas gerais de avenças contratuais, trouxe uma gama de interpretações jurídicas na aplicação de direitos coletivos às complexas relações sociais contemporâneas.

Sem se descurar da ideia de que a concreção do direito estaria ligada à atividade típica da jurisdição estatal (poder de dizer do direito), a doutrina e a jurisprudência têm se debruçado ampliar o rol de legitimados a interpretar as normas constitucionais, em especial pela teoria da sociedade aberta dos intérpretes⁹⁵⁰, fruto do pluralismo político e do exercício pleno da cidadania⁹⁵¹.

Nessa esteira, a inteligência de aplicação do direito – última fase do processo de hermenêutica –, compreende também um rol ampliado de colegitimados à realização do direito, que compreenderá, inclusive, a ideia de curso forçado (executiva) quando esgotadas as possibilidades volitivas de solução consensuada do problema, não se olvidando da capacidade de autoexecutoriedade dos atos administrativos emanados por agentes públicos detentores do poder de polícia.

Os órgãos ministeriais também estão inclusos nesse rol de colegitimados para aplicação do direito, tanto que, institucional e legalmente conferiu-se poder de tomada de compromisso de ajustamento de gestão do infrator às exigências legais, sob pena de sanções aplicáveis à espécie, bem como a possibilidade de expedição de notificações e recomendações para impedir ou afastar lesão a direitos fundamentais.

Dessarte, o objeto da autocomposição negociada orbitará na concreção do direito fundamental que o colegitimado perscruta – direta ou indiretamente –, tudo na busca da preservação dos direitos sociais consagrados.

Lado outro, se a definição dos elementos indispensáveis para concreção do direito – em sede autocompositiva extrajudicial – for deficiente, inexecutável ou desproporcional para atingimento dos objetivos compromissados em sede de (re)ajustamento de gestão, poder-se-ão fixar novos prazos, sem prejuízo de aditamento para (re)definição de novas metas, assim como possível sindicalidade a ser exercida pelos órgãos jurisdicionais pela via própria.

Poderá o controle de legalidade fundar-se em necessidade de correção jurisdicional da estrutura material no cumprimento da avença, desde que imprescindível para operabilidade e desde que não haja a possibilidade de manutenção do meio consensuado – aditivo – visando à solução do problema. Por tal motivo, exige-se uma qualificação plúrima de *expertise* do negociador (compromitente) em variadas áreas da ciência - a depender do caso concreto -, visando suplantare eventuais vícios de incompletude que, em

⁹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira – Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil [em linha]. Pronunciamento. Supremo Tribunal Federal. Brasília. (13.05.2019). Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalfininternacional/portalfinagenda_pt_br/anexo/homenagem_a_peter_haberle_pronunciamento_3_1.pdf.

⁹⁵¹ HÄBERLE, Peter – Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

vez de gravar de definitividade a solução jurídica do conflito, diferi-la-á no tempo para solução póstuma por um terceiro (juiz ou árbitro), afastando o instrumento compromissal do objetivo central de acesso à Justiça por meio alternativo da solução de problemas.

Sem o apontamento de vício de validade do instrumento celebrado ou de hipossuficiência da estipulação da concretude do objeto da avença, o cumprimento do acordo pelo infrator carecerá de ação perante o órgão jurisdicional sob intento da parte irresignada, por flagrante falta interesse de agir, devendo, inclusive, recair-lhe o ônus da prova dos fatos constitutivos, modificativos ou impeditivos da causa de pedir, com demonstração da ilegalidade ou incorreção imputada⁹⁵².

Noutra via de solução jurídica decorrente de autocomposição extrajudicial pelos órgãos ministeriais, temos a notificação e a recomendação que possuem natureza jurídica de ato administrativo, submetendo-se ao controle de legalidade pelos órgãos jurisdicionais. Não se constituem, portanto, título executivo extrajudicial como nas hipóteses de celebração dos termos de compromisso de ajustamento de conduta e de compromisso de gestão.

Outrossim, na seara da tutela coletiva não só os órgãos jurisdicionais estão postos à solução de controvérsias (autocompositivas ou não), mas, também, os órgãos ministeriais de forma antecedente ou endoprocessual, com poder-dever de firmamento de ajustamento de conduta e de compromisso de gestão.

A principal *distinguishing* entre a concreção de direitos sociais promovido pelos órgãos jurisdicionais e àqueles promovidos diretamente pelos órgãos ministeriais, reside na possibilidade atuação extrajudicial destes, ao passo que a definitividade da controvérsia pela coisa julgada é privativa daqueles, sem que, com isso, decorra qualquer insegurança jurídica na atuação administrativa de controle (não jurisdicional).

Contudo, qualquer legitimado que demonstre interesse de agir, apontando vício de validade ou de nulidade do instrumento extrajudicial celebrado poderá se valer por via própria da ação buscando a deseficacização negocial, o que, em certa medida, também é possível em relação às sentenças judiciais de mérito desde que cumpridos os requisitos recursais ou de propositura de ações rescisórias após o trânsito em julgado⁹⁵³.

⁹⁵² RODRIGUES, Geisa de Assis – Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 225-226.

⁹⁵³ Cf. Mauro Cappelletti, em intervenção intitulada “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, aduziu: “[...] A mais importante batalha intelectual travada por muitos juristas ao longo do nosso século foi contra aquelas concepções abstratas e dogmáticas do papel do jurista, que reduziam nossa responsabilidade à mera verificação e mecânica aplicação da lei. Essa concepção está em conflito com enfoque moderno do direito e da interpretação jurídica; aliás, em geral com a teoria moderna da hermenêutica, a interpretação sempre deixa algum espaço para opções; e, portanto, para responsabilidade [...]”. Palestra proferida em Londres na abertura do Simpósio Jurídico W. G. Hart acerca da “Justiça Civil e suas alternativas”, perante o Institute of Legal Advanced Studies. [07.09.1992]. Traduzida por BARBOSA MOREIRA, José Carlos - A efetividade do processo de conhecimento. Revista de Processo. V 19. N 74. (1994), pp. 126-137.

4.13.3. Os requisitos de validade da autocomposição pelos órgãos ministeriais

A fonte primeira de validade de uma solução autocompositiva pela negociação, mediação ou conciliação (judicial ou extrajudicial) exige observância de requisitos objetivos da consensualidade firmada, isto é, a formação da livre vontade convergente pelas partes na avença, firmada por agente capaz, tendo objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e ainda a utilização de forma prescrita e não defesa em lei.

O negócio jurídico compromissado deve restar dissociado dos vícios de consentimento da vontade (erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão), ou ainda dos vícios sociais (fraude ou simulação), sob pena de nulidade.

A importância da clareza das balizas compromissórias a serem assumidas são de suma importância para validade da tomada de termo compromisso, assegurando-se, desde logo ao compromissário, a ciência inequívoca das cláusulas erigidas pelo negociador, em especial destaque daquelas que regem as obrigações assumidas e as suas cominações pelo eventual inadimplemento voluntário e inescusável.

Outrossim, o compromissário deverá ser informado de seus direitos e de todo conteúdo material da resolução autocompositiva que será celebrada, podendo, inclusive, abarcar deveres contratualizados que não decorrem expressamente da lei, isto é, decorrentes de obrigações assumidas contratualmente.

Atrelada à validade consensual da avença, temos que a solução jurídica materializada - objeto da tomada de compromisso de gestão – em que sejam colegitimados ativos os órgãos ministeriais, deva dispor invariavelmente à imposição de concreção do direito coletivo protegido, sem qualquer possibilidade de restrição à efetividade, adequação, autossuficiência e proporcionalidade ao alcance da tutela⁹⁵⁴.

Ressalte-se, mais uma vez, que a colegitimação ativa dos órgãos ministeriais para atuarem como negociadores de direitos coletivos deriva diretamente da inteligência da substituição processual, isto é, atuam em nome próprio na busca da tutela de interesses titularizados por outrem (abstratamente considerados).

Assim, qualquer vício de validade do termo de compromisso tomado inquirará de responsabilidade dos órgãos ministeriais, porquanto propriamente fiscais da lei e da ordem jurídica em

⁹⁵⁴ GAVRONSKI, Alexandre Amaral – Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: RT, 2010, pp. 115-117.

atuação funcional, além de legitimado autônomo da tutela de direitos coletivos, o que lhe presume fidejussão aos instrumentos que celebra para implementação direta de interesses sociais.

Atendidos os requisitos de validade do termo de compromisso tomado (ajustamento de conduta ou compromisso de gestão), temos que atentar para que a solução jurídica concertada deva restar dotada de tamanha completude, que mesmo sob a sindicabilidade informal de um colegitimado universal de interesses sociais, a avença se demonstre em higidez de conformação aos ditames constitucionais, em especial, afastada de odiosa mitigação ou negação de direitos fundamentais em prol da sociedade.

Não é admitida a existência de omissões ou defeitos na concreção de direitos coletivos, nem tampouco renúncias a interesses sociais, sob pena de sindicabilidade jurisdicional a deseficacizar a avença compromissória consensuada pela via própria anulatória⁹⁵⁵.

Dos critérios objetivos de conformação do termo de ajustamento de gestão, temos em primeiro lugar a obediência à lei, as normas jurídicas e princípios de direito aplicáveis à espécie. Num segundo momento, o exame de conformação deve guardar obediência à jurisprudência e aos eventuais precedentes jurisdicionais proferidos em (des)favor dos titulares do direito material (em concreto) que já tenham submetido o conflito de interesses em juízo. Em terceiro momento, devem ser observadas as premissas técnico-profissionais em matérias que demandem *expertise* na atuação dos órgãos ministeriais, lastrados em laudos técnicos de atuação profissional imparcial.

Por fim, a proteção da confiança e da boa-fé objetiva dos compromissos firmados pelos meios alternativos de solução de conflitos restará calcada em legitimação autônoma constitucional ministerial para proteção de direitos coletivos, agregados aos requisitos objetivos de validade das avenças e da correção da solução jurídica aos ditames legais, em especial a máxima concretude.

O protagonismo ativo dos órgãos ministeriais volvido à concreção dos direitos sociais pelos métodos alternativos na solução extrajudicial de conflitos exprime as potencialidades e idoneidades dos meios autocompositivos inaugurados pelas técnicas da negociação, da mediação e da conciliação, todas reconhecidas como importantes ferramentas dialógicas na promoção direta do acesso à Justiça, em especial alinhamento à política nacional de resolutividade consensual das disputas sociais.

⁹⁵⁵ GAVRONSKI, Alexandre Amaral – Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: RT, 2010, pp. 168-176.

4.14. DAS TÉCNICAS NEGOCIAIS DISPONÍVEIS AOS ÓRGÃOS MINISTERIAIS

As técnicas de negociação devem constituir-se por instrumentos institucionais perenes, com estabelecimento de critérios objetivos do consenso para resolutividade de questões complexas. De outra banda, quanto mais complexo o problema, mais será difícil a resolução jurisdicional na lógica adversarial do processo, dependendo, por vezes, de meios de prova dotados de *expertise* que acarretarão a formação do convencimento motivado do julgador.

Diante da multiplicidade de especialidades que se exige para compreensão dos fenômenos sociais, a existência de congregação funcional em redes de trabalho e estudos servirão de mote seguro de parceria (público e privada) para criação de estratégias de atuação de controle externo, primando-se sempre por uma inserção institucional num regime de administração dialógica, comunicativa, interoperacionalizada e multidisciplinar.

De igual modo, as técnicas negociais encetadas pelos órgãos de controle precisam restar “antenas” com as pautas dos variados espaços interinstitucionais (órgãos públicos) e sociais⁹⁵⁶ (plúrimos), indo ao encontro de anseios de estratégias nacionais e locais, além de compromissos endoinstitucionais (entes públicos), interpessoais (agentes públicos e privados) e intrapessoais (agentes públicos de negociação).

De tal modo, para que não haja dispêndio inútil de recursos públicos ou concomitância de atribuições sob o mesmo objeto perscrutado – sem prejuízo da independência e harmonia dos poderes republicanos – a abrangência concertada na celebração de técnicas negociais de resolução consensuada de conflitos, será aplicada na celebração de termos de ajustamento de gestão, termos de ajustamento de conduta, audiências públicas, recomendações, conselhos deliberativos, grupos de trabalho, comissões parlamentares de inquérito, reuniões públicas, os quais demandam foco correlacional de atribuições, contextualizados ao mesmo fim – consecução de meios adequados da solução de conflitos sociais⁹⁵⁷.

Em que pese não haver disciplina pronta para aplicação de técnicas negociais, destacamos que o informalismo recomendado para algumas delas não pode olvidar dos requisitos objetivos antes da sua celebração, sob pena de possível dispersão do objeto com invalidação futura em parâmetros de sindicabilidade pelas instâncias de controle, seja por conferir renúncia tácita de interesses sociais, seja

⁹⁵⁶ Por exemplo, grupos de indígenas, quilombolas, estrangeiros, imigrantes, minorias, portadores de necessidades especiais, idosos, crianças, adolescentes, gêneros, dentre outros.

⁹⁵⁷ Como exemplo clássico de concomitância de atuação funcional, avessa à concertação interinstitucional, podemos citar uma contratação pública de servidores sem a observância de regras de investidura a cargos, empregos ou funções públicas, que poderá gerar a atuação fiscalizatória de controle externo de Comissões Parlamentares, Tribunal de Contas, Ministério Público Estadual, Ministério Público de Contas, Ministério Público do Trabalho, podendo, inclusive, por via própria, serem demandados órgãos diversos do Poder Judiciário, representando odiosa ação de controle dissociada de foco correlacional.

por expressar prestações deficientes de direitos coletivos, tudo em sede de avenças compromissórias de gestão pública.

O aperfeiçoamento na celebração de tomada de compromissos deve se valer de experiências passadas, estratégias (endo)institucionais atuais e metas (inter)institucionais estabelecidas em redes de parceria e de trabalho, encontrando assim, ambiência de conformação, harmonia e maior eficácia na solução dos conflitos.

Sem prejuízo, é fundamental a formação de estratégias de atuação volvidas à formação de uma cultura institucional de atuação concertada, em especial em matéria de técnicas negociais, cuja comunicação é elemento essencial para construção de pontes e soluções éticas em problemas sociais complexos.

A criação de uma cultura ética em relações negociais compromissórias de solução pacífica das controvérsias tem o condão de torná-las universalizáveis pela órbita de valores que trazem ensimesmadas – dissociadas de posturas falseadas. Abrangem a proteção da confiança e da boa-fé objetiva das relações contratuais encetadas, desconstituindo a índole preconceituosa adversarial e acusatória que comumente é atrelada aos órgãos ministeriais, em especial pela faceta exercida de *dominus litis* – órgão acusador estatal.

Sendo função pedagógico-preventiva, a negociação extrajudicial é importante instrumento de pacificação social, exemplo a ser replicado em todas as esferas de poderes públicos, cuja conduta ética é inerente ao próprio cargo exercido pelos agentes públicos negociadores (interlocutor ativo), dotando-lhes, desta feita, de legitimação, credibilidade e segurança jurídica aos acordos de compromisso tomados em nome do poder público.

4.14.1. Da comunicação ativa

Para serem credíveis, as práticas negociais em sede de controle externo precisam restar dotadas de comunicação ativa segura, que inspire confiança e boa-fé aos interlocutores. Nesse particular, para que o ato comunicativo negocial seja eficiente, implicará na necessidade de estabelecimento de um conduta cooperativa⁹⁵⁸ entre compromitente e compromissário – ainda que dotada de “quantidade de

⁹⁵⁸ “[...] a resistência é sutil e se utiliza de formas variadas para atuar contra o trabalho, aparecendo não somente nos bloqueios momentâneos, como também nas falas excessivas e esvaziadas de afeto. Estas são resistências contra o propósito cooperacional daquela produção, que implica na alteração da quantidade da fala produzida. Não é problema, na análise, falar bastante. É isso mesmo que se quer, desde que esse aumento da quantidade não se dê em conjunto com o esvaziamento afetivo da fala ou dentro de um distanciamento do objetivo do trabalho”. Cf. GARCIA, Simone Ribeiro; MARTINS, Francisco, *Lógica conversacional e técnica psicanalítica* [em linha]. Revista *Ágora*. V. V. N. 2 (2002), pp. 249-270, p. 259. (14.05.2019). Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/agora/v5n2/v5n2a04.pdf>.

fala”, mas de forma a elidir resistências, onde o primeiro que detém o predicado de enunciador, deverá enaltecer o diálogo como fonte segura de formação de balizas consensuais para estabelecimento escoreito da avença com o segundo, receptor da comunicação.

Para que a comunicação seja vista como base da negociação é necessário estabelecer como premissa inaugural enunciativa que o espaço dialógico terá caráter isonômico, qual seja, garantia de força exitosa no processo por meio da concretização de quantidade, qualidade, relevância e modo entre a intervenção de seus interlocutores.

A valorização dos interlocutores – comprometente e compromissado – terá o condão de colmatar a tipologia e a formatação da técnica negocial que se prestará ao resultado almejado, servindo de baliza mínima para o que o conflito possa ser arrefecido e possivelmente melhor administrado pela via do diálogo.

A premissa da quantidade importa no volume de informações carregadas na técnica negocial. A interlocução deverá ser objetiva e simétrica, em pautar de horizontalidade os traços distintivos entre atribuições e obrigações sociais mútuas, sem diferir em atribuição de grau que possa causar sentimento de inferioridade das partes envolvidas.

O volume de informações deve ser dosado – sem omissões ou excessos informativos – como premissa da quantidade, inclusive de fala comunicativa, de modo que não possibilite criar resistências ou impedimentos inaugurais e momentâneos, o que pode incutir desconfianças, confusão e perda de foco do objeto negocial.

Como fenômeno organizacional, o planejamento é necessário, a fim de evitar a dispersão da negociação, pelo qual o improviso descambe a uma desordenação, gerando a sensação de decréscimo na técnica negocial eleita.

Sem prejuízo, a qualidade liga-se à higidez informativa do diálogo ventilado, isto é, é dotada de presunção de veracidade do conteúdo informado, onde a omissão e a verdade parcial podem fragilizar o engajamento das partes para implementação à altura da medida negociada.

A competência em produzir discursos comunicativos didáticos traz sensação de credibilidade fática da proposta. Em que pese versões antagônicas em conflitos de interesses de pretensão resistida, as decisões tomadas precisam restar dotadas de fidedignidade com a proposta comunicativa, isto é, as ideias devem corresponder aos fatos.

A “verdade (re)construída” em cláusulas de tomada de termo de compromisso de gestão deve partir do princípio da franqueza, onde o caráter adversarial do processo quedar-se-á ao espaço de procedimento auxiliar na solução consensuada do problema. Assim, os diálogos devem se ater à

relevância dos postulados para construção da solução jurídica negociada, sempre contextualizada a matéria em voga (interesses e direitos).

Tanto quanto possível, o “dialeto” próprio dos envolvidos – grupos socioculturais – deve restar aproximado, possibilitando melhor exercício de empatia e colaboração das partes para formação de cláusulas resolutivas da controvérsia. A capacidade para tomada de decisões, em especial ao alcance de pontos seguros de conteúdo material, advirão da determinação de ponto de interseção entre comprometente e compromissado, estratificando-se o postulado da relevância para edificação das cláusulas negociais.

O exercício de um poder por uma das partes em matéria negocial está imbricada à linguagem utilizada no compromisso proposto, cuja inteligência demanda comunicação hialina entre as partes celebrantes. Variantes linguísticas podem denotar desequilíbrio de tratativa, revelando origem de influências formativas de diversas matizes (cultural ou socioeconômicas), ao passo que exortam a sobreposição de forças ou desequilíbrio negocial, a incidir desconstituição de tentativas consensuadas, cujas resistências poderão emergir em pequenos melindres, podendo causar graves entraves à técnica negocial escolhida.

Aqui realçamos a empatia como importante habilidade de desconcentração em estratégia, para aliar-se a pontos de vista alheios, implicando melhor desenvolvimento cognitivo por meio da identidade de linguagem. Deve-se estar atento ao que falar e como falar, sob pena de ruir o empoderamento alheio na tratativa da avença.

A forma pela qual as informações são transmitidas está atrelada à ideia de modo. A certeza de inteligibilidade das partes comprometidas quanto à liturgia operacional do acordo, compreende a informação precisa de todos os ritos procedimentais a serem percorridos. A crença mútua e o foco no objetivo são elementos indispensáveis à manutenção das relações de igualdade nos acordos cooperativos.

Deverá haver congruência postural comunicativa que deve se desenvolver graus de equivalência⁹⁹⁹. O processo de aceitação das cláusulas negociais pelo compromissário implica ter em posse uma gama de elementos capazes de levá-lo a decisões concessivas, negativas ou de aderência, sem considerar-se vulnerável em sensação de injustiça.

O tecnicismo e eticidade são medidas indispensáveis para conformação negocial volvida a solução satisfatória e consensuada de controvérsias, desvelando-se pedagógico-preventivamente úteis

⁹⁹⁹ Uma expressão facial ou um tom de voz deve corresponder a um ato de gentileza, por exemplo.

para afastar novas condutas ilícitas idênticas (reiteradas) e contextualizadas na ideia solutiva por métodos estruturais.

4.14.2. Etapas dos métodos alternativos

Na ausência de disciplina em normação das etapas dos processos de negociação encetados por agentes públicos em sede de controle externo, em especial do termo de ajustamento de gestão⁹⁶⁰, erigimos – a partir de várias exegeses – um rol organizativo (não exaustivo), que servirá de ponto de partida a um bom planeamento da técnica negocial a ser utilizada, em melhor tratativa extrajudicial consensuada para dirimir controvérsias.

A referência teórica partirá da premissa das seguintes etapas das técnicas negociais pelos órgãos ministeriais, a saber: (i) planeamento da ação estratégica; (ii) objetivo negocial a ser perscrutado; (iii) formulação da proposta do termo de compromisso; (iv) celebração do instrumento negocial da tomada de (re)ajustamento de gestão; (v) implementação da avença e das condutas pactuadas; e (vi) monitoramento do cumprimento das cláusulas compromissórias.

4.14.2.1. Do planeamento da ação estratégica

O planeamento inaugural da ação estratégica que será implementada pelo termo de ajustamento de gestão é *conditio sine qua non* para a eficácia dos resultados que se pretendam alcançar. Devemos perpassar pela definição de parâmetros mínimos da ação estratégica, para só então elaborar as balizas compositivas que serão objeto de transação.

A sumarização do acordo de ajustamento se volverá a traçar portos seguros de alcance em patamares vertidos consensuadamente (pontos de interseção), possibilitando perpassar às etapas seguintes de forma objetiva, transparente e segura em rumo a melhores resultados.

⁹⁶⁰ Abarcando o princípio da juridicidade como mais abrangente do que o princípio da estrita legalidade, posto que embora o ordenamento jurídico não seja capaz de contemplar toda e qualquer relação ou interesse jurídico relevante, em razão da dinamicidade e mutações relacionais econômicas, familiares, políticas e sociais, haverão instrumentos jurídicos e hermenêuticos capazes de unificar, sistematizar e integrar as lacunas existentes, resolvendo os conflitos e garantindo a segurança jurídica necessária à estabilização da ordem social. Assim, a superação da regra geral - nas relações de direito público - do que “a lei não autorizar, não é permitido ao administrador” restará superado se o instrumento utilizado ou suas etapas estiverem em conformidade para atingimento do melhor interesse público, podendo o administrador atuar por fundamento direto da norma constitucional, em especial acerca da tutela de direitos metaindividuais por meio de instrumentos consensuais à disposição. Não é admissível que o formalismo mitigue a eficiência, ou que a eficiência não possa ser experimentada pela rigidez da exegese da indisponibilidade do interesse público ou a supremacia do interesse público sobre o particular. Nesse mesmo sentido, Cf. SOUZA, Flávia Baracho Lotti Campos de – Os acordos cíveis nas hipóteses de improbidade administrativa: evolução jurídico-normativa e reflexões sobre os limites temporal e material dos acordos firmados com base na Resolução do CNMP e do CSMPMG. 2020. 93 p. Tese de Mestrado. Belo Horizonte. Universidade FUMEC.

Sem prejuízo, tal sumarização deve ser precedida de instrução procedimental, com a coleta de dados, informações e fundamentos de apoio, possíveis por meio da colação instrutiva e diligencial em sede de inquérito civil ou procedimento preparatório. A definição de metas decorrentes dessa base fundamentada terá o condão de estabelecer alvos (direitos ou interesses coletivos), que serão objeto da tutela instrumentalizada pelo compromisso de conduta de gestão (enquadramento protetivo).

Por fim, as estratégias de ação serão lastradas nos elementos antepostos, consistentes na escolha do melhor tratamento técnico e adequado para solução pacífica da controvérsia.

4.14.2.1.1. Da sumarização negocial

As propostas de negociação necessitam de uma análise prévia gerencial de circunstâncias que orbitem – no caso – à controvérsia, etapa que devem ser identificadas as razões fáticas e fundamentos de direito capazes de erigir balizas mínimas que serão objeto do acordo compromissal.

Perpassam nessa aferição sumarizada, premissas de proporcionalidade e razoabilidade em que a medida será proposta, visando especificar um rol de obrigações que sejam suficientemente capazes para atingir a maximização dos resultados pretendidos.

Desta feita, para que um bom planejamento seja sumarizado a contento, todas as possibilidades devem ser ventiladas em conceitos de especificidade em razão da matéria a ser avençada, compreendendo conceitos de gestão de risco na busca de maiores previsibilidades nas etapas planejadas para a celebração do acordo negocial. Esse critério organizacional se aplica a qualquer ação estratégica em razão de medida de boa gestão pública e de controle externo.

A sumarização, ao passo que evita entraves futuros, tem o condão de estabelecer quais as partes deverão ser envolvidas no compromisso, seus encargos em face da lei, seus compromissos em razão da celebração do acordo, seus direitos, seus deveres, as cominações pelo inadimplemento voluntário e as fases em que se desenvolverão a ação estratégica em ordem concatenada, evitando que decorra dispersão motivacional.

4.14.2.1.2. Da instrução procedimental (meios de prova)

A instrução procedimental preparatória da celebração de instrumentos negociais públicos, deve perpassar pela coleta de dados e informações mínimas (técnicas, jurídicas, pessoais e profissionais) que servirão de alicerce e apoio para apresentação de argumentos válidos e eficazes, em demonstração de

idoneidade e segurança aos instrumentos negociais a serem celebrados pelas partes, representando o fortalecimento da fidejussão do negociador quanto às expectativas planejadas em face das propostas autocompositivas que se formalizarão.

Desta feita, o surgimento de alternativas e da escolha da melhor técnica na tratativa negocial dependerão da formulação de estratégias alicerçadas em apoio argumentativo sólido pelo negociador, possível por meio da instrução procedimental negocial (inquérito civil), viabilizada por meio de diligências e requisições legalmente atribuídas aos órgãos ministeriais em instrução de procedimentos preparatórios na tutela de direitos coletivos.

4.14.2.1.3. Da prova técnica

Um acordo em grau de excelência, dependendo da complexidade da matéria objeto de tutela, poderá necessitar das opiniões de *experts*, pesquisas documentais, pareceres jurídicos e precedentes que denotem credibilidade exitosa, sem prejuízo de recursos audiovisuais, gráficos, estatísticas, fotografias, plantas de situação, análises econômicas, contábeis e sociais, contribuindo, em cada medida, para proposição de acordos autossuficientes de elidir omissões ou prestações deficientes em matéria de interesses públicos coletivos.

Da ausência dos elementos indispensáveis à contextualização técnica e fáctico-jurídica do problema, o início de tratativas autocompositivas pode restar deficitária desde a interlocução inaugural. O espectro do campo de controvérsias é importante para definição de pretensões resistidas e solução jurídica consensual adequada.

O apoio em laudos especializados e precedentes de sucesso para fundamentação da argumentação comunicativa negocial pode ser decisiva para persuasão racional do compromissário em quedar-se cooperativo e aderente à composição amigável da demanda.

A colação de subsídios materiais que circunscrevam corretamente problemas facilitará a delimitação da ação estratégica e a expectativa de deslinde – extrajudicial ou não –, sendo elemento de “prova” que poderá ser usado em eventual ação judicializada, visando restabelecer o direito ou inibir a conduta nociva ao interesse tutelado.

De igual modo, com a demonstração cabal da existência de prova fato antijurídico, a adesão ao acordo pode ser acelerado por vontade do próprio compromissário, para que não se veja processado em instância judicial, onde poderá advir prejudicialidade a sua imagem ou a sua honra objetiva, sobretudo

em relações de natureza empresarial – sem se descurar das sanções e cominações que poderá restar sujeito pela procedência de pedidos em seu desfavor, havidos em sentença condenatória.

A análise de gestão de riscos em apoio argumentativo ao negociador, a probabilidade de condenação jurisdicional, e por consequência, maiores dispêndios de recursos materiais pelo compromissário, poderá impingir-lhe, momentaneamente, a adesão volitiva ao meio autocompositivo como solução mais adequada do problema.

4.14.2.1.4. Da prova social

A prova social é circunstância decisiva para construção de uma interlocução exitosa, rumo à construção de uma avença justa, sendo influenciada pelos anseios populares, valores regionais e culturalismo ambiental, que podem fazer parte de argumentação de apoio ao negociador. O argumento de precedentes sociais exitosos que geraram satisfação das partes envolvidas empoderam o compromissário no acerto do ajustamento de gestão a ser celebrado, sendo a aprovação social forte indutor à negociação por restar em conformação política de correção.

Outrossim, a demonstração pública do diálogo e da flexibilidade em condutas comprometidas ao cumprimento de regras e deveres, são melhores recepcionadas pela comunidade que será alcançada com os benefícios negociais dos relevantes interesses sociais em “jogo”.

Sem prejuízo, manifestações exercidas publicamente pela sociedade e pelos movimentos civis que gerem clamor público, retiram da “zona de conforto” agentes públicos omissos ou que não preservam uma prestação de interesse público de forma eficiente, sendo impulsionadoras de soluções consensuadas em certo grau de razoabilidade e celeridade, condições estas também favoráveis à técnica argumentativa disponibilizada ao negociador.

A política de proximidade social de gestores públicos (mandatários) é fator de relevância para renovação futura dos votos representativos, devendo restar atentos à filosofia de vida em comunidade, valores estes caros àqueles que convivem em relação de proximidade, por laços políticos, religiosos, associativos ou de grupo de interesses.

O compromisso político do primado de proteção de interesses sociais relevantes⁹⁶¹ (comunitários e do meio ambiente) é exigido dos particulares, que devem ser chamados a celebrar compromisso de (re)ajustamento de suas gestões empresariais⁹⁶².

A propriedade empresarial de qualquer natureza, em que pese visar o lucro do particular (mercancia), está obrigada a atentar para as funções sociais que exerce nas comunidades em que se insere, não se desculpando de condutas lesivas ao meio ambiente equilibrado e atendimento de interesses sociais locais de seus colaboradores e familiares que orbitam ao entorno da atividade industrial, comercial ou de prestação de serviços.

4.14.2.1.5. Outros fundamentos de prova

Para subsídio de apoio à técnica argumentativa do negociador, outras informações de relevante interesse negocial para subsídio na celebração da avença compromissal decorrerá de informações de natureza financeira, social, atividade, estrutura física e capacidade em suportar com as obrigações a serem assumidas pelo compromissário.

Tais fundamentos poderão ser decisivos para o negociador persuadir racionalmente o interlocutor das vantagens de benefício da negociação e do firmamento de seus parâmetros mínimos, em especial quando o acordo tiver em pauta a preservação da vida e a saúde de pessoas, o que traz possíveis contornos de responsabilidade pessoal mais graves para o compromissário.

A correção de danos causados pela atividade empresária (econômica) pode exigir investimentos e reparações suficientes capazes, de no máximo restabelecer o *status quo ante*, o que em matéria de dano ambiental é mais complexo a depender da natureza do fato ilícito e suas consequências devastadoras. Nestes casos, uma escorreita informação sobre a capacidade econômica do compromissário, sua *expertise* de atuação, seu objeto social, podem ser condutos de uma proposta de solução razoável e proporcional, desconstituindo-se argumentos comuns de carência financeira e elevados custos financeiros.

Por vezes, a mobilização e comoção sociais, atreladas ao ônus de suportar demandas judiciais de curso forçado, com bloqueios de bens e disponibilidades de ativos, poderá ser mais gravoso para

⁹⁶¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai - Legitimidade para a defesa dos interesses coletivos 'Lato sensu', decorrentes de questões de massa. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo. N 56 (2005), pp. 158-182.

⁹⁶² Vejam as consequências ambientais e sociais nefastas advindas pelos desastres ambientais pelo rompimento das barragens à montante de rejeitos de minério de Mariana e Brumadinho em Minas Gerais, que, grosso modo, alavancou compromisso extrajudicial rápido celebrado entres agentes públicos, órgãos de controle e particulares, com a criação de fundações privadas (de interesse público) voltadas à minoração e recomposição dos graves danos locais sob encargo de sociedades empresariais responsáveis pela exploração mineral local.

reputação e patrimônio das atividades empresariais, cuja correção de falhas e reparação de danos consensuados poderá resultar maiores ganhos para enfrentamento de controvérsias que envolvam relevantes interesses coletivos.

São dados suficientemente válidos para conformação do ajuste do compromisso, as estratégias empresariais do possível compromissário, sua reputação funcional e empresarial, seus programas e ações sociais desenvolvidas, seu grau de fiabilidade socioeconômica, todos elementos qualitativos à argumentação do negociador, decisivas ao processo construtivo de uma melhor alternativa extrajudicial da disputa.

A solução de problemas negociados exige perfil colaborativo, transigente, paciente, parcimonioso, prestativo, evitando-se atuações competitivas, impositivas e de superioridade que atrapalham sobremaneira a dialógica dos meios alternativos de solução de controvérsias.

Para que as técnicas de defesa dos argumentos e propósitos conciliadores, o negociador precisará conhecer o perfil estratégico e tático do interlocutor (possível compromissário), com o fito de manter o nível adequado que conduza ao resultado pretendido, nunca dissociado da concretude dos interesses públicos relevantes.

4.14.3. Do objeto negocial

Fixadas as balizas da sumarização negocial, o conteúdo de objetivo compromissório estará atrelado às metas a serem alcançadas, com vistas aos relevantes interesses sociais que se pretende tutelar (materialmente indisponíveis), agregando-se outros interesses acessórios (não fundamentais) e aqueles que, não sendo o núcleo essencial da concretude de direitos fundamentais, possam ser objeto de transação (materialmente ou instrumentalmente disponíveis).

O estabelecimento desses vórtices compromissais específicos, determinados, determináveis e hialinos, não podem restar envoltos de dúvidas para o negociador, a fim de que, com firmeza e responsabilidade, possa-se balizar a proposta conciliatória com vistas à possível viabilidade de aceitação.

A programação de desígnios deve ser realística, dotada de razoabilidade, proporcionalidade e efetividade, dissociando-se das ideias metafóricas e calcadas em desejos, fora do senso comum de aceitabilidade⁹⁶³. Nesta definição clara de alvos, a negociação se torna objetiva e profissional, exprimindo confiabilidade e credibilidade entre seus interlocutores.

⁹⁶³ MORAES, Márcia Amaral Corrêa de; MORAES, Paulo Valério Dal Pai – A Negociação Ética para Agentes Públicos e Advogados. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, pp. 116-126.

4.14.3.1. Da delimitação das metas

A delimitação dos objetivos se encontra no campo de enquadramento do escopo negocial, sob uma visão sistêmica dos contornos que deverão abarcar a avença compromissória. O olhar externo desse enquadramento é melhor tanto quanto possível, fazendo emergir situações em que o negociador não seja capaz de identificar pela posição de proximidade interna da demanda⁹⁶⁴.

A amplitude do campo de visão técnico-jurídico negocial propiciará o estabelecimento de contornos – qualitativos e quantitativos – em condições mais favoráveis às expectativas objetivadas e à produção dos resultados planejados pelo negociador⁹⁶⁵.

Assim, os objetivos críticos e nodais de uma negociação serão certamente extraídos pela forma de sua delimitação, da visão individualizada da situação posta à mesa ou da amplitude dos seus campos de visão, todas fontes argumentativas de resultados almejados.

Devemos lembrar que as delimitações e perspectivas de verdade estão ligadas à formação do indivíduo que as vê, lançando sob olhar do objeto todas as suas crenças e possibilidades – ou não –, para solução pacífica de dada disputa⁹⁶⁶.

Não é demais realçar que a fase do planejamento visa à identificação da delimitação segura dos objetivos, que nortearão às estratégias para atingimento de metas e resultados pelos interlocutores.

4.14.3.2. Do plano geral de ação

Representada pela forma ou estratégia geral integrante dos maiores objetivos negociais ou sequenciais em matéria de planejamento de ação, visa o atingimento de alvos e tem o condão de organizar e otimizar recursos volvidos à viabilidade da proposta, totalmente dissociada da ideia de desejos ou esperanças subjetivas.

A ideia de plano geral de ação deverá identificar potencialidades e vicissitudes no curso da atuação estratégica, designando, nomeadamente, quais as escolhas disponíveis em situações previsíveis no curso da negociação⁹⁶⁷.

⁹⁶⁴ A linha de pensamento na tomada de decisões composta pela persuasão racional e de comunicação ativa propiciam experimentar que, o envolvimento de duas ou mais pessoas numa dada situação, faz definir o mesmo objeto que vêem de maneiras diferentes (delimitação), sobretudo influenciados pela posição de estejam no momento desse campo de visão.

⁹⁶⁵ LEWICKI, Roy L; SAUNDERS, David M; MINTON, John W – Fundamentos da negociação. Tradução de Raquel Macagnan Silva. 2.ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2002, pp. 39-41.

⁹⁶⁶ Conflitos de interesses que tenham em voga questões étnicas, de raça, de cor, de sexo, religiosas, crenças e dogmas tendem a ser muito mais propensos à conflituosidade perene – a depender da formação pessoal do infrator – do que propriamente campo fértil para solução da disputa.

⁹⁶⁷ Uma solução de um “jogo” (negócio compromissal) é uma prescrição ou previsão sobre o resultado. “Em termos da teoria dos jogos, dizemos que os dois jogadores possuem uma estratégia dominante, isto é, todas menos uma estratégia é estritamente dominada, que o jogo é resolúvel por dominância estrita

No plano geral de ação, delimitar-se-á o início da deflagração da tentativa negociada, sua duração e o termo final. Sem prejuízo, os recursos materiais, de pessoal, a dialética e a forma de comunicação precisam restar de igual estampadas. Os mecanismos de trocas de informações, tempo, modo e oportunidades aos interlocutores precisam restar claros, podendo haver aditamentos pontuais em face de variantes que agreguem ou excluam propostas formativas e convergentes aos interesses das partes.

De outro modo, as táticas empregadas no procedimento construtivo do acordo, devem ser minudentes, com avaliação do “passo-a-passo” de movimentos adaptáveis a curto prazo, subordinadas à estruturação das estratégias direcionadas e guiadas aos objetivos negociais.

Na condução de uma negociação colaborativa – que se espera dos meios alternativos de solução de disputas – o negociador estará atento aos movimentos do seu interlocutor, não desprezando-os para integração da avença, buscando descobrir métodos integrativos da proposta a fim de agregar e atender os interesses do possível compromissário.

Entretanto, deverá observar para qualquer tentativa de implantação de uma negociação competitiva – prática de “barganha” não recomendável a agentes públicos -, posto que algumas delas se utilizam de tática flexível – incompatível com os agentes de conduta – tal como o “blefe”, o erro de percepção e o “embuste” de um dos interlocutores⁹⁶⁸.

A identificação de alvos precisos, em matéria de compromisso de ajustamento de gestão, recomenda a utilização de táticas rígidas pelo negociador, visando conformar proposta tendente a “desaguar” – eficazmente – no núcleo duro dos interesses sociais tutelados e que são indisponíveis (materialmente) ao negociador público.

4.14.3.3. Da implementação do plano geral de ação

Idealizadas as metas representadas em alvos específicos, em terceiro passo de planeamento é preciso estruturar como serão realizados. É preciso identificar se o negociador fará ou não a proposta inaugural, em ponto de referência sobre qual das propostas deverão orbitar, oportunidade em que as balizas mínimas da negociação serão erigidas, fundamento delimitador das possíveis hipóteses de composição.

iterada e que o jogo termina em uma solução que é um equilíbrio de estratégia dominante”. In SARTINI, Brígida Alexandre [et al.] – Uma introdução à teoria dos jogos [em linha]. II Bienal da SBM, Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2004, p. 8. [15.05.2019]. Disponível em: <http://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>.

⁹⁶⁸ LEWICKI, Roy L; SAUNDERS, David M; MINTON, John W. – Fundamentos da negociação. Tradução de Raquel Macagnan Silva. 2.ª ed., Porto Alegre: Bookman, 2002, p. 166.

Nesse sentir, tratando-se de negociador público com premissas indeclináveis de indisponibilidade material (direitos coletivos e relevantes interesses sociais), a limitar o seu objeto de negociação pelo princípio da reserva de lei, é de bom alvitre que os “lances” inaugurais contemplem desde o início esses parâmetros inegociáveis (núcleo duro).

O que pautará a conduta nesse momento de implantação, para oferta ou não do patamar inaugural propositivo, será o bom senso e a razoabilidade da proposta, a fim de evitar erros de percepção que comprometam todo o procedimento em seu nascedouro face a presença de possíveis forças antagônicas instituídas em “lances” para resultados – qualitativos e quantitativos – em melhor medida para uma das partes (desequilíbrio inaugural).

O caráter inaugural (ponto de partida) de uma negociação competitiva poderá inviabilizar desde logo, a possibilidade da composição do conflito de interesses de natureza publicista, onde as posições iniciais podem afetar a percepção dos interlocutores no que tange aos objetivos possíveis e suas consequências.

Lado outro, a colocação de balizas desde o início, inclusive advindo do futuro compromissário e não do negociador, poderá revelar partes sensíveis de resistência ou situações mais benéficas não planeadas nos objetivos almejados. Consideramos partes sensíveis à resistência, os limites mediados pelo interlocutor (possível compromissário) que poderá demonstrar o máximo dos objetos negociais a serem celebrados.

Com tudo isso, colacionamos projeto negocial estaduanista denominado como “Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo” (MAANA)⁹⁹, em que se descrevem balizas de ordem psicológica denominada “Melhor Alternativa Sem Acordo” (MASA), estanque da negociação compromissal – como argumento extremo, acaso perceba que a MASA seja melhor que a sua própria proposta de conciliação – indicada desde logo como excessivamente onerosa, podendo, inclusive, ser exteriorizada para alcance de outra melhor proposta entre os interlocutores.

Não sem razão, é de bom alvitre perscrutar – antecipadamente – a MASA do interlocutor (possível compromissário), identificando os limites máximos do poder de influência na fixação das balizas da avença. Sem prejuízo ao alcance de melhores objetivos para a composição almejada, pode ser considerada a MASA de ambos os interlocutores para estabelecimento das balizas máximas que poderão ter como objeto de negociação.

⁹⁹ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce – Como Chegar ao Sim – a Negociação de Acordos sem Concessões. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges, 2.ª ed. Rio de Janeiro: Imago Editora Ltda., 1994, pp. 117-120.

Entretanto, deve ser considerado que sem a definição segura da MASA não é recomendável iniciar a tentativa de composição. A formulação de uma lista de possibilidades caso a composição não se estabeleça, as consequências envolvidas pela não negociação, e a maior utilidade e viabilidade emergente dentre todas as possibilidades são elementos indispensáveis para estabelecimento da MASA.

Com o advento do estabelecimento da pior ou melhor MASA dos interlocutores, extrair-se-ão o poder de influência para os limites de atuação negocial, hipótese em que a transparência da própria MASA, desde o início, poderá trazer consequências prejudiciais ao interlocutor, até porque o autoestabelecimento da MASA é sempre mais completo do que a definição advinda exteriormente de terceiros.

Concluimos que sempre quando possível, a maior completude do estabelecimento da MASA do interlocutor nos colocará em posição de amplitude de visão da melhor composição a ser alcançada.

4.14.3.4. A aproximação entre o interlocutor e os interessados

O passo inaugural a uma ambiência colaborativa negocial se dá pelo acesso a espaço próprio no ingresso do interlocutor, sem necessariamente revestir o primeiro encontro de grandes formalismos inerentes ao serviço público.

A quebra de paradigma entre o conflito de interesses e a deflagração da consensualidade precisa demonstrar-se o mais possível acolhedora para os interlocutores e interessados, a estabelecer a ideia de quebra da adversariedade. Na seara extrajudicial pública, isso é possível em encontro presencial na sede do órgão público, fora de audiências formais a não dar impressão de autoridade superior e superposição do negociador.

Ambientes hostis, incômodos e que geram desconfortos são próprios de negociadores competitivos que visam desestabilizar – emocionalmente – os interlocutores, para fim de angariar melhores condições de “barganha” possível. Os agentes públicos não devem se pautar por isso; a competitividade não se presta como melhor forma da tomada de compromissos de gestão, cuja internalização psicológica é facilitadora do cumprimento, se o dever assumido for erigido em procedimento colaborativo desde o início.

Contudo, se o ambiente for preparado pelo interlocutor – normalmente também agente público – uma postura adequada será indicar os problemas ambientais, demonstrando que não terá receio em defender a justaposição da composição. O desconforto físico e psicológico podem ser fatores de influência negativa à correção de melhor tratamento a uma composição de conflitos.

O princípio da isonomia deve ser a tônica do primeiro contato com vistas ao início de uma tratativa negocial colaborativa e compositiva⁹⁷⁰. Qualquer barreira física ou impeditiva de contato em condições de igualdade dos interlocutores prejudicará a proposta comunicativa, podendo formar um preconceito ou óbice psicológico para quebra do paradigma de adversariedade existente em conflitos de interesses de pretensão resistida.

De toda sorte, também é de bom alvitre alternar a fala dos interlocutores, para que as propostas de comunicação se mostrem interativas e quantitativas, tanto quanto bastem para conhecimento da personalidade das pessoas que estão inclusas na tentativa de composição.

Nesta conformação de ambiência com vistas à aproximação dos interlocutores, não está adscrita a encontros fechados, devendo se dar principalmente em causas complexas, que envolvam relevantes disputas coletivas, influenciadas por forte clamor social ou de seus movimentos politicamente organizados.

4.14.3.5. Construindo laços negociais

Em todos os negócios compromissais decorrem os chamados interesses centrais, que hão de exortar emoções na fases de construção das avenças – formadas por desejos e expectativas (positivas ou negativas) -, sendo melhor antevê-las entre os interlocutores (inclusive do próprio negociador), volvendo-se, por consequência, em que serão capazes de gerar desconfortos para diminuir ou impedir as capacidades conciliatórias entre os sujeitos.

Esses objetos centrais formados em interesses nodais, normalmente são verbalizados entre os interlocutores, podendo influenciar nas várias formas de tomada de decisões, havendo técnicas de identificação dessas estruturas de interesses sem a submersão nelas, o que é relevante em compromissos negociais que versem sobre acordos que envolvam conflitos de interesses⁹⁷¹.

Deste modo, cinco são os interesses nodais que influenciam as emoções em negócios compromissais: (i) apreciação; (ii) afiliação; (iii) autonomia, (iv) *status*; e, por fim, (v) papel⁹⁷².

⁹⁷⁰ Uma mesa redonda é muito mais propositiva e em condições de igualdade do que qualquer outro formato de ambiência.

⁹⁷¹ “[...] na resolução de conflitos ou na tomada de decisão, percebe-se, no entanto, que as perspectivas emocionais estão sempre presentes e devem ser reconhecidas e geridas para facilitar o alcance de decisões consensuais. Em todos os momentos das negociações, os seres humanos estão sujeitos aos sentimentos positivos ou negativos resultantes de uma fala, de um comportamento, de uma ação ou reação. As emoções positivas trazem sentimentos bons e confortáveis de alegria e tranquilidade, por exemplo. As emoções negativas, por outro lado, estimulam sentimentos de angústia, medo e rancor. As primeiras trarão repercussões de aproximação, de facilitação de uma tomada de decisão para o consenso. As segundas dificultarão a cooperação ou qualquer diálogo pacífico entre as partes. As emoções positivas favorecem a comunicação, o relacionamento cooperativo, a criação de opções mútuas para a solução dos conflitos, sentimento de justiça e compromisso com o melhor resultado. As emoções negativas, por outro lado, estimulam a desconfiança, o sentimento de competição e de ganho e perda; limitam a comunicação e os interesses são ignorados.” Cf. SALES, Lilian Maia de Moraes – A mediação de conflitos – lidando positivamente com as emoções para gerir conflitos. Pensar. Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 965-986, set-dez. 2016, p. 970-971.

⁹⁷² Cf. SALES, Lilian Maia de Moraes – A mediação de conflitos – lidando positivamente com as emoções para gerir conflitos. Pensar. Fortaleza. V 21. N 3 (2016), pp. 965-986, pp. 972-980.

Nessa linha conceitual, seguiremos a conceituação para identificação dos interesses centrais na construção de laços virtuosos entre os interlocutores.

4.14.3.5.1. Da apreciação

Desde muito, na formação da personalidade da comunidade moderna, a apreciação meritória de outrem é instrumento de (re)conhecimento no seu meio de convívio (familiar, escolar, profissional e de amizade). Ser reconhecido é demonstração de valorização da parte integrante do todo.

O apreço pode ser emitido a partir de acontecimentos casuísticos ou fatos antecedentes (reputação), relacionando-se a condutas subjetivas do interlocutor, conquistas pessoais ou institucionais, devendo ser expressado por critérios de razoabilidade, bom convívio e formalismo, mas sem exacerbações para não gerar efeito adverso.

4.14.3.5.2. Da afiliação

Evento reais ou previsíveis positivamente em sede de negociação, costumam “desaguar” em soluções melhores dotadas de economicidade e razoabilidade: menor perda de tempo e recursos e maior vantajosidade. O trabalho de negociação colaborativa torna o resultado mais eficiente, satisfazendo um melhor entendimento entre os interlocutores.

Nesse sentir, relevante parte do trabalho implica na afiliação, que representa receber “em família” determinado interlocutor ou interessado nas negociações em geral. Havendo conexão em interesse central com afiliação a edificar o sentimento de trabalho conjunto, toda negociação tornar-se-á menos tensa possível, volvida à participação construtiva do resultado.

As novas ideias não de ser enfrentadas com menores resistências e maior comprometimento para quebra de paradigmas para melhores resultados⁹⁷³.

A sensação de lealdade mútua construída, mantém íntegra a ideia de honestidade das partes, boa-fé subjetiva a fomentar proteção da confiança, elevando as avenças à conformação de honra e fácil cumprimento de acordos compromissais.

A iteração dos interlocutores no estabelecimento de identidades é suficientemente capaz de fornecer a facilitação, para troca de ideias e aceitação recíproca de propostas solutivas. A criação de

⁹⁷³ A abordagem inicial para afiliação pode estar envolta a temas sequer relacionados à possível composição, como gostos de faixas etárias, objetivos profissionais comuns, posição de direção ou poder de influência em tomadas de decisões, relações interpessoais familiares, grupos de amizade ou sociais em comum, crenças religiosas convergentes ou hobbies em comum.

pontes de ideias, aproveitando-se das convergências de pensamento, quebram o distanciamento profissional que poderá ser vetor de composições eficazes.

4.14.3.5.3. Da autonomia

A liberdade para tomada de decisão sobre coisas e pessoas encontra-se ancorada na autonomia, terceiro item de interesse central para a celebração de composições negociais. Na formação autônoma da liberdade encontra-se a ordem implícita de respeito pelas decisões tomadas, passível de enteveros acaso decorra intromissão indevida de um dos interlocutores ou interessados na mudança “brusca” daquilo que foi planeado.

O elemento surpresa é sempre grande violador da autonomia alheia, quando capaz de alterar a proposição inaugural, agregar circunstâncias deletérias não previstas, a calcar desconfiança entre os interlocutores⁹⁷⁴.

4.14.3.5.4. Do status quo

O grau de importância do quão alguém é famoso ou dotado de notoriedade popular é o quarto ponto de interesse central dos interlocutores. Tal relevância de ordem personalíssima poderá estar ligada a qualquer aspecto do indivíduo (artístico, acadêmico, de *expertise*, financeiro, moral, social, dentre outros).

Em sociedade, o *status* é representativo de elevação da autoestima e deferência em grau de importância do interlocutor. Altivez do *status* dá sobrelevo as nossas palavras e são elemento influenciador do interlocutor para haver credibilidade de acordos.

Se do encontro para formação do interesse central decorrer desprezo ao *status* pelo negociador, poderá incutir emoções negativas ao interlocutor, de tal modo a dificultar a melhor fluência da formação de balizas negociais seguras, quando não muito inviabilizá-las.

4.14.3.5.5. Do papel

⁹⁷⁴ Se o negociador levar um esboço do acordo escrito no primeiro encontro, sem que haja combinado previamente, para que ali seja lido e subscrito rapidamente, acarretará a desconfiança do interlocutor a possibilitar a negativa de celebração do compromisso de ajustamento, interesse nodal da proposta de tomada de compromisso.

As funções e as atividades exercitadas pelos interlocutores estão interrelacionadas ao seu papel com vistas ao interesse central negocial, quase sempre desenvolvidas da melhor forma possível. O negociador e os interlocutores devem buscar ações escorreitas e profícuas ao bom desempenho de seus papéis negociais, sob pena de inconformismos mútuos capazes de prejudicar a tomada do compromisso de ajustamento de gestão.

Esse encargo decorrente do papel a ser desempenhado pelo negociador, precisa restar delimitado desde o início do planeamento, visando impedir ou mitigar problemas de comunicação que possam ser extraídos de discussões em interesse central, não permitindo a sobreposição de atribuições.

Os espaços construídos em comum e uma boa comunicação calcada num ambiente de autonomia e independência dos interlocutores, inclusive agentes públicos, dependem da definição prévia e clara dos papéis que cada um exercitará na construção do termo de compromisso a ser celebrado.

Dito isso, é claro que os cinco elementos antepostos não são os únicos na construção do elemento central interrelacional, mas se agregam a outros, como a credibilidade, a autorrepresentação, a empatia, a sociabilidade, a fidedignidade⁹⁷⁵, a qualificação profissional⁹⁷⁶, que contribuirão sobremaneira para adoção da melhor construção que conduza na celebração negocial.

4.14.4. Das balizas de formulação negocial

A terceira fase, sucedânea do planeamento e do contato, consistirá na busca do ponto de vértice da proposta negocial a ser esculpida, onde serão identificados – entre o negociador e os interlocutores – as balizas em relação ao objeto do problema, cerne de controle externo. Servirá como patamar agregador do projeto de acordo compromissal, perene – mas não inflexível – representando a estrutura do termo de compromisso de gestão, exceto em relação ao núcleo duro da concretude de relevantes interesses sociais.

Essa fase é caracterizada para fins acadêmicos como *modus operandi* do negociador: os meios de persuasão racional⁹⁷⁷ e a psicologia da negociação⁹⁷⁸.

⁹⁷⁵ Presença de coerência, boa-fé e verdade.

⁹⁷⁶ Se um dos interlocutores não tiver poderes para conciliar, acordar, transigir, discordar, dar quitação, o encontro negocial nem poderá ser realizado ou deva ser suspenso, sob pena de perda de tempo do negociador e dos interlocutores.

⁹⁷⁷ Cf. CIALDINI, Robert. B. – As Armas da Persuasão – Como influenciar e não se deixar influenciar. Tradução Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2012.

⁹⁷⁸ Cf. MALHOTRA, Deepak; BAZERMAN, Max H. – O gênio da negociação: as melhores estratégias para superar os obstáculos e alcançar excelentes resultados. Tradução Natalie Gehardt. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2009.

4.14.4.1. Do modus operandi do negociador: persuasão racional e psicologia.

O estilo de atuação do negociador será influenciado por fatores de seu *modus operandi* no exercício do papel de coconstrutor das balizas negociais. A utilização de questiúnculas, a comunicação ativa, a forma da oitiva, a recepção de mensagens, as minudências da interlocução, o conteúdo da comunicação, o modo de persuasão racional e a estrutura da negociação, são todos elementos formadores de circunstâncias do termo de compromisso a ser celebrado.

4.14.4.1.1. Da defesa cognitiva

A defesa cognitiva em matéria de negociações competitivas, que não deve ser o interesse central dos compromissos de ajustamento de gestão, pode acontecer e estará lastrada em marco inaugural de boa comunicação, conquanto um dos pilares da negociação publicista.

Sendo o ponto de partida a clareza da mensagem da comunicação ativa – ter-se-á estabelecido marco inaugural adequado para enfrentamento das demais etapas de tomada de decisões, a viabilizar a celebração do termo de compromisso entre os interlocutores e interessados.

Dessarte, dada a importância do constructo desse pilar negocial inaugural, estabeleceremos algumas técnicas comunicativas a fim de contribuir para o melhor demonstrar a “caminhada” compositiva que se sucederá, com vistas à celebração do ajustamento compromissal planejados pelo negociador.

4.14.4.1.2. Da formulação de indagações objetivas

A submissão de questiúnculas objetivas ao interlocutor é de suma importância para correta comunicação ativa, visando não só à obtenção de dados iniciais, mas, sobretudo, “distensionar” o ânimo adversarial de fiscal *versus* fiscalizado nas propostas de tomada de compromissos. O modo de reação do interlocutor e sua leitura pelo negociador significa muito para que haja correspondência reativa (proporcional) de arrefecimento de tensões psicológicas preexistentes.

A coleta de dados e a dirimência de dúvidas sobre a controvérsia material, circunstâncias jurídicas, factuais, socioeconômicas, todas informações úteis à construção da solução consensuada da querela, subsidiarão ao negociador para tomada de decisão adequada.

Essa iteração objetiva entre os interlocutores tem espaço para dimensionar o *timing* das tratativas compromissais, servindo de norte ao enquadrando de metas e táticas negociais, em cotejo ao planeamento já formulado. Fatores como, *verbi gratia*, a interdição ou a suspensão de atividades sociais empresariais, ou, ainda, a responsabilidade pela perda de cargos, empregos ou funções públicas – a depender da gravidade da conduta – poderão ser ventilados, o que poderá dar azo a uma negociação precoce, isto é, o início de uma negociação com consequências menos onerosas; as consequências sociais de medidas interventivas e de reputação empresarial podem servir de mote à persuasão racional do interlocutor, todas volvidas à solução direta da questão. A tônica do diálogo é demonstrar a existência de hipótese de solução alternativa, menos gravosa e mais célere para pôr a termo à controvérsia pretendida e resistida.

Essa tática de questões objetivas não deve ser a todo tempo direta, podendo ser “distensionada” no curso da iteração, com vistas a propiciar ambiência sopesada, dosada e tendente a quebrar barreiras de resistência de ordem subjetiva de um dos interlocutores.

O desvio de atenção em momentos cruciais de tensão são salutares para eficiência da retomada do diálogo em instantes seguintes, onde a razão suplantarão emoções de propostas de compromisso pendentes a um dos interlocutores, cujo estado de sensação negativa é indutor de uma solução mais célere, de modo que, não seja capaz de criar a possibilidade de rechaçamento peremptório⁹⁷⁹.

As questões objetivas suscitadas servem também para (re)organizar o procedimento em curso e as questões previamente combinadas, que pode incluir a visita técnica local, suspensão temporária de atividades nocivas, reforço de recursos materiais em determinada área de atuação, manutenção de serviço de interesse coletivo, dentre tantas outras hipóteses a depender dos problemas que acarretam prejuízos a interesses coletivos.

Sem prejuízo, questões propositivas podem ser indutoras de reflexões racionais ou de indulgência pelos danos causados, influenciando tempo, espaço, atuação reparatória ou ressarcitória, suas consequências práticas, vantagens ou prejuízos⁹⁸⁰.

A utilização de perguntas servirá ainda de método defensivo para o negociador, que diante de uma negociação competitiva, em vez de reagir bruscamente a uma provocação do interlocutor, poderá fazer (re)perguntas em torno da conduta adotada, tática que não alimenta a postura adversarial e arrefece

⁹⁷⁹ A habilidade, calma, parcimônia, bom senso e empatia do negociador podem representar a *summa divisio* entre a controvérsia e a solução consensual do problema.

⁹⁸⁰ Atividades nocivas à vida e à saúde humana, à fauna e à flora deixam sequelas desastrosas ao meio ambiente, cuja exposição pública trazem consequências odiosas à reputação de pessoas e empresas, cuja solução célere pode ser interessante para retomada da confiança.

ânimos das partes. Terá condão de não permitir a desestabilização das tratativas, minorando questões que poderiam ser vantajosas ao interlocutor.

4.14.4.1.3. Dos interesses focais

As questões objetivas devem guardar correspondência aos interesses focais do negociador, dando-se ciência ao interlocutor do que envolve o objetivo central da proposta de compromisso. Nesse sentido, as diretrizes do negociador precisam estar em voga, para que lhe seja dada oportunidade alternativa de intervenções e tomada de decisões estratégicas, inclusive para que no “teatro” da negociação preveja consequências – inimagináveis – que nem o interlocutor poderia prever em sua MASA, de modo a induzi-lo mais celeremente ao acordo de compromisso⁹⁸¹.

Deverão ser objeto de foco as percepções do interlocutor sobre os interesses propostos pelo negociador, de modo a possibilitar a continuidade das tratativas sem pendências pontuais, que podem refletir no resultado pretendido se não melhor esclarecidas e tratadas a tempo e modo, fato este muito comum quando estão em pauta interesses sociais de grupos determinados⁹⁸².

As questões indagadas pelo negociador podem dar enfoque aos argumentos do interlocutor, em que pese em diversas perspectivas: prestigiando-o, compreendendo-o, confirmando-o ou infirmando-o.

⁹⁸¹ Consequências como a proibição de contratação empresarial com o poder público ou inabilitação de pessoa para o exercício de cargos em comissão como decorrentes de um devido processo legal sancionatório, podem estar sequer sendo vistas pelo interlocutor desde logo, como possível sanção de consequências graves.

⁹⁸² Minorias, gênero, indígenas, portadores de necessidades especiais, quilombolas, movimentos sociais “sem terra”, movimentos sociais “sem teto”, dentre outras.

4.14.4.1.4. Espécies de indagações

As perguntas podem variar a critério do interlocutor, que pode se utilizar de tipos distintos com vistas aos objetivos que visa alcançar, decorrendo inúmeras classificações. Nesse contexto, faz surgir a ideia de perguntas flexíveis e rígidas, sendo as primeiras aquelas de ordem manejáveis, enquanto as segundas de ordem intratáveis.

4.14.4.1.4.1. Das perguntas flexíveis

As perguntas flexíveis são aquelas em que a parte final são incógnitas, que não são respondidas negativa ou positivamente, convidativas ao pensamento crítico alheio sem apontar para uma única opção de resposta, sendo descompostas de emoção, pela ausência de saída peremptória que as assertivas devam dar à propositura; porquanto, são de ordem manejável.

Nada impede que sejam planeadas, isto é, que advenham de uma logicidade sequencial, podendo decorrer elogio ao interlocutor à observação do comportamento e o pensamento alheio, não impedindo que seja direta a fim de se aferir a postura do interlocutor.

4.14.4.1.4.2. Das perguntas rígidas

As perguntas rígidas são aquelas que exigem do interlocutor uma posição peremptória em relação à propositura, isto é, positiva ou negativamente, onde se extraem o modo de pensamento e o comportamento, deixando-se a parte indagada totalmente exposta quanto à sua adesão ou não à questão inquirida; porquanto, são de ordem rígida.

Por esse motivo possuem alta carga de demonstração passional, intensidade emocional e impulsividade, tendentes a retirar a conversação do rumo planeado. Podem ser de cunho ardiloso, exigindo respostas “francas” em questões que possuam significados outros, ou poderão invocar a concordância de seu conteúdo, sob pena de extrair comportamento inadequado para boa-fé exigível aos interlocutores da negociação publicista⁹⁸³.

⁹⁸³ O interlocutor não pode demonstrar concordância de que sua conduta seja passível de tirar vidas, prejudicar a saúde ou o meio ambiente equilibrado.

4.14.4.1.5. Da comunicação ativa

A utilização do tipo de fala direta na interlocução pode ser substancial para o sucesso - ou não - da proposta da tomada de compromisso negocial. A postura pedagógica em sede negocial publicista é de suma importância para a eficiência que se busca com a solução alternativa da disputa.

As tratativas negociais no centro da interlocução devem respeitar o ponto de vista das partes – negociador ou interlocutor –, mas o destinatário principal será o possível compromissário, em quem se busca a aceitação da proposta, cuidando para que a comunicação direta seja objetiva e inteligível pelo receptor.

Nesse particular, alguns discursos podem ser evitados a fim de não atrapalhar as tratativas consensuadas, a saber: (i) econômico, isto é, ausente de conteúdo e vazio de fundamentação; (ii) ensimesmado, isto é, decorrente de qualidades e feitos de natureza pessoal do negociador; (iii) tecnicista, isto é, carregado de termos incompatíveis com a linguagem usual do destinatário; (iv) egocentrista, isto é, que denote arrogância ou superioridade em relação ao interlocutor; e, por fim, (v) exaltado, isto é, cuja comunicação pareça ou seja agressiva..

4.14.4.1.6. Da recepção das respostas

A escuta atenta e paciente de respostas dadas às indagações estabelecem aproximação e conexão credível aos interlocutores, permitindo ao negociador maior reflexão sob os pontos de vista do interlocutor, desconstituindo-se a índole adversarial entre atores de procedimento investigativo, sendo importante instrumento de coleta de informações acerca do núcleo da propositura negocial.

A escuta ativa estabelece conexões entre os temas debatidos, instaura a confiança entre as partes em conflito e inaugura a sensação de possibilidade de conciliação, estabilizando emoções e concentrando energia ao tema do diálogo. Representa postura contributiva para efetivação da cultura da paz⁹⁸⁴.

A fala ativa dissociada de escuta ativa impede a convergência de pontos de vértice favoráveis à coconstrução do acordo, demonstrando tentativa de sobreposição de convicções, limitando o escopo negocial pretendido com o (re)ajustamento (ausência de respeito mútuo de ideias).

⁹⁸⁴ COSTA, Deborah Regina Lambach Ferreira da - A importância de diferentes olhares (escuta ativa) na mediação familiar: a interdisciplinaridade [em linha]. Revista Veras. São Paulo. V 5. N 1 (2005), pp. 37-44. (20.05.2018). Disponível em: <http://site.veracruz.edu.br/instituto/revistaveras/index.php/revistaveras/article/view/202/140>.

A (re)afirmação do que é dito pelo interlocutor, poderá desvelar estímulo ou incentivo à liberdade de pensamento e sentimentos subjetivos, trazendo informações qualitativas em colaboração negocial, que não poderiam ser extraídas do interlocutor por outra via unilateral.

Lado outro, temos a escuta passiva como aquela em que o negociador recebe a mensagem de modo frio e impassível, sem demonstrar acolhimento das ideias perpassadas pelo interlocutor, o que pode gerar desconfiança e prejuízo às tratativas. Poderá, também, trazer efeito “rebote” ao interlocutor, com fechamento de canais de comunicação não só quanto ao conteúdo dialógico, mas também desconforto postural, viciando o encontro em graves efeitos deletérios. A ausência de juízo de aprovação ou reprovação pelo negociador, mitigará a liberdade de diálogo e tornará inseguro seu desfecho, causando sensação de insegurança no interlocutor (incógnita).

Desta feita, uma escuta passiva é limitadora de informações relevantes à coconstrução da avença, deixando de ser esclarecedora de pontos importantes ao acordo e pondo em risco à manutenção do diálogo negocial.

Por fim, há possibilidade uma escuta intermediária, de natureza de reconhecimento do pensamento, sem apresentar concordância, discordância ou frialdade receptiva, não passando de mero entendimento do que foi dito.

Assim, a escuta ativa sobreleva-se prospectiva, podendo decorrer exploração de linhas de pensamento esposadas com vistas a descobertas de outras informações ou dados, incentivada pela aceitação receptiva da manifestação do interlocutor.

A recepção das mensagens torna-se fundamental para um profícuo diálogo de escuta ativa, havendo variantes receptivas. No contato visual moderado⁹⁸⁵, incluindo toda órbita facial aos olhos, pode-se exprimir um olhar atento – ponto de equilíbrio – às mensagens direcionadas ao negociador. Nas expressões corporais, que incluem gestual e expressões de toda face⁹⁸⁶, caracterizam-se a intensidade receptiva da mensagem pelos interlocutores.

⁹⁸⁵ Ausência de contatos de “olhos nos olhos” pode demonstrar desinteresse, falta de sinceridade, receio da verdade ou desconcentração de foco. Lado outro, um olhar fixo pode ser intimidatório ou demonstrar afronta ou obsessão. Portanto, na cultura ocidental, um contato visual significa atenção às mensagens que são objeto da interlocução.

⁹⁸⁶ Verbi gratia, franzir a testa ou sobrelanceiras significa espanto ou desaprovação da mensagem recebida. O cruzamento dos braços significa não receptividade ou postura fechada à recepção de mensagens. Um suspiro elevado, significa cansaço ou desânimo da reunião de interlocução.

4.14.4.1.7. Mensagens produtivas e improdutivas

As mensagens da interlocução podem ser dotadas de vários conteúdos (positivos e negativos), cuja recepção atrativa pelo interlocutor dependerá da postura do negociador, cuja qualificação negocial é exigida desde o início das tratativas.

Um quadro comparativo de formulações tratativas, tanto aquelas apresentadas pelo negociador, quanto daquelas colacionadas pelo interlocutor, são salutares ao diálogo e demonstração de vantagens e desvantagens (ou impossibilidades), emergindo o sentimento de coconstrução da avença compromissal e estimulando o viés colaborativo compromissal, desde que presentes falas ativas e escutas ativas.

As conclusões parciais acerca de temas controvertidos são salutares à otimização de pontos de controvérsia. Nesse sentir, há a possibilidade de celebração de tomadas de ajustamento de gestão parciais, que não poderão ser desperdiçadas (“tudo ou nada”); passo a passo poderão levar ao melhor conduto da solução total do problema central, representado fenômeno de mensagem produtiva⁹⁸⁷.

De outra banda, representam fenômeno de mensagens improdutivas atos de intimidação, uso do curso forçado, argumentos de autoridade, ou que sejam peremptórios para negativas ou assertivas, devendo ser deixados de lado junto com as mensagens de cunho impetuoso. A instalação da consensualidade exige parcimônia, atenção, respeito ao pensamento alheio e a condução útil à solução alternativa.

A demonstração de poder de potestade do agente público⁹⁸⁸ só é útil aos meios alternativos de conflitos como ponto de equilíbrio, mediano ao cumprimento da lei e na tomada de decisões. A espontânea adesão é pressuposto das pretensões de tomada de compromisso, *locus* de uma administração pública dialógica.

Correspondem instrumento de mensagem útil – se utilizados moderada e objetivamente – recursos audiovisuais (gráficos, vídeos e fotografias) captados na fase de colheita de dados (inquérito civil ou procedimento preparatório), colacionadas no planejamento da tratativa de solução alternativa.

Por fim, instrumento agregador e de mensagem propositiva ao estímulo à negociação consensualizada reside no tratamento pessoal, cortês e com entonação moderada pelo negociador, utilizando-se da comunicação ativa em benefício da “força” de persuasão que pretenda exercer no interlocutor.

⁹⁸⁷ O ajustamento de conduta e de gestão parciais são estaque de potenciais condutas que violem à vida, saúde, o meio ambiente, núcleos centrais de proteção constitucional de interesse coletivo que são aferidas objetivamente por análises técnicas (pesquisas, estudos ou pareceres profissionais).

⁹⁸⁸ A expedição de alertas impessoalizados e objetivos acerca das consequências legais de não adesão as tratativas propostas, diferem da realização de ameaças veladas de atuação funcional, de natureza pessoalizada e de interesse subjetivo, odioso e antiético àqueles de exercem funções de natureza pública ou privada, em especial na tutela de interesses sociais relevantes.

4.14.4.1.8. Do cognóscio

O modo com que o cérebro humano se desvia da racionalidade foi estudo de pesquisa científica de decisão comportamental⁹⁸⁹. A (re)orientação à racionalidade dos negociadores não é completa, ao ponto que exige percepção do conhecimento de hábitos e preconceitos da mente, volvidos à previsibilidade de erros e com o fim de evitá-los.

Sendo a percepção um processo complexo de natureza físico-psicológica em que o indivíduo recebe, ignora, distingue e dá interpretação à mensagem recebida, terá o condão de acomodar – ou não – a ambiência em que se encontra o interlocutor, dando respostas de cognóscio em contexto interpretado.

A grande variedade de estímulos pode trazer o enviesamento cognitivo, acarretando erros sistemáticos a possibilitar distorções da mensagem, inclusive de cunho emocional, ocasionando ao negociador distanciamento de seu objetivo principal.

Diante dessa possível distorção, decorrem quatro fatores que poderão influenciar - negativamente - à tratativa de tomada de ajustamento, sob a ótica da pesquisa de decisão comportamental: o estereótipo, o efeito halo, a percepção seletiva e a projeção⁹⁹⁰.

O primeiro deles denominado “estereótipo”, advém de generalização experimentada e que não tem nenhuma correlação com bases científicas plausíveis de credibilidade em estratégias compromissórias. A associação de posturas é dissociada de verdade, em demonstração de preconceito.

O segundo fator é denominado “efeito halo”, caracterizado pelo preconceito decorrente de dados da realidade, cuja conclusão é distorcida. São hipóteses em que as aparências do indivíduo (padrões de beleza, vestimenta, postura ou comportamento), segundo regras sociais levam a conclusões surreais⁹⁹¹. Tem o condão de atrair ou repelir os interlocutores de modo a influenciar negativamente nas tratativas ou no desfecho do compromisso.

A terceira hipótese factual reside na denominada “percepção seletiva”, onde a mente humana busca reter aquilo que melhor adere à sua convicção, deletando o que se opõe aos seus preceitos. Desse modo, temos a tendência de bloquear as novas ideias, impedindo avanços que poderiam delas decorrer o consenso.

⁹⁸⁹ Cf. MALHOTRA, Deepak; BAZERMAN, Max H. – O gênio da negociação: as melhores estratégias para superar os obstáculos e alcançar excelentes resultados. Tradução Natalie Gehardt. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2009, p. 141-144.

⁹⁹⁰ Ibidem..

⁹⁹¹ Idem, p. 147-148.

O quarto fator de distorção decorre da “projeção” quando servimos de espelhamentos aos interlocutores, em sentimentos e caracteres do próprio negociador, em tentativa de horizontalização da relação empreendida.

Agregam-se a teoria da decisão comportamental, os fatores de distorção em matéria de negociações compromissais denominadas: atribuição, acusação/exculpação, desvalorização e excesso de confiança⁹⁹².

A “atribuição” representada como fenômeno de distorção negocial, ocorre quando o negociador defere certas atribuições ao interlocutor que ele sequer possui, representadas em habilidades, *expertises* ou intenções negociais⁹⁹³. Representará forma de comunicação que tenta buscar entendimento por uma via indireta, abrindo espaço não objetivo, improdutivo, dispersivo ou não finalístico em si mesmo.

Ademais, além de ação indireta dos interlocutores, servem para se autoafirmar no porquê o interlocutor ter agido de uma forma ou outra, correlacionando uma postura futura e incerta quanto às balizas da tomada do termo de compromisso. Deste modo, o negociador é capaz de autoatribuição de nota ou avaliação postural, sem certeza de verdade que ela conduta se replicará em eventos compromissórios futuros ou de outras matizes⁹⁹⁴.

Sob outra perspectiva de distorção nos métodos de negociação, temos a “acusação” e a “exculpação” como formas de livramento de imputação utilizada pelos interlocutores. Ao passo que justifica a falha (exculpação), atribui a falha a outrem (acusação) como forma de motivar a conduta praticada. Tal postura tende a não permitir a (re)avaliação da própria conduta e dos valores envolvidos nessa prática.

Tendencialmente acarretará distorções na comunicação, em especial naquelas em que se busca a convergência de esforços para busca de um consenso, tornando difícil a interlocução com negociadores que tendem a acusar e se exculpar, denotando ausência de compromisso.

Do mesmo modo há a “desvalorização”, caracterizada pela reação do negociador acerca de iniciativas que surjam do interlocutor, não havendo correspondência de fala e de gestos realizados. São normalmente reativas, interruptivas da comunicação em razão de frustração e distonia entre os interlocutores, por total ausência de reconhecimento dos esforços envidados para construção do consenso.

⁹⁹² LEMPEREUR, Alain Pekar; COLSON, Aurélien Colson; DUZERT, Yann – Métodos de Negociação. São Paulo: Editora Atlas, 2009, pp. 102-108.

⁹⁹³ Todo deferimento de uma tarefa obrigacional pode esconder uma tentativa de reconhecimento de um esforço que está sendo realizado, mas não visto pela outra parte.

⁹⁹⁴ O negociador achando que o interlocutor é experiente, sagaz e forte na disputa, age de forma mais dura com o fim de não demonstrar fraqueza na condução das tratativas.

A “desvalorização reativa” pode derivar de preconceitos (hierarquia, cargo exercido, posição, faixa etária) onde as ideias do negociador não podem ser suplantadas sob pena de demonstração de desprestígio, o que atrapalha sobremaneira a construção solutiva.

O desprezo de ideias alheias com objetivo consciente de desvalorizar o indivíduo diminui o potencial da negociação, desvela problemas de ordem psicológica, de necessidade de autoafirmação para sobreposição do pensamento.

Quanto mais sentimento de insegurança e depreciativo lançado ao interlocutor, haverá óbice à formação de balizas negociais sólidas para (re)ajustamento compromissal, que pressuporá posição de comando hierárquico ao compromissário.

Esse argumento só é válido para equalizar exageros advindos do interlocutor, de modo razoável e proporcional para o (re)estabelecimento de equilíbrio negocial, nunca para distonia das tratativas, sempre calcado em lealdade e equanimidade em busca da melhor solução.

Dessarte, subsistem problemas decorrentes do “excesso de confiança” pelos interlocutores, onde a certeza do sucesso decorrerá por habilidades personalíssimas. A tentativa de sobreposição calcada na confiança extrema, onde a ideia do negociador é sempre a única via para o atingimento do objetivo, remetendo eventuais erros a outrem, só terão o condão de prejudicar a busca de um melhor resultado.

Tal postura distorcida, contaminada pelo cargo público exercido, só pode ser bem combatida com o exercício da ideia de escuta ativa. Portanto, a solução desta distorção resta ensimesmada na pessoa do negociador.

Os desvios posturais decorrentes do cargo e do sucesso profissional, destoam da exigência dos melhores métodos de negociação publicistas. Nestes, o interesse público central permeado de indisponibilidade material não pode querer espriar-se para todas as fases das tratativas.

Relembremos que o núcleo do interesse público relevante é indisponível materialmente na tomada de compromisso negocial, devendo sempre ser perscrutado pelo negociador público. Contudo, as avenças, as tratativas e as balizas dos meios consensuados de solução do problema são plúrimos e alternativos (disponibilidade instrumental). O bom negociador público exerce seu *munus* volvido à concretude do interesse público central, adequando suas posturas à perspectiva inaugural dos métodos extrajudiciais de acesso à Justiça.

Os pontos de contato e aderência do negociador aos interlocutores será construído somente após aproximação das partes e a execução das etapas do planeamento consensual, tudo no curso das diversas mensagens – convergentes e divergentes – postas em prática durante as tratativas negociais.

Sem dúvida, outros fatores de ordem psicológica poderão surgir como fenômenos de distorção das tratativas compromissórias, decorrendo sempre a necessidade de (re)qualificação do negociador para além das ciências jurídicas, visando assegurar-se do domínio contextual, tanto quanto possível, fincado na multidisciplinariedade que envolve as questões sociais passíveis de firmamento negocial.

4.14.4.1.9. Defesa às táticas distributivas

Como visto linha atrás, a tática competitiva de natureza distributiva não é o melhor mecanismo a ser encetado em negociações publicistas, devendo ser, inclusive, evitado. Lado outro, a melhor tática identificada reside na colaboração, de natureza integrativa e muito mais aderente ao modelo de coconstrução de uma avença sólida de tomada de compromisso de gestão.

Conhecendo os modelos de táticas de natureza distributiva, carrega o negociador da possibilidade de melhor enfrentá-las ou defender-se da competitividade inerente, e que surgirão no curso das mensagens de tratativas negociais públicas. A experiência e o conhecimento prévios são capazes de permitir a criação de melhores estratégias de combate ou neutralização de seus efeitos deletérios, tão logo identificadas precocemente.

Assim, vamos discorrer sobre algumas posturas atinentes às táticas competitivas, de vieses eminentemente distributivos, que devem ser objeto de defesa pelo negociador quando identificadas de pronto, a saber: (i) o constrangimento; (ii) os confrontos pessoais; (iii) os ataques/afagos; (iv) a ultimização; (v) o desvio focal; (vi) os lanços; (vii) a indulgência; (viii) as inverdades; (ix) o óbice técnico; (x) a procrastinação; e, por fim, (xi) o fundamento surreal.

4.14.4.1.10. Do constrangimento legal

A tentativa de constrangimento dos interlocutores ainda sob investigação ministerial, desde que pela via legal, tanto pelo negociador⁹⁹⁵, quanto pelo interlocutor⁹⁹⁶, coloca em xeque, desde logo, a credibilidade das tratativas negociais consensuais, necessitando serem rechaçadas pelo viés da competitividade ou distributividade de responsabilidades, ônus ou encargos de efeitos deletérios à celebração de compromisso negocial.

⁹⁹⁵ Verbi gratia, advertência de ajuizamento de ações com pedido de paralisação ou interdição de atividades empresariais, responsabilização pessoal de sujeitos despidos de espírito colaborativo negocial, a recomendação de substituição de prepostos com ferimento reputacional ao interlocutor, ou mesmo pedido de afastamento do preposto por inaptidão.

⁹⁹⁶ Verbi gratia, ameaça de demissão em massa, de paralisação definitiva dos objetivos sociais empresariais, de ferimento da reputação funcional do agente público, de representação disciplinar, o argumento de retração do pagamento de tributos, o cerramento de programas sociais, dentre outros.

Assim, sempre que surgirem tais “ameaças” no curso de tratativa consensual colaborativa, a estratégia é abstrair e olvidar, criando ambiente que ponha em xeque a postura competitiva do interlocutor, sob pena de comprometimento do planejamento da ação estratégica para tomada de compromisso consensuado, que será sempre a melhor via do que a heterocomposição.

A correspondência reativa a mensagens de essência constrangedora é defesa em práticas negociais não competitivas, em especial as de natureza publicista, sob pena de estímulo odioso à adversariedade, totalmente incompatível com a coconstrução de soluções pacíficas.

Se o ataque de constrangimento for extremado, a inviabilizar a continuidade da conformação das balizas do acordo naquele instante, deve-se escolher pela postergação de decisões com a finalidade de arrefecer os ânimos⁹⁹⁷, sem rupturas das relações encetadas até aquele instante, possibilitando-se, assim, a reformulação do planejamento.

Diante de mensagens de constrangimento do interlocutor, o negociador público deve estar preparado para não se envolver emocionalmente, posto que a imparcialidade exigida ao cargo público não comporta envolvimento de qualquer natureza pessoal. Sem prejuízo, indagar sobre os objetivos de constrangimento pode inibir a ação do interlocutor competitivo, que poderá melhor “refletir” sobre sua postura inadequada para a ocasião, em constrangimento reverso.

A contemporização de distorções comunicativas negociais é salutar para garantia de sucesso do todo – objetivo nodal do negociador -, onde se exige toda forma de equilíbrio emocional quando confrontado por um interlocutor competitivo, de modo a não se perder a prevalência da razão⁹⁹⁸.

4.14.4.1.11. Dos confrontos pessoais

A tática de contemporização de confrontos pessoais é salutar para que o negociador ultrapasse óbices de natureza personalíssima – desinteressantes para o objetivo do compromisso almejado. A agressão tem sempre uma utilidade para o interlocutor, para além de testar os limites do negociador, desequilibrar a competitividade em seu favor em tática de desestabilização do oponente.

Limites reativos podem ser opostos equilibradamente como estanque, sem abalar a boa condução do processo negocial escorreitamente planejado⁹⁹⁹. A agregação de parcerias institucionais multidisciplinares nas negociações encetadas, despersonalizam a figura do negociador público como

⁹⁹⁷ A utilização de blefes e bravatas são táticas comuns de desequilíbrio negocial de natureza competitiva.

⁹⁹⁸ DAMÁSIO, Antonio R. – E o cérebro criou o homem. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 142-143.

⁹⁹⁹ É como equilibrar as perdas de uma batalha, com vistas à resolução da própria guerra.

centro das atenções, desestimulando a figura do interlocutor competitivo, podendo ser objeto – desde o início – de planeamento da solutividade buscada.

4.14.4.1.12. Entre “ataques” e “afagos”

Uma tática usual de interlocutores competitivos no meio negocial é a utilização da tática de “ataque” de um lado, e “afago” do outro (“a mão que bate é a mão que afaga”), com a finalidade de desestabilizar o negociador na construção sólida do compromisso. Tenta desfocar sua linha de raciocínio central, tirando-se “vantagem” da situação que o próprio interlocutor cria, isto é, valendo-se da própria torpeza.

A demonstração clara e aberta perceptível pelo negociador publicista é remédio suficientemente capaz de ilidir sua utilização pelos interlocutores, por variados métodos de dissuasão, dentre os quais a de frialdade na recepção de “ataques”.

4.14.4.1.13. Da ultimção decisória

Denominada tática de choque e de pressão psicológica extrema, o ultimato deve ser confrontado com a MASA disponível para o negociador, método disponível nessas situações de *ultima ratio*.

O alicerce seguro para definição da MASA do interlocutor está no planeamento do negociador, importando-se indispensável sua utilização quando as tratativas mediarem a linha máxima de possível manutenção da controvérsia.

Assim, o ponto máximo de inflexão das balizas negociais aos interesses públicos reside na “melhor alternativa sem acordo” para o interlocutor, com vistas a demonstrá-lo que sem a solução extrajudicial, decairá em prejuízo em relação daquilo que lhe é proposto naquele momento.

O reinício da discussão da controvérsia pela via jurisdicional litigiosa, deve ser sempre a última hipótese, acaso não consigamos o compromisso consensual pelos meios alternativos extrajudiciais da controvérsia.

4.14.4.1.14. Do desvio focal

O desvio focal é a provocação feita pelo interlocutor ao negociador público, com a finalidade de desviar-lhe da linha principal do objeto negociado, em máxima concretude do interesse público relevante.

Assim, chamar atenção para objeto de menor importância – como se relevante fosse – distribuir maior encargo e uma nova ocupação em perda de tempo, procrastinando a solução “mirada” pelo planeamento, pode estar repleto de “sentimentos” que se deseja transferir na conduta dispersiva.

Tal circunstância só poderá ser ultrapassada se demonstrado ao interlocutor a razão de menor importância para atingimento de um resultado maior que se busca com o compromisso, adentrando-se no mérito final da proposta; se intransponível pelo interlocutor, como causa prejudicial, possibilitar-se-á a demarcação de um primeiro “porto seguro” das tratativas negociais até ali, com a celebração de termo de compromisso de ajustamento de gestão parcial, valendo-se, para tanto, de critérios de oportunidade e de utilidade.

4.14.4.1.15. Dos lanços

A tática competitiva de lanços – totalmente desaconselhada para a prática negocial publicista – busca lastro na teoria da oferta (lanço mais alto e lanço mais baixo), a depender do objetivo da competição, onde o negociador pautado na oferta inicial em lanço extremamente alto (ou baixo), tem ciência que nunca será atingido, servindo tão somente de marco para flexibilização do curso das tratativas negociais.

Por logicidade, o lanço de oferta mais alta (ou baixa) levará o interlocutor a readequar sua oferta inicial planeada (alta ou baixa), em direção para o ponto mais próximo de resistência da outra parte.

Um dos grandes riscos é o interlocutor internalizar a ideia de loteria, onde as tratativas negociais tornam-se desperdício de tempo, servindo como estaque a todo o procedimento negocial outrora planeado.

As bases colaborativas são muito mais justas (integrativas de vontades), podendo os lanços migrarem para a MASA de um dos interlocutores em detrimento de uma das partes, o que só deve experimentado como razão última, como já visto, para fixação de balizas sólidas da tomada de compromisso.

Por desprezitar alguns conceitos que são inerentes às condutas do negociador publicista (princípio da isonomia e da moralidade), a utilização de lanços pelo interlocutor competitivo também visa

desestabilizar o outro, levando-o a “navegar” por “caminhos” que não são éticos sob ponto de vista de conduta funcional publicista (“barganha”), trazendo consequências de ordem pessoal, emocional e de desvirtuamento de objetivos planejados, relegando a pano de fundo o que visa contemplar – objeto central da negociação publicista.

4.14.4.1.16. Da indulgência

A prática de condutas emocionais deve ter atenção especial, considerando que todos os interlocutores são pessoas dotadas de emoção. A tentativa de utilização da relação de aproximação, construída no curso das tratativas consensuais, pode ser prejudicial à formação das balizas negociais que são erigidas por critérios objetivos.

Apelos de ordem pessoal e de relações de confiança não se relacionam diretamente – *verbi gratia* – com a necessidade (ou não) de estipulação de cláusulas de sanção pelo incumprimento da tomada do compromisso de ajustamento – evento futuro e incerto; neste particular, tal avença de construção consensual é desejada e indicada entre compromitente e compromissário no ato de celebração da tomada de compromisso.

A orientação da conduta do negociador público vertida ao princípio da legalidade e da moralidade, exige-lhe o afastamento de recepção de atos de indulgência, que a depender da aproximação construída nas tratativas com o interlocutor, tentará ser utilizada.

Além disso, decorre a exigibilidade de conduta adversa quando o negociador se depara com pedido de indulgência em negociação publicista, pela própria tecnicidade que envolve as tratativas dos meios alternativos de solução de controvérsias.

Os apelos pessoais e os acertos verbais são afastados nos acordos compromissais de conduta e de gestão, pela higidez e segurança jurídica em que se encerram, independentemente da substituição de pessoas em patamares profissionais ou temporais, representando faceta da impessoalidade atinente a toda administração pública.

De igual modo, condutas de desequilíbrio emocional do interlocutor devem ser tratadas com seriedade e urbanidade pelo negociador, sem se descuidar que podem exigir posturas de não aderência às balizas negociais, face a objetividade do planejamento inaugural da tratativa.

4.14.4.1.17. Das inverdades

A utilização de falseamento da verdade pode ser encarada pelo negociador no curso do procedimento de tomada de compromisso. A ausência de um planeamento sólido, com a colheita de informações e dados idôneos sobre as circunstâncias que envolvam o objeto negocial, pode ser prejudicial para o imbróglia e na defesa contra essa prática espúria¹⁰⁰⁰.

Muito comum para eximir o compromissário no instante decisório da avença (celebração) é o argumento de “falta de alçada” para assunção daquele determinado compromisso, diversas vezes de cunho inverídico. Se for intransponível naquele instante, melhor será a remarcação do encontro para conclusão da tratativa, exigindo-se a presença de quem detém plenos poderes para acordar, discordar ou transigir.

Contudo para argumentos de veracidade duvidosa, deverá o negociador solicitar comprovação imediata, sob pena de não acatamento de plano.

4.14.4.1.18. Do óbice técnico

Poderão decorrer tratativas de balizas negociais em que se exijam a comprovação de viabilidade técnica, antes da celebração do acordo propriamente dito.

Tais óbices técnicos podem se fundar em argumentação do interlocutor ou serem baseados em notórios conhecimentos técnicos. Contudo, visam impor limites para execução do objeto (modo, forma ou tempo) ou decorrer de inexecuibilidade (impossibilidade material), onde, acaso não enfrentados, podem acarretar a celebração de tratativas inadequadas e menos vantajosas à tutela do melhor interesse público.

No surgimento do óbice técnico, o benefício da dúvida deve ser substituído por orientação especializada ou pericial¹⁰⁰¹ que possa melhor trazer “luzes” à questiúncula posta, equilibrando concludentemente a possibilidade de cumprimento da avença a ser celebrada.

¹⁰⁰⁰ Exemplo comum é a utilização da ideia falsa de “política empresarial” que por vezes é finalística formalmente, mas sequer exercitada materialmente.

¹⁰⁰¹ Temas de relevante interesse público nas áreas de segurança do trabalho, tecnologia da informação, meio ambiente, segurança pública, saúde, educação, patrimônio cultural, artístico e paisagístico, dentre outros.

4.14.4.1.19. Procrastinação

Seguramente, a temporização é tática negocial que visa retardar a decisão definitiva do acordo, pressionando uma composição açodada pelo negociador publicista, em virtude de exacerbado tempo despendido e necessidade de emergência na solução da disputa, onde, no afã de empreender celeridade à tutela do direito, acabará incidindo em “ponto” de inflexão ao melhor resultado para caso concreto.

A procrastinação também poderá ter o condão de melhor adequar oportunidade e conveniência na celebração do compromisso, aguardando-se fatores externos que poderão beneficiar os interlocutores¹⁰⁰².

4.14.4.1.20. Fundamento surreal

A fixação de balizas surreais que incidam os paradigmas da negociação publicista, são amplamente prejudiciais ao objeto compromissório.

A indicação de precedentes, em casos concretos em que se fixaram balizas mais benéficas aos interlocutores em situações análogas, carece de comprovação idônea das mesmas circunstâncias fáticas aplicáveis à tratativa em si, observados os fundamentos técnicos, de direito e as razões de decidir acerca de idêntico mérito administrativo, isto é, auditadas todas as variáveis do *leading case*, em especial a sua *ratio decidendi*, sem se descuidar dos fundamentos *obiter dictum* que possam acabar por induzir o negociador a eventual erro.

Sem a confirmação da preexistência dos fundamentos aviados pelo interlocutor, o negociador não poderá aderi-los à tratativa, sob pena de ser induzido a decisão errônea.

Dessarte, sem ter exercitado a descrição de um rol taxativo de técnicas de defesa destinadas ao negociador publicista, trata-se de referencial enumerativo mínimo que servirá de mote para estanques defensivos em sede de técnicas de negociações distributivas, lançadas por interlocutores competitivos, sempre em busca de benefícios/vantagens particulares em detrimento do melhor interesse público a ser tutelado.

¹⁰⁰² Verbi gratia, a prescrição da pretensão punitiva ou ressarcitória por atos omissivos ou comissivos que tenham gerado dano ao erário ou sejam objeto de responsabilidade penal ou civil ao agente infrator.

4.14.5. Formulação da proposta do termo de compromisso de gestão

Na sequência do planeamento originário, em sede de procedimento de tomada de compromisso com foco na tutela de interesse público indisponível, a celebração do instrumento negocial de (re)ajustamento de gestão, será precedido da formulação da proposta escrita do termo a ser subscrito pelo negociador (compromitente e legitimado universal) e o interessado (compromissário).

Trata-se de compilação escrita e formal de todos os deveres e direitos que foram objeto de ponto vertido aos interesses públicos tutelados e obrigação das partes, consensualmente erigidos pelo negociador e pelos interlocutores. Deve retratar com fidedignidade todas as nuances das balizas negociais tratadas e acordadas.

Sob o aspecto formal deverá estar revestido de todos os contornos do acordo para garantia da segurança jurídica às partes, isto é, dos requisitos mínimos: qualificação completa das partes compromissadas; objeto do acordo (total ou parcial); direitos e deveres dos compromitentes e compromissários; formas, modos, tempo e prazos de cumprimento; sanções pelo inadimplemento; foro judicial para exigência de curso forçado do título extrajudicial colmatado; local e data da celebração; e, por fim, no mínimo, duas testemunhas devidamente qualificadas, para que se produzam todos os efeitos legais por si, sucessores e/ou herdeiros.

4.14.6. Da celebração do instrumento negocial

O digesto processual civil brasileiro enumera que o instrumento de transação “referendado” pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado pelo Tribunal, possui natureza jurídica de título executivo extrajudicial¹⁰⁰³.

De igual modo legal, possui natureza de título executivo judicial o acordo de transação celebrado entre as partes e homologado em juízo estatal¹⁰⁰⁴.

A celebração do ajustamento de gestão dependerá da assinatura de todos os envolvidos – negociador(es), interlocutor(es) e terceiro(s) interessado(s) – visando dotar o instrumento de validade jurídica para obrigação assumida entre as partes compromissadas, revestindo-se, daí em diante, de natureza jurídica de título executivo extrajudicial para todos os fins de direito.

¹⁰⁰³ Art. 784, inciso IV, do Código de Processo Civil brasileiro.

¹⁰⁰⁴ Art. 487, inciso III, alínea “b”, do Código Civil brasileiro.

A subscrição do termo de ajustamento de conduta e de gestão necessita de comprovação de poderes específicos para acordar e transigir, dispensando-se em relação a determinados negociadores públicos¹⁰⁰⁵ e interlocutores públicos¹⁰⁰⁶, sendo exigido aos interlocutores privados (ou de órgãos e entidades públicas) assistência jurídica por procurador legalmente constituído para funcionar no ato de compromisso de (re)ajustamento celebrado.

A forma prevista em lei deverá ser respeitada, sob pena de nulidade do ajustamento de gestão, como nas hipóteses de consórcios de entes públicos, que exigem lei autorizativa para a ratificação de protocolo de intenção. Sem prejuízo da exigência de testemunhas, ao mínimo duas, há hipóteses de faculdade por previsão legal, como na celebração de termo de compromisso de cessação de conduta ilícita ou termo de compromisso de desempenho¹⁰⁰⁷.

Desta feita, a celebração do instrumento de compromisso negocial deve se cercar de todos os formalismos legais, para que o título da obrigação se torne certo, líquido e exigível.

Os elementos objetivos que fundam um determinado direito são lastrados de certeza, quando presentes os sujeitos (ativos e passivos) da relação jurídica de direito material, com clara definição do seu objeto. A identificação da prestação obrigacional – de pagar quantia certa, de dar coisa certa, de fazer ou não fazer –, constituem os elementos essenciais à liquidez do direito lastrado em título executivo¹⁰⁰⁸.

Por decorrência última, o título executivo – judicial ou extrajudicial – deve restar dotado de exigibilidade, isto é, representado em sua higidez cumprimentória sem circunstâncias jurídicas que lhe retirem à coercibilidade¹⁰⁰⁹.

Além dos três elementos acima citados, o negociador/interlocutor deverá atentar para a possibilidade de exequibilidade do objeto, sob pena de ineficácia da tratativa negocial. Se o objeto do compromisso for determinável e puder ser cumprido – ainda que por terceiros – todas as alternativas deverão ser lançadas no instrumento de celebração compromissal, inclusive, constituição em mora do compromissário, meios alternativos à obrigação inicial e a compensação pelo incumprimento do objeto central da avença.

Lado outro, as disposições obrigacionais não devem ser prolixas, de forma a garantir simples cumprimento pelas partes, sobrelevando maior efetividade para atendimento célere do interesse público

¹⁰⁰⁵ Membros do Ministério Público, Procuradores de Estado, Defensores Públicos e Magistrados.

¹⁰⁰⁶ Mandatários dos Poderes constituídos e de seus respectivos entes.

¹⁰⁰⁷ Lei federal n. 12.529/2011, da República Federativa brasileira.

¹⁰⁰⁸ Cf. RODRIGUES, Geisa de Assis – Ação civil pública e Termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 208.

¹⁰⁰⁹ Cumprimento da obrigação, prescrição, vencimento do prazo para cumprimento da obrigação, elisão de condição suspensiva, dentre outros.

tutelado, sendo passível de auditoria (controle) em matéria de juridicidade por pessoas ou órgãos externos.

O momento da celebração do instrumento da avença compromissória não comporta mais mudanças de balizas formais ou materiais (indisponíveis) – exceto de natureza corretiva de erros pontuais –, posto que aceitas e internalizadas pelas partes colaborativamente em fase anterior, sob pena de quebra do planejamento estratégico e de possibilidade de obstrução de todo o procedimento de tomada de compromisso.

Deste modo, somente será passível de alteração em questões materiais ou formais – exceto erros grosseiros – até à fase de formalização da proposta e aprovação definitiva da minuta do instrumento pelas partes signatárias.

Em última análise, temos o monitoramento, que pode se enquadrar em etapa fiscalizatória do cumprimento das obrigações avançadas pelas partes.

4.14.7. Do monitoramento

A celebração do termo de compromisso de ajustamento de gestão não é um fim em si mesmo, necessitando se ver a total implementação e concretude dos interesses públicos relevantes que fundaram a deflagração do procedimento extrajudicial para solução do problema.

A razão da negociação não é o aceite puro e simples advinda da formalização e a celebração do instrumento, mas, sim, o cumprimento integral do objeto do aceite (resultado).

A fase de verificação cumprimentória do termo de ajustamento de gestão deverá ser exercitada na seara extrajudicial. Trata-se de mecanismo de fiscalização utilizado pelo tomador do compromisso (compromitente), pela via do monitoramento, com o fim de fiscalizar o interlocutor do acordo (compromissário), não só em relação ao objeto central (controle de conformidade), mas também na finalidade almejada do compromisso avançado (controle de resultados).

Será realizado por procedimento administrativo formal de acompanhamento concomitante ou posterior, a encargo dos órgãos de controle externo, em especial dos órgãos ministeriais e tribunais de contas. Podem versar sobre a observância de cumprimento de prazos e a constituição em mora do devedor, com o fim de execução de multas e aplicação de sanções pelo inadimplemento voluntário e inescusável do compromisso celebrado.

Para fiel cumprimento do monitoramento, os órgãos de fiscalização e acompanhamento poderão requisitar periodicamente informações e relatórios, assim como realizar inspeções circunstanciais.

A verificabilidade de algumas irregularidades poderão emergir no curso desta ação fiscalizatória cumprimentória. O mais comum é a não implementação total da avença no prazo estipulado, isto é, recaindo no (in)cumprimento parcial ou total do compromisso celebrado.

Nesse sentido, deve o negociador público – ainda na fase de tratativas negociais – circunscritas entre o planejamento e a formalização do acordo, se precaver com a estipulação de instrumentos de coerção tanto quanto capazes, para eventual exercício de curso forçado por meio de cláusulas compromissais, de modo a (des)estimular seu (in)cumprimento.

A tentativa de utilização da prática de vícios de indulgência¹⁰¹⁰ pelo interlocutor, ainda no curso de firmamento das balizas acordo, já demonstra uma predisposição para possível descumprimento na fase de execução voluntária do acordo. Lado outro, a aceitação e pronta adesão de estipulações de sanções severas propostas pelo negociador público, demonstram predisposição ao cumprimento correto da avença, com total exequibilidade do compromisso firmado.

Nas tratativas negociais *stricto sensu*, devem ser chamados ao procedimento de tomada de compromisso todos os interlocutores ou interessados que tenham – direta ou indiretamente – dever de cumprimento ou atribuição funcional executiva de implementação do objeto, como nas hipóteses de “cadeias” de dever acessório e hierarquia institucional. Neste particular, incluem-se os denominados *stakeholders*, que são identificados como terceiros interessados na negociação, responsáveis por atividades de logística¹⁰¹¹, sem a presença dos quais o acordo poderá tornar-se inexecuível e de prestação deficiente de serviços em grau de inefetividade.

As sanções pela não implementação do acordo pelo compromissário, dependerão invariavelmente da fase de monitoramento, isto é, a deflagração de procedimento administrativo formal idôneo para identificação das vicissitudes decorrentes de incumprimento de cláusulas compromissórias, cuja verificabilidade dependerá de ações de fiscalização a encargo do comprometente ou os órgãos de controle externo.

Desta feita, para que não haja óbice de exequibilidade por impossibilidade cumprimentória identificada tardiamente na fase de monitoramento, os *stakeholders* precisam intervir na celebração do instrumento solutivo da controvérsia – se couber, restando fundamental para garantia de compromissos operacionais¹⁰¹², sem óbices instrumentais ou tecnicistas.

¹⁰¹⁰ Favores de ordem pessoal que levam a não estipulação de sanções pelo incumprimento.

¹⁰¹¹ Corpo técnico, órgãos de execução auxiliares, profissionais habilitados (engenheiros, arquitetos, psicólogos, assistentes sociais, médicos, enfermeiros, dentre outros) e ainda, órgãos públicos de fiscalização. Cf. ERTEL, Danny; GORDON, Mark Gordon – Negociação: desenvolvendo novas habilidades e abordagens para a obtenção de resultados práticos e duradouros. São Paulo: MBooks do Brasil Editora Ltda, 2009, pp. 6-8.

¹⁰¹² Em especial de natureza normativa, legislativa, administrativa, orçamental e financeira dos entes e seus órgãos da administração pública, ou, ainda, de agentes privados.

Dessarte, questões e minudências técnico-operacionais não podem ser olvidadas nas fases de tratativa da tomada de compromisso, com a “falsa impressão” de facilitar o seu aceite, cujos reflexos negativos – impropriamente – restarão experimentados na fase de monitoramento, sob pena de restar inviabilizado por questões operacionais, desprezados por decúria do negociador durante as fases de tratativas de compromisso.

O princípio da precaução é a indispensável para viabilizar a fase cumprimentória sob monitoramento, sem intercorrências advindas de falha do planeamento, pondo em risco, ao fim e ao cabo, a concretude do objeto central compromissado pelas partes.

Sem prejuízo, a dinâmica da sociedade e da complexidade de suas relações jurídicas, aliadas à teoria da imprevisão, autorizam o surgimento de intercorrências a exigir rerratificação (aditivas), com vistas à concretização de acordos complexos que podem, inclusive, desencadear a implementação de acordos estruturantes.

Contudo, tais fatos deverão ser previsíveis no momento do planeamento (matriz de risco e materialidade), sob pena de identificação póstuma de vícios de atribuição ao projeto piloto por imperícia do negociador.

Não é demais alertar que a estipulação de sobrecarga de compromissos na fase de tratativas pode “desaguar” em incumprimento por incapacidade material do interlocutor (compromissário), circunstância esta que deve ser sopesada à correspondência de razoabilidade, proporcionalidade, economicidade e equanimidade ao atingimento eficaz do objeto da demanda negocial; tais fatos podem ser aferidos facilmente na completude da colheita de dados e informações (operacionais, técnicas e econômicas), antecedentes ao planeamento.

A estipulação de cláusulas abertas e de possíveis plúrimas interpretações interferirão negativamente na fase de monitoramento, exigindo atenção especial à clareza e objetividade no momento de formalização do termo, podendo restar em incumprimento.

Nesse contexto, é contraprodutivo qualquer tática negocial na fase tratativa, que se afigure estanque de informações úteis para “visão” completa do acordo e de sua fiel execução. Não deve haver “segredos de informação negocial” que sejam descobertos somente na fase cumprimentória, beirando, tal circunstância, a condutas antiéticas a desafiar o “princípio da não surpresa”.

A lisura de todo o procedimento da tomada de compromisso, aliada à boa-fé, volitividade e contributividade das partes na conformação da solução consensuada, será substancial para que a fase cumprimentória se dê em espontaneidade, sobretudo, pois, se o interlocutor foi capaz de coparticipar da

solução construída, presumir-se-á melhores condições materiais e emocionais do cumprimento completo da avença, desincumbindo-se da obrigação e exaurindo por completo a controvérsia inaugural.

Quanto maior a estabilidade haverá confiança no cumprimento do acordo firmado, sendo vetor de que as promessas negociadas não tenham efeito jurídico vinculativo, restando os sujeitos obrigados as condições ajustadas por medida de honra objetiva. Assim, emerge “cláusula de segurança” ou de “não-surpresa”, onde se disciplinará o percurso pelo órgão ministerial (compromitente), no caso de incumprimento do acordo pelo particular (compromissário), devendo haver “reserva do consenso” na fase cumprimentória, onde a autoridade e a imposição se farão presentes, desde que esgotadas as vias da negociação e diálogo durante a pós-celebração¹⁰¹³.

4.15. A mediação e o controle externo pelos órgãos ministeriais

A autocomposição por meios alternativos de solução de litígios encontra na mediação – judicial ou extrajudicial –, patamar idôneo de estabilização pacífica da controvérsia. Assim, como instituição de envergadura constitucional brasileira, os órgãos ministeriais podem atuar como mediadores sempre que lhes seja mais favorável à promoção direta de acesso à Justiça, objetivo este que pode melhor “ancorar” suas atribuições funcionais de controle externo.

Alguns temas são de exegese obrigatória para exercício da mediação por membros dos órgãos ministeriais brasileiros, em sede de meio autocompositivo, dentre os quais: (i) o escopo; (ii) o objetivo; (iii) a função ministerial; (iv) as fases; e por fim, (v) os mecanismos.

A identificação da mediação como instrumento compositivo à disposição das partes em litígio ganha relevo para promoção do diálogo, a serviço dos litigantes na solução de suas disputas, sobretudo quando envolvam relevante interesse público e que sejam submetidos ao controle externo, emergindo-se mecanismo capaz de identificação – *prima facie* – de casos mediáveis, para encaminhamento à fase precedente das lides judiciária, isto é, extrajudicialmente.

A implementação de programas decorrentes de estratégias nacionais de atuação dos órgãos ministeriais brasileiros pode utilizar-se desta ferramenta, com intuito da cultura do diálogo, com a quebra de paradigma da adversariedade inerente à heterocomposição jurisdicional.

Sem prejuízo, tornou-se importante mecanismo de democratização de acesso à Justiça, a ser realizado não só em âmbito endoinstitucional, mas sobretudo, como forma alternativa qualificada

¹⁰¹³ Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli de – Inquérito Civil Público e Acordo Administrativo: apontamentos sobre Devido Processo Legal Adequado, Contraditório, ampla Defesa, Previsão de Cláusula de Segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACS). In OLIVEIRA, Gustavo Justino de – Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, pp. 91-125, pp. 119-121.

disponível a diversos órgãos da administração pública, desde que cumpridos os requisitos cabíveis à espécie.

4.15.1. Do escopo da autocomposição facilitada

Os atos realizados por um terceiro que intervém como facilitador de uma ou mais partes para edificação de um solução amigável de um problema, é definida como mediação. Nesse sentir empírico e informal, qualquer pessoa já pode ter funcionado como mediador de uma dada controvérsia, com êxito – ou não – e possivelmente retrospecto.

Em termos técnico-jurídicos, a atividade de mediação é instrumento de autocomposição de conflitos de forma assistida, onde um terceiro qualificado e com poderes especiais para tal função (atribuição funcional) realiza o encontro e inaugura o diálogo entre as partes em conflito de interesses de pretensão resistida, servindo de facilitador – de modo impessoal e imparcial – na construção de acordo colaborativo entre as partes, que venha pôr a termo à demanda judicial ou extrajudicial deflagrada.

A facilitação da comunicação das partes em conflito pelo mediador é “fio” condutor da construção de solução consensual por elas próprias edificadas (autocomposição), em convergência aos seus mútuos interesses pessoais. Afasta-se a ideia adversarial heterocompositiva (juiz estatal ou árbitro), cuja resistência e o curso forçado para adimplemento do dever legal e da obrigação assumida, ficam em último plano visando à solutividade do problema. Assim, despicendo será a imposição de um resultado de mérito às partes.

Sem deixar de olvidar as diretrizes específicas, todas as técnicas de autocomposição – judicial e extrajudicial – podem se valer de estratégia de mediação com a finalidade de compor do problema (e vice-versa), tendo tônica comum do diálogo, da colaboração, do consenso e a mitigação da litigiosidade para pôr termo a demanda. O principal relevo da mediação é a intervenção de terceiro – neutro e imparcial – como indutor do diálogo entre as partes de um dado conflito.

Além de ter natureza colaborativa, a atividade de mediação estimula a edificação conjunta do acordo, propicia a manutenção dos laços interrelacionais em sociedade e previne novas desinteligências, ao passo que estabiliza as relações jurídicas entre os envolvidos.

Com a técnica de empoderamento das partes em igualdade de condições, abandonando-se o viés de contendores, a mediação propicia o coprotagonismo para todos erigirem, em mútuo acordo, a solução para “desinteligência” instalada.

De certo, se agir como facilitador da solução da contenda membro do Ministério Público, por questão ético-funcional, não poderá atuar no mesmo caso concreto como *custos iures* ou *custos societatis*.

4.15.2. Dos objetivos da mediação pelos órgãos ministeriais

Os objetivos da mediação a serem alcançados pelos órgãos ministeriais possuem em seu rol *in numerus apertus*, as seguintes finalidades: (i) a promoção do diálogo entre as partes; (ii) a preservação das interrelações em sociedade; (iii) a facilitação à autocomposição de controvérsias; (iv) a estimulação cultural da solução pacífica de disputas; (v) o caráter pedagógico-preventivo; e, por fim, (vi) implantação dos meios alternativos (extra)judiciais como método possível de acesso à Justiça.

Assim, ainda que o acordo solutivo não tenha sido construído no curso da mediação, parte dos seus objetivos terão sido alcançados, conformando-se o método consensual em novo modelo de quebra de paradigma à prática da litigiosidade jurisdicional que abarrotava “as prateleiras” dos Tribunais estatais.

4.15.3. Da função ministerial em sede de mediação

A atividade de mediação atribuída aos órgãos ministeriais surge como função de reforço – não exclusiva – aos mecanismos de resolução (extra)judicial de conflitos, cuja imparcialidade o legitima como agente neutro de promoção direta de acesso à Justiça, devendo decorrer atuação funcional como mero terceiro facilitador nesta hipótese.

No exercício destas atribuições funcionais, o papel do mediador ministerial reger-se-á pelos seguintes princípios e regras objetivas aplicáveis à mediação abaixo elencadas, a saber:

- (i) voluntariedade inequívoca das partes a impor a concordância formal na participação em todas as etapas (extra)judiciais da mediação, facultada à desistência unilateral a qualquer tempo;
- (ii) confidencialidade das tratativas negociais, consistente no compromisso de sigilo de todos os dados e informações obtidas nas etapas da mediação, exceto autorização expressa das partes ou na prática de ato ilegal em seu curso; nesse particular, o membro do órgão ministerial que funcionar como mediador não poderá depor como testemunha acerca de fatos a si confidenciais no procedimento de mediação, considerando ter atuado como terceiro desinteressado, cuja tônica da confiança possibilitou-lhe ter

tomado ciência das informações em razão de *munus* público de mero facilitador entre as partes;

- (iii) garantia à informação aos mediados, não só acerca de todo o procedimento extrajudicial de mediação, mas em relação às circunstâncias de fato envolvidas à relação jurídica preexistente, facultando-lhes serem assistidos por advogados constituídos, sendo defesa a assessoria ou orientação jurídica aos mediados;
- (iv) autonomia da vontade das partes, com plena liberdade para edificação das balizas do acordo consensuado, em atenção aos interesses a serem defendidos, com respeito aos plúrimos pontos de vista dos envolvidos;
- (v) resultado facultativo, onde as partes ingressam na mediação desobrigadas a celebração de uma resolução consensual;
- (vi) atuação funcional não vinculada à origem, onde as partes serão cientificadas que o mediador ministerial atuará desvinculado de sua atribuição funcional de origem (*custos legis*);
- (vii) compreensão inequívoca da solução, com o esclarecimento das obrigações decorrentes do acordo, sanções decorrentes pelo seu eventual inadimplemento e o compromisso de cumprimento espontâneo da avença;
- (viii) igualdade material e tratamento isonômico das partes durante todas as fases e em regime de coparticipação, em tratamento equidistante do negociador, dispensada a atuação valorativa do objeto negociado;
- (ix) autodeterminação negocial, com a ciência dos envolvidos de que as cláusulas obrigacionais acordadas serão de inteira responsabilidade das partes;
- (x) observância ao ordenamento jurídico, com certificação do mediador de que o acordo celebrado entre os mediados não seja defeso por lei e não afronte a ordem pública, nem tampouco contrarie as leis vigentes.
- (xi) dissuasão da adversariedade, estimulando os envolvidos na composição de seus conflitos, por meio do empoderamento dos mediados em condições de igualdade.
- (xii) reconhecimento, com apoio aos envolvidos de se autolegitimarem como sujeitos de direitos e obrigações, em igual atenção aos seus deveres e direitos.

Com as premissas antepostas, resta claro que o papel do mediador se encontra dissociado da figura do julgador, onde funcionará como mero facilitador qualificado, sem sequer proferir opinião quanto ao mérito do objeto negociado.

A atuação ministerial decorrerá durante a interação dos mediados, com a estruturação do diálogo aberto e promoção da comunicação ativa, fazendo emergir a autossolução do problema com balizas negociais em que os interesses múltiplos sejam voluntariamente contemplados pelo acordo.

Contudo, para que o membro do órgão ministerial possa exercer sua atribuição de mediador com a mínima segurança jurídica, ser-lhe-á deferido em razão da função as seguintes garantias, a saber:

- a) Da competência – consistente em que, para além de necessitar de atribuição funcional para atuação em procedimento de mediação, o membro ministerial será dotado de *expertise* – a depender da complexidade do caso – que o qualifique à atuação como mediador. Esta garantia informará que o mediador somente deverá atuar se detiver a qualificação necessária para desempenho da função. Deste modo, o mediador ministerial deverá buscar formação continuada e aperfeiçoamento periódico, tomando às experiências pretéritas como suplementação de sua qualificação em capacitação específica em diferentes frentes de atuação;
- b) Da imparcialidade – inserida no contexto de neutralidade exigida ao mediador ministerial que terá como pressuposto a prática de atos imparciais, em relação de desfavoritismos ou não preferências, assegurando-lhe impessoalidade como ápice no trato da facilitação desenvolvida. A imparcialidade exigirá postura de abstenção, com o fim de apresentar-se livre de suas convicções pessoais, crenças ou preconceitos;
- c) Da independência – define a liberdade de atuação no procedimento de mediação pressuporá ao mediador ministerial restar blindado de quaisquer influências ou interferências internas ou externas, devendo agir de acordo com a sua consciência e fiel a execução da lei;
- d) Da autonomia – expressa a capacidade da vontade em se autodeterminar segundo o ordenamento jurídico, podendo promover a suspensão ou interrupção do procedimento de mediação, em qualquer fase, se se verificar conduta irregular dos envolvidos ou nas tratativas, se recusando a formalizar o instrumento legal à vista de ilegalidade ou inexecuibilidade.

4.15.4. Da assistência jurídica

Da mediação (extra)judicial é facultado aos envolvidos a assistência jurídica por profissional habilitado – advogado privado ou público –, que poderão participar das etapas do procedimento, devendo guardar observância à confidencialidade, além dos fatos que tenha conhecimento em virtude de observância deontológica.

Considerada a facilitação do diálogo entre os mediados, o patrocínio, orientação e assessoria jurídica devem margear aos diálogos e intervenções das partes – protagonistas da mediação -, em especial, no auxílio jurídico para edificação de balizas legítimas do acordo.

Desta feita, no curso do procedimento de mediação, as partes devem ser estimuladas à comunicação direta, demonstrando como desejam satisfazer seus interesses pessoais que estejam em pretensão resistida.

4.15.5. Da submissão de questões

O procedimento de negociação em sede de mediação deve ser pautado pelo facilitador com vistas à solução de questões que envolvam o conflito, diversamente daquelas que envolvam as preposições delas. Tem-se como preposição o objetivo pretendido antecedente ao interesse realístico “mirado”, isto é, diversamente daquilo que a parte almeja em sede de pretensão solutiva da demanda aviada¹⁰¹⁴.

A melhoria da comunicação ativa e a identificação das pretensões de interesses das partes, tendem a dirimir conflitos aparentes, cuja preposição costuma ser óbice unilateral na concretização de acordos. Os interesses dos mediados podem ser conciliados sem alterar suas matrizes de preposições¹⁰¹⁵.

No início das mediações, os envolvidos tendem a utilizar-se uma comunicação digressivo-fática, com atribuição de culpa ao adversário ou justificativa retrospectiva acerca da conduta que lhe é imputada. Sob esse viés, a postura do mediador deve focar numa comunicação direta das partes, com vistas de uma solução prospectiva, isto é, cuja redefinição do conflito de interesses propicie uma melhoria e ganho mútuo para os envolvidos.

¹⁰¹⁴ A conciliação da preposição com o interesse realístico em solução prospectiva pode propiciar a manutenção dos fundamentos daquela (incolumidade), atendendo-se à pretensão deste (resultado acordado).

¹⁰¹⁵ Na seara de interesses públicos relevantes, podemos ter a preposição do gestor público em matéria de políticas públicas planeada versus a preposição da sociedade que busca a prestação de um dado serviço público correlato de acordo como o que deseja (vontade social). Uma solução de efetividade na confluência do atendimento dos interesses reais poderá ser construída consensualmente, com a implementação da política pela prestação do serviço de determinado modo, tempo, lugar e espaço, sem ilidir as preposições concebidas inicialmente por ambas as partes.

A formação da ideia de um interesse comum realístico e que propicie a celebração do acordo, terá o condão de estabilizar as relações interpessoais e a natural pacificação da contenda. Assim, neste particular, a identificação das questões subjetivas da lide é *conditio sine qua non* para condução da comunicação objetiva que facilite a solutividade do problema.

Os interesses das partes em intenção finalística poderá variar, independentemente do direito que buscam tutelar. As preposições em intenções inaugurais podem ser mantidas por ambas as partes, que elejam nos interesses comuns do acordo, forma mitigada de suas realizações pessoais almejadas.

Destarte, tudo dependerá da questão objetiva apresentada para mediação, representada pelo ponto controvertido da demanda, que necessitará de possível dissecação pelo mediador, na busca de um ponto de vértice que melhor propicie a identificação do interesse relevante para celebração do acordo.

No que couber, para questões complexas demandar-se-á do mediador a dissecação de múltiplas questões simples. A fragmentariedade de questiúncula não central propiciará a facilitação pontual de desenvolvimento do diálogo, da questão menor para questão maior em grau de complexidade.

Por fim, os sentimentos (perenes) e as emoções (momentâneas), conquanto questões de ordem subjetiva colacionadas pelas partes por meio de reações e estímulos na decorrência do procedimento de mediação, não devem fundar as balizas do acordo negocial a ser extraído, sem prejuízo de serem reconhecidos¹⁰¹⁶ para restabelecimento das relações intersubjetivas.

4.15.6. Da qualificação do mediador

A facilitação da comunicação direta como conduto ao acordo de melhores interesses exigirá a *expertise* do mediador e o conhecimento técnico afetado ao objeto da avença.

Os atributos de métodos autocompositivos diferem o mediador técnico daquele informal – experimentado por cidadãos comuns. Nas técnicas de mediação, a frequente capacitação em formação contínua é capaz de produzir maiores resultados, tanto para a atividade de mediação oficial, quanto para o atendimento dos melhores interesses dos mediados.

O atributo pessoal do mediador torna-se predicado de melhores resultados em facilitação autoconsensuada, permitindo elevação dos níveis quantitativos e qualitativos do interesse negociado.

Os atributos pessoais do mediador são de relevância para o método autocompositivo escolhido, podendo advir da forma cognitiva, perceptiva, emocional, comunicativa, criativa, negocial ou crítico-

¹⁰¹⁶ A atividade de mediação não é afeta à psicologia, devendo o mediador se acautelar para que comunicação entre as partes não enverede por tais caminhos.

construtivo, sem ser estanque de outras qualidades profissionais, a propiciar elevação de efetividade da atividade negocial em confluência de melhores interesses, a saber:

- (i) Dos atributos cognitivos – extraídos de fenômenos naturais de relações sociais e perceptíveis pelo mediador na *praxis*, com tratamento estratégico e colaborativo para solutividade da disputa;
- (ii) Dos atributos perceptivos – internalizados nas ideias, onde uma mesma circunstância fática pode ser vista por diversos ângulos e de maneira distinta pelo observador, permitindo-se avaliar o conduto do diálogo ao caminho menos dispendioso para atingimento de um melhor resultado.
- (iii) Enquanto o julgador identifica o direito sob à ótica dos fatos colacionados pelas partes¹⁰¹⁷, em atenção ao princípio da congruência, o mediador utiliza-se da percepção de verificabilidade dos interesses comuns dos envolvidos, como forma de integrá-los entre si na solução do problema.
- (iv) Dos atributos emocionais – onde os estímulos emocionais são experimentados e devem ser autocontrolados (serenidade e concentração) para o não comprometimento da impessoalidade do procedimento de mediação. As situações de conflitos emocionais de outrem são melhor entendidas e superadas quando já experimentadas e contidas pelo próprio negociador;
- (v) Dos atributos comunicativos – experimentados na boa transmissão do conjunto de mensagens pretendidas e tangenciadas à mediação. A compreensão das mensagens comunicadas são fundamentais à solução do conflito. As comunicações negativas, polarizadas e violentas (adversariais), devem ser mitigadas pelo estímulo às comunicações propositivas, colaborativas e serenas (consensuais), de modo a fortalecer a aproximação dos envolvidos e restabelecer seus vínculos sociais. A comunicação prospectiva de responsabilização mútua “mirará” na saída conciliatória de interesses realísticos mútuos. A comunicação retrospectiva, prepositiva, de imputação factual, mirará em óbices litigiosos, terra infértil para soluções vertidas ao consenso. Nesse sentido, o mediador tornar-se-á responsável pela facilitação da comunicação conciliadora, identificando sentimentos e interesses reais prospectivos, com soluções

¹⁰¹⁷ Jura novit curiae, da mihi factum, dabo tibi jus.

concertadas às questões vertidas. A escuta ativa é forma de desenvolvimento qualitativo de atributo comunicativo do mediador.

- (vi) Do atributo criativo – a desenvolver habilidades e experiências pretéritas em métodos de inovação – originários ou alternativos – que possam desaguar na solução do conflito. O foco nos interesses aparentes (prepositivos) dos envolvidos impende à solutividade criativa e optativa que atenda os mútuos interesses dos envolvidos.
- (vii) Dos atributos negociais – a aplicar a teoria da negociação nas etapas de facilitação em indução ao consenso. A integração orientativa das técnicas de negociação agregam para um processo de mediação exitoso.
- (viii) Dos atributos crítico-constructivos – onde o “tirossímel” do pensamento crítico no processo de tomada de decisão advirá da facilitação da controvérsia. Haver-se-á estimulação à escolha consciente, com demonstração clara de riscos e consequências, fomentada de aclaramento de soluções possivelmente administráveis.

4.15.7. Resgatando laços interpessoais

O conflito decorre de ponto de enlace desconstituído, em vórtice progressivo de escalada de ações e reações provocadas pelas partes. Quando se busca resgatar laços interpessoais, o caminho inverso torna-se obrigatório, abordando-se questões disruptivas que antecederam o estado de coisas conflituoso.

Toda ação geradora de uma reação normalmente potencializará uma “escalada” de quebra de laços interpessoais. O conflito poderá se desenvolver num “espiral” sucessivo de desinteligências, a desaguar no rompimento relacional momentâneo, onde os contendores se apresentam como vítimas e ofensores.

Assim, o mediador deve estar atento em facilitar o retorno do caminho espiral, partindo, para tanto, do vórtice conflituoso para o restabelecimento do vértice de laços interpessoais outrora interrompidos. Todos esses pontos devem restar claros para o mediador, convidando os envolvidos para visitarem um possível ponto final de melhor interesse comum.

Dessarte, o caminho inverso do movimento do conflito deve servir de indução a valoração dos sentimentos e ao restabelecimento dos laços dos envolvidos, agindo-se positivamente no sentido de uma autossolução entre os mediados.

4.15.8. Das fases da mediação ministerial

A flexibilidade é inerente às etapas do procedimento de mediação (extra)judicial, consubstanciada na liberdade do mediador em realizar a condução de fases para melhor solutividade da controvérsia, dependendo da equalização de etapas a vencer, face à natureza da mediação que melhor se busca alcançar (comunitária, publicista ou privada).

Como inerente às atividades executivas dos órgãos estatais, o planeamento da mediação deverá considerar a complexidade do objeto, a diversidade cultural dos envolvidos e as relações sociais encetadas pelas partes, buscando-se uma abordagem mediatória que contemple o interesse realístico comum. A facilitação da comunicação exige atenção e conhecimento de multifatores endógenos e exógenos que envolvam/envolvam a disputa.

O planeamento de fases independentemente de o procedimento ser flexível por conduto de uma melhor solução, visa potencializar uma comunicação ativa – ainda que informal – eficaz ao reconhecimento do melhor interesse dos envolvidos. A participação colaborativa e a exposição de razões claras para compreensão recíproca do problema dependerá dessa multifatoriedade considerada.

As fases identificáveis para o planeamento mínimo são as de pré-mediação, mediação e acordo. A fase de pré-mediação é a deflagração do procedimento formal por mediador público competente, sob termo de aceitação volitiva dos envolvidos e aceite do dever de confidencialidade, com a edificação de estratégias de facilitação.

Ultrapassada a fase preliminar, inaugural da mediação propriamente dita, decorrerá a abertura e apresentação dos objetivos de edificação do autoconsenso. Ato contínuo, passar-se-á em exposição de questões pelas partes, com escuta ativa do mediador com entendimento de interesses e sentimentos, inclusive por meio de (re)perguntas.

Ao fim da escuta ativa, tratar-se-á uma resenha dos fatos, esposando os pontos vértices e desinteligentes, testando a compreensão das narrativas e manejando-se a condução do diálogo aos melhores interesses comuns.

Por fim, na fase do acordo, o mediador estimulará a edificação colaborativa da solução do problema sob responsabilidade dos mediados, avaliando a escolha erigida em comum, aferindo-se como meio idôneo, lícito e viável à estabilização do conflito, promovendo o encerramento do procedimento com a redação e formalização do acordo final.

Minudentemente a estas três fases principais antepostas, dissecaremos as seguintes etapas procedimentais endógenas, para esclarecimento da execução da mediação como procedimento autocompositivo:

- (i) a pré-mediação;
- (ii) a instauração;
- (iii) a colheita de dados e informações;
- (iv) a identificação dos interesses;
- (v) a delimitação de vórtices do conflito e do ponto de vértice de interesses;
- (vi) a solução da controvérsia; e, por fim,
- (vii) o tombamento das autossoluções consensuadas.

4.15.9. Da pré-mediação

A etapa de pré-mediação deve estar conglobada à instauração da mediação, momento próprio de admissibilidade, com a verificabilidade pelo mediador da pertinência do método autocompositivo na solução da disputa. A reunião do mediador com os envolvidos, em conjunto ou isoladamente, servirá para tomada da adesão voluntária de submissão do conflito à mediação, sob compromisso de confidencialidade das partes, para além de levantamento de dados preliminares e que servirão de mote ao planeamento mínimo da execução procedimental.

Nesta fase, poderá ser realizada reunião com os interessados ou podem ser realizadas reuniões individuais com cada qual, esclarecendo-se a metodologia do procedimento, etapas, características e benefícios da eventual tomada da autossolução. Serão identificados os pretensos participantes, conhecendo-se as “nuanças” pessoais e questiúnculas que envolvem a demanda (extra)judicial, para só então, decidir-se pela deflagração do procedimento mediatório e a marcação de agenda de trabalhos.

Ato contínuo, tornando admissível a demanda (extra)judicial, o mediador tomará a concordância voluntária das partes da submissão do conflito, enumerando as fases a serem percorridas e tomando o termo formal da confidencialidade e de responsabilidade para andamento dos trabalhos. Será estabelecida uma agenda mínima, de tudo reduzindo-se termo.

Nada impede que a fase de pré-mediação aconteça na mesma data da sessão de instauração formal do procedimento mediatório, com a coleta de dados, informações e oitiva de envolvidos.

A coleta de dados e informações na fase de pré-mediação é importante etapa para entendimento dos pontos vórtices do conflito e dos vértices de interesses reais, por meio de observação direta do

mediador. Será a oportunidade de aferir a postura dos mediados, suas emoções e a forma de comunicação.

Sem prejuízo, a busca de dados e informações em fontes secundárias torna-se necessária em conflitos de natureza complexa, sempre que houver banco de dados disponíveis sobre temas relevantes na condução e facilitação do acordo.

Por derradeiro, a entrevista de oitiva das partes é mecanismo de suporte para circunstanciação fático-jurídico da demanda, esclarecendo-se questões e compilando-se informações que auxiliem na correta percepção da natureza do problema.

4.15.10. Da instauração

4.15.10.1. Dos atos preparatórios

As instalações físicas e recursos materiais devem estar disponíveis para garantir o encontro do mediador e os envolvidos. Desde o local, até à mesa em que decorrerá a tomada de assento¹⁰¹⁸, precisa restar preparada para demonstração de posição isonômica entre mediador e mediados, em especial cuidado para manutenção de ambiente seguro e propício ao diálogo colaborativo.

Ultrapassada essa fase, a recepção dos envolvidos deve estar envolta de cordialidade por todos que integram a atividade de mediação ministerial. O ambiente de mediação visitado pela primeira vez traz aos mediados a experimentação de sentimentos que podem gerar desconforto, devendo ser minorados e não absorvidos pelo mediador. A serenidade e distensão de ânimos é a tônica preparatória do procedimento.

Caso seja a hipótese de mediação, deverá haver planejamento prévio com a divisão de tarefas e transição de intervenções, com o fim de não criar ambiente confuso ou de dispersão comunicativa com os envolvidos.

4.15.10.2. Da abertura formal procedimental

Na primeira reunião entre mediador e envolvidos, o estabelecimento de segurança e confiança na figura do mediador se dará no curso da apresentação e inauguração do procedimento, com esclarecimento de todas as fases do procedimento. Deve ser cientificada às partes o papel de

¹⁰¹⁸ As mesas redondas dão sensação de igualdade de participação e tratamento, propícias à abertura do diálogo e induzindo ao empoderamento do mediados. Cadeiras dispostas em círculo produzem o mesmo efeito. Na impossibilidade dessas duas primeiras, mesas retangulares ou quadradas devem ser dispostas com o mediador de um lado, e todos os envolvidos horizontalmente do outro, dispondo patamar de igualdade de tratamento.

neutralidade e imparcialidade do mediador, diametralmente oposto à figura de um julgador. A transição da fase de pré-mediação a mediação pode ser conduzida por mediadores diferentes.

Por conduto preliminar, a informalidade da comunicação conduzirá os trabalhos executivos, com diálogo, perguntas, orientações de conduta, esclarecimentos e confirmação da compreensão indubitável acerca da relação jurídica procedimental instaurada¹⁰¹⁹. Ultrapassadas tais questões, confirmar-se-á à disposição dos envolvidos em seguir com o procedimento de mediação, procedendo-se a instauração formal da mediação.

A depender da complexidade do objeto, o mediador esclarecerá aos envolvidos acerca da necessidade (ou não) de entrevistas individuais, denominadas de *caucus*¹⁰²⁰, sem que isso importe na quebra da imparcialidade do mediador.

Assim, após a declaração de instauração do procedimento, o mediador passará a comunicação a um dos mediados, para que descreva sua preposição acerca da questão. O início da fala primeva é definida pelo mediador, utilizando-se de critério objetivo ou livre consenso das partes, sendo, ato contínuo, passada a comunicação ao outro envolvido por igual tempo. As oportunidades de falas devem ser equânimes, estimulando-se propostas de falas colaborativas e convergente, para o trabalho conjunto com vistas ao autoconsenso.

4.15.10.3. Da colheita de dados e informações

Após os relatos dos envolvidos e a escuta ativa do mediador, iniciar-se-á o *rapport* pelo mediador, que consiste no estabelecimento de relação de confiança e compromisso erigida pela atenção, cordialidade e bom trato na condução mediativa e na prática de intervenções facilitadoras.

Como já dito antes, o contato visual do mediador torna-se instrumento de reforço ao *rapport* com a prática gestual de compreensão, imparcialidade na linguagem verbal e equilíbrio no trato de facilitação negocial.

A tomada de notas de questões pontuais precisa ser explicada como ato neutro de consolidação das informações procedimentais, cuja confidencialidade preservar-se-á mantida até mesmo ao fim dos trabalhos frutíferos ou não. As comunicações dos envolvidos, ainda que não decorram de falas ativas verbais, também devem ser objeto de especial atenção pelo mediador.

¹⁰¹⁹ Respeito mútuo, urbanidade, boa-fé, veracidade das comunicações, escuta ativa recíproca e igualdade de falas e oportunidades são regras básicas do procedimento a ser encetado.

¹⁰²⁰ O caucus, termo designado para definir os encontros individuais ocorridos nas tribos indígenas da América do Norte, é uma das técnicas amplamente utilizadas na mediação de conflitos como forma de contribuir com a autossolução dos litígios, sofrendo críticas pela pendulação/influência que podem exercer sobre o envolvidos.

Finda a primeira narrativa de ambos os mediados deve-se indagar se há mais algum ponto que necessita ser esclarecido por todos envolvidos. Perguntas interruptivas às falas dos envolvidos podem comprometer a concatenação de ideias e do próprio procedimento, devendo serem feitas a tempo e modo escorreito.

A possibilidade igualitária de apresentação de percepções em relação ao conflito, sem agressões mútuas, torna-se meio de distensionamento de ânimos.

Com os relatos circunstanciados, o mediador deverá proceder uma consolidação das informações em texto resumido, cuja compreensão seja facilmente testada pelo mediador e confirmada em veracidade pelas partes; assim, servirá de base para ordenação de questões e interesses realísticos orientado às discussões e para chegada de uma autocomposição facilitada.

4.15.10.4. Da identificação dos interesses

A identificação de interesses e sentimentos é questão aferida pelo mediador no curso de todo procedimento de mediação. A consolidação de dados e informações deve “mirar” num viés prospectivo, isto é, que seja útil para solutividade futura volvida ao acordo.

As pautas de diálogo serão extraídas destas identificações de interesses reais, decorrentes de aspectos objetivos e subjetivos de proposição do conflito. Assim, a criação de um processo estruturado será capaz de ser conduzido eficaz à celebração de uma autocomposição, com elementos perenes de estabilização de relações intersubjetivas e sociais.

A atividade mediativa deve destacar-se pela validação dos interesses realísticos dos mediados, facilitando-se a comunicação ativa para resolutividade de questões e restabelecimento/manutenção de laços de interesses comuns. A sensibilidade para captação das mensagens relevantes e decodificação como úteis ao processo autodecisório devem ser qualidades intrínsecas de mediadores oficiais.

4.15.10.5. Delimitação dos vórtices conflituosos e dos vértices de interesses

A consolidação de informações contendo a delimitação de interesses servirá de pauta objetiva aos mediados com o foco na coconstrução autoconciliatória que permita a compatibilização dos interesses reais envolvidos (pontos de vértices), permitindo-se debelar os conflitos que deram causa à desinteligência das partes (pontos de vórtices).

A delimitação conflituosa e de pontos de vértices é etapa de reenquadramento da controvérsia, que deve descartar as preposições das partes. Posto isso, o mediador tem a seu dispor, mecanismos que melhor indiquem a percepção do problema, com aplicação da melhor técnica de elucidação e autossolução do litígio.

Nesse particular, a realização de *caucus*¹⁰²¹ favorece a delimitação dos conflitos e pontos de interesses, ao passo que um dos mediados pode não expor totalmente a controvérsia na presença do outro, omitindo fato importante que poderá ser usado contra si acaso não haja a celebração do acordo no final. Essa reunião individual deverá propiciar a exposição franca de fatos e o acolhimento de percepções que podem auxiliar no curso do procedimento, sobretudo, pois, será gravada de confidencialidade, exceto por autorização expressa do mediado em revelação de conteúdo ou se envolver a prática de ilícito penal.

Desta feita, o mediador deve estimular a comunicação ativa dos mediados por provocação em indagações objetivas, que podem elastecer – em benefício da autossolução em construção – por meio da revelação de interesses subjacentes e aspectos fáticos não notados pelos envolvidos em suas preposições. A validação de sentimentos e sua correlação com os interesses não atendidos propiciarão o desenvolvimento das questões objetivas do conflito, com vistas ao encontro dos pontos de vértice de interesses reais em comum.

4.15.10.6. Da resolutividade da controvérsia

Para parte inicial da etapa de mediação, os mediados se empoderam e aumentam sua capacidade de entendimento do problema, cuja melhor compreensão será o “lúmen” de novas perspectivas de enfrentamento, superação e resolutividade.

A gestão de sentimentos é influenciada nessa nova percepção de interesses próprios e alheios, influenciando diretamente a conclusão que se busca.

Assim, a etapa de resolutividade do conflito demonstra mais maturidade dos mediados, cuja razão emerge em possibilidade posta para uma das vias alternativas de solução. Há esforço comum entre o mediador e os mediados para superação de eventuais impasses ainda resistentes, com a colaboração na geração de opções válidas ao processo final de tomada de autodecisão.

¹⁰²¹ Reunião do mediador com uma das partes do conflito, podendo decorrer de sessões privadas.

A simples melhoria da comunicação ativa entre os mediados será capaz de demonstrar e debelar possíveis conflitos de interesses aparentes, comumente experimentados quando um dos interlocutores, acredita que seu objetivo é contrário ou incompatível com os objetivos de outrem. Contudo, posições contrárias entre si não conduzem, automaticamente, a interesses reais incompatíveis entre as partes.

Ainda que em situações mais complexas, será possível que o negociador se utilize de técnicas especializadas que conduzam a resolução autoconsensuada do conflito, ampliando-se as possibilidades de acordos parciais ou totais, por definição de padrões objetivos de objeto, que servirão de critérios indutores de uma superação de impasses parciais ou totais.

4.15.10.7. Do tombamento das autossoluções

À vista da utilidade, viabilidade e estabilidade das resoluções autoconsensuadas definidas pelos envolvidos, o mediador auxiliará aos mediados na redução a termo do acordo a ser celebrado, primando por uma escrita objetiva que identifique as questões controvertidas e suas autossoluções aplicáveis, definindo claramente os deveres e direitos a possibilitar a estabilização em definitivo da relação jurídica controvertida, velando-se, inclusive, para que não surjam problemas de interpretação possíveis de desencadear novas desinteligências.

Em alguns casos, a depender da informalidade da relação existente entre as partes e da própria mediação em si, não haverá a necessidade de redigir documento formal, bastando o acordo verbal ou o imediato cumprimento do compromisso fixado para exaurimento do objetivo da mediação.

Sem prejuízo, acaso não decorra a formalização do acordo entre os envolvidos, deve o mediador explicar os aspectos positivos que derivaram da possibilidade do diálogo aberto, criando, inclusive, um ambiente de identificação clara de pontos de vórtices debelados e de possível superação aos interesses comuns para outra oportunidade.

Outrossim, ao final do procedimento de mediação, sendo celebrado o acordo entre os mediados, poderá ser o mesmo referendado pelos órgãos ministeriais, cuja mediação própria já chancelará por essência. Sem prejuízo, poderá ser submetido à homologação pelos órgãos judicantes competentes, a dotar-lhes, por consequência, de segurança jurídica como título executivo judicial, conforme o caso.

Antepostas as etapas da mediação exercitadas no seio dos órgãos ministeriais, descreveremos as técnicas de mediação em rol *in numerus apertus*, cujas opções tornam-se disponíveis para exercício do mediador publicista, sem prejuízo de suas percepções criativas para um melhor desenlace na tentativa de utilização dos meios alternativos de composição das controvérsias.

4.16. DAS TÉCNICAS DE MEDIAÇÃO DISPONÍVEIS AO CONTROLE PUBLICISTA

À disposição do mediador publicista estão as técnicas de mediação ordinárias, que precisam ser reforçadas no seio publicista, sem prejuízo de soluções criativas que possam levar a bom termo a resolutividade coconstruída do problema, em especial, na seara de tutela de interesses públicos relevantes.

O contexto e o modelo mediativo para cada procedimento (em concreto) serão definidos pelo condutor da comunicação publicista (facilitador) – membro do órgão ministerial, que possuirá desvinculação de suas atribuições ordinárias (função ministerial típica), para independência plena do exercício desse neófito *munus*.

A escolha das corretas técnicas mediativas publicistas afina-se ao resultado planejadamente pretendido, com o uso escorreito já na fase de pré-mediação e na etapa de instauração, de delimitação dos interesses públicos ou privados para melhor percepção de questões e sentimentos, em balizamento das comunicações colaborativas e a realização de reuniões privadas.

Os meios alternativos possibilitarão uma multiplicidade de induções à melhoria do entendimento sobre a comunicação ativa e a recepção de mensagens. São recursos que potencializam a compreensão das preposições e interesses reais, em prol do processo dialógico em que as intervenções de mediação poderão propiciar.

Assim, a utilização de comunicação não adversarial pelo envolvido na mediação é composta da observação, do sentimento, das necessidades e do pedido. A observação exógena de fatos e narrativas sem preconceitos – implícitos e explícitos -, permite aos envolvidos estimular sentimentos alheios, identificando as necessidades improvidas, lastrando-se os pedidos em ações (extra)judiciais futuras.

A diferenciação entre a pretensão de uma parte e o impacto que essa pretensão ocasionará a outra, faz com que o fluxo da intenção almejada sofra óbice racional por si só. O distencionamento poderá advir com a demonstração inequívoca de que a vontade de uma parte poderá inviabilizar o cumprimento razoável pela outra.

Nesse sentido, a mediação publicista pode se utilizar de mecanismos multiprocedimentais de comunicação e negociação no curso do processo de facilitação, calcados, dentre outros em: (i) escuta ativa; (ii) resenha colaborativa; (iii) estabilização; (iv) distensão do conflito; (v) despersonalização; (vi) (re)contextualização; (vii) percepção de propostas; (viii) empoderamento emocional; (ix) escopo prospectivo; (x) silêncio obsequioso; (xi) reuniões individuais (*caucus*); (xii) substituição de polos; (xiii) comunicações orientadas; (xiv) realismo; e, por fim, (xv) (re)conhecimento emocional.

4.16.1. Da escuta ativa do mediador publicista

O reconhecimento pessoal frente a determinado agente público residirá na possibilidade de audiência e oitiva atenciosa, sobrelevando-se a própria perspectiva sobre uma questão de interesse público, suas necessidades e sentimentos. A escuta ativa com serenidade e comunicação atenciosa, sem prejulgamentos ou preconceitos, criará uma empatia passível de confiança, em que a demanda será apreciada com neutralidade e isenção.

A correta percepção de uma questão que envolva comunicação ativa exige atenção e respeito na perspectiva narrada pelo interlocutor, demonstrando-se, com clareza, que compreendeu adequadamente a mensagem e a exposição perpassada.

O estado de espírito do mediador publicista¹⁰²² será indispensável para realização da técnica de escuta ativa, estando disposto à percepção e o entendimento completo da demanda. Uma postura de refutação imediata será propícia a uma retorsão imediata, o que agrava a desinteligência e não contribui para composição de problemas.

A oitiva não deve prejulgar questões postas, associar-se a questões passadas, interromper uma linha de raciocínio ou alinhar antecipação da conclusão sobre o tema esposado. A escuta ativa exige oitiva dedicada à compreensão completa da comunicação, sem preocupação com o proferimento de uma decisão, onde a mediação pública não “desaguará” em decisão de mérito da lide.

As indagações interventivas adequadas propiciarão ao mediador publicista a complementação da técnica de escuta ativa, em melhoria instrutiva de sua resenha final, que será submetida a confirmação das partes para fixação dos pontos vertidos e controvertidos.

4.16.2. Da resenha colaborativa

A resenha colaborativa será o resumo da comunicação facilitada durante o procedimento de mediação publicista, gravada de confidencialidade, cuja confirmação do conteúdo pelas partes será a expressão da compreensão escoreita de toda comunicação de interesses e dos sentimentos discorridos pelos mediados até a apresentação final.

¹⁰²² Contato visual, serenidade, paciência, atenção e disposição pessoal para perceber as mensagens explícitas e implícitas. Não basta prestar atenção, mas sim a demonstração de dedicação à compreensão está à mostra pelo facilitador.

Tem a finalidade de orientar a negociação pelas informações e mensagens extraídas da própria narrativa dos mediados, podendo externar pontos de vértice e balizar os pontos controvertidos de interesses reais, foco de solutividade da mediação.

É instrumento de resolutividade parcial ou total de problemas, considerada a compreensão conflituosa posta ao negociador. Extrair-se-ão reminiscências de pontos conflituosos da resenha colaborativa, onde a superação deles dependerá de técnicas de autocomposição à disposição do facilitador publicista.

A própria percepção do mediador na feitura do resumo deverá ser destaque claro às partes, antes mesmo da leitura, com o fim de não as “melindrar” acerca de pontos que não tenham sido bem compreendidos e eventualmente registrados. Desse modo, sempre será possível a correção descritiva a fim de melhor demonstrar que nenhum ponto foi “pendulado” pelo facilitador, nem nenhum outro restou omitido.

A síntese das preposições dos envolvidos e os interesses realísticos a serem alcançados pela mediação estarão descritos no resumo colaborativo, sempre sob uma ótica prospectiva, isto é, “mirando” no resultado positivo do acordo mediado.

As situações negativas narradas podem ser usadas para descrever uma conduta prospectiva de essência positiva para cultura do diálogo¹⁰²³.

4.16.3. Da estabilização

A estabilização das relações reside na compreensão de quais situações de controvérsias e pretensões resistidas de interesses, incluindo a falha¹⁰²⁴ ou a falta de comunicação¹⁰²⁵, serão responsáveis pela potencialização de desinteligências.

Os conflitos são inevitáveis e essa postura natural necessitará ser reconhecida pelo mediador como algo comum desde o início da pré-mediação, a fim de criar um ambiente de receptividade acerca dos sentimentos dos envolvidos e da neutralidade em relação à ocorrência do problema. Assim, a estabilização das relações exigirá o deslocamento do problema das pessoas para o objeto de interesse controvertido a ser facilitado, possibilitando a colaboração interativa.

¹⁰²³ Se um interlocutor comunica ser reiteradamente respeitado, o resumo colaborativo pode trazer a necessidade de respeito mútuo como colaboração ao diálogo construtivo da autossolução dos mediados.

¹⁰²⁴ Descuidos verbais violentos.

¹⁰²⁵ Silêncio insatisfatório, de contrariedade ou de protesto.

Nesta técnica, além de se normalizar a recorrência do discurso polarizado (adversarial), viabiliza-se comunicação ativa mais produtiva, além de afastar o constrangimento entre os envolvidos.

4.16.4. Da distensão conflitual

O interesse comum vertido que poderá levar à formalização do acordo entre as partes, quase sempre advirá de laços comuns¹⁰²⁶ à disputa, importando que o melhor acordo é aquele que preserva o melhor interesse de uma parte e o melhor interesse da outra, mantidos os laços inaugurais que as unem tanto quanto possível.

O atendimento de um interesse de uma das partes, não é, necessariamente, prejudicial à outra, como nas tendências de polarização adversarial. Assim, o ponto vértice de interesses reais deverá unir o melhor interesse de ambos os facilitados, circunstância a ser demonstrada inequivocamente pelo facilitador, promovendo-se, por consequência, a distensão do conflito espreado no ânimo dos mediados.

Ainda, em sede de comunicação compositiva será possível converter diálogos adversariais para diálogos colaborativos com vistas à solutividade adequada.

4.16.5. Da despessoalização dos conflitos

A adversariedade é prática comum em matéria de conflitos de interesses de pretensão resistida. Os conflitos geram ações e retorsões que põem os contendores em permanente rota de colisão. Em circunstância diametralmente oposta apresenta-se o processo autocompositivo, onde a postura adversarial é totalmente inadequada, podendo, inclusive, levar à inadmissão de submissão do conflito à mediação já na fase de pré-conciliação.

Lado outro, pelas qualidades do facilitador publicista poderá haver a capacidade de se perceber de plano problemas pessoais por meio de intervenções violentas (ofensivas) das partes, mensagens subliminares e implícitas de necessidades não atendidas, elaboração de pleitos incompreendidos antes e no curso do procedimento.

A dissociação de pessoas dos conflitos propriamente ditos tenderá a preservar a médio e longo prazo, as relações e laços que os uniam antes do ato disruptivo por desinteligência. A perscrutação da

¹⁰²⁶ Laços afetivos, familiares, religiosos, comunitários ou sociais entre os envolvidos.

razão da controvérsia não tenderá que dispor sobre a pessoa e suas preposições, bastando que se (re)avaleie sua conduta e as circunstâncias envoltas ao problema.

4.16.6. Da (re)contextualização

A retransmissão pelo facilitador daquilo que é explanado pelos mediados – negativa e retrospectivamente, deverá ser objeto de (re)comunicação positiva e prospectiva, técnica idônea de mediação publicista, que poderá induzir na condução eficaz de um acordo a contento das partes.

Nesse sentido, o escopo da (re)contextualização exercitada pelo mediador publicista deverá objetivar os melhores interesses realísticos das partes, funcionando como filtro de melhor qualidade de narrativa negativa de mensagens através de afirmações antagônicas propositivas.

Deste modo, as manifestações negativas dos mediados são percebidas pelo mediador e transformadas em observações propositivas que re(contextualizam) todas as questões que orbitam o conflito, permitindo-se que a resenha colaborativa expresse a totalidade dos interesses sem juízo de valor (neutralidade). A inversão dos sentimentos negativos exortados pelos envolvidos surgirá como lumiar positivo da mediação.

4.16.7. Da percepção de propostas

A atenção mediativa publicista exige uma postura de perspicácia do mediador, para entronizar consigo mensagens explícitas e implícitas que sejam descoladas das mensagens dos mediados, tanto nas afirmações, quanto nas negações.

Para tanto, a técnica da escuta ativa já esposada será meio indispensável à oitiva de propostas explícitas e implícitas. Na oitiva de propostas implícitas, uma negação para cumprimento de algo poderá ser a afirmação para cumprimento de outro¹⁰²⁷.

¹⁰²⁷ Exemplifico: a afirmação de que o valor do pedido a título de indenização é muito superior ao realístico, denotará uma predisposição para pagamento de quantia indenizatória. A controvérsia só se verterá ao quantum debeatur.

4.16.8. Do empoderamento emocional

As respostas positivas do mediador em estímulo a uma colaboração propositiva por parte de um dos mediados tenderão a se desvelar como reforços e empoderamento de natureza emocional.

O reforço emocional ao facilitado ou a seu patrono constituído consistirá numa comunicação positiva do mediador, em resposta a posturas colaborativas às etapas do procedimento de mediação. A sublimação de atitudes produtivas deve ser pontual, convergente à proposta mediativa, empoderando um dos mediados sem denotar qualquer espécie de predileção.

A imparcialidade deve permanecer incólume, onde elogios exagerados podem “melindrar” a outra parte da mediação. O elogio sincero é autossuficiente, tanto em reuniões públicas conjuntas, quanto em reuniões privadas individuais.

4.16.9. Do escopo prospectivo

As solutividades conduzidas pelo mediador público devem estar envoltas em estratégias prospectivas, isto é, potencializar o direito ao futuro acordo entre os envolvidos na mediação. As autossoluções que melhor atendam essas expectativas póstumas deverão nortear as tratativas de (re)estabelecimento das necessidades particulares e dos interesses reais dos facilitados.

Ao prospectar autossoluções relevantes nos conflitos dos mediados, o mediador público se torna facilitador da pacificação social de controvérsias, retirando-se atenção especial dos elementos retrospectivos negativos formadores de erros grosseiros e culpas conscientes.

Destarte, esta técnica visa retirar dos envolvidos a possibilidade de revisitação do conflito e de todos os elementos de sua discussão em si, tornando os fatos preclusos e com uma visão de futuro, em que pese a mediação não analisar fatos probatórios, mas utilizar-se da percepção de vários ângulos de um mesmo objeto.

4.16.10. Do silêncio obsequioso

O silêncio obsequioso do mediador publicista serve para uma pausa reflexiva, para que os mediados pensem acerca da tentativa de autoacordo que vem sendo encetada. Em vez de uma comunicação de reprovação às partes, o mediador se utiliza da pausa em favor do prosseguimento mais adequado das tratativas negociais.

O aprofundamento para solução de questões complexas, por vezes dependerá de uma pausa para busca de aperfeiçoamento da técnica ou equilíbrio em mudança de rumos. Como a mediação é formada por coconstrução da solutividade, o facilitador não deverá intervir veladamente, senão para manter a ordem dos trabalhos. A reconsideração poderá surgir depois de uma salutar pausa obsequiosa.

O silêncio poderá ser usado para tempo de respostas pelo mediador, após a apresentação de uma proposta por um dos mediados, sobre circunstância em que o mediador não deverá se manifestar por funcionar como mero facilitador comunicativo.

4.16.11. Das reuniões individuais (*caucus*)

As reuniões individuais são sessões privadas realizadas pelo mediador e um dos mediados, sem a presença do outro por opção do facilitador, mas que – via de regra - necessitariam ser realizadas com ambos os facilitados, para que não “denote” possível quebra do tratamento isonômico e a imparcialidade no procedimento.

A cientificação das partes acerca da possibilidade de realização deve se dar logo – na fase da pré-mediação –, para que não decorra surpresa entre os envolvidos a pôr em xeque a lisura da mediação.

A reunião individual servirá para que o mediado expresse sentimentos e emoções que não faria na presença da outra parte, assim como a colheita de dados e informações que, gravados de confidencialidade a outra parte, poderão influenciar na solução consensuada do problema.

Além de mitigar a possibilidade de acirramento da controvérsia entre as partes no curso da mediação, o *caucus* servirá como oportunidade “distensora” de influências externas que impeçam o avanço momentâneo da mediação, fato perceptível pelo facilitador publicista acurado, fatos sempre confiados em reunião privada com gravame de confidencialidade.

Assim, antes de iniciar a sessão privada deverá o mediador reforçar o seu próprio dever de confidencialidade para com o mediado, cientificando-lhe de que qualquer revelação dependerá da anuência expressa, exceto nas hipóteses da revelação da prática de ilícito penal.

4.16.12. Da substituição dos polos

A inversão de posições (polos) é método destinado a potencializar que um dos mediados ponha-se no lugar do outro, ideal se utilizada em reuniões privadas, dependendo do prévio entendimento da situação da parte.

A contextualização e o entendimento das nuances que envolvam a situação experimentada pelo o outro, será condição indispensável para utilização desta técnica, sob pena de não surtir o efeito desejado.

4.16.13. Da comunicação orientada

A comunicação orientada é método de assistência às tratativas de autocomposição, propiciando que o facilitador publicista indique os caminhos a serem percorridos, sem apresentar suas próprias propostas como opção de composição do litígio. Assim, os próprios facilitados deverão erigir a solução autoconsensuada, adotando-se as escolhas que entenderem mais adequadas.

O papel do mediador público será de facilitador por meio da comunicação orientada para a escolha das várias opções possíveis a convergência de interesses das partes. Por meio de perguntas integrativas que estimulem as partes a formular soluções, visa-se o atingimento de acordo decorrente da pauta de autocomposição mediativa.

Para concatenação livre das ideias, o facilitador público executará separadamente as etapas de geração de opções, com a conseguinte, que será a de escolha das opções possíveis, a fim de dar azo à execução de um planeamento correto para alcance de resultado minimamente satisfatório.

Quanto maior disponibilidade de opções válidas formuladas, mais próximo de celebração de acordo e solutividade de controvérsia estarão envolvidos os mediados. A estimulação de várias vertentes possíveis de resolutividade tornará credível uma escolha que melhor atenda o interesse real em convergência dos facilitados.

4.16.14. Do realismo empírico

A representação da realidade em teste decorrerá da estimulação do envolvido em comparar a sua existência interior, com a sua existência exterior, para aferir-se a plausibilidade das opções disponíveis, acaso não advenha o acordo pela mediação.

Das respostas decorrentes do próprio método, emergirá a persuasão racional do mediado de que sua pretensão enquanto melhor interesse escolhido encontra-se em desacordo com a realidade possível de acontecer.

A rigidez de ideias prepositivas são óbices para se enxergar futuros realísticos possíveis, devendo tal técnica ser exercitada em reuniões individuais, a fim de não expor fraquezas do facilitado, com vistas à quebra de paradigmas dissociados da realidade disponível às partes.

4.16.15. (Re)conhecimento emocional

A identificação dos sentimentos e das emoções como causas ordinárias decorrentes de conflitos importa no (re)conhecimento de suas existências, com abordagem perspectiva positiva, primando-se indicar os porquês da geração deles, face às expectativas das necessidades dos facilitados e com vistas aos interesses reais existentes (ponto vértice).

Sem prejuízo de serem reveladas explicitamente pelo facilitado, a percepção de sua existência deve ser trabalhada sob a ótica positiva pelo mediador público, como fator natural decorrente de desinteligências em relações intersubjetivas.

De igual modo, sentimentos e emoções negativas devem ser abordados em reuniões privadas com um dos mediados, com o fim de não o expô-lo à parte contrária. Nada impede que os sentimentos positivos, por não possuírem índole depreciativa, sejam abordados em sessões públicas.

Quando da existência de sentimentos comuns – positivos ou negativos – entre os envolvidos, o mediador publicista poderá reconhecê-los abertamente na sessão conjunta, promovendo-se o empoderamento propositivo das partes para o exercício do diálogo colaborativo¹⁰²⁸.

4.17. Conclusões parciais

1. A demora de solução de problemas pela via heterocompositiva jurisdicional, calcada na cultura da litigiosidade e do demandismo pelo exercício do direito de ação (adversariedade), impulsionou o surgimento de mecanismos alternativos extrajurisdicionais para deslinde dessas controvérsias, aplicáveis também nas relações de sujeição de controle administrativo externo a que estão submetidos os gestores públicos.
2. A construção de uma travessia da atividade administrativa imperativa baseada em seus poderes clássicos, para a cultura da consensualidade nas atividades encetadas pela

¹⁰²⁸ A demonstração de sentimentos negativos comuns pode levar à releitura do problema para uma melhor saída dos facilitados, como nas hipóteses de frustração, ódio, inveja, egoísmo, dentre outros.

administração pública e atos de gestão publicista decorreram da necessidade de evolução organicista dos entes face os novos “ares” de uma administração pública dialógica.

3. O ponto de partida do consenso suscetível às hipóteses de transação deverá ser o marco das balizas que fundamentam o próprio conflito de interesses de pretensão resistida (publicista), “mirada” na concretude da melhor adequação na realização do interesse público coletivo.
4. Os novos “ventos” da consensualidade não têm o condão de afastar o corolário constitucional de acesso à jurisdição estatal universal como meio de heterocomposição de litígios, gravado como garantia inafastável de acesso ao Poder Judiciário, mas de permitir via alternativa precedente, mais célere, ágil e eficaz, com a preservação da integridade de laços inter-relacionais em que uma sentença heterocompositiva - de natureza coercitiva - é comumente incapaz de preservar.
5. A figura do vencedor e do vencido em sede de heterocomposição levará ao ambiente de ruptura inter-relacional; poderá ser substituída pela figura dos compromitentes que erigem - volitiva e conjuntamente – às cláusulas negociais de solução consensuada para o problema.
6. As técnicas do sistema multiportas de acesso à Justiça, com circunscrição dos litígios sociais passíveis de composição são a primeira marcha da identificação dos instrumentos de solução amigável disponíveis ao problema, seja pela via da autotutela, seja pela via da autocomposição, ou, por *ultima ratio*, a via de heterocomposição.
7. Esse movimento universalizado de acesso à Justiça, guarda correlação direta a adaptação de instrumentos de solutividade de controvérsias às peculiaridades de cada litígio posto, a propiciar a disponibilidade de técnicas alternativas em matéria de lides individuais ou coletivas.
8. A atividade arbitral está atrelada ao conceito clássico de jurisdição. Já as atividades de negociação, conciliação e mediação, embora não guardem essência de atividade típica de julgadores, emergem como técnicas idôneas de solutividade pacífica de controvérsias, erigidas, assim, como métodos alternativos de acesso à Justiça, em especial pelo papel jurídico e sociopolítico que expressam no seio da coletividade.
9. O novo paradigma da jurisdição estatal deve abarcar todos os neófitos instrumentos postos à disposição das partes, sem ter conotação concorrencial à atividade típica

publicista, até porque são propriamente alternativos à resolutividade das lides, possibilitando-se, ao fim e ao cabo, a reorientação e melhor adequação para condução do deslinde de caso concreto.

10. A autotutela da administração pública é forma excepcional de solução de conflitos, estando vinculada às hipóteses legais.
11. A autocomposição é forma alternativa consensuada para solução amigável de conflitos, com ou sem a facilitação de terceiro (mediação), recaindo sobre todas as formas de direito disponíveis ou instrumentalmente disponíveis, realizada unilateralmente por meio da renúncia ou adesão de uma parte à pretensão da outra, ou ainda, bilateralmente por meio transacional, com a celebração de negócio jurídico em que as partes exerçam a coconstrução das balizas mínimas de resolutividade amigável do litígio, propiciando maior satisfação mútua, facilidade do cumprimento por espontaneidade e mantidas a preservação das relações jurídico-sociais de natureza continuada (*status quo ante*).
12. O processo jurisdicional (estatal) ou arbitral (privatístico) são formas heterocompositivas de solutividade da lide, decorrente de sentença de mérito de natureza imperativa proferida por um julgador público ou por um árbitro erigido por eleição das partes, respectivamente, observadas as garantias preconizadas em lei e no devido processo legal, isto é, normas de processo civil ou normas de processo arbitral.
13. Os métodos alternativos de resolução das controvérsias (arbitragem, negociação, conciliação e mediação) prescindem da deflagração de ação judicializada (heterocompositiva) – requisito de cabimento objetivo; entretanto, as partes devem possuir capacidade de fato e de direito – requisito subjetivo para celebração de transação negocial. Aos negócios jurídicos é possível deferir como objeto a concretude de direito não patrimonial, quando versarem sobre o cumprimento integral de direito metaindividual em que se apresentem como celebrantes negociais os órgãos públicos e os particulares.
14. Ao litígio submetido ao processo de arbitragem permite-se o uso de técnicas de negociação, conciliação e mediação.
15. A instrumentalidade metodológica representada na melhor adequação para solução da lide, decorrerá da efetividade (aptidão de maximização dos resultados), economicidade (menor dispêndio de tempo e materiais) e, por fim, qualitatividade (melhores frutos decorrentes da técnica disponibilizada).

16. Os mecanismos e técnicas de consensualidade também se espraiam como úteis para solutividade de problemas nas atividades estatais e de gestão pública, em especial, para tomada de compromisso ao cumprimento às exigências legais em matéria de direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos – todos núcleos duros da tomada de ajustamento de gestão, observada a cognição de melhor adequação de tais instrumentos.
17. A cognição de melhor adequação é representada pela identificação da técnica – dentre as disponíveis – para mais ajustada resolutividade do conflito de interesses no caso concreto.
18. A arbitragem individual possui vantagens quanto ao prazo para proferimento da sentença arbitral, razoável duração do processo, flexibilidade instrumental, confidencialidade e escolha de *experts* para julgamento de litígios complexos.
19. A arbitragem coletiva, por meio do modelo de arbitragem de classe estadunidense, tem essência procedimental rígida, obediência ao devido processo legal pré-estabelecido, não confidencial, inflexível à luz das regras federais, impondo submissão de laudos arbitrais a confirmação por juízes togados. Assim, não exprimem melhor técnica para resolutividade de controvérsias que envolvam direitos coletivos, em que pese a arbitragem de direitos coletivos vir sendo realizada há décadas. Sem prejuízo, o processo estrutural brasileiro vem alcançando significativos resultados positivos nesta seara.
20. Os órgãos públicos legitimados à tutela dos direitos metaindividuais podem se valer das técnicas de resolução amigável de conflitos, com a celebração da tomada de compromisso ao cumprimento às exigências legais.
21. A natureza jurídica do direito indisponível não é óbice a celebração negocial (transação), nem mesmo pela arbitragem quando envoltos direitos patrimoniais, posto que tais direitos se põem como disponíveis sob a ótica instrumental (tempo, modo, lugar, prazo e forma), não submetidos à intervenção jurisdicional obrigatória para ver-se adimplidos.
22. Os direitos individuais homogêneos estão submetidos a possibilidade de cumprimento parcial pela tomada de compromisso de gestão pelos órgãos estatais, desde que demonstrada maior vantajosidade econômica aos seus titulares ou aquiescência expressa, considerada a probabilidade de êxito da ação judicial ou processo arbitral, o tempo de duração até sentença de mérito e sua necessidade de exequibilidade por execução cumprimentória (curso forçado).

23. O exercício da arbitragem em matéria de direitos coletivos dependerá da eleição volitiva das partes por cláusula convencional ou compromisso arbitral, apta a produzir efeitos em direito ambiental, financeiro, orçamental, urbanístico, patrimonial, dentre outros, ressalvada, em regra, a impossibilidade da sigilosidade ou confidencialidade pelas regras publicistas aplicáveis à espécie.
24. Os órgãos ministeriais brasileiros se apresentam como protagonistas da segunda onda de acesso à Justiça, posto que, constitucionalmente, foram erigidos à legitimação universal na tutela de direitos e interesses difusos e coletivos.
25. A democratização da terceira onda de acesso à Justiça trouxe o elemento nuclear da consensualidade, internalizando-o como neófito método de pensamento aos órgãos ministeriais brasileiros, sem deferir-lhes exclusividade na tomada de compromissos, mas, elasticando-se, sobremaneira a legitimação na atuação extrajudicial, enquanto organismos de promoção direta da Justiça pelos meios alternativos de resolutividade de controvérsias.
26. Os limites negociais dos órgãos ministeriais estão adstritos a ideia de maximização e concretude plena dos direitos indisponíveis, sem descuidar da possibilidade de disponibilidade instrumental destes mesmos direitos pela via negocial, podendo, para tanto, se valer de quaisquer técnicas negociais idôneas e mais adequadas para atingimento de melhores resultados, sempre de forma estratégica, planeada e concertada institucionalmente.
27. Quando os órgãos ministeriais se utilizarem da técnica de mediação, isto é, agindo como facilitadores imparciais, restarão despidos da sua função típica de *custos legis*, *custos iures* e *custos societatis*.

CAPÍTULO IV

5. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO

Por fim, trataremos de um prefácio da teoria do termo de ajustamento de gestão, que surgiu como instrumento alternativo de solução de controvérsias diante de múltiplas transformações sociais, a desafiar eficiência do agir estatal.

A importância do gerenciamento de conflitos - cada vez mais emergentes - no âmbito de direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos está ligada a realização do princípio da eficiência da administração pública. Testada a todo instante para lidar com questões complexas de direito ambiental, urbanístico, consumerista, dentre outros, em especial pela incapacidade de flexibilização procedimental pela via da tutela cautelar, o processo estatal heterocompositivo transformou-se mecanismo óbice de rápida solutividade de conflitos.

Ademais, em todas as instâncias de revisão estatal (tribunais recursais) deixou-se de atender, momentaneamente, os anseios da sociedade em tempos de sucessivos problemas prementes, principalmente em tempos de vigência de estados de emergência, seja pela morosidade da máquina estatal, seja pelo alto volume de demandas judicializadas.

Aqui, o poder público, representado em negócio jurídico bilateral, voltar-se-á ao particular regido horizontalmente pelas normas de direito privado (regras privatísticas), para consecução de direitos transindividuais em plenitude, sob regência de normas de direito público (regras publicistas), onde ambas as fontes do direito convergirão em atuação para realização de interesses públicos relevantes como numa “sinergia direcional”.

Com claro benefício aos direitos de cidadania e da própria sociedade e do Estado, não só a via administrativa extrajudicial será (re)composta por novo mecanismo alternativo de solução de problemas, mas a própria via jurisdicional experimentará maior celeridade e economicidade para resolutividade de lides postas, toda vez que se imiscuir de técnicas autocompositivas para solução das ações judicializadas em curso, em especial atenção as mais complexas em que orbitam os direitos metaindividuais.

Deste modo, iniciaremos nossa última jornada expositiva acadêmica, inaugurando o tema pela sua principiologia, fundamento de sua natureza jurídica.

5.1. Princiologia

A análise do termo de ajustamento às exigências legais preconizado no ordenamento jurídico brasileiro está ligada ao desenvolvimento dos direitos coletivos e mecanismos de celeridade processual, com efetividade dos meios de acesso à Justiça¹⁰²⁹.

Nesse sentido, os direitos coletivos se desenvolveram em ondas sucessivas decorrentes de fonte sinérgica, iniciando-se na gratuidade de assistência judiciária aos hipossuficientes na forma da lei, garantia do direito de ação perante o Poder Judiciário, fato só experimentado, até então, com maior efetividade aos hiper-suficientes.

Buscou-se a superação de que assistência e orientação jurídica vencesse a barreira de natureza econômica em favor dos cidadãos mais necessitados, carentes de informação e de representação jurídica adequada em equanimidade aos demais cidadãos com melhor condição socioeconômica¹⁰³⁰.

Ainda que a intenção tenha sido alcançada em parte, posto que as desigualdades sociais não estivessem satisfatoriamente aniquiladas, surgiu uma onda seguinte de acesso à Justiça, volvida à atenção de direitos transindividuais¹⁰³¹, de natureza organizacional, refletida na seara econômica de massa - produção, distribuição e consumo de bens e serviços – fatores desencadeadores da tutela dos chamados direitos coletivos¹⁰³².

Assim, os processos bilaterais de autor e réu, com efeitos *inter pars*, dão azo – concomitantemente – à proteção de direitos e interesses¹⁰³³ difusos e coletivos, fazendo surgir normas processuais neste influxo, circunscritas nas denominadas tutelas judiciais coletivas.

Temos por direitos transindividuais àqueles que se subsumam a uma disciplina para além dos direitos individuais, com maior espectro de repercussão subjetiva, diversa do interesse público¹⁰³⁴ propriamente dito, conglobando três espécies: os direitos difusos, os direitos individuais homogêneos e os direitos coletivos.

¹⁰²⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – Acesso à Justiça. Trad. Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹⁰³⁰ CAPPELLETTI, Mauro – Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Repro. São Paulo. V 74 (1994), pp. 82-97, p. 82.

¹⁰³¹ Metaindividuais ou supraindividuais, todos transcendentais ao próprio indivíduo.

¹⁰³² *Ibidem*.

¹⁰³³ Como interesse temos a noção de necessidade do indivíduo, que se caracterizado pelo interesse jurídico, passa a ter interesse juridicamente protegido. Cf. NERY, Ana Luiza – O fenômeno jurídico de interesse transindividual. RDPriv. São Paulo, v. 36, 2008, p. 33-50, out.-dez. 2008, p. 33.

¹⁰³⁴ O interesse público é identificado por uma relação típica entre o Estado, a sociedade e o indivíduo. Pode ser primário, este interesse público que envolvam as relações entre Estado e a coletividade. E interesse público secundário, que envolvam relações entre a Administração Pública e a implementação dos interesses públicos em si. Já os interesses individuais, de natureza singular e subjetiva, estão fora desse espectro de contexto de grupos ou de sociedade (coletividade). Para Rodolfo Mancuso o interesse individual é aquele que encerra seu círculo de atuação na fruição do seu próprio destinatário. Cf. MANCUSO, Rodolfo – Interesses difusos: conceito e legitimação de agir. 8ª ed. São Paulo: Editora RT, 2013, pp. 37-38.

Os direitos difusos são aqueles afetos a todo um grupo social e a coletividade, ou a uma parcela significativa destacada destes, compreendidos como transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias fáticas¹⁰³⁵.

Os direitos individuais homogêneos são o agrupamento de direitos individuais *stricto sensu* da mesma origem, de relações jurídicas base, compreendidos como divisíveis de pessoas determináveis, cujo tratamento “coletivo” se dá em virtude da lei por utilidade indivisa, mas restando como de natureza disponível pelo seu titular¹⁰³⁶.

Os direitos coletivos são àqueles transindividuais de natureza indivisível, cujo titular é o grupo, categoria ou classe de pessoas (determinabilidade) ligadas entre si ou com uma parte contrária sob uma relação jurídica base¹⁰³⁷.

Deste modo, os direitos coletivos diferem dos direitos difusos quanto ao vínculo jurídico relacional que os unem entre si, ou a parte contrária: os primeiros a partir de relações de grupo de pessoas, de uma relação associativa, sindicatos, em identificação (determinabilidade); os segundos, por um grupo de pessoas ligadas por circunstâncias fáticas não identificáveis (indeterminabilidade). Contudo ambos se assemelham na indivisibilidade do objeto, onde a lesão/satisfação de um implica a lesão/satisfação de todos.

De certo, o que caracteriza a singularidade do direito, como difuso, individual homogêneo ou coletivo será a pretensão de direito material que se busca tutelar (extra)judicialmente, analisados sob enfoque da causa de pedir e do pedido (em juízo).

No Brasil, *exsurge* para tutela desses direitos transindividuais, uma gama de ações em leis especiais e esparsas, sendo a principal a já descrita ação civil pública, restando, portanto, num regime jurídico multifacetário, porquanto tratem dessa categoria de direitos metaindividuais.

Assim, de igual modo, revisitando os institutos processuais para promoção de acesso à Justiça, surgiu a terceira onda ligada aos métodos alternativos de solução de conflitos, cujo terceiro grande obstáculo a ser vencido é o de natureza instrumental (processo), considerando a ineficiência dos meios ordinários (jurisdicionais) como principal ou única via de promoção da Justiça.

Não podemos nos olvidar que a defesa de direitos transindividuais, engloba a defesa dos relevantes interesses de seus sujeitos (determináveis ou não), cuja missão constitucional brasileira foi deferida como atribuição aos órgãos ministeriais (*custos societatis*).

¹⁰³⁵ BELINETTI, Luiz Fernando – Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.) - Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 668.

¹⁰³⁶ NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3ª ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 34.

¹⁰³⁷ BELINETTI, Luiz Fernando – Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.) - Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 669.

Outrossim, para realização dos interesses públicos primários ou secundários, a administração pública dos entes – esfera organizacional executiva desse núcleo protetivo – necessitará realizar gastos públicos (despesas públicas) – diretas e indiretas – para fazer face ao cumprimento dos objetivos preconizados na norma fundamental.

Assenta-se na promoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias, entre as partes que são incumbidas em promover os interesses públicos (primários e secundários) relevantes à coletividade, em conjunto com seus órgãos de controle externo – inclusive de fiscalização da realização de despesas públicas -, a possibilidade jurídica da celebração do termo de ajustamento de gestão, como meio de composição no controle dos gastos públicos para atingimento de eficiência do agir estatal, em matéria de direitos e interesses transindividuais, por meios céleres (extra)judiciais de acesso à Justiça.

Numa evolução das formas alternativas de solução das controvérsias em MAURO CAPPELLETTI¹⁰³⁸, entronizando-as aos métodos atuais, temos o termo de ajustamento de gestão pública, método eficaz de controle (externo), dotado de segurança jurídica, para fazer face à promoção de acesso à Justiça em matéria desses interesses públicos relevantes (transindividuais).

Não sem razão, o processo litigioso tradicional vem sendo substituído na vindicação de direitos transindividuais, trazendo maior eficiência alternativa para pacificação de conflitos em sentido *lato*. Ao passo que ultrapassam as balizas *inter pars* do processo de conhecimento ordinário, alcançam as várias facetas dos titulares (identificáveis ou não) dos interesses/direitos metaindividuais tutelados.

Hodiernamente, nesse influxo ainda da terceira onda de acesso à Justiça, o que se busca é o estabelecimento e aprimoramento da resolutividade de conflitos existentes em sociedade, por via de procedimentos alternativos simplificados, a evitar a judicialização massiva de feitos individuais, que se perpetuam nos “gargalos” do Poder Judiciário, se arrastando sem solução no tempo e no espaço. Do mesmo modo, aplicam-se-lhes em relação ao direito material a ser tutelado em que se discutam interesses relevantes transindividuais¹⁰³⁹.

Aqui em especial, defendemos os meios extrajudiciais de solução do conflito por meio do termo de ajustamento de gestão, caracterizado como instrumento que envolve várias técnicas consensuadas para coconstrução da tomada de compromisso. Assim, a lógica normativo-jurídica aplicável é a ordinária

¹⁰³⁸ Arbitragem, mediação e conciliação.

¹⁰³⁹ Ao apreciar os óbices de acesso à Justiça, Calais-Auloy e Steinmetz, aduzem a dificuldade do litigante a quem se dirigir em matéria de direitos transindividuais consumeristas, aplicável aos demais direitos metaindividuais; uma complexidade no procedimento a ser adotado; a dificuldade de comunicação pela linguagem jurídica utilizada; a lentidão para apreciação das causas pela Justiça Pública; e, ainda, do custo do processo jurisdicional, fazendo a busca por meios extrajudiciais de solução dos problemas, mais célere, simplificado, menos custoso e mais eficiente para necessidade almejada. Cf. CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank – Droit de la consommation. 9^a ed. Paris: Dalloz, 2015, pp. 517-519.

do termo de ajustamento de conduta¹⁰⁴⁰, mas, em especialização¹⁰⁴¹, focando para as matérias afetas à gestão pública, dentre elas, volvidas à eficiência e o controle externo das despesas públicas (diretas ou indiretas), condutoras da implementação dos direitos transindividuais.

Para além dos fundamentos básicos da tomada de compromisso de conduta, conglobam-se questões irregulares, passíveis de adequação solutiva - de natureza material e formal - que possam ser objeto de compromisso de (re)ajustamento de gestão privada - de interesse público relevante - ou pública.

Sendo o termo de compromisso instrumento normativo decorrente da tutela do processo coletivo, os princípios norteadores destes¹⁰⁴², conquanto mandados de otimização impositivos e compatíveis com vários graus de concretização direitos, balanceiam valores e interesses¹⁰⁴³, aplicando-se-lhes a todo sistema normativo de forma amalgamada e imantada, a considerar a razoabilidade e/ou proporcionalidade de outros princípios coexistentes, sem que aplicação de um - ao caso concreto -, invalide o outro por essência em possível conflito aparente.

Os estudos dos direitos metaindividuais encontram correspondência aos princípios de tutelas coletivas, onde por meio da principiologia de direito privado e de direito público, decorrerá a natureza jurídica híbrida¹⁰⁴⁴ do termo de (re)ajustamento e de compromisso – de conduta e de gestão.

Assim, volver-nos-emos aos princípios informadores da tomada de compromissos e dos termos de (re)ajustamento.

5.2. Princípios de direito privatístico informadores do ajustamento de gestão

5.2.1. Princípio da solidariedade

Como base dos sistemas jurídicos constitucionais nos Estados democráticos de Direito, os princípios fundamentais trazem objetivos de liberdade, justiça e solidariedade, não sendo diferente no sistema brasileiro.

¹⁰⁴⁰ Os termos de ajustamento e compromissos de conduta surgiram no contexto da busca de mecanismos menos complexos, mais céleres e menos custosos, visando à efetividade da tutela de direitos metaindividuais, de forma a fundamentar o alcance mais adequado de promoção à Justiça, tudo a fim de complementar a atividade jurisdicional estatal, de modo que se apresente a forma negociada como possibilidade de pacificação social do problema. Cf. RODRIGUES, Geisa de Assis – Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 105-106.

¹⁰⁴¹ Na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes estatais e das entidades da administração pública direta e indireta brasileiras, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

¹⁰⁴² Acerca dos princípios norteadores do processo coletivo. In ALMEIDA, Gregório Assagra de – Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo de direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 570-579.

¹⁰⁴³ Sobre mandados de otimização e seus pesos e ponderações com outro princípio aparentemente conflitante. In GOMES CANOTILHO, José Joaquim – Curso de direito constitucional positivo. 7.ª ed., Coimbra: 2003, pp. 1161-1162.

¹⁰⁴⁴ Cf. NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 40-42. Ainda em NERY, Ana Luiza – O compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida e a problemática teorização da passagem do exercício do Poder Público e tentativa de ajuste no âmbito privado. In MILARÉ, Edis (Coord.) - A Ação Civil Pública após 25 anos. São Paulo: Editora RT, 2010.

Contudo, o princípio da solidariedade só é erigido à norma de direito fundamental, com o advento da última norma constitucional republicana (1988), visto, até então, restritivamente como regra de direito civil obrigacional (solidariedade de sujeitos na relação obrigacional).

Dessa ideia de solidariedade privada, surgiu o mote da solidariedade constitucional ligada aos objetivos republicanos de uma vida livre, justa e solidária em sociedade, onde o membro – indivíduo - passa a ser titular dessa classe de direitos transindividuais, que se destina a proteção de grupos do tecido social¹⁰⁴⁵ – normas estas de conteúdo programático por essência.

Assim, o princípio da solidariedade e da justiça social tornaram-se matizes do exercício das liberdades individuais e do princípio da isonomia dos membros de uma sociedade justa, erigindo-se em crescimento os valores socioeconômico-culturais da coletividade; possibilitou ajuda aos que ainda não conseguiram ascender, na plena capacidade do exercício de seus direitos (efetividade). Não basta ser tolerante ao indivíduo diferente, mas não ser a ele indiferente, comprometendo-se a fazer parte integrante de um todo na busca incessante da realização das liberdades públicas de todos os membros da sociedade a que pertence.

As regras clássicas de direito privado são arraigadas de individualismos de uma sociedade patrimonialista, onde os próprios interesses dos particulares se sobrepõem aos interesses dos concidadãos (função social). Assim o são em relação ao direito de obrigações, de propriedade, de órfãos e sucessões e de família. Mas devemos nos atentar que o princípio constitucional da solidariedade social nos impõe a ideia de socialização de riscos em vida coletiva, atrelada à teoria da responsabilidade civil por ato estatal, independentemente de culpa (objetiva). Aqui a moral individual passa fazer parte de uma moral social.

Nas celebrações negociais, a clássica ideia de igualdade dos contratos entre as partes ganha contornos em que as condições econômicas da vida moderna fazem desaparecer. Os desiguais se agregam e viram uma parte, a demandar por mais adequadas soluções sobre os conceitos de boa-fé objetiva, lealdade e isonomia. Nesse sentir, a solidariedade se torna valor político de defesa de direitos individuais e metaindividuais, com a demonstração de sacrifícios compartilhados¹⁰⁴⁶.

Destarte, o princípio da solidariedade identificado nos interesses públicos relevantes que norteiam a proteção dos direitos transindividuais, aliado a premissa de justiça social, é fonte principiológica do termo de compromisso e de ajustamento de gestão, impondo esforço de sacrifício

¹⁰⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang – A eficácia dos direitos fundamentais. 12.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 58.

¹⁰⁴⁶ Cf. TAKOI, Sérgio Massaru – Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo. V 66 (2009), pp. 293-310, p. 293-294.

comum e de ajuda mútua aos hipossuficientes na busca da elevação econômica, cultural e social, tanto pelos indivíduos, quanto pelas sociedades empresariais de atividade econômica.

5.2.2. Princípio da autonomia privatística

A autonomia da vontade no direito privado é decorrente da dignidade da pessoa humana, vinculada à liberdade do direito de agir de acordo com sua livre disposição de bens e coisas, inerente aos fundamentos constitucionais de vida e liberdade de ação, podendo estar atrelada ao mútuo consenso das disposições contratuais e com a autocomposição privada de interesses intersubjetivos¹⁰⁴⁷. Deste modo, além da vontade do sujeito estar atrelada a sua própria declaração, deverá restar autônoma e expressa livremente, sendo expressão do seu livre querer.

A vontade do sujeito e a sua declaração preponderam em livre manifestação expressa no direito privatístico. Daí decorre essa liberdade de agir do homem, em princípio da autonomia privatística como poder geral de autodeterminação e autovinculação, conquanto princípio de direito fundamental.

Ainda, o princípio da autonomia privatística tem o condão de garantir o pleno exercício da autorregulação de interesses em matéria de direito privado. A disciplina das relações jurídicas encetadas pelo sujeito privado é passível de poderes extraordinários de disposição. Deste modo, esse princípio especial terá o condão de permitir o sujeito de criar as normas jurídicas particulares que regerão seu negócio firmado, desde que as disposições não sejam defesas em lei.

Trata-se, pois, de fenômeno que vai muito além da livre manifestação de vontade do sujeito, permitindo-se o firmamento de transações (contratos) que são métodos extraordinários e extralegais de realização de direitos, manifestados em cláusulas de normas jurídicas (privadas) que regerão o negócio celebrado¹⁰⁴⁸.

O poder do princípio da autonomia privatística terá o condão de “amalgamar”, na norma jurídica negocial, o sujeito de direitos e obrigações e as suas vontades livres expressas. Não sem razão, a liberdade de erigir o autorregulamento que se vinculará é a mais ampla forma de expressão da liberdade de contratação, fixando-se as próprias regras aplicáveis ao ajustamento de gestão por meio do consenso deferido aos particulares.

¹⁰⁴⁷ Cf. MARTINS-COSTA, Judith – Reflexões sobre o princípio da função social do contrato. Revista de Direito Getúlio Vargas. São Paulo. V 1. N 1 (2005), p. 43-44.

¹⁰⁴⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade – Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Editora RT, 2008, pp. 238-240.

Segundo a técnica de enumeração *in numerus apertus*, a possibilidade de criação de contratos inominados, próprios ou híbridos¹⁰⁴⁹, garantem na atipicidade contratual, aliada à criação de normas jurídicas extraordinárias (cláusulas contratuais), a adequação de transações de operações econômicas para atendimento das necessidades dos sujeitos celebrantes, ainda que não haja expressa previsão em lei, desde que objeto não seja defeso de contratação. Os contratos e os direitos privados se erigem de acordo com a vontade dos sujeitos.

Deste modo, a autonomia privatística deve ser observada pelas partes celebrantes do ajustamento de gestão, em expressão de possibilidade econômica ao cumprimento, com equivalência de prestações em virtude da livre manifestação dos compromissados, devendo haver intervenção de todos os interessados afetados pelos efeitos vinculantes da avença – ou seus representantes legais -, gerando-se envergadura compromissal na avença bilateral em grau de autoexequibilidade.

Por fim, a possibilidade em se criar cláusulas de natureza obrigacional consensuadas no compromisso autocompositivo de ajustamento de gestão, decorrerá justamente do exercício pleno da liberdade de agir, contemplada pelo princípio da autonomia privatística.

5.2.3. Do princípio da liberdade de iniciativa

A liberdade de iniciativa foi insculpida na Carta Política brasileira como fundamento da República. Sendo a autonomia privatística fenômeno político-jurídico experimentado também nas relações socioeconômicas, traz à ordem financeira e econômica posta, o trabalho humano e a livre iniciativa como *modus* assecuratórios de existência digna, consoante critérios de justiça social.

O fundamento da livre iniciativa dará supedâneo a ordem econômica, baseada nas atividades de pessoas e de grupos da coletividade, diversamente da atividade estatal. Nesta, pelo princípio da legalidade - de natureza de inclusão – o que não está previsto em lei, não é permitido em matéria de atividade econômica de produção, gestão, direção e atividade empresária, na maioria das vezes, apresentando-se como regulatória heterônoma do setor.

Para as atividades econômicas encetadas pela livre iniciativa privada se aplica o princípio da exclusão, isto é, o que não é defeso em lei é permitido. Esses ideais permeadas na liberdade de iniciativa são caracterizados pelo: (i) interesse no aumento produtivo; (ii) interesse de aumento do trabalho, inclusive especializado; (iii) interesse de investimento de capital de bens; (iv) livre mercado com

¹⁰⁴⁹ GOMES, Orlando – Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pp. 81-82.

autorregulação de preços de bens e serviços; (v) interesse de aumento de lucros lícitos; (vi) interesse de aumento do livre mercado; (vii); interesse de aumento de oferta de trabalho e da circulação de bens e serviços em favor de todos¹⁰⁵⁰.

Nesse sentido, a garantia de liberdade empresarial propiciaria qualitativa e quantitativamente influxos na organização do mercado de produção e do comércio de bens e serviços, desde que atenta a preceitos constitucionais de interesses coletivos. A liberdade à iniciativa econômica – empresarial ou não – é mecanismo de acesso a uma vida digna, escoimada em valores de justiça social, não constituindo um fim em si mesmo, mas sim um princípio de natureza instrumental¹⁰⁵¹.

Sem prejuízo, para implementação plena de sua teleologia, a liberdade de iniciativa deve ser buscada junto aos princípios de ordem econômica, como nas hipóteses de defesa do consumidor e da liberdade de concorrência empresarial, subordinado aos ideários da função social - fim e valor de ordem econômica¹⁰⁵², inserida no rol de direitos fundamentais.

Tanto que a atividade estatal exerce papel fiscalizador, fomentador e até suplementador, por vezes em estaque às atividades calcadas na livre iniciativa que não sejam exercidas em conformidade com os ditames constitucionais de atendimento da função social, de fins e valores coletivos; mas a valorização do ser humano por meio do trabalho lícito, é papel coparticipativo da liberdade de iniciativa privatística, enquanto produtora de riquezas – atividade atípica estatal – representativa de tarefa social em que os homens se realizam em comunidade por meio da liberdade empresária e/ou concorrencial.

O Estado deve se preocupar com sua presença na economia – sempre direta e subsidiariamente – de modo a não causar óbices ao pleno exercício da liberdade de iniciativa, com viés de fomento e planejamento das atividades empresárias. Contudo, não sendo absoluto o exercício de liberdades públicas poderá sofrer as intempéries do exercício do poder de polícia – atividade fiscalizatória estatal – desde que a atividade empresária seja violadora de liberdades constitucionais e/ou atente a função social de valores de ordem econômica.

Se a atividade estatal tiver o condão de vedar ou impedir atividade econômica deverá dar-se sempre em exceção à regra, com fundamento em lei, sob pena de ultrapassar os limites da normatização ou heterorregulação, com direção indevida da economia de modo a substituir a liberdade de iniciativa privada na estruturação do mercado.

¹⁰⁵⁰ Cf. LISBOA, Senise Roberto – A livre iniciativa e os direitos do consumidor. In SIMÃO FILHO, Adalberto; DE LUCCA, Newton (Coord.) - Direito empresarial contemporâneo. 2.ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, pp. 162-163.

¹⁰⁵¹ Cf. PONTES, Helenilson Cunha – A liberdade de informação, a livre iniciativa e a Constituição de 1988. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo. V 22 (1988), pp. 160-176, pp. 160-161.

¹⁰⁵² SILVA, José Afonso – Curso de direito constitucional positivo. 40ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 814.

O incumprimento de obrigações pela coletividade - por si só - não deve ser transferida para o Estado, senão somente àquelas em que os privados não possam ou não queiram fazê-lo, decorrendo - comedidamente - exceção à regra de intervenção estatal.

Postas estas balizas, a liberdade de iniciativa aplica-se ao termo de ajustamento de gestão de modo que não o torne inviável a execução de objetivos sociais em consonância ao regime de liberdades anteposto, exceto, por atividade estatal compromissória - excetuada à regra geral -, em pleno exercício de poder de polícia calcado em norma legal.

As cláusulas obrigacionais da tomada de compromisso de gestão - pública ou privada -, não poderão atentar à essência da atividade econômica regida pela liberdade de iniciativa; não poderão, de igual modo, substituir as atividades ínsitas ao dirigismo empresarial, sob pena de grave erro de natureza econômica. Os papéis estatais de heterorregulação, fiscalização e intervenção mínima, devem restar preservados na celebração do instrumento de autocomposição de gestão, com o exercício - direto ou indireto - de atividade econômica estatal por exceção à regra, isto é, sempre subsidiariamente¹⁰⁵³.

A contribuição da ação fiscalizatória estatal em questões que envolvam a liberdade de iniciativa privatística, será em preservação do instituto jurídico, com correções pontuais em reajustamento de gestão, por meio do exercício regular do poder de polícia, sintonizando-se à atividade econômica do particular ao pleno desenvolvimento e a defesa intransigente dos direitos transindividuais.

5.2.4. Princípio da imputação civil pela prática de ilícito

O princípio da imputação civil do dano tem o condão de promover a satisfação do credor em relação a outra parte do negócio jurídico, em inadimplência, tudo por meio de técnica jurídica que dispõe economicamente acerca da obrigação compromissada¹⁰⁵⁴.

Deste modo, a parte inadimplente das obrigações firmadas em compromisso de ajustamento de gestão deverão se submeter ao princípio da imputação civil dos prejuízos ocasionados, sem prejuízo das demais sanções cominadas, devendo responder com seu patrimônio pessoal para satisfação obrigacional, por si, sucessores e/ou herdeiros, estes últimos até o limite do valor do patrimônio transferido, respeitadas as hipóteses legais de impenhorabilidade.

¹⁰⁵³ Cf. NERY, Ana Luiza - Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 55.

¹⁰⁵⁴ Cf. NERY, Rosa Maria de Andrade - Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo, Editora RT, 2008, pp. 262-263.

Em especial, pelo princípio da universalidade, o patrimônio do devedor a ser executido pelo incumprimento da avença será a totalidade de seus bens em projeção consolidada unitariamente (valor total global da dívida).

A tomada do termo de compromisso de ajustamento de gestão entre sujeitos, subsumida ao princípio da imputação civil por ato/fato ilícito, propiciará a reparação civil pelos danos ocasionados pelo incumprimento, onde a decúria de satisfação por uma das partes em que se acarrete responsabilidade civil, fará surgir à imposição de dever de ressarcimento ao credor por força da relação jurídica encetada.

Aquele detentor da posição jurídica protegida, mas violada, faz nascer para si o direito de ressarcimento pela responsabilidade individualizada, reconhecido como o sistema de responsabilidade civil objetiva e subjetiva. A identificação da lesão ou ameaça de lesão corresponderá à ofensa de um direito subjetivo.

Lado outro, a identificação da responsabilidade civil objetiva decorrerá de norma jurídica de proteção de direito de terceiro, onde haja disposição de tutela desse direito independentemente da posição do sujeito violador¹⁰⁵⁵.

Nesse particular, o lastro patrimonial deverá ser aferido no momento da celebração do ajustamento de gestão, a fim de se aferir se o compromissário possui patrimônio tanto quanto suficiente para reparação do dano, com adimplemento por curso forçado da obrigação assumida ou através do suporte de sanções decorrentes do incumprimento da avença, atribuindo-se crédito a ser mensurado antes do seu firmamento, a constituir - óbice ou não - para celebração da tomada de compromisso (extra)judicial.

Sem prejuízo, há limites neste poder obrigacional de excussão sobre o patrimônio do devedor, que não poderá ultrapassar limites tão caros aos direitos individuais, tais como a vida, liberdade e integridade física e moral dos indivíduos.

Fato é que o dever de indenizar em decorrência da imputação civil poderá advir de uma conduta culposa (ato ilícito), pelo exercício de atividade empresarial ou conduta de risco em abstrato¹⁰⁵⁶, ou ainda por interesse legislativo¹⁰⁵⁷, onde os pressupostos de aferição do dever de indenizar residiriam, para além da teoria clássica (conduta (i)lícita, dano e nexa causal), nos elementos de dano (in)justo, nexa de imputação, nexa de causalidade entre o dano causado e a imputação¹⁰⁵⁸. Desta feita, integram a teoria

¹⁰⁵⁵ FRADA, Manuel Carneiro da – Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil? Coimbra: Almedina, 1997, pp. 32-33.

¹⁰⁵⁶ Constituição de um fundo para reparação de atividades de risco, como por exemplo, seguro acidente de trabalho, seguro obrigatório de acidente de trânsito, seguro de riscos ambientais, dentre outros.

¹⁰⁵⁷ Teoria do risco integral de danos ambientais.

¹⁰⁵⁸ ALTHEIM, Roberto – A atividade interpretativa e a imputação do dever de indenizar no direito civil brasileiro contemporâneo. Revista dos Tribunais. São Paulo. V 94. N 841 (2005), pp. 127-148, pp. 127-128.

clássica da responsabilidade civil os fundamentos de solidariedade social, riscos do empreendimento do negócio ou de gestão, socialização dos custos e dos riscos das atividades empresárias.

Por derradeiro, a aplicação da imputação civil do dano é útil e necessária na celebração do ajustamento de gestão, ao passo que propicia o ressarcimento do dano causado pelo compromissário inadimplente por meio de seu patrimônio individual a ser excutido, respeitados os princípios de direito fundamental do devedor, desde que haja previsão de cláusula autoconsensuada – sem onerosidade excessiva - de reparação de dano, multa-coerção ou multa-sanção.

5.2.5. Da função social do compromisso de gestão

A preservação da estrutura humanitária e comunitária pela via dos ideários de base de fraternidade e solidariedade são preceitos que remontam a Revolução Francesa (1789), creíveis em sustentar as vicissitudes do homem diante da vida hodierna.

Não sem razão, o direito é meio de execução de várias formas em faceta de função social, atuando na pacificação dos conflitos, manutenção do equilíbrio das relações jurídicas, na segurança das tratativas entre duas ou mais pessoas e na promoção dos ideários da própria Justiça. Contudo, a função social do direito não pode ser ilimitada, devendo guardar a primeira condição da civilização no princípio da legalidade; aqui, a certeza do direito circunscreverá a eticidade que lhe é inerente¹⁰⁵⁹.

Uma visão sistemática do direito aqui se impõe para manutenção de sua certeza no atingimento da Justiça - pacificação e equilíbrio social -, onde o componente ético emerge como mecanismo de segurança social¹⁰⁶⁰.

Hodiernamente, a função social ganha traços mais firmes na teoria de direito privado, com aspectos políticos e econômicos que medeiam a vida em sociedade. Assim, o individualismo extremo antecedente do século XX - acerca do direito de propriedade -, relativiza o instituto para conglobar a função social prevista constitucionalmente. De igual modo, na teoria das obrigações, subjetiva-se a função social para admiti-la nos negócios jurídicos celebrados.

Com a massificação das relações contratuais, o princípio da autonomia da vontade das partes que preconizava a liberdade de contratar (o que e com quem), sua força cogente decorrente da *pacta sunt servanda* e os efeitos *inter pars* da avença, não mais se adaptam à realidade socioeconômica do século XX e XXI.

¹⁰⁵⁹ CALAMANDREI, Piero – La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina. In CAPPELLETTI, Mauro - (a cura di) Opere Giuridiche. Vol. 1. Napoli: Morano, 1965, p. 506.

¹⁰⁶⁰ Cf. NERY, Rosa Maria de Andrade – Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Editora RT, 2008, pp. 248-249.

Novos ideários de função social - realização de equidade, justiça social e equilíbrio contratual - passaram a nortear os contratos privados, tudo em tempos de mudanças políticas e socioeconômicas, servindo de limitadores à liberdade absoluta da autonomia da vontade privada de outrora.

Na neófito concepção contratual, a autonomia da vontade deixa de ser centro à órbita, sendo essencial como elemento estranho aos compromissários, mas em grau de relevância à coletividade pelo denominado interesse social¹⁰⁶¹. A desproporção obrigacional e a violação da dignidade da pessoa humana tornaram o contrato baseado na *pacta sunt servanda* mecanismo colidente ao ordenamento jurídico dotado de função social dos contratos.

Essa função social contratual decorrerá da decadência do poder de autodeterminação privatística de essência individualista (dogma da livre vontade), sendo substituído por elemento nuclear que abarque interesses da coletividade (interesses sociais). Tal assertiva advém da logicidade em reconhecer nos contratos privados os mecanismos institucionais de organização social e econômica, ainda que se desvele efeitos *ultra partes*¹⁰⁶².

Por função do contrato - em sentido jurídico - temos a expressão dotada de significado moral e social que “mira” em resultado pretendido pela avença, isto é, quais os fins em que se destinam. Deste modo, a função social representa preceito integrativo dos contratos, numa ordem social de relações harmônicas, impedindo a celebração daqueles que tenham por escopo prejuízos à coletividade¹⁰⁶³, assim como àqueles que “mirem” interesses ilícitos em prejuízo individual.

A circulação de riqueza (de matiz econômica) e a regulação de acordos negociais entre compromissários (de matiz jurídica), devem estar conglobados na promoção de valores de solidariedade e de justiça social, da liberdade de iniciativa, da dignidade da pessoa humana, confluindo para um estado de coisas que primem pelo bem-estar coletivo.

A função de ordenação do direito traz o dever de observância da sociabilidade, suplantando a ideia de celebração de acordos compromissais estritamente privados, que se limitam por questões socialmente relevantes¹⁰⁶⁴. A manifestação da liberdade negocial das partes (faceta subjetiva), deve estar atenta aos relevantes interesses sociais (faceta objetiva)¹⁰⁶⁵.

De certo, a circulação de riquezas pode ou não ser objeto contratual, o que não desnatura a sua essência. Nas hipóteses de celebração de ajustamento de gestão não se objeta a circulação de riquezas

¹⁰⁶¹ MARQUES, Claudia Lima – Contratos no Código de Defesa do Consumidor o novo regime das relações contratuais. 8.ª ed. São Paulo: Editora RT, 2016, pp. 211-212.

¹⁰⁶² SALOMÃO FILHO, Calixto – Função Social do contrato: primeiras anotações. Revista dos Tribunais. São Paulo. V. 823 (2004), pp. 67-86, pp. 67-68.

¹⁰⁶³ De natureza consumerista, por exemplo.

¹⁰⁶⁴ O artigo 421 do Código Civil brasileiro preconiza que a liberdade de contratação privada será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹⁰⁶⁵ Cf. NERY, Rosa Maria de Andrade – Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 249.

em si, mas a tutela de interesses públicos relevantes que vinculem em eficácia a tomada de compromisso reajustada e que corresponderá à função social dos contratos privados, aqui convergidos pela justaposição do instituto de autocomposição de conflitos coletivos como instrumental de natureza híbrida.

Denota-se, assim, que a eficácia jurídica do contrato privado é dependente da realização do princípio da função social, que garantirá também uma eficácia interna entre os compromissários¹⁰⁶⁶. O pleno desenvolvimento da pessoa humana (interesse coletivo) ganha relevo na faceta da função social dos contratos, onde prestações essenciais de uma das partes se tornarão eixo da função social do instrumento celebrado, realizando o bem da vida que se deva objetivar¹⁰⁶⁷.

Devemos aferir, para fiel cumprimento da função social do contrato, onde ideários de utilidade e justiça são indissociáveis, onde haverá a possibilidade de realização pelos compromissários de avença lastrada em valores constitucionais de solidariedade, justiça social, liberdade de iniciativa privatística e respeito à dignidade da pessoa humana¹⁰⁶⁸.

A prestação desproporcional de uma parte a outra, com extrapolação da álea contratual, a vantagem em onerosidade excessiva em detrimento de uma das partes compromissadas e a quebra das facetas objetiva e subjetiva da avença, denotarão o desatendimento da função social do contrato¹⁰⁶⁹.

Os efeitos da celebração de contrato antissocial entre os compromissários será caracterizada pela impossibilidade do cumprimento da obrigação principal, não havendo que se falar em relativização de sua eficácia¹⁰⁷⁰, transformando-se o contrato como mecanismo para realização da autonomia da vontade, para um meio idôneo de desempenho de função social.

Por fim, o termo de ajustamento de gestão estará conforme aos ditames do princípio da função social do contrato desde que celebrado para atingimento da solidariedade social, justiça social e liberdade de iniciativa – todos valores sociais de interesses públicos relevantes, sendo defesa a utilização de cláusulas onerosamente excessivas em desfavor de um dos compromissários ou qualquer forma de “quebradura” das facetas subjetiva e objetiva da avença.

¹⁰⁶⁶ Nesse particular, a IV Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho de Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça realizada na cidade de Brasília/DF (2006), aprovou enunciado nesse sentido.

¹⁰⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith – Reflexões sobre o princípio da função social do contrato. Revista de Direito Getúlio Vargas. São Paulo. V 1. N 1. (2005), p. 49-50.

¹⁰⁶⁸ Cf. NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 63.

¹⁰⁶⁹ Sobre a quebra da base da faceta subjetiva e objetiva do contrato. In NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade – Código Civil comentado. 11.ª ed. São Paulo: Editora RT, 2014, pp. 26-28.

¹⁰⁷⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto – Função Social do contrato: primeiras anotações. Revista dos Tribunais. São Paulo. V 823 (2004), pp. 67-86, pp. 68-69.

5.2.6. Do princípio da lealdade

A boa-fé enquanto crença decorrente de um erro escusável possui premissas de direito civil em distinção nas suas faces objetiva e subjetiva. A primeira como dever de observância as posturas não defesas em lei – modelos comportamentais jurídicos, econômicos e sociais; a segunda, como dever de consciência ou desconhecimento de postura antijurídica, representada na vontade livre e consciente de não ofender ninguém e dar a cada um o que é seu.

Assim, o princípio da boa-fé não se limita apenas a comprovação de fraude ou malícia por uma das partes, representado um dever de observância de lealdade das partes, sob pena de sancionamento pelo direito diante de mau uso dos compromissos e práticas antijurídicas por meio do contrato.

A boa-fé objetiva representa fonte de direito e de obrigações, ao lado da lei e de outras fontes jurídicas, a impor comportamentos de ação com correção dos compromissários, segundo usos e costumes da sociedade (regras de conduta)¹⁰⁷¹.

Enquanto norma de conduta, expressa valores de honestidade, retidão, proibidade, representados em norma comportamental do ser humano. Esse modelo objetivo de conduta é arquétipo social de exigência de lealdade.¹⁰⁷² O agir com boa-fé contratual na seara objetiva, não é só impulsionar-se pela boa-fé subjetiva, mas agir dentro de um padrão de comportamento esperado em liberdade de manifestação da avença, imbuído de padrão de comportamento social, econômico e comutativo.

No sistema jurídico brasileiro, o princípio da boa-fé que induz ao dever de lealdade das partes, tem três naturezas jurídicas distintas¹⁰⁷³, a saber: (i) princípio geral de direito que serve de norte interpretativo do juiz para dirimência de causa ou situação posta em concreto, decorrente da lei de introdução às normas de direito brasileiro; (ii) conceito jurídico indeterminado de enunciação abstrata, com conteúdo mandamental otimizador para situações em concreto; e, (iii) cláusula geral de direito atinente aos contratos, descrita em preceito normativo que estabelece regra jurídica de natureza cogente.

Lado outro, se expressará também como dever de comportamento em matéria de direito adjetivo, onde as partes necessitarão pautar suas condutas no processo, sob pena de se caracterizar abuso de direito processual. Não se trata de rígida regra de solução prévia, mas encaminha valoração judicial de comportamento da parte a ser reprimida ou não pelo juiz natural, tudo a tempo e modo.

¹⁰⁷¹ NERY JUNIOR, Nelson – Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) - O novo Código Civil: homenagem ao Professor Miguel Reale. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2006, pp. 450-451.

¹⁰⁷² Cf. NERY, Rosa Maria de Andrade – Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Editora RT, 2008, p. 255.

¹⁰⁷³ NERY JUNIOR, Nelson – Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) - O novo Código Civil: homenagem ao Professor Miguel Reale. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 448.

A doutrina alemã entronizou a exegese de cláusulas gerais de direito com a necessidade de sua completude nas valorações indispensáveis a sua concretização (normas em branco), conformadas de acordo com o caso concreto, denotando a caracterização de “pontos de erupção de equidade”¹⁰⁷⁴.

Assim, as cláusulas gerais colmatadas em tipos normativos objetivos submetem à interpretação jurídica nos casos concretos, em expressão de tratamento equânime, possibilitando pela sua generalidade e abstração a aplicação nos variados casos ou situações de uma mesma consequência jurídica, sem, contudo, extrair-lhe problemas de (in)validade.

Assim como os princípios, as cláusulas gerais darão o “norte” ao julgador vinculando-lhe em aplicação, mas em liberdade para formação do seu livre convencimento motivado.

Outrossim, a boa-fé pode estar imbricada a ideia de conceito legal indeterminado, considerada sua vaguidade, normação, percepção e dotação de discricionariedade volátil; sem prejuízo, a boa-fé *exsurge* como cláusula geral, posto que, abrigando-se no conjunto decisório que faça emergir, decorrerá faceta comportamental que concitará a observância de padrões de observância, onde recepcionados pelo direito tornar-se-ão os denominados padrões jurídicos¹⁰⁷⁵.

São, portanto, cláusulas gerais de natureza orientativa, a formar diretriz a ser conduzida pelo julgador, a quem é dado o poder-dever de preenchimento de lacunas das normas em branco, sob livre convencimento motivado, aplicando-se-lhe à justiça no caso concreto.

A boa-fé objetiva se espalhará por todas as fases de formação da tomada de compromisso de gestão (pré-contratual), produzindo seus efeitos na execução e no adimplemento da avença (pós-contratual). Portanto, criará deveres entres os pré-compromissários, tais como obrigação de informação, sigilosidade e a proteção da confiança.

A violação da boa-fé como cláusula geral, afetando-se-lhe o princípio da lealdade, pode ser objeto de correção pela via (extra)judicial, por atividade típica de mera conduta ou por termo aditivo compromissório. Se não solucionada na via administrativa, poderá dar azo a judicialização de revisão contratual¹⁰⁷⁶.

Antes mesmo da celebração do termo de ajustamento de gestão na fase negocial, devem as partes agir com probidade, honestidade e lealdade, a fim de observarem o comando abstratizado da boa-fé imponível aos contratos, que se inauguram no início das tratativas da tomada de compromisso de

¹⁰⁷⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm – Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução Antonio Menezes Cordeiro. 2.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 142.

¹⁰⁷⁵ CORDEIRO, Antonio Menezes - Da boa-fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2015, p. 1196.

¹⁰⁷⁶ NERY JUNIOR, Nelson – Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) - O novo Código Civil: homenagem ao Professor Miguel Reale. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 448.

gestão e se preservam durante a sua execução até o exaurimento dos objetivos compromissórios celebrados, tudo em sede compositiva de conflitos de interesses.

5.3. Princípios de direito público informadores do ajustamento de gestão

5.3.1. Princípio da estrita legalidade administrativa

As normas constitucionais que regem a Administração Pública brasileira remetem os entes componentes da federação à observância do princípio da legalidade. O agir estatal deve obediência a estrita legalidade, a legitimar a atuação da administração pública¹⁰⁷⁷.

Pela estrita legalidade, em faceta positiva (de ação) em relação à garantia constitucional do indivíduo, para Administração Pública é defeso impor ao particular conduta comissiva (de fazer) ou conduta omissiva (de não fazer) sem que a lei autorize expressamente. Lado outro, em faceta negativa (de abstenção) é defeso à Administração Pública praticar atos contrários à lei¹⁰⁷⁸.

Dada a natureza da função pública e a finalidade do Estado, torna-se imperioso que os agentes públicos exerçam suas funções e cumpram seus deveres inerentes aos cargos, empregos ou funções em estrita observância o que a lei lhes impõe. Sem prejuízo, é possível que haja momentos de atuação discricionária (oportunidade e conveniência), sem que haja o total descolamento da lei, sob pena de desvio de finalidade ou abuso de poder.

Ademais, se a estrita legalidade é poder-dever inerente à Administração Pública e aos seus agentes, a discricionariedade não há de existir à margem da lei, mas sempre em virtude e na exata medida das hipóteses preconizadas na lei¹⁰⁷⁹. Posto isto, a discricionariedade não se põe como exceção à regra, sendo, quando muito, relativização ou atenuação a dar “elasticidade” às exigências que informam os poderes administrativos, sem da lei se descurar um só instante.

A submissão da Administração Pública à Constituição e as leis decorre da estrita observância do princípio da legalidade administrativa, manifestada essencialmente nos Estados de Direito, regra fundante de direito administrativo.

O agir – ou não agir - em conformidade com a lei, senão em virtude dela, é pressuposto de atuação da Administração face à estrita legalidade, que não se informa pelas regras de direito privado, isto é, onde ao particular é permitido fazer ou não fazer aquilo que não for defeso pelo ordenamento

¹⁰⁷⁷ ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón – Curso de derecho administrativo. Vol. 1. 15.ª ed. Madrid: Civitas, 2011, p. 445.

¹⁰⁷⁸ Nesse sentido, GOMES CANOTILHO, José Joaquim – Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 833.

¹⁰⁷⁹ ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón – Curso de derecho administrativo. Vol. 1. 15.ª ed. Madrid: Civitas, 2011, pp. 445-446.

jurídico vigente. Desta feita, os órgãos administrativos vinculados pela estrita legalidade estarão obrigados em razão de suas atribuições em aplicar a lei, devendo agir *secundum legis*, sendo vedado agir *contra legem* ou *praeter legis*.

O princípio da legalidade também exprime o “trato” jurídico de emanção política em submissão aos detentores do poder estatal, a um regime normativo vetor de favorecimentos ou perseguições, a possibilitar o afastamento de vocações personalíssimas de mandatários temporários e de governos.

Não se pode olvidar que a tutela satisfativa do interesse público relevante se limite a previsão em lei formal, em estrito cumprimento de dever legal, mas, inclusive, nos princípios gerais de direito calcados na boa-fé objetiva.

Assim, a supremacia do interesse público sobre o privado não autoriza o exercício do arbítrio pelos agentes públicos, que deverão agir de acordo com a lei para tutela desses interesses de matizes coletivas, por vezes, não convergentes aos interesses dos órgãos da Administração Pública. Temperando-se essa linha tênue entre (i)legalidade, a pauta do poder público deve encontrar guarida no princípio da boa-fé – “bebendo” da fonte de direito privado, que representará atendimento de regra jurídica aplicável aos compromissos de ajustamento de gestão.

Esse vínculo jurídico de atuação conforme exigirá dos interlocutores nas tratativas de compromisso de gestão, uma valoração da boa-fé como princípio geral de direito, portanto, aplicável à ambiência público-privada inaugurada¹⁰⁸⁰. O padrão de conduta erigido à norma jurídica imporá posturas de lealdade e honestidade na busca de decisões racionais, equânimes e dotadas de justiça social.

Nesse sentir, todos os princípios que regem a Administração Pública terão ponto vertido na boa-fé objetiva em aplicação, sendo precursores de atos futuros com consequências vinculantes para Administração e o particular, todos representativos de violação à proteção da confiança àqueles em que ajam em *venire contra factum proprium*¹⁰⁸¹.

A coerência da Administração Pública na prática de fatos administrativos encontrará na boa-fé objetiva a certeza do particular que, em se praticando determinado ato ou celebrando determinado ajuste de gestão, dotar-se-á de segurança jurídica, tanto quanto capaz de estabilizar o direito pelo cumprimento da obrigação em (re)ajuste firmado.

Dessarte, sob essa mesma ótica, o princípio da legalidade informador do agir da Administração Pública estatal deverá pautar todas as fases tratativas do ajuste de compromisso de gestão, de pré-celebração, firmamento, execução e exaurimento, respeitando-se a segurança jurídica e boa-fé objetiva

¹⁰⁸⁰ PÉREZ, Jesús González – El principio general de la buena fe en el derecho administrativo. 5.ª ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2009, pp. 59-60.

¹⁰⁸¹ Proibição de comportamentos contraditórios no âmbito da Administração Pública.

dele decorrente, vetor do poder público na imposição de conduta ao particular sob “desconexão” a proibição de comportamentos contraditórios.

A literalidade da lei não pode ser único mote da estabilização de direitos, vetor de sucessivos posicionamentos antagônicos com o fim de desconstituir avenças perenes. Os princípios gerais do direito, onde também reside à boa-fé objetiva, impedirá também a denominada decisão “surpresa”, que abruptamente restrinja direitos do particular, impondo-se a celebração do ajustamento de gestão sob os ideários de justiça e calcados nas bases da lealdade, honestidade e probidade com vistas ao atingimento de objetivo de interesses públicos relevantes.

5.3.2. Princípio da impessoalidade

A não subjetivação de atos administrativos emanados pelo poder público consistirá no princípio da impessoalidade, regente da Administração Pública e onde são imputados ao órgão estatal e não ao agente público responsável pela emanção do ato, a prática do ato em si¹⁰⁸².

Tratar-se-á de valor moral e ético, antes mesmo de decorrer de norma jurídica de natureza cogente, onde o poder deve exercido de forma objetiva e dissociado de interesses personalíssimos, sem vantagens ou privilégios, “mirando” no atingimento do bem comum.

A impessoalidade pode ser extraída do princípio da igualdade, ao passo que impõe à Administração Pública o poder-dever de não agir com distinção, discriminação, preconceitos, favoritismos ou perseguições em relação a seus administrados¹⁰⁸³. O fato de o administrador buscar distorções na legislação para abarcar hipóteses de tratamento diferenciado e não previsto em lei, ou para dela “destoar” do ordinariamente previsto sem alcance de exceção expressamente autorizada, desvelará ilegalidade e pessoalidade, condutas defesas em lei.

A Administração Pública neutra e objetiva é direito decorrente da cidadania plena, antes mesmo dos princípios que regem o Estado, posto que núcleo essencial dos regimes democráticos de direito. Lado outro, servirá de vetor para que o cidadão participe da vontade social relevante não se valha da relação de proximidade com a Administração Pública com obtenção de vantagens indevidas para si ou para seu grupo, em desvio de finalidade ao interesse coletivo.

O princípio da impessoalidade pode ser visto como princípio finalístico, onde o administrador público só deve praticar o ato para fim preconizado em lei, no atendimento ao interesse público e da

¹⁰⁸² SILVA, José Afonso da – Curso de Direito Constitucional positivo. 40.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 74.

¹⁰⁸³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio – Curso de Direito Administrativo. 33.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 110-111.

coletividade. Por isso mesmo, resta imbricado ao princípio da igualdade, informando no tratamento isonômico dos administrados em relação ao poder público de sujeição, a exigir a aplicação de solução equânime no caso concreto.

Assim, trata-se de norma objetiva, regra de conduta e de comportamento vinculante da função administrativa no trato imparcial a seus administrados, sendo pressuposto de uma Administração justa. Autoriza o reconhecimento de direitos ao particular pelo Estado, que tem o poder-dever de agir de ofício, “descolando-se” da ideia adversarial de inimigo¹⁰⁸⁴, numa pretensão em que o Estado esteja obrigado a reconhecer e cumprir de acordo com a lei, em favor do particular que o pleiteia determinado direito.

A impessoalidade tem vários ângulos de expressão, mas sob o aspecto político comportará a ideia de neutralidade, imparcialidade e igualdade de tratamento. Sob aspecto organizacional público importará que a titularidade do poder estatal emanar-se-á – em tese - desconectado da pessoa física que emanou o ato dotado de potestade¹⁰⁸⁵. Por fim, sob o aspecto da atividade estatal importará ação objetiva, sem distinção de favorecimento ou prejuízo aos administrados, de modo que a vantajosidade concedida a um administrado ou a um grupo de pessoas não se dê em detrimento dos demais que estejam em idênticas condições, circunstâncias e posições comunitárias.

Sem prejuízo, o princípio da imparcialidade imporá a Administração Pública a prática de ações transparentes, passíveis de auditagem pelo administrado (controle social) a criar um ambiente de confiança (imparcialidade e transparência), constituindo-se como dever geral dos agentes públicos. Nesse sentir, o compromisso de ajustamento de gestão deve se pautar pela impessoalidade para atingimento dos seus fins, isto é, tutela dos interesses públicos relevantes.

A atuação do agente estatal deve ser receptiva às pretensões dos administrados, sem prejudicá-las a impor tratamento adequado e impessoal, sem cogitar que o interessado seja tratado como oponente da Administração Pública, ainda que contra ele possa exigir-se o cumprimento de obrigações.

O tratamento imparcial é condição *sine qua non* para a garantia da impessoalidade nas tratativas de ajustamento de gestão, que não se imiscuem nas hipóteses de deferimento ou indeferimento das pretensões do particular atreladas ao princípio da legalidade, de cuja decisão de mérito - por essência - se extrairá o direito ou obrigação a ser cumprida (dever de parcialidade) nos termos da lei.

O mote finalístico da preservação dos direitos metaindividuais deve estar “mirado” com tratamento imparcial daqueles que concorrem a essa tratativa de ajuste (compromitente e compromissário), de modo a não permitir que circunstâncias estranhas, alheias ou decorrentes das fases

¹⁰⁸⁴ ESTORNINHO, Maria João – Requem pelo contrato administrativo. Coimbra: Almedina, 1990, pp. 56-58.

¹⁰⁸⁵ Mandatário, detentor de cargo, emprego ou função públicas (governantes, administrador, gestor, juiz, membro do órgão ministerial ou agente público ou político da administração pública direta ou indireta).

de negociação possam permear de pessoalidade a solução mais adequada para a avença compromissória a ser celebrada¹⁰⁸⁶.

Não se pode olvidar que o agente público legitimado para celebração do ajustamento de gestão deverá se pautar pela impessoalidade e estrita legalidade, não deixando permear a tratativa desta avença específica por fatores estranhos à normação aplicável à espécie ou por experiências pessoais ou profissionais alheias aos mandamentos legais¹⁰⁸⁷.

Sendo a hipótese de constatação de ameaça a direitos metaindividuais ou violação a essa categoria de direitos transindividuais – por via direta ou indireta – o termo de ajustamento de gestão é meio autocompositivo (extra)judicial capaz de resolutividade do problema. Para sucesso da avença a imparcialidade e o tratamento isonômico permitirão a desconstituição do *animus* adversarial entre órgão público e o particular, de modo a criar ambiente propício a comunicação das partes em relação de mútua confiança para coconstrução do consenso almejado.

5.3.4. Princípio da probidade

A probidade ou moralidade administrativa representa o dever de todo agente político ou servidor público em agir de modo legal e honesto, sem se aproveitar de vantagens que possam surgir em virtude do exercício de *munus* público exercido, nem para si e nem para outrem, em benefício ou prejuízo de quem quer que seja¹⁰⁸⁸.

O desvio de finalidade ou abuso de poder são historicamente matizes de problemas que fizeram surgir a indispensabilidade de uma atuação estatal baseada na moralidade administrativa, pressuposto hodierno-constitucional da Administração Pública brasileira.

A não arbitrariedade dos “nichos” contra a organização do Estado, ou vice-versa na seara da Administração Pública, fez edificarem-se preceitos de moralidade administrativa representado por elemento moral integrante do agir estatal, imbricado pela equidade e impeditivo do erro inescusável e o arbítrio do indivíduo¹⁰⁸⁹.

O conteúdo jurídico a partir de regras e princípios surgiram como a base da moralidade administrativa. Assim, podem surgir leis – dotadas de presunção de constitucionalidade - que beneficiem

¹⁰⁸⁶ NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 77.

¹⁰⁸⁷ Como nas hipóteses defesas de utilização do termo de ajustamento de gestão para atender fins particulares do agente público ou de direito individual de pessoa que visa proteger.

¹⁰⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – Código de Processo Civil comentado. 16.ª ed. São Paulo: RT, 2016, coment. 27.

¹⁰⁸⁹ FRANCISCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira – Controle da moralidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 94-95.

pessoas ou grupos, mas que uma vez cumpridas pelo administrador público, denotem atos materialmente ilegais, posto que desconformes à moralidade administrativa.

A boa gestão pública é amparada em regras de moralidade administrativa, conformando-se na atuação legítima dos agentes públicos a interditar ou invalidar comportamentos evitados de má-fé, erro grosseiro ou inescusável, deslealdade, dolo, fraude, favorecimentos ou perseguições, todos incompatíveis como o exercício da atividade administrativa de um Estado de Direito¹⁰⁹⁰.

Sem esse ambiente de boas condições propiciada pela moralidade administrativa para tutela dos interesses coletivos, o poder-dever de bem administrar transformar-se-ia em atividade hercúlea, face às investidas de indivíduos inescrupulosos para com a coisa pública, servindo, assim, de instrumento vetor do desvio de conduta pelos agentes estatais. O interesse ao bem comum e a moralidade administrativa são fundamentos jurídicos desprovidos de abuso ou desvio de poder.

Ainda que haja arrimo na norma jurídica para tomada de decisão de mérito administrativo, carece de requisito de validade todo aquele ato que não atente para moralidade administrativa. Assim, integrase na execução e na finalidade do ato emanado pela Administração Pública, representando fator de legalidade¹⁰⁹¹ ou legitimidade.

Deste modo, a probidade administrativa é parâmetro de aferição, tanto pelo particular, quanto pela Administração Pública, dos desvios de finalidade ou abusos de poder, trazendo elemento integrativo do direito na verificabilidade do cumprimento da lei pela prática do ato, que, uma vez viciado, poderá ser invalidado.

Os traços da probidade na Administração, em certa medida estarão atrelados à boa-fé objetiva, pois além de representarem - de forma idêntica - moldes de comportamento social, guardarão correspondência aos deveres de honestidade, lealdade e moralidade, que pautam o agir estatal pelos seus mandatários.

Ficarão excluídos do modo de agir estatal, em especial no trato dos interesses coletivos, a leviandade e a proibição de atos contraditórios em propósitos administrativos. A atuação do agir estatal em consonância ao princípio de lealdade e de boa-fé objetiva restará incutida no âmbito da uma logicidade ética na realização da probidade administrativa, meio para realização do interesse público coletivo¹⁰⁹².

¹⁰⁹⁰ CAMMAROSANO, Marcio – O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp. 72-73.

¹⁰⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes – Direito Administrativo brasileiro. 42.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 90.

¹⁰⁹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio – Curso de Direito Administrativo. 33.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 110-111.

O malferimento e malversação de bens e interesses públicos por violação a probidade administrativa poderão acarretar a invalidação dos atos administrativos pela via própria, cujo direito brasileiro contemplou legitimação universal ao cidadão comum em matéria de ações constitucionais¹⁰⁹³.

Assim, o termo de ajustamento de gestão deverá ser celebrado atentando aos princípios da probidade na Administração Pública, desde que demonstrado o alcance do objetivo da tutela do interesse público coletivo relevante protegido – direta ou indiretamente – mantendo-se os interlocutores em condutas incólumes de imoralidade, conquanto representantes públicos de entes comprometentes.

O dever de honestidade, lealdade e probidade são indispensáveis para validade da avença de tomada de compromisso, onde o vício decorrente de desvio de finalidade ou abuso de poder comprometerão a higidez da avença celebrada e representarão causa de invalidade ou anulabilidade.

5.3.5. Princípio da publicidade

O dever de transparência dos atos administrativos é a premissa indissociável de agentes públicos no exercício de atividades típicas de Estado e de sua gestão pública. Para a realização dessa transparência – ativa ou passiva – a forma de cientificação das ordens e decisões administrativas se ampara no princípio constitucional da publicidade para plenitude de realização.

A finalidade dos atos e das atividades encetadas pelo Estado por meio de sua administração são públicos, isto é, impõe-se um poder-dever de produção e exteriorização aberto na cientificação do público em geral, devendo restar atentos aos ideários da transparência pública.

O dever de atendimento do princípio da publicidade obriga toda atuação estatal, não apenas na divulgação de atos oficiais, mas, sobretudo, o conhecimento por todos da conduta praticada pelos agentes públicos¹⁰⁹⁴. Aqui, merece destaque ao dever da publicidade da atuação administrativa, tanto em atos administrativos que envolvam interesses individuais, quanto atos administrativos que envolvam interesses metaindividuais, para possibilitar o controle externo – inclusive social – do escorrito “agir” estatal, permitindo-se a interposição de irrisignações e o exercício do direito de representação por ilegalidade ou abuso de poder, inclusive às esferas de controle interno e externo de legalidade dos atos estatais.

A exigência do (re)conhecimento pelos cidadãos dos atos da Administração Pública, em especial normativos, é inerente ao Estado de Direito (democrático), sendo defeso à prática de atos secretos por

¹⁰⁹³ É a hipótese de judicialização da ação popular, onde qualquer cidadão é parte legítima para fazer cessar ilegalidade ou abuso de poder, pela prática de ato administrativo que importe a violação da moralidade administrativa.

¹⁰⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes – Direito Administrativo brasileiro. 42.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 90.

seus agentes públicos, contra os quais o obscurantismo não possibilitará a impugnação¹⁰⁹⁵. A publicidade desenvolve-se como instrumento de cientificação aos interessados para exercício pleno de seus direitos - ou recursos - e realização de uma das facetas da cidadania constitucional, por meio da qual se aclaram à fiscalização direta pela prática de atos de agentes dotados de poder de potestade.

Ainda que em situações excepcionais se oponham sigilos acerca de procedimentos e processos, tal reserva não poderá ser oponível em desfavor de investigados, a impedir amplo acesso à prova já produzida; é garantia constitucional dos indivíduos ter acesso aos dados de órgãos públicos de interesse personalíssimo, a fim de que se oportunize o exercício da ampla defesa e do contraditório – garantias individuais de qualquer cidadão¹⁰⁹⁶.

Lado outro, a publicidade e a publicação de atos são institutos distintos por natureza, mas, contudo, restam coligados entre si. A primeira representa qualquer forma comunicativa exteriorizada dos atos dos poderes públicos, desde que dotada de eficácia. Já a segunda representa uma das várias formas de publicidade dos atos, por meio da imprensa oficial (jornal ou diário oficial)¹⁰⁹⁷.

A forma usual, em alguns casos, exigida para devida publicização do agir estatal se dá pela notificação pessoal do interessado (intimação), acerca de ato administrativo em que se “beneficia” ou “prejudica” em esfera de patrimônio individual, dando-lhe ciência acerca do inteiro teor da manifestação decisória do poder público¹⁰⁹⁸.

Do mesmo modo, os atos e contratos administrativos que não tenham sido objeto de alcance do poder-dever de publicidade pelos agentes públicos, padecem de vício de validade se não forem publicizados, não só podendo deixar de produzir seus efeitos ordinários, como se apresentem à invalidação ou anulabilidade por ausência de eficácia e transparência administrativa.

Sem prejuízo, o direito de acesso à informação é viabilizado por instrumental – administrativo ou jurisdicional – em garantia ao acesso a informações de interesse pessoal (direito de certidão ou *habeas data*, respectivamente), acerca de dados que constem em registros de entidades públicas, ainda que para fins retificatórios.

A exteriorização à coletividade da celebração do termo de ajustamento de gestão se dará de igual modo aos atos administrativos pelo princípio da publicidade, a cientificar à coletividade das balizas entabuladas pelo poder público e o administrado sobre questões de interesses metaindividuais,

¹⁰⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – Curso de direito constitucional positivo. 7.^a ed. Coimbra: 2003, p. 878.

¹⁰⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – Código de Processo Civil comentado. 16.^a ed. São Paulo: RT, 2016, coment. 30.

¹⁰⁹⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim – Curso de direito constitucional positivo. 7.^a ed. Coimbra: 2003, p. 878.

¹⁰⁹⁸ SILVA, José Afonso – Curso de direito constitucional positivo. 40.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 670.

permitindo-se acesso integral ao texto do compromisso de (re)ajustamento celebrado, a fim de se garantir a plenitude do primado da transparência na Administração Pública.

Somente pela transparência pública – ativa e passiva – permitir-se-á aos membros da sociedade e demais entidades ou órgãos de controle e fiscalização pública, o acompanhamento da execução das tratativas e o cumprimento integral da avença em matéria de tomada em compromisso de gestão às exigências legais.

O cumprimento escorreito do poder-dever de informação pela administração pública depende da observância do princípio da publicidade, que poderá ser realizado por publicação de extrato do termo de ajustamento em jornal oficial do ente (requisito indispensável)¹⁰⁹⁹, aliado à publicização em jornais de grande circulação, rede mundial de computadores (*internet*), diários ou sítios oficiais eletrônicos, aposição no átrio do poder público, dentre outros, conquanto que a cientificação seja inequívoca aos membros da sociedade.

Por essa razão, a ausência do princípio da publicidade pela celebração do termo de ajustamento de gestão poderá eivá-lo de invalidade ou anulabilidade, desde que não cumpridos deveres de transparência pública e informação, a produzir “prejuízos” aos interesses relevantes da coletividade, seja por prestação deficiente, seja por decréscimo da máxima efetividade dos interesses públicos que se presta a tutelar.

5.3.6. Princípio da eficiência

Para que a finalidade da atuação administrativa seja alcançada exitosamente com menor dispêndio de recursos materiais e financeiros possíveis, inclusive de tempo (critério quantitativo), com maior satisfatividade e utilidade possível dos atos administrativos emanados (critério qualitativo), a atividade estatal deverá ser desenvolvida por estas “trilhas” da eficiência.

Para alcance da eficiência, a Administração Pública precisará agir com presteza, rendimento, rapidez, satisfatoriedade e perfeição funcional, sempre atreladas ao princípio da legalidade¹¹⁰⁰, isto é,

¹⁰⁹⁹ Resolução CNMP n. 179, de 26 de julho de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta a tomada de compromisso de ajustamento de conduta, prevê em seu art. 7º, que o “Órgão Superior de que trata o art. 6º dará publicidade ao extrato do compromisso de ajustamento de conduta em Diário Oficial próprio ou não, no site da instituição, ou por qualquer outro meio eficiente e acessível, conforme as peculiaridades de cada ramo do Ministério Público, no prazo máximo de quinze dias, a qual deverá conter: I – a indicação do inquérito civil ou procedimento em que tomado o compromisso; II – a indicação do órgão de execução; III – a área de tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em que foi firmado o compromisso de ajustamento de conduta e sua abrangência territorial, quando for o caso; IV – a indicação das partes compromissárias, seus CPF ou CNPJ, e o endereço de domicílio ou sede; V – o objeto específico do compromisso de ajustamento de conduta; VI – indicação do endereço eletrônico em que se possa acessar o inteiro teor do compromisso de ajustamento de conduta ou local em que seja possível obter cópia impressa integral.” [13.06.2019]. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>.

¹¹⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes – Direito Administrativo brasileiro, 42.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 97.

secundum legis, numa nova logicidade conglobante (finalidade material) para realização das necessidades e dos interesses da coletividade. A legalidade formal e abstrata dará azo a uma legalidade material e concreta de resultados (controle de resultados).

Verificamos a existência de uma expansão principiológica volvida à produção de resultados sob matiz político-jurídica expressa em poder-dever dos agentes públicos responsáveis pela concretude de interesses públicos relevantes.

Assim, a eficiência administrativa é obtida pelo mais adequado uso dos recursos e meios – humanos, materiais e institucionais -, para melhor atendimento dos anseios da coletividade¹¹⁰¹. As ações administrativas devem volver-se para concretude substancial da teleologia preconizada em lei, sem se descurar da obediência da regra jurídica, conjugando-se a estrita legalidade e eficiência estatal.

O dever de bem administrar conjugado a obediência da eficiência administrativa em cumprimento à lei surgem como deveres conexos de respeito ao ordenamento jurídico vigente¹¹⁰².

No regime constitucional-administrativo brasileiro, a eficiência só foi entronizada - expressamente - pelo poder constituinte derivado no início do século XXI¹¹⁰³, garantindo-se, de igual modo, a razoável duração do processo e dos meios que propiciem a celeridade de tramitação como direito individual e coletivo.

Esse novo estado de coisas impôs um controle de proporcionalidade na realização de atos administrativos e jurisdicionais, exigindo-se um “filtro” dos critérios da necessidade, adequação e razoabilidade em sentido estrito para realização e formação do ato administrativo.

Os elementos da adequação e da necessidade forçaram expurgar atos contrários aos elementos formadores da razoabilidade em sentido estrito, em especial em processos administrativos e jurisdicionais, temperando-se uma menor onerosidade com vistas ao alcance de maior finalidade do preconizado em norma jurídica, a “descolar” a burocracia administrativa ancorada na ideia de legalidade formal¹¹⁰⁴. Assim, o princípio da eficiência é reforçado quando posto de encontro com o princípio da proporcionalidade.

Os limites da “textura aberta” do princípio da razoabilidade serão garantidas pelo dever de celeridade dos processos¹¹⁰⁵.

De toda sorte, os meios que garantam a celeridade na solução dos conflitos encontrarão no termo de ajustamento de gestão campo fértil na realização do princípio da eficiência, como garantia de

¹¹⁰¹ SILVA, José Afonso – Curso de direito constitucional positivo. 40.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 671.

¹¹⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio – Curso de Direito Administrativo. 33.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 117.

¹¹⁰³ Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, da República Federativa do Brasil.

¹¹⁰⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de – Princípio da eficiência. Revista dos Tribunais. São Paulo. V 830 (2012), pp. 553-559, p. 553.

¹¹⁰⁵ SILVA, José Afonso – Curso de direito constitucional positivo. 40.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 432.

aplicação dos elementos que constituem o próprio princípio da razoabilidade, a promover acesso à Justiça com menor dispêndio de recursos materiais e financeiros em menor tempo, em primado da utilidade do meio alternativo na resolutividade do problema, com maior satisfatividade do interesse público relevante tutelado.

São valores inerentes ao termo de ajustamento de gestão a presteza, o rendimento, a celeridade e a perfeição funcionais da atividade administrativa encetada pelo poder público, em maior informalismo e com vistas à utilidade do meio na satisfatividade das necessidades de natureza pública coletiva.

5.3.7. Dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

O princípio da razoabilidade consiste princípio constitucional brasileiro implícito, conduto de melhor forma interpretativa do processo, representado em “atividade de espírito” que encaminha à concretização do direito em face das diversas hipóteses abstratas cabíveis à espécie¹¹⁰⁶. Usualmente, o princípio da razoabilidade nos induz a ideia de proibição de excessos, submetendo-se aos elementos de verificabilidade de adequação, moderação e bom senso.

Lado outro, o princípio da proporcionalidade não encontra guarida expressa na norma constitucional brasileira, nem constitui princípio constitucional implícito, diverso modo do princípio da razoabilidade¹¹⁰⁷.

Representa o princípio da proporcionalidade o sopesamento da extensão de efeitos da medida administrativa imposta pelo poder público (remetente) em face da situação jurídica do administrado (destinatário) com o resultado vislumbrado sob a ótica do interesse público¹¹⁰⁸.

O princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é mecanismo jurídico de controle de constitucionalidade e legalidade exercido pelos juízes ou tribunais sobre a adequação dos meios administrativos adotados, em especial os de natureza coativa, em alcance de escopo e balanceamento concreto dos direitos em controvérsia¹¹⁰⁹.

O sopesamento das desvantagens dos meios e das vantagens dos fins seriam capazes de extrair uma justa medida em solução do problema, estabelecendo-se critérios objetivos de verificabilidade em que o instrumento utilizado seja (des)proporcional em relação ao resultado pretendido. Assim, permitir-se-ia (re)colocar os poderes públicos em patamares menos sobranceiros e incontestados em relação ao

¹¹⁰⁶ NOGUEIRA, Roberto Wanderley – O problema da razoabilidade e a questão judicial. Porto Alegre: Fabris: 2006, p. 209.

¹¹⁰⁷ Ambos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são enumerados expressamente em norma federal infraconstitucional de que trata do processo administrativo federal brasileiro. Artigo 2º da Lei federal n. 9.784/1999, da República Federativa do Brasil.

¹¹⁰⁸ Nesse sentido, LE GAC-PECH, Sophie – La proportionnalité em droit privé des contrats. Paris: LGDJ, 2000, p. 17.

¹¹⁰⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim Curso de direito constitucional positivo. 7.ª ed. Coimbra: 2003, pp. 268-270.

cidadão¹¹¹⁰, permeando-se as relações de posições horizontalizadas onde firmam-se ideais para coconstrução do consenso.

Deste modo, a posição hierarquicamente superior da Administração Pública e seus excessos advindos da ideia arcaica de poder de potestade, colocá-la-iam em posição de vantagem em relação ao particular, cujo sopesamento da proporcionalidade serviria de vetor objetivo de eventuais excessos ou desequilíbrios.

Outrossim, como ponto de partida da ordem jurídica, o princípio da razoabilidade teria validade universal, aplicável aos agentes públicos administradores, legisladores e julgadores, extensível aos particulares¹¹¹¹.

Em tripla dimensão do princípio da proporcionalidade, exige-se a harmonia desses três requisitos essenciais, a saber: (i) a valoração da liberdade turbada ou violada; (ii) a extração da adequação entre os fins e os meios; e, (iii) a incidência do valor da liberdade no caso concreto¹¹¹².

Sem prejuízo, há quem defenda a indispensável decomposição do princípio da proporcionalidade em três outros “filtros”, sob pena de invalidação do ato administrativo em ótica de legalidade, a saber: (i) a adequação; (ii) necessidade; e, (iii) da proporcionalidade em sentido estrito¹¹¹³.

A exigência da ponderação administrativa exige dos agentes administrativos uma postura de proteção jurídica de sopesamento em grau de importância que venha a fundamentar cada caso objeto de decisão de mérito administrativo, sob pena de invalidade ou anulabilidade por ausência de aferição de critérios objetivos de preponderância.

Tais fundamentos são indispensáveis nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais, onde o exercício do direito fundamental de um indivíduo, pode mitigar, obstar ou restringir o exercício do direito fundamental de outro. Deste modo, a colisão de direitos fundamentais pode recair sobre os efeitos do direito material propriamente dito, acarretando efeitos deletérios em relação a terceiros, ou ainda, em relação a sua aplicação por parte dos poderes públicos¹¹¹⁴.

Pode haver ainda a colisão de garantias constitucionais protegidas igualmente, decorrendo a necessidade de ponderação, de sopesagem ou de balanceamento para solução da controvérsia principiológica¹¹¹⁵.

¹¹¹⁰ Ibidem.

¹¹¹¹ GORDILLO, Agustín – Tratado de derecho administrativo y obras selectas. 11.ª ed. Buenos Aires: FdAm, 2013, p. VI-28.

¹¹¹² LE GAC-PECH, Sophie. Op. cit. p. 20.

¹¹¹³ BUECHELE, Paulo Arminio Tavares – O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 119.

¹¹¹⁴ CARA, Juan Carlos Gavara de – Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 288-289.

¹¹¹⁵ GOMES CANOTILHO, José Joaquim – Curso de direito constitucional positivo. 7.ª ed. Coimbra: 2003, p. 1238.

Assim, na colisão de direitos fundamentais, a medida e o direito que prevalecerá deverá ser objeto de “balanceamento” para extração da decisão administrativa mais apropriada, cujo método encontrará guarida no princípio da proporcionalidade.

Dessarte, a celebração do termo de ajustamento de gestão deve restar permeada pelo princípio da proporcionalidade a incidir a ideia de proibição de excessos, tanto em relação aos compromitentes, quanto em relação aos compromissários, com atuação adequada, moderada, dotada de senso comum e de equilíbrio, a afastar abusos de direito, excessos ou desvios de poder, sendo defesa uma atuação hierarquizada, adversarial, desarrazoada e desproporcional.

5.3.8. Do princípio da jurisdição universal e o meio alternativo de acesso à Justiça

O direito de ação calcado no princípio da jurisdição universal – garantia constitucional fundamental – se aperfeiçoa por meio do acesso à Justiça, em especial no poder que detém função típica jurisdicional. Assim, todos têm direito de acesso à jurisdição, visando à postulação de tutela – preventiva ou repressiva – com o fim de preservar ou afastar de turbação lesão de determinado direito de natureza individual ou transindividual (difuso, individual homogêneo ou coletivo).

Em matéria constitucional, decorre direito de ação àquele que pode deduzir em juízo pretensão; ainda, de pretensão proposta contra si, utilizar-se de todos os meios jurídicos de defesa de direito caracterizado pelo conflito de interesses de pretensão resistida.

Ademais, além do direito de agir, há direito daquele contra quem se age ou contra quem se propõe a ação por meio da plenitude de defesa¹¹¹⁶, devendo, além do direito de tutela jurisdicional em si, ter-se direito de tutela adequada tanto quanto suficiente para se garantir efetividade na realização do direito deduzido em juízo.

A provocação da função jurisdicional, na busca de uma heterocomposição para solução de um conflito de interesses, tende a finalidade de viabilizar o resultado justo e viável por decisão de mérito no processo judicializado¹¹¹⁷. Deste modo, o acesso à justiça universal é consubstanciado na possibilidade do exercício de direito de ação perante os órgãos do Poder Judiciário, sob a égide do devido processo legal em matéria de controle de legalidade e de solução heterocompositiva.

O acesso à Justiça possui duas facetas em relação a efetividade, a saber: (i) particular, com a oportunização de participação do indivíduo em processo judicial na defesa de direito; e, (ii) geral, pelas

¹¹¹⁶ SILVA, José Afonso – Curso de direito constitucional positivo. 40.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 431.

¹¹¹⁷ SCHEER, Milene de Alcântara Martins – A dimensão objetiva do direito fundamental ao acesso à justiça e a efetividade da norma constitucional. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo. V 54 (2006), pp. 276-292, p. 276.

condições de existência objetiva da justiça, em atuação no controle dos processos políticos, econômicos e sociais¹¹¹⁸.

A instrumentalização da realização de direitos individuais perpassa pela oportunização ao indivíduo de acesso à Justiça e à regularidade de funcionamento estatal, garantindo-se a sua promoção e sua realização com eficiência, em atuação de verdadeira limitação do exercício do poder estatal. Trata-se, pois, conquista inarredável para fazer face aos arbítrios e a opressão da máquina estatal em *status* de justiça universal.

Desta feita, o acesso à Justiça deve restar caracterizado pela oportunidade de obtenção de tutela jurisdicional do Estado, de forma imparcial, célere, eficaz, eficiente e menos custosa, cuja efetividade advirá da utilização de meios constitucionais e legais disponíveis ao cidadão¹¹¹⁹.

A solução de conflitos de interesses de pretensão resistida perpassará pela disponibilidade e utilização de todos os instrumentos de acesso à Justiça: autocompositivos ou heterocompositivos. Assim, constituir-se-ão por elementos limitativos do exercício do direito assegurado, isto é, desde que cumpridas as condições da ação (extra)judiciais e seus pressupostos processuais - subjetivos e objetivos -, em observância ao disciplinamento do devido processo formal e material, preconizados em digestos processuais civis.

O acesso à Justiça se apresenta como um dos maiores corolários constitucionais na defesa de direitos fundamentais, valor fundante comunitário e da própria democracia, devendo ser acessível a todos sem distinção (política ou socioeconômica), a afastar as diversas desigualdades em sociedade^{1120 1121}, tendo o Ministério Público papel fundamental à preservação dos valores democráticos, apresentando-se como protagonista para assegurar o (re)equilíbrio na deflagração de meios compositivos nas fases (pré-)processuais.

O termo de ajustamento de gestão atenderá aos valores democráticos se instrumentalizado como meio econômico (menor onerosidade), de maior brevidade (celeridade) e de maior justeza (equanimidade), com vistas a mais adequada (re)solutividade de ameaça de lesão ou afastamento de ofensa a direitos transindividuais¹¹²², operando-se como meio autocompositivo “alternativo” de acesso à Justiça e em solutividade pacífica de controvérsias.

¹¹¹⁸ PASTORE, Suzana Vereta Nahoum – O direito de acesso à justiça: os rumos da efetividade. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo. V. 49 (2004), pp. 154-190, p. 154-155.

¹¹¹⁹ Nesse sentido, SANCHES, Sidney – Acesso à justiça. Revista dos Tribunais. São Paulo. V. 621 (1987), pp. 266-269, p. 266.

¹¹²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro – O acesso à Justiça e o Ministério Público. Revista dos Tribunais. São Paulo. V. 638 (1988), pp. 241-249, p. 241-242.

¹¹²¹ Pobres e ricos, fracos e poderosos, em desigualdades regionais, sociais, culturais, econômicas e etárias.

¹¹²² RODRIGUES, Geisa de Assis – Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 105-106.

Desta feita, o acesso à Justiça é primado do termo de ajustamento de gestão, que por conduto da via (extra)judicial poderá alcançar uma resolução justa e adequada para dada controvérsia de relevante interesse público, devendo ser perscrutada pelos órgãos ministeriais em atuação precípua de promoção direta da justiça social.

5.4. Da violação dos princípios jurídicos aplicáveis à espécie

Antepostos os princípios jurídicos de direito privado e de direito público que conformam a natureza jurídica híbrida do termo de ajustamento de gestão, a violação desses preceitos antepostos acarretarão consequências jurídicas, restando equivalente à violação da lei ou à violação do direito em si.

A ação rescisória é instrumento jurídico para rescindir sentença judicial de mérito que viole cabalmente norma jurídica, dentre outras hipóteses¹¹²³. Sendo o termo de ajustamento de gestão instrumento (extra)judicial que poderá - ou não - ser homologado judicialmente (facultatividade), possuirá eficácia de título executivo (judicial ou extrajudicial). Deste modo, poderá de igual modo à sentença vir a ser objeto de ação rescisória ou anulatória que se tenha por fundamento a violação da norma jurídica (em analogia¹¹²⁴), por violação aos costumes e aos princípios gerais de direito.

A utilização dos princípios para resolutividade de um problema judicializado surge como vetor ao juiz para agir em discricionariedade, devendo promover a adequação da decisão correta para cada caso concreto. A compreensão do problema é uma questão de hermenêutica jurídica para adequada solução baseada em princípios, e não da própria fundamentação judicial de essência analítico-procedimental,

¹¹²³ O artigo 966, da Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil brasileiro), preconiza: "A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos. §1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado. §2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça: I - nova propositura da demanda; ou II - admissibilidade do recurso correspondente. §3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão. §4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei. §5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. (Incluído pela Lei nº federal 13.256, de 2016) §6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. (Incluído pela Lei federal nº 13.256, de 2016)

¹¹²⁴ Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – Tratado de ação rescisória: das sentenças e de outras decisões. Atual. e anot. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 317.

sendo possível afirmar que a aplicação do princípio ao caso concreto é que instrumentalizará a fundamentação da decisão jurisdicional e não o inverso¹¹²⁵.

Sem prejuízo, a violação de um princípio jurídico poderá acarretar a nulidade ou anulabilidade do compromisso de ajustamento firmado (negócio jurídico)¹¹²⁶.

A violação dos princípios da moralidade e da boa-fé objetiva, por exemplo, onde ao compromissário não foi dada a oportunidade de coconstrução às cláusulas da avença celebrada, advinda, portanto, de imposição unilateral do compromitente, poderá constituir vício insanável, passível de eivar de mácula impossível de posterior correção ou convalidação pela parte prejudicada.

Já um vício decorrente da violação do princípio da publicidade poderá ser sanado por meio da implementação da condição ausente, isto é, ato de publicação em órgão oficial, desde que não demonstrado prejuízo às partes e ao interesse público relevante a ser tutelado pelo (re)ajustamento de gestão.

As hipóteses de nulidade ou anulabilidade deverão se dar no caso concreto, importando afirmar que o instrumento de ajustamento de gestão não se encontra incólume ou “blindado” do controle externo de legalidade a ser exercido pelo Poder Judiciário e pelos Tribunais de Contas, como toda e qualquer atividade típica administrativa, tudo em respeito ao corolário do princípio universal de acesso à Justiça, que também se lhe aplica.

Não podemos deixar de olvidar que a celebração do termo de ajustamento de gestão em violação aos princípios jurídicos conformadores – de direito privado e de direito público – acarretará a possibilidade de autotutela pela própria Administração, podendo ser “alvo” de ação declaratória de nulidade¹¹²⁷ ou ação de anulabilidade, a fim de desconstituir a avença maculada de vícios insanáveis.

Nada importa, de igual modo, nas hipóteses de convalidação da avença, em se tratando de vícios sanáveis, que sejam objeto de correção substancial ou de firmamento de aditamentos (termos rerratificação), com a finalidade de manter incólumes os objetivos de interesse público coletivo almejados pelas partes compromissárias.

Isto posto, a violação dos princípios gerais de direito informativos da celebração do ajustamento de gestão poderá acarretar a nulidade ou anulabilidade, se impossíveis de convalidação e se

¹¹²⁵ STRECK, Lênio Luiz – Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 81.

¹¹²⁶ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – Tratado de Direito Privado: parte geral. Atual. e anot. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehardt. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 218.

¹¹²⁷ O art. 19 da Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil brasileiro), preconiza: Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica; II - da autenticidade ou da falsidade de documento.

demonstrado prejuízo às partes ou ao interesse público relevante que se prestou a tutelar pelo meio autocompositivo da solutividade da controvérsia.

5.5. DO PLANO DA EXISTÊNCIA E DA VALIDADE

A exegese do termo de ajustamento de gestão importará na abordagem do plano de sua existência e validade, em especial na capacidade do compromitente em celebrar, no objeto lícito e determinado e na forma prescrita e não defesa em lei, tudo enquanto negócio jurídico como meio de autocomposição na solutividade de controvérsia.

No plano da validade, devem ser atentados aos requisitos mínimos para celebração do acordo de conduta, a saber: (i) capacidade de fato do agente; (ii) manifestação livre da vontade das partes; (iii) a licitude e determinabilidade jurídica do objeto; e, por fim, (iv) forma prescrita e não defesa em lei¹¹²⁸.

Os celebrantes do acordo consensuado, seja na pessoa do compromitente (órgão público legitimado¹¹²⁹), seja na pessoa do compromissário (particular ou agente público interessado), deverá ser detentor, a saber: (i) se pessoa física, de capacidade de fato de acordo com a lei civil brasileira; (ii) se pessoa jurídica de direito privado, de representação legal por titular de cargos de administração/direção/gerência, com poderes especiais para tanto, podendo se valer de preposto; (iii) se pessoa jurídica de direito público - órgãos públicos -, poderes constituídos para transigir por representante legal, em especial por meio de advogados públicos; (iv) se entes estatais, ser o representante legal mandatário nomeado ou eleito com atribuições administrativas e nos limites de sua competência legal; e, por fim, (v) dever legal de cumprimento da obrigação ou da avença celebrada a compromissários e interessados despersonificados¹¹³⁰.

No plano da existência, devem os compromissos de ajustamento de gestão atentar a seus elementos constitutivos, a saber: (i) agente; (ii) vontade; e, (iii) causa¹¹³¹.

Nesse sentir, caso o compromisso seja tomado por entidade ou pessoa jurídica não legitimada ativa que tenha manifestado livremente a sua vontade na celebração do negócio jurídico, o termo de ajustamento de gestão será existente, contudo, inválido, por faltar ao compromitente de fato atribuição,

¹¹²⁸ Cf. art. 104 do Código Civil brasileiro, preconiza: "A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei."

¹¹²⁹ Art. 5º da Lei federal 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), que prevê os legitimados para propositura da ação cautelar e principal para defesa de direitos metaindividuais (art. 4º), com conseqüente possibilidade autorizativa de tomada de compromisso de ajustamento (§6º, do art. 5º).

¹¹³⁰ Espólio de bens do de cujus, condomínios prediais, grupos econômicos conglomerados, órgãos desconcentrados da administração pública direta, dentre outros.

¹¹³¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – Código de Processo Civil comentado. 16.ª ed. São Paulo: RT, 2016, coment. 4.

capacidade ou competência legal para firmamento de acordo extrajudicial de natureza obrigacional em matéria de direitos transindividuais.

De outra banda, caso haja o compromisso de cumprimento da avença por terceiro interessado (compromissário) que sequer fazia parte da relação jurídica extracontratual inaugural, será este regido pelas regras de direito privado (das obrigações), sendo o termo de compromisso de gestão existente e válido, exigível em desfavor dos compromissários volitivamente aderentes.

5.5.1. Da historicidade do instituto jurídico

No Brasil, os estudos das atividades de controle externo da Administração Pública pelo fenômeno da heterocomposição (jurisdicional) nas últimas três décadas, vieram sendo complementados por novos rumos de ideias de natureza consensuada.

Para tanto, a influência exercida pela consensualidade como meio de acesso à Justiça, levou a atividade legislativa infraconstitucional brasileira¹¹³² a dispor sobre a possibilidade de celebração do termo de ajustamento de conduta decorrente da tutela de direitos metaindividuais - inauguralmente protetiva da criança e da adolescência, e, ato contínuo, do direito consumerista.

Tais influxos se espalharam pelos demais ramos de direito público^{1133 1134}, fazendo se erigir outras legislações especiais nos anos seguintes. O reflexo posterior mais próximo se deu nos procedimentos administrativos que envolviam direitos da criança, juventude e adolescência, direito consumerista, direito ao meio ambiente e direito disciplinar de servidores públicos civis, emergindo doutrina¹¹³⁵ e práticas administrativas acerca da possibilidade de celebração de ajustamento de conduta pela Administração

¹¹³² Cf. art. 211, da Lei federal n. 8.069, de 13.07.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e art. 113 da Lei federal n. 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor), que incluiu o §6º do art. 5º da Lei federal n. 7.347, de 24.07.1985 (Lei da Ação Civil Pública), que permitiu aos órgãos públicos legitimados da tutela de direitos transindividuais na celebração do ajustamento de conduta às exigências legais, nos casos em que dispôs.

¹¹³³ Cf. art. 53, caput (e seus parágrafos 1º ao 4º), da Lei federal n. 8.884, de 11.06.1994, que dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica (revogado pela Lei federal n. 12.529, de 30.11.2011), passando a ser disposto no art. 85 do novo edito em vigor, in verbis (caput): “Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atendeu aos interesses protegidos por lei.”

¹¹³⁴ De igual modo, o art. 79-A, caput (e parágrafos 1º ao 8º), da Lei federal n. 9.605/98 (com redação dada pela Medida Provisória n. 1.710, de 07.08.1998 [e suas reedições], revogado e com nova redação dada pela Medida Provisória n. 2.163-41, 23.08.2001 [reeditada], estabilizada pelo art. 2º da Emenda à Constituição n. 32, de 11/09/2001, que previu que as medidas provisórias editadas em data anterior a da publicação da referida emenda, continuam em vigor até que medida provisória ulterior que às revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional), que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, in verbis (caput): “Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.”

¹¹³⁵ ALVES, Léo da Silva – Infração disciplinar e o dever de apurar [em linha]. 2009. [16.09.2009]. (16.12.2018) Disponível em <https://jus.com.br/artigos/12273/infracao-disciplinar-o-dever-de-apurar>.

Pública e órgãos ministeriais (controle externo) e pela Administração e seus servidores submetidos à égide do poder hierárquico e disciplinar.

Nesse sentir, podemos denotar que o dever de apurar os atos ilícitos restou conducente à possibilidade da autocomposição (extra)judicial, ainda que os termos de compromisso de conduta não tivessem o objetivo primevo de combate às ilicitudes graves ou práticas corruptivas, sendo, contudo, importante instrumento de práticas restaurativas céleres e menos custosas ao erário.

Neste influxo de ajustamentos de conduta, surgem os primeiros apontamentos de ajustamentos de gestão. Os tribunais de contas brasileiros foram precursores da utilização do termo de ajustamento de “gestão”¹¹³⁶, inauguralmente identificado como termos de ajustamento de conduta dos tribunais de contas (TACTC)¹¹³⁷.

Deste modo, a viabilização rápida e a efetividade na execução de obrigações extrajudiciais decorrentes de tomadas de compromissos se deram no seio do (re)ajustamento de conduta, especializando-se, a *posteriori*, à tomada de compromisso volvida à gestão¹¹³⁸.

Por exemplo, essa foi a nova postura adotada pelo Município de Belo Horizonte/MG¹¹³⁹ ao criar no âmbito da própria Administração Pública direta (controle administrativo interno), o Termo de Compromisso de Gestão (TCG) com fundamentos migrados aos mesmos objetivos desenvolvidos pelo Termo de Ajustamento de Gestão (TAG), este instrumento ativo em sede de controle externo¹¹⁴⁰.

O protagonismo dos órgãos ministeriais na celebração da tomada de compromissos dos mais variados matizes (direitos metaindividuais) deu-se pela *expertise* do órgão, muito antes, em desenvolvimentos das atribuições constitucionais em matéria de direitos fundamentais, criando-se uma política institucional de proximidade à sociedade e ao cidadão, tudo em defesa de interesses transindividuais ou individuais em que envolvessem incapazes pela lei civil brasileira.

¹¹³⁶ Tribunais de Contas dos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Sergipe e Tocantins, além do Tribunal de Contas dos Municípios de Goiás e Pará. In FERRAZ, Luciano – Controle e Consensualidade: fundamentos para controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e acordos afins), Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 183. Recentemente, o Tribunal de Contas da União (TCU) que havia rechaçado a entronização do instituto em seu regimento interno de 2011, incorporou o Termo de Ajustamento de Gestão consoante Acórdão TCU n. 1.707/2017, item 22, p. 7, do voto de relatoria do Ministro Augusto Nardes (Plenário) e Acórdão TCU n. 393/2018, de relatoria do Ministro Augusto Nardes (Plenário), determinando-se, na oportunidade, a celebração do instrumento com a realização de audiência pública em sede de Ação de Monitoramento de cumprimento das decisões daquela Corte de Contas. [16.06.2019]. (16.12.2018). Disponível para consulta pública em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>.

¹¹³⁷ FERRAZ, Luciano – Controle pelos Tribunais de Contas da Eficiência e Eficácia dos Serviços Concedidos, palestra proferida no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em 27.10.2004. In FERRAZ, Luciano – Controle e Consensualidade: fundamentos para controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e acordos afins), Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 183.

¹¹³⁸ A nomenclatura do neófito instituto jurídico foi identificada – embrionariamente - em tese de doutoramento da Universidade Federal de Minas Gerais. In FERRAZ, Luciano – Novos Rumos para o Controle da Administração Pública. 2003. Tese de doutoramento. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. Em que pese os termos de ajustamento de conduta celebrados até então - por força das legislações federais existentes - já previrem o conteúdo material em questão afeta ao (re)ajustamento de gestão pública, não representou nenhum ineditismo em si, mas apenas tentativa de especialização perante os Tribunais de Contas.

¹¹³⁹ Cf. art. 12 do Decreto municipal n.12.634, de janeiro de 2007, que inaugurou o Termo de Compromisso de Gestão (TCG) no Município de Belo Horizonte/MG.

¹¹⁴⁰ FERRAZ, Luciano – Controle e Consensualidade: fundamentos para controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e acordos afins), Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 183.

Para sanar as questões trazidas a seu turno, as neófitas atribuições de *custos societatis* dos órgãos ministeriais impingiram-lhe a celebração de instrumentos de acordo de tomada de compromissos (TAC), cujo inadimplemento não acarretava consequências outras senão de natureza moral aos compromissários, face à ausência de representação jurídica (ativa) da parte lesada em matéria de direitos individuais (cidadãos), impondo-se, por consequência, o encaminhamento das pessoas (físicas e jurídicas) ao ajuizamento de ações individuais (por vezes, repetitivas) por meio das advocacias públicas ou privadas em acesso ao Poder Judiciário.

Como primeiro mote da celebração dos acordos alternativos à heterocomposição, em reunião de grupos de estudos do órgão ministerial do Estado de São Paulo, ainda em meados de 1983, época que não existia nenhuma norma sobre o tema de autocomposição no Brasil, a dificuldade relatada era a ausência de força executiva e de impossibilidade de curso forçado dos acordos de compromissos celebrados à época, impulsionando-se, assim, a norma preconizada na criação dos juzados de pequenas causas brasileiros, a dotar os acordos de conciliação reduzidos a termo e homologados pelo juízo competente como sentença de mérito com eficácia de título executivo¹¹⁴¹.

Em aperfeiçoamento às atividades judicantes de pequenas causas brasileiras, a lei revogadora do edito e que ao mesmo tempo criou os juzados especiais cíveis e criminais¹¹⁴² disciplinou a possibilidade da homologação destes acordos de qualquer natureza ou valor celebrados entre as partes, deferindo-lhes força executiva de título judicial. Sem prejuízo, os acordos extrajudiciais celebrados pelas partes, com referendo pelos órgãos ministeriais, passaram a ter força executiva de título extrajudicial.

Vemos que as bases fundantes da autocomposição como forma de solução de controvérsias brasileiras tiveram embrião teleológico na discussão do anteprojeto de lei que implementara a lei brasileira dos juzados de pequenas causas (revogada pela lei dos juzados especiais cíveis e criminais), que previa, desde então, referendo dos órgãos ministeriais para dar força executiva do negócio jurídico de essência eminentemente extrajudicial¹¹⁴³.

Sem prejuízo, há de se destacar que, embora a lei dos juzados de pequenas causas regulamentasse acesso à Justiça para tutela de direitos individuais subjetivos, tornou-se precursora da ideia de autocomposição pela conciliação, com a possibilidade de participação do órgão ministerial (por referendo) para legitimação da força executiva do termo de compromisso firmado *inter pars*.

¹¹⁴¹ Conforme preconizou o Parágrafo único, do art. 23, da Lei federal n. 7.244, de 07.11.1984 (revogada pela Lei federal n. 9.099, de 26.11.1995).

¹¹⁴² Cf. art. 57, da Lei federal n. 9.099, de 26.11.1995, a saber: "O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial. Parágrafo único. Valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público."

¹¹⁴³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – Código de Processo Civil comentado. 16.ª ed. São Paulo: RT, 2016, coment. 5.

Sob essa influência, em sede de direitos metaindividuais, a inauguração dos ajustamentos de conduta – especializados na década seguinte em (re)ajustamento de gestão -, tiveram seu crivo na lei especial que entronizou o estatuto da criança e do adolescente, da defesa do consumidor, da tomada de compromisso da ação civil pública e no direito substantivo e adjetivo (civil e penal)¹¹⁴⁴, da defesa do meio ambiente, em procedimentos administrativos disciplinares dos entes, dentre outros, formando uma cadeia de produção legislativa e de execução administrativa de acordos em matéria de direito público^{1145 1146}.

Temos que o termo de compromisso de ajustamento de gestão é instrumento especializado derivado do termo de ajustamento de conduta, erigido pelo legislador para dar celeridade às demandas que envolvam interesses públicos relevantes, de natureza transindividual, a fim de evitar a deflagração de demanda de natureza judicial coletiva, possibilitando maior eficácia socioeconômica e com melhores índices de empregos e circulação de riquezas, em elevação ao bem-estar social, escoimado nos princípios da liberdade de iniciativa, proteção social, legalidade e moralidade administrativa.

5.5.2. Das espécies de ajustamento de gestão

Pode ser objeto de tomada de compromisso de gestão qualquer espécie de fato administrativo que envolva – direta ou indiretamente – questões de direito metaindividual (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), observados os princípios aplicáveis ao instituto jurídico e às legislações especiais que disciplinam a matéria.

Sem prejuízo, além de irregularidades substanciais, poderão abarcar irregularidades de natureza formal acerca do objeto de ajustamento de gestão¹¹⁴⁷, sem criar limitações ou estanques à atividade

¹¹⁴⁴ Com a autocomposição dos danos cíveis e penais no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais brasileiros.

¹¹⁴⁵ Em matéria de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

¹¹⁴⁶ Acordo de cessação de conduta, delação premiada, acordo de colaboração premiada, acordo de não persecução cível (improbidade administrativa) e, por último, acordo de não persecução penal.

¹¹⁴⁷ O Tribunal de Contas de Minas Gerais, na seara de controle administrativo externo da administração pública estadual e de seus Municípios, entronizou à normação da celebração do Termo de Ajustamento de Gestão, em sua Lei Orgânica (Lei Complementar estadual n. 102/2008 e suas alterações), a saber: Art. 93-A – Fica instituído, no âmbito do Tribunal de Contas, Termo de Ajustamento de Gestão para regularizar atos e procedimentos dos Poderes, órgãos ou entidades por ele controlados. § 1º – O Termo de Ajustamento a que se refere o caput poderá ser proposto pelo Tribunal de Contas ou pelos Poderes, órgãos e entidades por ele controlados, desde que não limite a competência discricionária do gestor. § 2º – A assinatura de Termo de Ajustamento de Gestão suspenderá a aplicação de penalidades ou sanções, conforme condições e prazos nele previstos. § 3º – É vedada a assinatura de Termo de Ajustamento de Gestão nos casos em que esteja previamente configurado o desvio de recursos públicos e nos casos de processos com decisão definitiva irrecurável. § 4º – Nos casos em que o Termo de Ajustamento de Gestão impuser obrigações a particulares, por via direta ou reflexa, estes serão notificados previamente, observado o devido processo legal. § 5º – Os efeitos decorrentes da celebração de Termo de Ajustamento de Gestão não serão retroativos se resultarem no desfazimento de atos administrativos ampliativos de direito, salvo no caso de comprovada má-fé. § 6º – O não cumprimento das obrigações previstas no Termo de Ajustamento de Gestão pelas autoridades signatárias enseja sua automática rescisão. § 7º – Cumpridas as obrigações previstas no Termo de Ajustamento de Gestão, o processo relativo aos atos e procedimentos objeto do termo será arquivado. § 8º – O Termo de Ajustamento de Gestão será publicado na íntegra no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas. (Artigo acrescentado pelo art. 7º da Lei Complementar estadual nº 120, de 15/12/2011)

privativa do gestor público ou privado, visando-se alcançar mais eficiência e maior efetividade na busca da tutela de necessidades públicas coletivas¹¹⁴⁸.

As situações fático-jurídicas experimentadas pelos interlocutores da tomada de compromisso de gestão serão capazes de melhor circunscrever suas espécies de cabimento, revestindo-se de pressupostos que serão “calibrados” a partir dos fatos jurídicos vividos pelos sujeitos de direito (compromitentes e compromissários), obedecido, sempre, a normação aplicável à espécie¹¹⁴⁹.

5.5.2.1. Da cessação de prática ilegal ou de seus efeitos deletérios

Não à toa que, pela denominada lei antitruste, se possibilitou a celebração pelos (co)legitimados ativos da propositura da ação civil pública brasileira, e por conduto de conselho próprio previsto em lei, do termo de ajustamento de conduta com a empresa investigada – legitimada passiva - por infração à ordem econômica, com compromisso de cessação da prática de atividade anticoncorrencial sob investigação ou de seus efeitos deletérios, tudo para defesa de interesses públicos relevantes em matéria de defesa de direito concorrencial¹¹⁵⁰.

Antecedente ou no curso ao processo administrativo a ser instaurado pelas autoridades do poder executivo para defesa da ordem econômica, a repressão da infração investigada (prática

¹¹⁴⁸ O anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública federal brasileira, elaborado por juristas, previu para aplicação interna corporis, in litteris: Art. 57. Os órgãos de controle público podem propor a assinatura de termos de ajustamento de gestão para o efeito de afastar a aplicação de penalidades ou sanções e adequar os atos e procedimentos do órgão ou entidade controlada aos padrões de regularidade. Parágrafo único. O termo de ajustamento de gestão não pode ter por objeto a limitação de competências discricionárias do gestor, nem a imposição de obrigações para os particulares, por via direta ou reflexa. (grifos meus) Contudo, apesar de enviada à Casa Civil da Presidência da República à época, não fora dado seguimento ao processo legislativo competente até os dias de hoje. Ademais, excluir das tratativas de compromisso aos particulares com imposições de obrigações, desaguará na exclusão das sociedades empresárias que executam atividades delegatárias do poder público (concessão, permissão e autorização de execução serviços públicos essenciais e parcerias público-privadas), sendo vetor a maximização do princípio da eficiência. [20.06.2019]. Disponível em: https://b43c612d-05f3-4d26-9938-d249ebc0609a.filesusr.com/ugd/5ec538_3c85a7536c494f37a6f687b34a200f28.pdf.

¹¹⁴⁹ NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 102.

¹¹⁵⁰ Cf. art. 85, da Lei federal n. 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de defesa da concorrência) da República Federativa do Brasil, a saber: Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei. § 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos: I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. § 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei. § 3º (VETADO). § 4º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez. § 5º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial. § 6º A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo. § 7º O termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 (cinco) dias após a sua celebração. § 8º O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial. § 9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo. § 10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados. § 11. Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução. § 12. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade. § 13. A proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos. § 14. O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso de cessação. § 15. Aplica-se o disposto no art. 50 desta Lei ao Compromisso de Cessação da Prática. (Grifos meus)

anticoncorrencial) com imposição de obrigações e atuação preventiva para evitar, ou repressiva, para expurgar os danos decorrentes da irregularidade econômica por meio da autocomposição do Termo de Compromisso de Cessação (TCC), traveste-se de autocomposição eminentemente produtiva, eficaz e eficiente para cessação *incontinenti* da conduta ilegal¹¹⁵¹.

Note-se que o objeto do ajustamento de compromisso de cessação poderá ser total ou parcial em relação ao objeto finalístico perscrutado, celebrado por um só legitimado passivo e sem aproveitar aos demais investigados, e sem ensejar solução de continuidade na tramitação de medidas administrativas subsequentes, com possibilidade, inclusive, de participação de terceiros interessados – findas as negociações¹¹⁵² –, dando-se eficácia cautelar ao futuro provimento final do processo administrativo encetado no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ou da ação civil pública a ser proposta.

A possibilidade do acordo de compromisso de cessação de prática lesiva pode se dar sem assunção de culpa, de forma idêntica a aplicação da lei dos juizados especiais cíveis e criminais brasileiros, em sede das denominadas transações penais, isto é, medida processual despenalizadora, onde o acordo celebrado pelo autor do fato não é contestado, mas a imputação aceita não importa confissão de culpa¹¹⁵³, a facilitar sobremaneira a quebra da cultura adversarial do processo (*plea bargain versus nolo contendere*¹¹⁵⁴).

Deste modo, o compromisso de cessação foi lastrado no compromisso de conduta primeiramente, em especialidade normativa decorrente da defesa concorrencial, devendo se submeter ao mesmo tratamento jurídico da tomada de compromisso de conduta da lei da ação civil pública¹¹⁵⁵ e seus consentâneos de legislação específica, tanto quanto o ajustamento de gestão, na especialidade da defesa da boa gestão primada pelo interesse público relevante.

¹¹⁵¹ ESTEVES, Cristina Campos – Negociações produtivas: análise no âmbito dos processos de compromisso de cessação da legislação antitruste sob o prisma da Lei n. 12.529, de 2011. A nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A nova Lei do CADE. Publicações da Escola da Advocacia Geral da União. Brasília. N. 19 (2012), p. 37.

¹¹⁵² Prática antiproducente sob a ótica da negociação, conforme já disposto neste estudo, em que o maior número de interessados ou responsáveis pela execução devem ser chamados à mesa de negociação.

¹¹⁵³ Cf. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro em sede de julgamento de Recurso Especial nº 1.327.897 - MA (2012/0118056-8), Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva [em linha]. (20.06.2019). [06.12.2016]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1560962&num_registro=201201180568&data=20161215&formato=PDF.

¹¹⁵⁴ MELO, João Osório - Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA [em linha]. São Paulo, CONJUR. (15.01.2019). [06.12.2016]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>.

¹¹⁵⁵ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini – Ajustamento de conduta e defesa da concorrência. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. São Paulo. V 16. N 1 (2009), que atribuiu ao compromisso de cessão de prática lesiva a natureza jurídica de transação – sem assunção de culpa, posto que a autoridade investigativa e o infrator da ordem econômica celebrariam acordo com concessões recíprocas, onde o primeiro paralisaria as investigações das irregularidades em troca da cessação da prática lesiva e cumprimento de cláusulas compromissais. Em sentido contrário, a caracterizá-lo como ato bilateral e não transação, em comentários à lei que dispõe sobre a transformação do CADE. In COELHO, Fábio Ulhoa – Direito antitruste brasileiro: Comentários à Lei n. 8.884/1994. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 122.

Devemos atentar para maior escopo de atuação dos órgãos de controle externo na possibilidade da tomada de compromisso de gestão. Isto porque o objeto de atuação dos órgãos da administração direta dotadas de competência material¹¹⁵⁶ - cujas atribuições são previstas em lei - devem atentar para as suas especialidades funcionais, impossibilitando a autocomposição de temas outros que não sejam afetos as suas esferas finalísticas¹¹⁵⁷, exceto nas hipóteses de colegitimação ativa da tomada do termo de gestão.

Há quem defenda que a atuação dos órgãos públicos poderá abranger assunção de compromisso a outros temas correlacionados a sua atuação finalística, isto é, a abranger outros direitos e temas correlatos a sua atividade principal¹¹⁵⁸, mas que de certo é fator de sobreposição de atribuições e novos conflitos institucionais decorrentes da tomada de compromissos que podem causar óbice ao cumprimento do objeto do acordo e à realização eficaz da busca da concretude do interesse público relevante.

5.5.3. Da natureza jurídica do ajustamento de gestão

Para definição da natureza jurídica do ajustamento de gestão precisaremos nos valer da teoria do ato jurídico (ato, fato e negócio jurídico) afeta ao direito privatístico, também informador do ajustamento de conduta¹¹⁵⁹.

Deste modo, no ajustamento de gestão em que a vontade do interlocutor o coloca na posição de compromissário, a se obrigar em novas posturas de comando finalísticas e práticas de (re)alinhamento às exigências legais, com a celebração de instrumento formal tomado pelo compromitente de órgão público sob adesão para prevenção ou afastamento de ocorrência de lesão a direito metaindividual, “transmudar-se-á” o instituto jurídico como impassível de ser classificado como fato jurídico¹¹⁶⁰.

Ainda, tendo o referido instrumento de compromisso conteúdo de natureza negocial, onde a liberdade de estipulação é deferida às partes compromissárias, elide-se a possibilidade de enquadramento à classificação de ato jurídico *stricto sensu*, onde à tônica se opera apenas na liberdade

¹¹⁵⁶ CAPPELI, Sílvia (Coord.) – Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento [em linha]. Instituto O Direito por um planeta Verde [Projeto]. [s.i.], p. 22. (20.06.2019). Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/projetos/arquivo_081213_6910.pdf.

¹¹⁵⁷ Um órgão público de fiscalização sanitária resta impedido de celebrar ajustamento de gestão em matéria ambiental, de defesa da concorrência, de responsabilidade civil, e, assim, recíproca e sucessivamente, por exemplo.

¹¹⁵⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis – Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 145.

¹¹⁵⁹ CAPPELI, Sílvia (Coord.) – Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento [em linha]. Instituto O Direito por um planeta Verde [Projeto]. [s.i.], p. 16. (20.06.2019). Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/projetos/arquivo_081213_6910.pdf.

¹¹⁶⁰ Corresponderá um fato jurídico, qualquer acontecimento em que a normação preveja o nascedouro, a modificação ou a extinção de direitos, que decorram independentemente de ato volitivo do ser humano. Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – Código de Processo Civil comentado. 16.^a ed. São Paulo: RT, 2016, nota 4, Título III.

de celebração¹¹⁶¹ em si, por meio de expressão volitiva humana a produzir efeitos preestabelecidos no mundo jurídico, ainda que não tenham sido desejados por aqueles que o firmam, portanto, de essência inalterável¹¹⁶².

Sem prejuízo, tanto os termos de ajustamento de conduta, quanto os termos de ajustamento de gestão não poderão ser impostos aos seus compromissários, cuja adesão deverá ser volitiva e inequívoca. Também não se poderá exigir do compromitente do órgão público sua celebração, posto que não corresponde a um direito público subjetivo da parte (compromissário). Destarte, não poderia se atribuir à qualidade de ato jurídico *stricto sensu*, onde não seja dispensável a manifestação da vontade no momento da celebração, posto que dirigida e recebida por outrem como requisito de conformação própria do ato jurídico estrito em si.

Dispensadas as duas hipóteses acima de enquadramento jurídico do instituto, não sendo passível enquadrá-lo como fato jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*, o enquadramento como negócio jurídico não pode simplesmente se dar por exclusão. Decorrem debates doutrinários que classificam o compromisso de ajustamento em três hipóteses, as duas primeiras de natureza contratualista, a saber¹¹⁶³: (i) transação bilateral; (ii) acordo unilateral; ou, (iii) ato administrativo.

A primeira hipótese de classificação como transação bilateral enxerga nos compromissos de ajustamento um negócio jurídico entre compromitente e compromissário. A segunda corrente atribui aos acordos de compromisso de ajustamento à classificação de ato jurídico de natureza unilateral. Portanto, temos nas duas primeiras classificações, as ideias diametralmente opostas de bilateralidade (com concessões mútuas na formulação da proposta) e unilateralidade (com aceite da proposta unilateral erigida sem margem de liberdade), respectivamente.

Ao defender a ideia de acordo unilateral, chegou-se a intitulá-lo como negócio jurídico unilateral, posto que o acordo proposto fosse capaz de encerrar obrigações somente exigíveis do aderente (compromissário), abandonando a ideia bifásica das manifestações de vontade dos celebrantes. Entretanto, acaba enquadrando o compromisso de ajustamento como contrato administrativo, ao entabular avença consensuada, no qual o órgão público buscaria a preservação ou reparação de direitos metaindividuais lesados ou ameaçados de lesão, conferindo-se-lhe maior ou menor discricionariedade para estipulação das cláusulas compromissórias¹¹⁶⁴.

¹¹⁶¹ MENEZES CORDEIRO, Antônio – Tratado de Direito Civil Português. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, t. I.

¹¹⁶² MELLO, Marcos Bernardes de – Teoria do fato jurídico: Plano da Existência. 16.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 155.

¹¹⁶³ FERNANDES, Rodrigo – Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 56-84.

¹¹⁶⁴ Idem, p. 78.

Há de se observar ainda, que o instituto jurídico resta dissociado da ideia de ato administrativo, definido como declaração estatal na atividade de suas atribuições conferidas por lei, em que se adotam medidas jurídicas complementares para seu escoreito cumprimento, tudo sujeito ao controle jurisdicional de legitimidade e legalidade¹¹⁶⁵.

O ato administrativo unilateral é toda manifestação de vontade da Administração Pública que determina o *procedere* do administrado no caso concreto, com a finalidade de aquisição, resguardo, transferência, modificação, extinção e declaração de direitos, ou, ainda, imposição de deveres para si (administração) ou obrigações para o outrem (administrado)¹¹⁶⁶.

Noutro sentido, ainda sobre a natureza jurídica dos compromissos de ajustamento há classificação como: (i) transação; ou, (ii) ato jurídico diverso. Na primeira hipótese teria característica especial ao versar sobre direitos indisponíveis, atingindo-os, tão somente, em esfera accidental quanto ao exercício, a expurgar a preconização de concessões mútuas típicas de direito privado, considerado o objeto indisponível e ilimitado do direito (material) metaindividual protegido¹¹⁶⁷. Na segunda classificação haveria o enquadramento como ato jurídico diverso, com referência de mera conformação (adesão) da conduta do compromissário às exigências legais, em atendimento as cláusulas erigidas pelo compromitente (órgão público)¹¹⁶⁸.

Como transação, na primeira classificação, há de se observar da impossibilidade de aplicação do purismo da teoria do direito privado, considerada a premência de disponibilidade de direitos deste instituto, inaplicável em matéria de direitos transindividuais. Nada impede, contudo, a correlação de conceitos clássicos (privados e públicos) para inaugurar uma hipótese hibridista, por nós defendida.

Como ato jurídico diverso, na segunda hipótese, teríamos uma colação às pretensões do órgão público compromitente, com submissão do compromissário ao “querer” potestativo estatal¹¹⁶⁹, o que retiraria o caráter de autoconsensualidade na edificação das cláusulas compromissórias, restando, inclusive, totalmente incompatível com a mediação.

Noutra vertente classificatória, a admissão do compromisso de gestão como contrato administrativo¹¹⁷⁰ deverá submetê-lo ao regime legal dos contratos administrativos preconizados em lei

¹¹⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio – Curso de direito administrativo. 33.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 370.

¹¹⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes – Direito Administrativo brasileiro. 42.ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 150-151.

¹¹⁶⁷ RODRIGUES, Geisa de Assis – Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 136.

¹¹⁶⁸ Esse ato unilateral adesivo não traria melhor enquadramento em hipótese autocompositiva, posto que assemelhado aos mesmos critérios extraídos de heterocomposição por sentença judicial, a se impor o cumprimento da decisão proferida. Sobre a possibilidade de aplicação autocompositiva por meio de plano de ação determinado em solução heterocompositiva nas demandas complexas e de decisões irradiantes, caracterizadas por alto grau de conflituosidade em direitos coletivos. In VITORELLI, Edilson – O futuro da tutela coletiva: os litígios coletivos e a busca pela efetivação de direitos na via jurisdicional. In Edilson Vitorelli (Org.) - Manual de Direitos Difusos. 2.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 1503-1580.

¹¹⁶⁹ NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 113.

¹¹⁷⁰ FERNANDES, Rodrigo – Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 78.

especial brasileira. Assim, por expressa disciplina normativa, considera-se contrato administrativo todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da administração pública e particulares, expresso por acordo de vontade para formação de vínculo e estipulação de obrigações recíprocas, independentemente da denominação utilizada, o que lhe guardaria natureza de negócio jurídico¹¹⁷¹.

Nessa toada, há de se observar que tais contratos guardam a possibilidade de supremacia do interesse público sobre o particular, unindo os requisitos de validade do negócio jurídico, a especial fim de guarda de interesses públicos. Aliás, esta é uma das principais características do contrato administrativo, devendo a atuação da Administração Pública restar volvida à concretude dos interesses públicos relevantes, em condições erigidas pela própria Administração em fase antecedente (licitatória), aplicando-se-lhe, supletivamente, a teoria do direito privado¹¹⁷².

As peculiaridades do contrato administrativo decorrentes do regime especial brasileiro (licitações e contratos), retira-lhe aderência do ajustamento de gestão, considerando deslocado da parte antecedente de sua disciplina de certame. Outrossim, os compromissos de ajustamento guardam correspondência aos negócios jurídicos, ao estabelecerem relação jurídica obrigacional (de fazer ou não fazer, de pagar, de interdito proibitório), promovendo-se a constituição, a modificação ou a extinção de direitos, ações ou exceções em relação aos compromissários.

O deferimento de liberdade das partes para regulação de suas pretensões e suas necessidades permitirá a escolha de enquadramento do acordo de vontades no momento de edificação do conteúdo material e de eficácia das avenças, enquadrando-se como negócio jurídico¹¹⁷³, que poderá ser unilateral ou bilateral. Na primeira hipótese haveria mera aderência de existência e eficácia autônomas pelo compromissário; já na segunda hipótese, a produção de efeitos jurídicos seria erigida sob a manifestação das partes envolvidas, decorrendo de reciprocidade na avença, afastando-se a prática de mera submissão do comprometente.

No negócio jurídico unilateral, a declaração se dirigirá a determinado destinatário (compromissário), cujo consenso será independente das circunstâncias de existência e eficácia, não fazendo sequer parte da edificação das cláusulas estipuladas¹¹⁷⁴. Portanto, a manifestação do consenso e a declaração de vontade livre pelo comprometente e pelo compromissário no momento da celebração do compromisso de ajustamento, retiram-lhe de enquadramento de negócio jurídico unilateral.

¹¹⁷¹ Cf. art. 2º, Parágrafo único, da Lei federal n. 8.666/93 (Lei de licitações e contratos administrativos) da República Federativa do Brasil.

¹¹⁷² MEIRELLES, Hely Lopes – Direito Administrativo brasileiro. 42.ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 212-213.

¹¹⁷³ MELLO, Marcos Bernardes de – Teoria do fato jurídico: Plano da Existência. 16.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 191.

¹¹⁷⁴ BETTI, Emilio – Teoria generale del negozio giuridico. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 311. Cf. Paulo Machado, a classificação do termo de ajustamento como acordo em sentido estrito guardaria maior preservação da ideia de indisponibilidade do interesse público relevante (direitos metaindividuais). In MACHADO, Paulo Affonso Leme - Direito ambiental brasileiro. 24.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 380.

Noutro diapasão, o compromisso de ajustamento poderá ser definido como acordo em sentido estrito¹¹⁷⁵, onde o interessado firmaria o compromisso cedendo e aderindo na integralidade aos termos propostos pelo compromitente, encerrando em definitividade à lide e não possibilitando certa margem de concessões mútuas (transação); portanto, seria mais abrangente, posto que mantido o núcleo duro da indisponibilidade do objeto em acordo em sentido estrito¹¹⁷⁶.

Deste modo, se estaria impossibilitando o compromitente transigir, no caso concreto, acerca da prevenção ou repressão ao dano de interesse público relevante, conquanto não seja possível dispensar o compromissário do dever de manter ou restabelecer o direito transindividual violado¹¹⁷⁷. Não havendo transação propriamente dita, pela ausência de possibilidade de concessões mútuas em matéria de direitos indisponíveis (transindividuais), o acordo versaria sobre interpretação para cumprimento da escoreta concretude dos direitos difusos e coletivos¹¹⁷⁸, expressando concordância sem margem de negociação para o compromissário nas propostas formuladas pelo compromitente (órgão público), isto é, impossibilidade de formulação de cláusulas consensuadas¹¹⁷⁹.

Ainda, nessa linha de definição da natureza jurídica do termo de ajustamento de gestão, há quem defina o compromisso de ajustamento como ato jurídico¹¹⁸⁰, por meio do qual aquele que ameaça de violação o direito coletivo ou o lesiona assumirá tratativa de afastar a turbacão ou eliminar o dano causado, mediante (re)adequacão de seus comportamento às exigências legais, podendo até mesmo, explícita ou implicitamente, confessar a autoria da conduta lesiva¹¹⁸¹.

Nesse diapasão, o compromisso de ajustamento de gestão dependeria da submissão total do compromissário às cláusulas erigidas unilateralmente pelo compromitente, deferindo-se a possibilidade de anuência - ou não - da proposta formalizada pelo órgão público, restando intocada à indisponibilidade do interesse público coletivo em realizacão de autocomposicão na resolutividade do problema¹¹⁸².

Entretanto, a natureza de acordo em sentido estrito ou de ato jurídico, preocupado com gravame expreso de indisponibilidade dos direitos transindividuais com o fim de preservá-los, afasta-se do consenso, não correspondendo transacão inerente a direitos adjetivos que envolvam o negócio jurídico em si.

¹¹⁷⁵ GAVRONSKI, Alexandre Amaral – Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva. São Paulo: Editora RT, 2010, pp. 382-383.

¹¹⁷⁶ BETTI, Emilio – Teoria generale del negozio giuridico. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, p. 313.

¹¹⁷⁷ SOUZA, Moutauri Ciocchetti de – Ação civil pública e inquérito civil. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 60-61.

¹¹⁷⁸ GAVRONSKI, Alexandre Amaral – Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva. São Paulo: Editora RT, 2010, pp. 382-383.

¹¹⁷⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis – Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 130-132.

¹¹⁸⁰ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca – Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 118.

¹¹⁸¹ Cf. José dos Santos Carvalho Filho, o compromisso de ajustamento teria natureza unilateral na manifestacão volitiva, numa espécie de proposta consolidada, sendo ato jurídico bilateral na formalizacão, visto que dependerá da participacão do órgão público. In CARVALHO FILHO, José dos Santos – Ação Civil Pública. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 216.

¹¹⁸² ALMEIDA, Gregório Assagra de – Manual das açoes constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 235.

A classificação como negócio jurídico bilateral de essência híbrida – de direito público e privado, melhor se amolda as especificidades do conteúdo material do acordo celebrado por termo de compromisso de gestão, porquanto instrumento autocompositivo de solução de controvérsias de essência consensuada; isso porque entendemos pela impossibilidade de transação acerca do objeto central dotado indisponibilidade e “fincado” nos direitos transindividuais, sem se descuidar da possibilidade de disposição de direitos meramente adjetivos (processuais), como tempo (prazos), espaço (locais), modo (técnicas) para implementação de medidas volvidas à concretude do objeto de (re)ajustamento, todos erigidos sob a ótica da consensualidade e volitividade mútuas, a ensejar congruência negocial publicista sob incidência de preceitos privatísticos.

Por fim, o termo de ajustamento de gestão terá o condão de criar relação jurídica aos que se compromissam em constituição, modificação ou extinção de direitos (exceto em relação aos direitos metaindividuais indisponíveis), de pretensões, de ações ou de exceções, com carga volitiva e consensualidade externadas pelas partes em firmamento (compromitente e compromissários), sendo enquadrado como negócio jurídico bilateral de natureza híbrida.

5.5.4. Da indisponibilidade dos direitos metaindividuais

Decorrente do princípio da supremacia do interesse público, para circunscrição do alcance do instituto da indisponibilidade dos direitos transindividuais, debruçar-nos-emos em seus requisitos e especificidades para fundamentar a possibilidade - ou não - de aplicabilidade da transação em sede de termo de ajustamento de gestão.

A tese de reconhecimento da natureza jurídica de acordo individual ou ato jurídico do compromisso de ajustamento, lastra-se justamente no alto grau de proteção à indisponibilidade do objeto do acordo, a afastar a possibilidade de consenso sobre ele, a não deixar qualquer margem de transação com vistas a um (re)ajustamento de gestão, tanto para o compromitente (órgão público), quanto para os compromissários (obrigado ao cumprimento das exigências legais).

A persecução de interesses públicos relevantes deve respeitar, antes de tudo, a proteção de direitos subjetivos e sua eficácia legalmente estatuída ao particular, não correspondente a um exclusivo critério da atividade administrativa indisponível e que não se encerra num valor ilimitado¹¹⁸³.

¹¹⁸³ FREITAS DO AMARAL, Diogo – Curso de direito administrativo. Vol. II. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, n. 13.

Há quem defenda a inexistência da supremacia de interesse público em sede de tutela de direitos fundamentais¹¹⁸⁴; isso porque se na categoria de direitos fundamentais estariam fundidos direitos publicistas e privatísticos, quando de uma possível restrição de algum direito fundamental, lado outro estaria sendo afetada a sociedade. Assim, tão logo legitimamente limitada uma liberdade constitucional individual ou coletiva, o interesse público restaria afetado em sua essência a quedar-se sua absoluta indisponibilidade¹¹⁸⁵.

Do mesmo modo, sendo a dignidade da pessoa humana centro do Estado Democrático de Direito, qualquer forma de supremacia em desfavor do indivíduo seria forma de limitação da proteção central constitucional de natureza indelével.

Nessa esteira, o interesse público em abstrato nem sempre corresponderá ao conteúdo material concreto defendido em posição pelo mandatário estatal temporário. Mesmo assim, o primeiro não poderá servir de mote para deixar de cumprir outros valores fundamentais do ordenamento jurídico¹¹⁸⁶.

Sendo o interesse público àquele que é partilhado com todos os membros da sociedade, sua identificação estará “fincada” na ideia de participação do Estado, da coletividade e do indivíduo, volvidos aos consectários constitucionais da finalidade dos entes estatais, de suas administrações públicas diretas e indiretas, todos estes sujeitos aos princípios publicistas.

Encerrando maior conflitualidade, os direitos metaindividuais (individuais homogêneos, difusos ou coletivos) residem numa outra categoria de direitos fundamentais com repercussão subjetiva – direitos subjetivos em essência, mas, de matiz coletiva, mediatamente tutelados pelos legitimados da ação civil pública brasileira. Sem prejuízo, têm como base o relevante interesse social¹¹⁸⁷.

Assim, a supremacia do interesse público representa fundamento da indisponibilidade do interesse público, tendo como finalidade a tutela dos direitos dos concidadãos, não se podendo gravar-lhes em prejuízo ou decréscimo (retrocesso social), sendo o Estado tutor dos direitos do indivíduo e do particular¹¹⁸⁸.

Sob a ótica do direito privatístico, tomemos como direitos indisponíveis àqueles em que o titular não poderá em autonomia da liberdade, alienar, autolimitar, dispor ou renunciar, decorrendo uma

¹¹⁸⁴ ABBOUD, Georges – O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar a restrição a direitos fundamentais. Revista dos Tribunais. São Paulo. V 907 (2011), p. 61.

¹¹⁸⁵ NERY JUNIOR, Nelson – Público versus privado? A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, Francisco (Coord.) - Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, t. II, p. 250.

¹¹⁸⁶ TALAMINI, Eduardo – A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria). Revista de Processo. São Paulo. V 128 (2005), pp. 59-78, pp. 59-60.

¹¹⁸⁷ ABBOUD, Georges – Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 276.

¹¹⁸⁸ NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora RT, 2017, pp. 121-122.

restrição e impeditivo à livre disposição, podendo nestes inserir os direitos subjetivos de natureza publicista.

Em CARNELUTTI¹¹⁸⁹, o fundamento do direito subjetivo é subjacente ao direito privatístico; contudo, como o processamento de dados científicos também progrediu, inevitável que se transferisse a matiz publicista, deslocando-se da teoria geral do direito privado à teoria geral do direito. *A posteriori*, no corpo do Estado constitucional contemporâneo houve correlação à caracterização como pretensão jurídica do indivíduo como parte integrante do Estado, possibilitando o questionamento enquanto sujeito de direitos, a emanação dos atos administrativos e contra eles se opondo por ações próprias para afastar opressões.

Desta feita, o ordenamento jurídico resulta de uma gama de pretensões jurídicas entre o cidadão e o Estado que é integrante, formando um complexo de direitos subjetivos públicos e de funções decorrentes dessas relações jurídicas intersubjetivas. Nessa seara, a integração ao patrimônio jurídico de um direito público subjetivo ou a sua perda poderá decorrer do “contrato social”. Nesse segmento, a renúncia a um direito público – quando possível – poderá advir no interesse individual da justiça, e, por consequência, no interesse geral da própria sociedade como nas hipóteses de acordos de não persecução cíveis¹¹⁹⁰ ou penais.

¹¹⁸⁹ CARNELUTTI, Francesco – Teoria generale del diritto. 3.ª ed Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1951, n. 67, p. 161.

¹¹⁹⁰ Sobre os acordos de não persecução cível, em que pese a ausência de requisitos mínimos específicos em lei para celebração dos acordos de não persecução cível, entronizados pela lei anticrime (Lei federal n. 13.964/2009), o que traz certa “insegurança” aos atores do processo, o movimento do consenso na administração pública e de controle é uma realidade favorável a solução autoconsensuada de conflitos, aliando-se aos instrumentos de termo de ajustamento de conduta, acordos de leniência e acordos de colaboração premiada, todos novos na solução dialógica de controvérsias. Os parâmetros mínimos para celebração, por construção analógica, diante de ausência regulamentação específica, devem atentar: (i) deve ser firmado por autoridade pública competente, representante de órgão e ente público como compromitente; (ii) os compromissários serão pessoas físicas ou jurídicas, com cláusula expressa de compromisso de colaboração de pessoas físicas desta última (empregados, diretores, gestores, sócios, etc.), quando couber; (iii) tem como objeto e escopo todos atos ilícitos que denotem a prática de improbidade administrativa previstos na lei anticorrupção, lei de improbidade administrativa e lei de licitações; (iv) possibilita a isenção das penas da lei de improbidade, com aplicação de ao menos uma das penas, ou duas, nas hipóteses de ilícito que gere enriquecimento sem causa; (v) deve haver previsão de ressarcimento integral do dano ao erário, acrescido de ao menos uma das penas da lei de improbidade (multa, perda do cargo, suspensão de direitos políticos, proibição de contratação com a administração pública ou inabilitação para o exercício de cargos em comissão da administração; (vi) expressa confissão da prática dos atos ilícitos, não necessitando de alavancagem investigativa (instauração ou continuidade de inquérito civil); (vii) a administração pública deve ter ciência prévia do ilícito e dos elementos de autoria em relação ao compromissário; (viii) compromisso de cessação imediata da prática dos atos ilícitos; (ix) ampla publicidade dos atos negociais após a celebração; (x) os efeitos do incumprimento ou da eventual rescisão do acordo celebrado decorrerá impedimento de nova celebração por determinado tempo e possibilidade de utilização das provas coligidas no curso das tratativas contra o compromissário, inclusive a confissão; (xi) possibilidade de vinculação dos demais colegitimados que não participaram do instrumento de celebração, pelo princípio da segurança jurídica e boa-fé objetiva afetos ao ente estatal, nas hipóteses de não terem sido órgãos celebrantes, sendo recomendada intimação prévia para integração da avença; (xii) momento da celebração pode acontecer em qualquer fase do processo judicial ou inquérito, antes e durante a instrução ou até mesmo na fase recursal, tendo limite o trânsito em julgado da sentença heterocompositiva estatal; (xiii) não há direito subjetivo do investigado para celebração; (xiv) preservação e maximização do interesse público relevante tutelado; e, por fim, (xv) intimação da vítima/lesado da celebração do acordo de não persecução cível. Podem ser usados, em analogia, os requisitos do artigo 16 da Lei federal n. 12.846/2013 (Lei anticorrupção empresarial). No Ministério Público de São Paulo, a Resolução do Colégio de Procuradores de Justiça n. 1193/2020, de 11 de março de 2020, regulamentou os requisitos mínimos para celebração do acordo de não persecução cível, não estando a matéria regulamentada em âmbito federal. A colegitimidade ativa para celebração do acordo de não persecução cível é facultativa, e sempre que possível, todos os colegitimados devem ser chamados (por intimação) como interessados para funcionar no procedimento, em demonstração de segurança jurídica; ainda, tal conduta visa não permitir a sobreposição de instâncias de controle externo, erros na edificação do acordo ou posições antagônicas na condução do processo de cláusulas negociais, garantindo-se a estabilidade da avença. Contudo, a participação do Ministério Público é obrigatória como fiscal da lei, devendo ser notificado, acaso não seja o compromitente. Já a participação da advocacia pública dos entes federais é possível, sendo avaliado a existência de interesse tutelado pelo órgão de assessoria jurídica para sua integração, após devidamente notificada. Quanto à validade da prova decorrente de acordos ou instrumentos congêneres (acordos de não persecução penal, cível ou outros instrumentos) realizadas pelas várias instâncias de fiscalização, há contestação na utilização de provas emprestadas como meio lícito e idôneo, condicionada a adesão do celebrante ao acordo originário (por aditamento), a celebração de novo acordo com o compromissário ou anuência expressa dos compromitentes e compromissários originários para utilização, sob pena de produção de prova viciada. Essa mesma regra é utilizada nas hipóteses de compartilhamento de provas entre instâncias de fiscalização, requisito de validade à utilização em procedimentos ou processos pelos outros órgãos de fiscalização. Não é lícito ao Estado usar a prova produzida num procedimento que culminou na celebração de um acordo de não persecução de uma determinada esfera controladora (cível ou penal), para compartilhamento e utilização em outra (cível, penal ou

Neste particular reside o termo de ajustamento de gestão, onde recai como objeto direitos indisponíveis, mas por excepcionalidade, poderão ser objeto de alcance de renúncia de direitos subjetivos do próprio Estado ou do particular, para atendimento de interesses próprios ao atendimento do interesse geral por critérios de justiça.

Para BAÑEGIL ESPINOSA¹¹⁹¹ toda impossibilidade de alienar, transmitir ou renunciar direitos pela livre disposição acarretarão gravame de indisponibilidade, podendo ser objeto de renúncia da substância toda vez que não viole a ordem pública, a lei e a moral, restando claramente imbricados com a primeira hipótese de natureza cogente. Por se encontrar classificado como conceito legal indeterminado¹¹⁹², o direito indisponível reside – consequencialmente – nas matérias de ordem pública quando “fincado” na preservação de decisões jurisdicionais, caracterizando-se, assim, como interesse social relevante.

Sob essa ótica de raciocínio, os direitos indisponíveis não poderiam ser objeto de negociação, especialmente onde os acordos (extra)judiciais estariam dispendo acerca de concessões (instrumentais) que venham de encontro a ordem pública e aos interesses sociais relevantes¹¹⁹³. Esse entendimento se encontra totalmente superado pela própria normação atinente à possibilidade de celebração de acordos de compromisso de não persecução cível, administrativa e penal^{1194 1195}, entronizados gradativamente na legislação infraconstitucional brasileira.

administrativa), sob pena de invalidez decorrente da prática de condutas contraditórias e da boa-fé objetiva. Ainda que haja a celebração de acordos híbridos num só instrumento (acordos de não persecução cível e penal em conjunto), deverá ser submetido a juizes de competência cível e penal para homologação em cada qual segundo os critérios de competência, visando formação de título judicial com força executiva em ambas as esferas, exceto se não houver ação em curso, hipótese em que haverá homologação pelos conselhos superiores dos órgãos ministeriais. Quanto à suspensão dos direitos políticos como pena decorrente do próprio acordo, deverá o instrumento ser submetido à homologação judicial, ainda que homologado pelo conselho superior dos órgãos ministeriais (órgãos colegiado extrajudicial), para que produza seus efeitos legais na esfera eleitoral. O incumprimento do acordo gerará os efeitos imediatos das penas pré-acordadas entre as partes, em cominação decorrente da própria avença, passível de execução por curso forçado, quando couber. Os efeitos do acordo rescindido, reger-se-á pelas cláusulas contratadas (pacta sunt servanda), em especial a validade da utilização da confissão de culpa do ilícito praticado pelo compromissário e a utilização da produção de demais provas contra si, desde que previsto no acordo celebrado. ACORDOS EM TUTELA COLETIVA E NA REGULAÇÃO: Acordo de não persecução cível. Webinar apresentada por Caroline Yumi de Souza e Silvio Antonio Marques. Organizadora Ana Paula Mantovani Siqueira. São Paulo. Ministério Público Federal de São Paulo. [16.09.2020]. 1 vídeo (1h 50min 59seg). Publicado pelo canal MPF SP. Disponível em <https://youtube.com/whatch?v=sNnNq9ZPWY>. Acesso em 16 set. 2020.

¹¹⁹¹ BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Angel – Los derechos de la personalidad. In MIGUEL, Juan Francisco Delgado de (Coord.) - Instituciones de derecho privado – Personas. Vol. II. Madrid: Thomson Civitas, 2003, t. I, N 4, V 10, pp. 333-334.

¹¹⁹² NERY JUNIOR, Nelson [et al.] – Boa-fé objetiva e segurança jurídica – Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. Efeitos ex nunc e as decisões do STJ. São Paulo: Manole, 2009, p. 84.

¹¹⁹³ PEREIRA, Marco Antonio Marcondes – Transação no curso da ação civil pública. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo. V 16 (1995), p. 125.

¹¹⁹⁴ O Ministério Público Federal ultrapassou a marca de 5 mil acordos de não persecução penal (ANPP) propostos, em setembro de 2020. 5.053 acordos foram enviados à Justiça em todo o país, sendo 3.892 somente no ano de 2020. “O crescimento vertiginoso da prática, na qual o MP deixa de denunciar o acusado à Justiça mediante a confissão do crime e o cumprimento de condições ajustadas entre as partes, é um dos efeitos concretos da chamada lei “anticrime” (Lei 13.964/2019), que entrou em vigor em janeiro deste ano. Segundo a norma, o acordo pode ser proposto somente para crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, e com pena mínima inferior a quatro anos. Levantamento realizado pela Câmara Criminal do MPF (2CCR) aponta que os crimes com maior incidência de ANPP até o momento são contrabando ou descaminho (1.165), estelionato majorado (802), uso de documento falso (469), moeda falsa (285) e crimes contra o meio ambiente e o patrimônio genético (200). O estudo revela ainda que o instituto já foi utilizado nas 27 unidades da Federação, sendo mais recorrente no estado do Paraná, onde 1.288 acordos foram firmados até agora. Em seguida, aparecem São Paulo (643), Minas Gerais (557), Santa Catarina (513), Rondônia (357) e Mato Grosso do Sul (303).” (16.09.2020). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-17/mpf-fechou-mil-acordos-nao-persecucao-penal>.

¹¹⁹⁵ Nos acordos de não persecução cível e penal, os Procuradores do Ministério Público estarão despidos da figura de investigador/acusador, os advogados dos particulares estarão despidos da figura de defesa incondicional da parte, ambos em posições antagônicas; assim, estarão ambos vertidos em colaboração consensual para a celebração do acordo. Os parâmetros para fixação de multas e o valor da reparação do dano divergem entre os colegitimados, o que é capaz de trazer certa “insegurança jurídica” ao compromissário. Quais seriam os critérios para fixação dos acordos de não persecução cível, diante da ausência de regulamentação específica na nova lei de anticrime? A esfera da discricionariedade dos colegitimados torna-se alargada (ampla discricionariedade) diante de ausência de balizas mínimas, devendo haver, ao mínimo, a possibilidade do adimplemento integral das obrigações decorrentes de lei e reparação dos danos pela prática de ilícitos. A bem da verdade, todas os colegitimados podem regulamentar o momento de celebração do acordo.

Para tanto, a ideia de transação de direitos e interesses fundamentais precisa ser enfrentada sob a ótica do caso concreto, e não de forma a confrontar a validade da norma abstratamente posta¹¹⁹⁶, sob pena de visão clássica ultrapassada.

Desta feita, se o órgão controlador e os titulares das ações respectivas, em comum acordo (extra)judicial com os administrados chegarem à conclusão que a realização de cessões mútuas desaguiariam noutras concessões para solutividade pacífica das controvérsias, por óbvio, o ordenamento jurídico brasileiro não traz óbice a celebração de acordo fundamentado para maior efetividade de realização da Justiça, em atividade de promoção direta pelos órgãos ministeriais.

A lógica mínima do microsistema da tutela coletiva da defesa da probidade, exige critérios de reparação integral do dano e ao menos, a aplicação de uma das sanções decorrentes da prática dos ilícitos pela prática de atos de improbidade administrativa, com reversibilidade do ressarcimento integral das quantias recuperadas em favor do ente lesado. Pela quantidade de colegitimados autônomos e independentes, não será possível propiciar a formação de regulamentação única e padronizada da matéria, criando-se um regime mínimo de tutela da probidade nas diversas entidades que atuam no controle externo e na defesa do erário. Uma discrepância recai sobre a ausência de exigibilidade de confissão do ato ímprobo como requisito para celebração, circunstância verificada em alguns entes subnacionais. O momento da celebração do acordo pode se dar antecedente ao ajuizamento da ação, concomitante à instrução do feito ou antes do trânsito em julgado da decisão judicial de mérito, inclusive nas ações já ajuizadas antes da vigência da lei, sobretudo por se tratar de normas de direito adjetivo (processual), cujas regras alcançam - em retroatividade - todos processos em (re)curso. As regras de compliance exigem que a questão reputacional empresarial seja rapidamente resolvida, para garantia de livre concorrência no mercado e contratação com a administração pública sem máculas, sendo fator de estimulação. O acordo de não persecução penal poderá se estender aos acordos de não persecução cível, ou serem realizados conjuntamente (acordos híbridos). O tema é novo e a jurisprudência dos tribunais superiores é claudicante. Todos os fatores de "insegurança jurídica" são capazes de por em xeque a atuação dos órgãos ministeriais e sob responsabilidade funcional de seus membros, inclusive com ajuizamento de ações visando anulações e responsabilidades pessoais dos atores. Outro fator importante acerca do momento da celebração do acordo, diz respeito o quanto antes for realizado pelo compromissário, deverá representar maior economicidade da proposta em menor ônus (análise econômica do direito). Se realizado no curso da ação ou após a sentença, a valoração do quantum debeatur deverá ser elevado, para estimular o acordo no início da demanda, não sendo dela dependente, por haver a possibilidade de celebração extrajudicial em fase pré-inquisitorial ou inquisitorial. O acordo realizado após a sentença judicial de mérito, não possibilita a isenção das penas já cominadas, mas tão somente a disposição da instrumentalidade de cumprimento da condenação (modo, lugar, tempo, dosimetria, prazo). O acordo deve contemplar em plenitude o interesse público tutelado para garantia da segurança jurídica, sob pena de possibilidade de ajuizamento de ação cível por colegitimado não participe, pela ausência de proteção integral do bem jurídico, isto é, disposição em prestação deficiente. O incumprimento do acordo de não persecução levará a execução do título (extra)judicial, por meio do devido processo legal. O Judiciário não poderá obrigar/determinar o acordo, nem suprir a declaração de vontade de uma das partes, tendo papel de indutor e de fomento à solução consensual dos conflitos. Haverá, ainda, a possibilidade de celebração de acordos de não persecução híbridos (penais e cíveis), devendo ser submetidos a homologação dos juizes competentes em razão da matéria (cível e criminal). A participação da pessoa jurídica de direito público lesada na celebração do acordo é facultativa, tanto quanto o seu ingresso como litisconsórcio ativo facultativo na ação de reparação do dano (ação cível pública ou ação de improbidade). O acordo celebrado por um colegitimado impacta a relação encetada por um outro colegitimado, havendo preclusão lógica acerca das mesmas matérias que foram objeto da negociação. As provas podem ser compartilhadas, mas a utilização em desfavor do compromissário exige adesão ao acordo originário pelo colegitimado solicitante ou a celebração de novo acordo com anuência expressa do compromissário, havendo, nesse sentido, limites de sua utilização indiscriminada. Há utilização do monitoramento para acompanhamento do cumprimento do acordo de não persecução cível, por meio de procedimento administrativo cabível à espécie. O requisito do dever de colaboração do compromissário é obrigação legal que poderá ser estipulada nas cláusulas do acordo, quando couber. O cumprimento de sentença pelo inadimplemento de cláusulas avençadas, podem decorrer de obrigação de fazer e não fazer, inclusive no que tange a adoção de programas de integridade (compliance) que foram compromissados e incumpridos. A vantagem para administração pública em celebrar acordos após sentenças de mérito, é a celeridade do cumprimento espontâneo das medidas determinadas e antecipação da solução do caso, podendo o compromissário ser beneficiado (melhoria das condições impostas) pela espontaneidade e imediatismo cumprimentório da reparação da lesão do direito violado ou cessação de sua violação. As provas coligidas na fase de tratativas, com colaboração do compromissário, na hipótese de não celebração do acordo ou desistência de seu firmamento, devem ter tratamento idêntico da lei anticorrupção e de acordos de leniência, e não poderão ser utilizadas contra o acusado e nem compartilhada a outros órgãos (dever de confidencialidade), pela lógica da boa-fé objetiva, geralmente entabulado nos documentos iniciais dotados de termo de compromisso de sigilidade. As cláusulas estabelecidas nos acordos de não persecução (cível ou penal) não vincularão as instâncias administrativas (sancionadoras ou disciplinares), exceto se dispuserem acerca de sanções idênticas, disciplinadas tanto na legislação própria fundante da celebração do acordo de não persecução (lei anticorrupção, lei de improbidade de administrativa ou lei de licitações), quanto na legislação administrativa específica de jurisdição administrativa ou disciplinar, tudo por dever de observância do princípio do non bis in idem no direito sancionatório. O termo de ajustamento de conduta é gênero, sendo espécies os acordos de não persecução cível ou acordos de não persecução penal, representando ambos, deste modo, títulos com força executiva (extra)judicial, dependentes de homologação do conselho superior dos órgãos ministeriais (órgãos executivos) ou dos juizes competentes (órgãos jurisdicionais). ACORDOS EM TUTELA COLETIVA E NA REGULACÃO: Acordo de não persecução cível. Webinar apresentada por Hélio Telho Corrêa Filho e Joana Batista. Organizadora Ana Paula Mantovani Siqueira. São Paulo. Ministério Público Federal de São Paulo. [16.09.2020]. 1 vídeo (1h 49min 35seg). Publicado pelo canal MPF SP. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=g6jHLnQvH74>. Acesso em 16 set. 2020.

¹¹⁹⁶ *Verbi gratia*, a propositura de uma ação penal ou cível pelo membro do Ministério Público, não impede, que no curso do processo judicial, peça absolvição ou desista dos pedidos exordiais por questão de justiça ou verificada a melhor solução equânime para o caso concreto. Tampouco a propositura das ações devem ser ajuizadas – em que pese ser defeso a renúncia do direito de ação abstratamente posto (garantia fundamental) -, se se os elementos do caso concreto emergirem em sentido despiendo.

A legitimação para firmamento do compromisso de ajustamento de gestão colaciona aos seus titulares – órgãos ou entidades -, a possibilidade da defesa de direitos metaindividuais pela via alternativa proposta, com concessões mútuas de natureza instrumental, devendo ser analisados os resultados decorrentes dos permissivos no caso concreto, e, não somente, confrontação material de natureza abstrata.

Nesse sentido, os contratos públicos italianos em que o objeto sejam bens e fornecimento de serviços possibilitam encerrar extrajudicialmente a controvérsia de direito subjetivo decorrente do contrato administrativo celebrado, por iniciativa dos contratantes (adjudicatário ou gestor público), por meio da transação administrativa – única e exclusivamente quando não for possível a resolutividade em outro meio alternativo à via judicial, devendo possuir forma escrita sob pena de nulidade¹¹⁹⁷, retirando-se-lhe a indisponibilidade do direito em questão¹¹⁹⁸.

A legislação brasileira também autorizou de forma expressa que os representantes judiciais da União possam transigir judicialmente¹¹⁹⁹, assim como aqueles de seus órgãos da administração indireta, nas hipóteses e alçadas que dispôs, retirando-se-lhe o caráter de indisponibilidade absoluta dos chamados direitos metaindividuais¹²⁰⁰.

A transação refutada na solução do litígio de direitos metaindividuais recobram as concessões que deveriam incidir pelos compromitentes quando da tomada de compromisso, que não podem ser equiparadas àquelas afetadas a livre manifestação de vontade em matéria de direitos disponíveis. Contudo, as concessões não exigem igualdades de cessões entre as partes, para sua validade; podem se conceder mutuamente em relação a prazos de cumprimento, formas de cumprimento, meios de cumprimento sem desnaturar a essência do objeto indisponível do direito.

Pari passu, o compromitente publicista também adere às cláusulas do compromisso, *verbi gratia*, o não ajuizamento de ações ou medidas tendentes a exigir o cumprimento da obrigação contratual ou extracontratual de maneira forçada, considerando a eleição concertada da via consensual. A menor

¹¹⁹⁷ Artigo 208, do Código de Contratos Públicos Italiano (Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 Codice dei contratti pubblici), prevê a transação nas seguintes hipóteses: "(Transação) 1. As controvérsias relativas a direitos subjetivos decorrentes da execução de contratos públicos de obras, serviços, suprimentos podem ser resolvidas por transação, em conformidade com o código civil, única e exclusivamente no caso de não ser possível tentar outros remédios alternativos a ação judicial. 2. Se o montante do valor sujeito à concessão ou renúncia for superior a 100.000 euros ou 200.000 euros no caso de obras públicas, a opinião da Procuradoria do Estado é adquirida, no caso das administrações centrais, ou um advogado interno da estrutura, ou o mais alto funcionário encarregado da controvérsia, onde o advogado interno não existir, no caso de administrações subcentrais. 3. A transação proposta pode ser formulada pelo adjudicatário ou pelo gerente competente, depois de ouvido o gerente exclusivo do procedimento. 4. A transação tem forma escrita sob pena de nulidade. (Livre tradução)

¹¹⁹⁸ DEODATO, Carlo – La transazione. In SANDULLI, Maria Alessandra [et al.] (Dir.) - Trattato sui contratti pubblici – Il contenzioso. Milano: Giuffrè, 2008, v. VI, p. 3764.

¹¹⁹⁹ Lei federal n. 9.469/1997, da República Federativa do Brasil.

¹²⁰⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – Código Civil Comentado. 8.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, coment. 2, CC 841, p. 758.

monta de concessões podem sequer esbarrar na indisponibilidade do direito metaindividual, sem descaracterizar a permissibilidade transacional do ajustamento de gestão.

O caráter sinalagmático transacional possibilita que a própria Administração Pública disponibilize a efetividade do ajustamento de gestão, em prol de uma autocomposição com o particular em condições de igualdade, ainda que em certas medidas e proporções diferenciadas, objetivando a concretude do direito metaindividual perscrutado, relativizando-se, por consequência, o conceito de indisponibilidade do interesse público no caso concreto¹²⁰¹.

Para relações jurídicas de natureza objetiva aplica-se a inalienabilidade, restando à indisponibilidade do interesse público afeta as relações jurídicas de direito subjetivo, de caráter personalíssimo e relativo, atrelando-se o caráter objetivo ou subjetivo para o interesse que se pretenda tutelar, desaguando, o interesse público indireto à indisponibilidade¹²⁰².

Sob esse mesmo viés, há a concepção da relativização do instituto da indisponibilidade do interesse público como vertente possível no ordenamento jurídico brasileiro, restando indisponível ao agente público por autonomia da própria vontade, mas disponível para Administração Pública que tem o dever de buscar instrumentos mais eficazes para solução de problemas ao alcance do interesse público relevante¹²⁰³.

A arbitrabilidade de conflitos na Administração Pública¹²⁰⁴ também recorre à relativização da indisponibilidade do interesse público na realização dos direitos metaindividuais, deferindo-se certa parcela para (trans)ação, disposição e contratação. A limitação à indisponibilidade de interesses públicos está afeta à concepção da atividade negocial do próprio Estado, que não pode ter em si rigidez de tratativa concebida em permissivo legal de relativa disponibilidade do interesse de relevância pública, possibilitando ao gestor público margem de liberalidade em sua atuação funcional^{1205 1206}.

Nesse sentido, a possibilidade de transação na legislação brasileira evoluiu em sede de ajustamento de conduta e de gestão ganhando sobrelevo, decorrente de legitimidade expressa em

¹²⁰¹ NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 126.

¹²⁰² NEGRO, Franco – Degli effetti sostanziali dell' indisponibilità processuale [em linha]. Padova: CEDAM, 1950, N II, § 1.1, pp. 10-13. [23.07.2019]. Disponível em <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25331/22735>.

¹²⁰³ Verbi gratia, havendo mútuo consenso entre o sujeito passivo da obrigação tributária e o sujeito ativo com permissivo em lei, o parcelamento, adiamento ou remissão tributária são estâncias às Fazendas Públicas da exigibilidade de totalidade do crédito tributário. Cf. MIRANDA DE CARVALHO, Rubens – Transação tributária, arbitragem e outras formas convencionadas de solução de lides tributárias. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008, pp. 90-91. Cf. SOUZA, Luiz Antonio de – A transigibilidade do crédito tributário na nova audiência preliminar de conciliação: uma abordagem multifenomenológica. Revista do Processo. São Paulo. V 85 (1997), pp. 160-161.

¹²⁰⁴ Do ponto de vista objetivo o ente público atua como qualquer privado, deprovido de poderes de império e praticando atos de gestão, sendo os conflitos arbitráveis tanto quanto os litígios privatísticos, ou atua como ente público, praticando atos de império, devendo existir lei especial a autorizar a arbitrabilidade. Nesse mesmo sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de – Arbitragem de litígios com entes públicos. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 36-37.

¹²⁰⁵ LEMES, Selma – Arbitragem na administração pública. São Paulo: Quartier Latin, 2007, n. 7.3.2.

¹²⁰⁶ Acerca da margem de liberalidade decorrente de lei, sob pena de manutenção da indisponibilidade do interesse público de forma absoluta. In SOUZA, Luiz Antonio de – A transigibilidade do crédito tributário na nova audiência preliminar de conciliação: uma abordagem multifenomenológica. Revista do Processo. São Paulo. V 85 (1997), pp. 160-161.

relativização da indisponibilidade do interesse público, contida no artigo 5º, §6º da Lei federal n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), que deferiu a tomada de compromisso em matéria de direitos transindividuais, reforçada pelos acordos de não persecuções cíveis e penais decorrentes da Lei federal n. 13.964/2019 (Lei Anticrime), em especial naquilo em que alterou o artigo 17, §1º da Lei federal n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), cujo permissivo da tomada de compromisso de conduta ou de gestão já se dava antes mesmo por força do artigo 1º, §2º da Resolução do CNMP n 179/2019.

A expressão de “acordo de não persecução cível”, mais alinhada ao direito sancionador, legitima a autocomposição na esfera de atos de improbidade administrativa que maculem direitos metaindividuais, tornando desprovido o ajuizamento de ações próprias visando sancionar o infrator, inaugurando o plano da consensualidade e cooperação conciliatória em sede normativa (cível e penal), a ser celebrado antes ou após o ajuizamento das ações cabíveis à espécie.

As novas soluções negociadas para os conflitos cíveis e penais permitiram a imposição de penalidades e reparação do dano de forma extrajudicial, com equivalência instituída em matéria de acordos de “não persecução”, de celebração não exclusiva dos órgãos ministeriais por força dos colegitimados universais da lei de ação civil pública e de improbidade administrativa, nas hipóteses cíveis e administrativas”. Em ambos, não é pré-requisito da negociação a colaboração do infrator como nas hipóteses do direito premial.

Como na celebração de negócios jurídicos *stricto sensu*, há de se observar a livre manifestação de vontade das partes, vinculando os pactuantes – por força de lei – aos efeitos do compromisso de ajuste firmado, onde a solução consensuada é a primeira via tanto para o Ministério Público, quanto para Administração Pública, não decorrerá direito subjetivo à celebração da avença pelo infrator.

Neste neófito microsistema de proteção ao patrimônio público, a recomposição integral do dano – por via direta ou indireta – se torna indisponível ao interesse público perquirido conquanto núcleo duro; contudo, há previsibilidade de aceitação e o cumprimento de sanção pelo infrator – de ao menos uma¹²⁰⁷ - decorrente da confissão da prática do ato ilícito ímprobo, podendo, em todos os casos, sofrer controle de legalidade pelo Poder Judiciário e desde que não incida sobre o mérito dos objetos metaindividuais não defesos em lei.

¹²⁰⁷ Ressarcimento integral do dano ao erário, perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda do cargo, emprego ou função pública, suspensão dos direitos políticos por prazo certo, multa civil, proibição de contratar com o poder público por prazo certo ou de receber benefícios fiscais ou creditícios, todas preconizadas no art. 12, com variantes e proporcionalidades descritas nos incisos I, II e III da Lei federal n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Aqui estão lastrados os permissivos legais para validade e existência do ajustamento de gestão – também espécie de acordo de não persecução cível, com clara relação à relativização do interesse público indisponível, condicionado a núcleos duros de concretude de interesses relevantes – (in)diretamente pelos órgãos ministeriais – por legitimação constitucional em representação da sociedade.

Em que pese admitir o caráter relativo dos direitos indisponíveis, HUGO MAZZILLI defende que os órgãos ministeriais devam zelar pela máxima efetividade dos interesses públicos metaindividuais que restem gravados de alguma forma de indisponibilidade, com limites claros de sua atuação, pautado pela concretude finalística do seu *mister* constitucional, podendo opinar com liberdade e sem tergiversar em desfavor do ente público ou da sociedade na promoção da Justiça¹²⁰⁸.

Deste modo, não haveria óbices na tomada de ajustamento de gestão pelos órgãos ministeriais, independentemente da categoria de direitos indisponíveis que visa tutelar por força de lei, sem, contudo, decorrer alienação ou renúncia de tais direitos, visto que a resolução consensual da controvérsia tem o fundamento de manutenção e preservação em máxima efetividade destes direitos.

A negociação como via alternativa autocompositiva, por meio da tomada de compromisso de (re)ajustamento, além de ser célere e dissociada de demandas judiciais improficuas que trazem resultados tardios e por vezes ineficazes, deixam de semear a ideia de justiça desmoralizada¹²⁰⁹, posto que são melhores meios e tanto quanto eficazes na realização (extra)judicial da própria Justiça perquirida em sede jurisdicional.

Não é demais ressaltar que, enquanto os colegitimados (in)diretos na defesa de direitos coletivos, os órgãos ministeriais e demais entes autorizados por lei, ao firmarem o termo de ajustamento de gestão, não gravam de definitividade à solução individual de cada lesado que não se sinta satisfeito em sua esfera de patrimônio individual, na hipótese de violação massiva de direitos transindividuais (individuais homogêneos), onde a “coisa julgada” de acordos ou ações coletivas celebradas no Brasil, não prejudicarão ações individuais propostas nas hipóteses que dispõe¹²¹⁰.

Ademais, há quem defenda também a relativização da indisponibilidade dos interesses transindividuais na seara de acordos coletivos, permitindo-se sua disposição em tomada de compromissos de conduta e de gestão¹²¹¹.

¹²⁰⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro – O Ministério Público e a jurisdição voluntária. Revista de Processo. São Paulo. N 48. V. 287 (1987), pp. 217-218.

¹²⁰⁹ NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 129.

¹²¹⁰ Artigos 103 e 104 da Lei federal n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), da República Federativa do Brasil.

¹²¹¹ Cf. PEREIRA, Marco Antonio Marcondes – Transação no curso da ação civil pública. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo. V 16 (1995), pp. 116-127, p. 125-126.

Por fim, admitindo-se a gradação (relativização) da indisponibilidade dos interesses públicos relevantes envolvidos na avença, com a concessão transacional em temas que orbitem na preservação dos mesmos - tempo, forma e modo de realização -, estamos diante de um negócio jurídico bilateral, passível de acordo de não persecução (cível), com estipulação mútua e consensual de direitos e obrigações entre os compromitentes por meio do ajustamento de gestão, tudo em busca da efetividade do objeto de direito metaindividual, primando-se pela segurança jurídica e o resultado eficaz em favor da sociedade sob execução do compromissário.

5.5.5. A tomada de compromisso de gestão: negócio jurídico sinalagmático

A admissão de transação em matéria de direitos metaindividuais que não são – no todo – gravados de indisponibilidade absoluta, remete-nos a possibilidade negocial entre os compromitentes por meio de ajustamento de gestão.

Deste modo, todo o esforço doutrinário ou legal que impediria a tomada de compromisso em matéria de direitos indisponíveis, por vezes confrontando-o a transação de direito privado para tornar óbice, “caiu por terra” com o advento do permissivo em sede de acordos de não persecução cível e penal preconizados na denominada “lei anticrime”. Tudo porque neste diploma legal não houve qualquer vedação à transação em matéria de direitos metaindividuais, ao contrário do que previa as normas de introdução do direito brasileiro¹²¹², o que acarreta a relativização em sede de gravame indisponibilidade de interesses públicos relevantes.

Muito mais que a mera aceitação dos compromitentes, a tomada do compromisso de gestão às exigências legais ganha feição de negócio jurídico bilateral de natureza *sui generis*, com contornos próprios em relação a transação privatística, onde as vontades expressas tanto do tomador do compromisso, quanto do compromissário, permitem a edificação dos direitos e deveres para celebração da avença em condições concretas para seu correto cumprimento, caracterizando-se, assim, como negócio jurídico bilateral¹²¹³.

¹²¹² Artigo 26 do Decreto Lei federal nº 4.657/1942, incluído pela Lei federal nº 13.655, de 2018, a saber: “Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. §1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II - (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento”. (Grifos nossos)

¹²¹³ CAPPELLI, Sílvia (Coord.) – Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento [em linha]. Instituto O Direito por um Planeta Verde. [s.i.], p. 16. [24.07.2019]. Disponível em <http://www.planetaverde.org/projeto/28/compromisso-de-ajustamento-ambiental-e-sua-execucao-analise-critica-e-sugestoes-para-aprimoramento>.

A doutrina brasileira, em grande maioria, manifesta-se que os compromissos de ajustamento às exigências legais que contenham transação entre os compromitentes, classificam-se como negócios jurídicos bilaterais¹²¹⁴.

Em que pese a transação estar disciplina na normação de direito privatístico, sendo a tomada de compromisso de ajustamento de gestão de direito publicista, a licitude aos interessados prevenirem ou por a termo litígio mediante concessões mútuas têm guarida no princípio da boa-fé objetiva e proteção da confiança. Neste particular, o compromisso de ajustamento de gestão às exigências legais lastrado em cessões mútuas entre os compromitentes, legitima a atuação do representante do tomador público (ente ou órgão da administração, inclusive esfera controladora externa), sendo defeso a este a abdicação de direitos metaindividuais que tutela por força de *munus* constitucional, o que caracteriza, por tais razões, a transação como meio negocial *sui generis*¹²¹⁵.

Noutra vertente, a limitação transacional na seara publicista resta gravada pelo *modus operandi* do cumprimento da obrigação e da proteção dos bens difusos e coletivos tutelados pelo legitimado, que deverá pautar sua atuação lastrado no princípio da razoabilidade¹²¹⁶.

A disposição de transacionar expressada pelos compromitentes, em especial daquele que é responsável pela prática do dano perante o órgão de controle, atende em foco, ao atingimento do resultado (efetividade) naquilo que seria obtido finalisticamente pela tutela jurisdicional. Negar a possibilidade da tomada de compromisso de ajustamento de gestão às exigências legais, com transação para reparação do dano, seria primar pela litigância em forma intransigente da clássica tutela jurisdicional, tudo em desfavor da preservação dos direitos metaindividuais¹²¹⁷.

A *latere* de dúvidas, a negociação se mostrará muito mais eficaz na preservação dos direitos metaindividuais, em certas circunstâncias, do que o próprio ajuizamento de ações jurisdicionais ou a manutenção de seus cursos¹²¹⁸, com a possibilidade de inúmeros recursos no tempo e no espaço.

¹²¹⁴ Cf. MILARÉ, Edis - Tutela jurídico-civil do meio ambiente. Revista de Direito Administrativo. São Paulo. V 0 (1996), pp. 26-72; GRELLA VIEIRA, Fernando – A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público. *Justitia*. São Paulo, N 55. V 161 (1993), p. 40-53; NERY JUNIOR, Nelson – Compromisso de Ajustamento de Conduta: solução para o problema da queima da palha da cana-de-açúcar. Revista dos Tribunais. São Paulo. V 692 (1993), pp. 31-39; PEREIRA, Marco Antonio Marcondes – Transação no curso da ação civil pública. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo. V 16 (1995), pp. 116-127; FINK, Daniel Roberto – Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In MILARÉ, Edis (Coord.) – Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985: 15 anos. 2.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, pp. 119-120; GRINOVER, Ada Pellegrini – Ajustamento de conduta e defesa da concorrência. Revista do IBRAC. São Paulo. V 16. N 1 (2009), pp. 187-197; dentre outros.

¹²¹⁵ No sentido de deferir figura peculiar à transação decorrente de compromisso de ajustamento. In PIZZOL, Patrícia Miranda – Liquidação nas ações coletivas. São Paulo: Lejus, 1998, pp. 149-153. Em sentido contrário, admitindo o sistema transacional de direito privado somente em analogia ao compromisso de ajustamento naquilo em que não contrarie principiologia e peculiarmente. In GAVRONSKI, Alexandre Amaral – Técnicas extraprocessuais da tutela coletiva. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 384.

¹²¹⁶ LENZA, Pedro – Teoria geral da ação civil pública. 3.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, pp. 82-83.

¹²¹⁷ Nesse mesmo sentido. In GRELLA VIEIRA, Fernando – A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público. *Justitia*. São Paulo. N 55. V 161 (1993), pp. 40-53.

¹²¹⁸ LENZA, Pedro – Teoria geral da ação civil pública. 3.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 83.

Outrossim, não haverá motivos suficientemente capazes para restar defesa a legitimidade da solutividade consensual do problema pelo compromitente público, por meio do ajustamento de gestão às exigências legais, se o objetivo primevo do negócio jurídico a ser celebrado for a manutenção ou reparação do interesse coletivo relevante que deva tutelar por força de legitimação constitucional¹²¹⁹.

Nesse diapasão, a transação negocial em tomada de compromissos restará possível, em se tratando de direitos difusos e coletivos e desde que analisadas no caso concreto, isto é, em proteção e efetividade da tutela dos direitos transindividuais, avaliando-se o grau de transigência em que a negociação será cabível em espécie¹²²⁰.

Para preservação do núcleo duro de defesa de interesses coletivos relevantes, há quem defira a legitimação para celebração da tomada de compromisso ao Ministério Público, Defensoria Pública e aos entes que compõe a federação brasileira (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), afastando-se dos demais colegitimados ativos da ação civil pública (entidades da administração indireta e associações), posto que extensivo a particulares (*v.g.* associações privadas, fundações privadas e sociedades de economia mista) que sequer detém poderes para transigir sobre direitos difusos e coletivos que não titularizam promover em obrigação legal¹²²¹ ou que sejam alheios à pertinência temática de suas atividades sociais¹²²².

Fato é que a tomada de compromisso de ajustamento de gestão, ladeado outros instrumentos autocompositivos de solução de controvérsias, apresenta-se como transação *sui generis* de natureza publicista, a estabelecer regras de conduta e de gestão pública e privada a serem cumpridas pelos compromissários, em especial atenção à salvaguarda dos interesses constitucionais relevantes.

A possibilidade da celebração transacional extrajudicial independerá do ajuizamento de ação civil competente, isto é, realizada extrajudicialmente, tendo natureza jurídica de título extrajudicial com força executiva. Se levada à homologação jurisdicional, adquirirá natureza jurídica de título judicial com idêntica força executiva, mas lastrada em coisa julgada material, inclusive acerca de obrigações assumidas e que não eram objeto da causa de pedir do litígio judicial inaugural (se eventualmente em curso à época da transação)¹²²³.

¹²¹⁹ Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo – Ação Civil Pública. 14.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 255.

¹²²⁰ NERY JUNIOR, Nelson – Compromisso de ajustamento de conduta: solução para o problema da queima da palha da cana-de-açúcar. Revista dos Tribunais. São Paulo. V 692 (1993), pp. 31-39.

¹²²¹ SIRVINSKAS, Luís Paulo – Manual de Direito Ambiental. 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 635-636. Em sentido contrário, estendendo a legitimidade ativa a todos os colegitimados para propositura da ação civil pública, inclusive particulares. In NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 132.

¹²²² Apresentados no final do ano de 2020, os anteprojetos de Lei federal n. 4.441/2020 e n. 4.778/2020 pretendem normatizar uma nova lei de ação civil brasileira, trazendo maior controle de atuação dos coletigimados, sobretudo em relação às associações civis que deverão demonstrar pertinência temática das atividades sociais com o objeto da ação civil pública a ser proposta. (31.01.2021). Agência Câmara de Notícias. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/722948-projeto-estabelece-nova-lei-de-acao-civil-publica>.

¹²²³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – Código Civil Comentado. 11.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, coment. 4, CC 840, p. 744.

A manifestação da vontade dos compromitentes que tencionam transacionar em ajustamento de gestão é *conditio sine qua non* para celebração da tomada de ajuste, observados os requisitos de validade no negócio jurídico (vontade livre, capacidade de fato do compromitente; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e, forma prescrita e não defesa em lei), vinculando-se as partes à obrigação legal, e transacionando-se, inclusive, o modo, o tempo e o lugar de cumprimento dos compromissos (re)ajustados às exigências legais. Sem prejuízo, a transação publicista ganha contornos jurídicos em consenso do ajuste firmado à aquisição, modificação ou extinção de direitos¹²²⁴.

Em contraponto, parte da doutrina defere ao compromisso de ajustamento natureza jurídica de acordo unilateral¹²²⁵, como já visto linha atrás, em aderência às prestações enumeradas pelo compromitente, havendo simples concordância aos termos propostos pelo órgão público tomador, sem possibilidade de se transacionar, posto que o compromissário apenas se obriga às cláusulas já edificadas (unilateralmente) pelo legitimado ativo na tomada de compromisso.

Nesse particular, estaríamos diante de um contrato de adesão expressa, com confissão de fatos e reconhecimento jurídico do pedido, que poderia levar a submissão do compromissário a cláusulas defesas em lei, o que é vedado no ordenamento jurídico brasileiro. Poderá haver hipóteses de celebração da tomada de compromisso de gestão sem que se confesse a prática de ilicitude alguma, sem que se reconheça a existência de fatos tidos irregulares, mas, se tenha, por “norte” a concretude ou a máxima efetividade de direitos metaindividuais. A transação melhor se adequa a este propósito, conquanto seja erigida de comum acordo com cláusulas negociais entre as partes, cujo acordo unilateral restará destituído deste propósito.

Destaca-se que, para que seja atrativo ao compromissário, o negócio jurídico não pode ser-lhe desfavorável no todo, como numa confissão total dos fatos acerca de uma ilicitude de sua conduta, sob pena de ser mais razoável submeter-se a uma ação judicial e suas intercorrências com possibilidade¹²²⁶, inclusive, de lhe ser favorável a heterocomposição. A utilidade na celebração do negócio jurídico reside na transação como instrumento de “calibração” (proporcionalidade) entre os fins e os meios, consensualmente dispostos em favor do tomador do compromisso (órgão público) e do compromissário (obrigado extracontratual ou interessado extralegal), a “desaguar” na alternativa mais adequada à resolutividade pacífica do problema.

¹²²⁴ Reconhecendo o sinalagma como requisito da tomada de compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, com assunção de obrigações mútuas dos compromitentes e existência de direitos decorrente da avença. In DE MIO, Geisa Paganini [et al.] – O inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta para resolução de conflitos ambientais. Revista de Direito Administrativo. São Paulo. V 39 (2005), pp. 92-102.

¹²²⁵ Nesse sentido, FERNANDES, Rodrigo – Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 62.

¹²²⁶ NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 134.

O particular (compromissário) é impulsionado a agir pelas normas e princípios de direito privado em que incide a transação; o órgão público (compromitente) submete-se a agir estatal pelos princípios constitucionais da Administração Pública. Na tomada do compromisso de ajustamento de gestão estes princípios precisam restar balanceados, sem que eventual desequilíbrio não “desague” no totalitarismo estatal ou à prevalência de interesses privatísticos sobre os coletivos (patrimonialismo)¹²²⁷.

Desse raciocínio decorre o hibridismo afeto o termo de ajustamento de gestão. As normas e principiologias de direito público e privado ganham destaque no agir das partes (compromitente e compromissário) volvidos à tomada de compromisso de (re)ajustamento às exigências legais, restando ambos os sistemas jurídicos (público e privado) imbricados no mesmo negócio jurídico bilateral a caracterizar-lhe como de natureza *sui generis*, sob pena de invalidade. Estas particularidades de repercussão a ambas as partes, aliadas a possibilidade transacional, fixam o compromisso de ajustamento de gestão sobre as regras de direito público-privado.

Essa permeabilidade decorrente do hibridismo do instituto não pode servir de limitação na promoção da concretude dos direitos metaindividuais, sob pena, como já visto linha atrás, de se premiar a forma em desfavor da finalidade do mecanismo, o que pode desencadear num processo de óbice ao acesso imediato à Justiça, atentando ao princípio da eficiência. Mas a escorreta noção da natureza jurídica trará a possibilidade de balizamento do regime jurídico aplicável à espécie, indispensável a existência e validade do neófito instituto jurídico para produção de seus efeitos legais (eficácia jurídica).

As partes é deferida a oportunidade de negociar os termos do compromisso de (re)ajustamento de gestão, sem que lhes deixem de se submeter ao regime jurídico publicista a que estão vinculadas por força de lei, e nem tampouco representando direito subjetivo do compromissário em tomar o compromisso a qualquer custo. Contudo, uma vez iniciada a tratativa da tomada de compromisso devem as partes “mirar” no interesse público primário relevante, sobre o qual não restará possibilitada haver renúncia nuclear ao direito metaindividual tutelado pelo compromitente; outrossim, o compromissário será elevado a posição do compromitente para edificação consensuada das cláusulas que regerão o negócio jurídico bilateral, aqui aplicável o regime privatístico “temperado” para celebração do ajuste em sede de transação, isto é, sem a tratativa do objeto como direito disponível fosse.

Por fim, emergindo natureza jurídica de negócio bilateral híbrido, admitir-se-á transacionar a edificação de cláusulas do compromisso de ajustamento de gestão, sem possibilidade de renúncia ao direito coletivo, restando afeto, assim, a uma nova fonte do direito das obrigações¹²²⁸.

¹²²⁷ Idem, p. 134-135.

¹²²⁸ Nesse sentido, Ana Luíza Nery aduz que o compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais é fonte do direito, pois se caracteriza como transação híbrida, de observância de princípios e normas de direito público e de direito privado, visando atendimento de requisitos para validade jurídica,

5.5.6. Da capacidade de fato para celebração do negócio jurídico

Dentre os requisitos de validade do termo de ajustamento de gestão, conquanto atribuída a natureza jurídica de negócio bilateral, temos em sua existência a necessidade de aferição da capacidade de fato e legitimidade do sujeito para celebração da transação híbrida.

A existência do negócio jurídico independe de seu requisito de validade, mas a partir dos requisitos de (in)validade, “desaguar-se-á” em possível controle de (in)eficácia da transação de direito público-privado. Da validade do negócio jurídico, extrai-se o cumprimento de requisitos legais, dentre eles o de capacidade do agente (compromitente e compromissário), que não se confunde com a legitimação, mas também ligada a qualidade subjetiva para prática de atos jurídicos. A posição de dispor ou adquirir a titularidade de determinado direito advirá da relação do sujeito para com o objeto de direito, representando sua (i)legitimidade¹²²⁹.

Em matéria de direitos difusos ou coletivos tutelados pelo termo de ajustamento de gestão, não há como admitir legitimação ordinária àqueles que não são titulares do direito material metaindividual em si, haurido em promoção pela via da substituição processual ou legitimação constitucional.

A realização da concretude da subsunção do fato à norma para efetivação do direito coletivo tutelado, exigir-se-á a compreensão de seu titular em face da situação jurídica que se encontra¹²³⁰, e não em face da relação jurídica em si.

O enfrentamento do fenômeno jurídico do direito a partir da situação jurídica em que se encontra o sujeito será mais abrangente do que a relação jurídica de direito subjetivo em si, de compreensão fundamental para circunscrição da titularidade de direitos difusos.

Essa técnica jurídica de situação identificará duas situações distintas: as de cunho objetivo e as de cunho subjetivo. Nesse sentido, algumas situações jurídicas não podem ser enquadradas como direitos subjetivos, posto que são circunstâncias estabelecidas pela autoridade pública e destinadas ao atendimento do interesse público relevante, e não a interesses individuais propriamente ditos¹²³¹.

A análise da estrutura situacional em vez da estrutura relacional do direito em questão, demonstrará que vários institutos jurídicos não possuem ponto de partida nos direitos subjetivos, mas em situações de enquadramento em direito transindividual onde residem direitos difusos e coletivos¹²³²,

características estas que o diferem do instituto da transação pura e simples de natureza privatística. Cf. NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 143.

¹²²⁹ BERNARDES DE MELLO, Marcos – Teoria do fato jurídico – Plano da validade. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 32-37.

¹²³⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade – Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 122.

¹²³¹ Cf. ROUBIER, Paul – Droits subjectifs et situations juridiques. Paris: Dalloz, 1963, p. 2.

¹²³² NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 145.

estes de classificação teórica alicerçada imprescindivelmente em base de indicação dos sujeitos, dos objetos e de suas estruturas correlacionais¹²³³.

A particularização do direito é suplantada pela análise situacional de seu enquadramento, onde a pessoa titular de direitos é substituída pela ideia de coletividade que impessoalmente não é titular dos direitos difusos e coletivos em si. Os legitimados em matéria de interesses difusos e coletivos se pulverizam, dificultando a demonstração da legitimação de um interesse plúrimo e objetivo - e não subjetivo -, mas que repercute de modo indireto e convergentemente em seu patrimônio jurídico em momento posterior. Nessa teia de indeterminação de seus titulares foi conferido aos órgãos públicos a legitimação para tutela em nome próprio, de direitos alheios transindividuais, tudo pela via da substituição processual ou procedimental.

A terminologia do sujeito ativo legitimado na tomada do ajustamento de gestão, vale-nos a sua identificação como comprometente ou tomador. Lado outro, ao sujeito passivo legitimado para assumir a obrigação contratual decorrente do negócio jurídico bilateral, destacamos a figura de compromissário ou interessado¹²³⁴.

A legitimação ativa para celebração da tomada de compromisso ao cumprimento das exigências legais foi deferida pela lei de ação civil pública brasileira e classificada como concorrente e disjuntiva¹²³⁵, posto que conferiu a mais de um órgão público autorização para celebração do compromisso, inclusive em litisconsórcio ativo facultativo.

São órgãos públicos legitimados ativos todos os entes públicos autorizados para ajuizamento da ação civil pública, inclusive àqueles que não detêm personalidade jurídica própria, isto é, desconcentrados e pertencentes à administração pública direta brasileira¹²³⁶.

De igual modo, qualquer autoridade administrativa brasileira se encontra legitimada para celebração de compromisso de ajustamento de conduta ou de gestão, por força da neófito normação contida na lei de introdução às normas do direito brasileiro, que abarcou a possibilidade jurídica para elidir irregularidade, incerteza jurídica ou contencioso na aplicação de direito publicista, inclusive no caso de expedição de licença, após oitiva do órgão de assessoria jurídica ou realização de consulta pública,

¹²³³ NERY, Rosa Maria de Andrade – Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 123.

¹²³⁴ No mesmo sentido, MAZZILLI, Hugo Nigro – A defesa dos interesses difusos em juízo. 30.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 387.

¹²³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa – A legitimação para os interesses difusos no direito brasileiro. Temas de Direito Processual. 3.ª série. São Paulo: Saraiva: 1984, pp. 193-194.

¹²³⁶ Sobre a administração pública comparada, MATIAS-PEREIRA, José - Administração pública comparada: uma avaliação das reformas administrativas do Brasil, EUA e União Européia [em linha]. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro. V 42. N 1 (2008). [29.07.2019]. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122008000100004.

quando couber, onde estejam presentes razões de relevante interesse geral, observada a legislação aplicável, que produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial¹²³⁷.

Para CARNELUTTI, o poder que o particular tem de exigir a tutela jurisdicional é uma consequência em relação ao interesse de agir, numa correlação de que o poder do direito de ação decorreria do interesse processual¹²³⁸. Nesse particular, em relação aos órgãos ministeriais, o interesse processual decorreria do próprio poder de legitimação para o ajuizamento da ação civil pública, restando como pressuposto *in re ipsa* da outorga da legitimação constitucional brasileira¹²³⁹.

A extensão desse raciocínio é levada por parte da doutrina a outras entidades colegitimadas ativas à propositura da ação civil pública (inclusive particulares), onde os interesses processuais estão como pressupostos de legitimação deferida pela lei, transcendentemente aos próprios objetivos sociais, vez que o legislador infraconstitucional os outorgou a defesa de direitos metaindividuais independentemente da vinculação de suas atividades-fim estatutárias, sem prejuízo de possibilidade da indicação expressa em seus atos constitutivos¹²⁴⁰.

A colegitimação dos entes e órgãos enumerados na lei da ação civil pública não estabeleceu exclusividade a nenhum deles, em se tratando de tutela na defesa de direitos transindividuais¹²⁴¹. Por consequência, nem tampouco resta exclusiva a legitimação para tomada de compromisso de ajustamento dela decorrente, agora “elastecida” concorrentemente a qualquer autoridade administrativa, por força de alteração normativa entronizada na lei geral das normas de direito brasileiro.

Essa legitimação concorrente coroa a busca pela tutela do interesse público relevante por qualquer colegitimado disjuntivamente ou não, a enaltecer uma Administração Pública que prime pela razoabilidade de suas decisões, proporcionalidade na atividade-fim e, sobretudo, concretude de atividade administrativa negociada na tomada de compromissos (substitutiva do contencioso).

A superação do conceito clássico de administração pública autoritária e unilateral, encontra guarida no dialogismo consensuado enquanto reforço de sua própria autoridade em instância dotada de gravame de segurança jurídica na tutela de direitos transindividuais.

¹²³⁷ Temos aqui o surgimento do supedâneo legislativo dos acordos de não persecução administrativa. Sobre a celebração de compromisso de ajustamento. In GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de – Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública [em linha]. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB – Lei 13.655/2018), pp. 135-169, nov. 2018. [04.08.2019]. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>.

¹²³⁸ CARNELUTTI, Francesco – Mettere in pubblico ministero al suo posto. Rivista di Diritto Processuale. Direção Francesco Carnelutti; Pietro Calamandrei. Padova, CEDAM, 1953, v. VIII, pp. 258-259.

¹²³⁹ NERY JUNIOR, Nelson – Teoria geral dos recursos. 7.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2014, pp. 300-301.

¹²⁴⁰ Cf. NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 148.

¹²⁴¹ Em sentido contrário, admitindo a tomada de compromisso às exigências legais somente por conduto de órgãos públicos, a afastar associações privadas. In CAPPELLI, Sílvia (Coord.) – Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento. Instituto O Direito por um Planeta Verde. [s.i.], p. 21-22. [24.07.2019]. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/projeto/28/compromisso-de-ajustamento-ambiental-e-sua-execucao-analise-critica-e-sugestoes-para-aprimoramento>.

Decorre ainda dificuldade de acreditação de legitimação disjuntiva quando a temática não é afeta a uma só esfera de governo ou de ente público celebrante (*verbi gratia*, meio ambiente, controladoria interna, assessoria jurídica, saúde pública, educação, segurança pública, vigilância sanitária, posturas públicas etc.). Assim, decorrem óbices pragmáticos da tomada de compromisso sob a justificativa de que o órgão público competente sobre o assunto deva se informar e tomar parte do acordo de ajustamento, em atribuição que lhe seja deferida por lei em competência funcional. Nesse sentir, os órgãos ministeriais também possuem especificidade de atuação em promotorias especializadas coletivas, sem prejuízo de pautar sua atuação em unidade e indivisibilidade institucionais¹²⁴².

Assim, havendo atribuições internas e externas difusas nos entes e órgãos governamentais, a solução é a busca da entabulação da tomada de compromisso de ajustamento de gestão na instância administrativa hierarquicamente superior em que convirja e vincule o interesse de todas as subalternas; ainda, naquelas em que vija a independência funcional, a busca de uma conformação ativa facultativa vem como tentativa de solução para maior segurança jurídica na avença, a fim de que não parem dúvidas acerca de eventual sobreposição de atuação de controle a *posteriori*, circunstância que não deve existir nos órgãos ministeriais pela atuação uniforme, coerente e coordenada, em que pese os diversos ramos existentes.

Por tudo isso, deve se evitar a fragmentação dos conflitos em matéria de direitos difusos ou coletivos, para que não coexistam decisões ou tomada de compromissos conflitantes com as ações de fiscalização e controle interno e externo encetadas pelos múltiplos atores do sistema de controle de legalidade.

Importante frisar que a tomada de compromisso por parte de entidades que o Estado participe – indiretamente –, em especial àquelas em que concorram em atividade econômica dissociada da prestação de serviços públicos, isto é, em condições de mercancia, restará dissociada da ideia de tutela de interesses públicos primários, o que é óbice à legitimidade ativa em pressuposto de celebração da tomada de ajustamento¹²⁴³. Já aquelas em que haja atividade estatal de prestação de serviços públicos, considerando tutelar interesses públicos relevantes, se admite a tomada de compromisso de ajustamento às exigências legais em relação as atividades típicas que exerçam, inclusive agências estatais reguladoras.

¹²⁴² Artigo 127, §1º, da Constituição da República de 1988.

¹²⁴³ Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro – Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. Revista de Direito Administrativo. São Paulo, V 41 (2011), pp. 93-110. Também nesse sentido, In AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal – Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. 5.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 72; RODRIGUES, Geisa de Assis – Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 142.

Há quem defenda que legitimação deverá ser aferida no caso concreto, espriando-a para sindicatos e associações privatísticas se houver pertinência temática ao objeto de tutela do interesse público metaindividual a ser preservado¹²⁴⁴.

Ao determinar os legitimados para tomada de compromisso de (re)ajustamento de conduta e de gestão, o legislador deu ênfase a natureza pública do órgão ou autoridade comprometente, o que nos remete a maior estabilização das relações jurídicas ao entendimento que somente agentes de autoridade pública e seus órgãos estão legitimados para tomada de compromisso na defesa de direitos metaindividuais. Isso porque, do contrário, seria vincular a atividade estatal e seus órgãos à tomada de compromisso realizado na esfera privatística de associações, sindicatos e sociedades empresárias, que pautam sua atuação escismados na autonomia da vontade, a ameaçar a própria segurança jurídica do bem jurídico metaindividual a ser tutelado.

Ademais, como pressuposto do interesse de agir, órgãos estatais da administração direta e indireta poderão entabular a tomada de compromisso de ajustamento de gestão sempre que demonstrado o interesse público relevante perquirido, cuja atuação decorra de atribuições conquanto entes estatais, restando excluídos os órgãos jurisdicionais em atividade típica (afetados pelo princípio da inércia), posto que a lei não os conferiu a atribuição legal para propositura de ações coletivas na tutela de direitos transindividuais - mas sim de competência para julgamento destas. Outrossim, a normação tampouco investiu a autoridade judiciária à celebração da tomada de compromisso às exigências legais na seara extrajudicial, excetuando-se os Tribunais de Contas brasileiros que possuem atuação jurisdicional-administrativa na qualidade de órgãos de controle externo de envergadura constitucional e auxiliares do Poder Legislativo, não pertencentes aos quadros do Poder Judiciário.

Há de se atentar quando da busca da tutela de interesses difusos ou coletivos, isto é, de titularidade inespecífica e não individualizável do direito, que a legitimação autônoma para condução do processo de tomada de compromisso pelos colegitimados e autoridades públicas dispensará a participação do Ministério Público quando este não estiver figurando no polo ativo, sendo de bom alvitre a sua participação^{1245 1246}, mas sempre de intervenção facultativa por ausência de previsão legal expressa, não sendo requisito formal de existência ou validade.

¹²⁴⁴ GRELLA VIEIRA, Fernando – A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público. *Justitia*. São Paulo. N 55. V 161 (1993), pp. 40-53.

¹²⁴⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro – Compromisso de ajustamento de conduta: análise a luz do anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.) – Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Ed. RT, 2007, pp. 240-241.

¹²⁴⁶ Por Resolução Conjunta CNJ/CNMP n. 2, de 21.06.2011, visando buscar ações coordenadas à tutela de direitos metaindividuais, o Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Conselho Nacional do Ministério Público brasileiro instituíram o Cadastro Nacional de informações de ações coletivas, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta, visando evitar a instauração de inquéritos civis sobre o mesmo objeto, a propositura de ações judiciais coletivas com a mesma causa de pedir e a celebração de ajustamento de conduta em matéria que já tenha sido objeto de outra tomada de compromisso. Assim,

Sem prejuízo, nada obsta que em atenção as atribuições funcionais próprias, verificando ilegalidade ou lesão ao direito metaindividual objeto da tomada de compromisso do qual não tenha figurado como parte ou intervindo, o Ministério Público poderá impugná-lo pelos meios legais, inclusive pelo controle jurisdicional de anulabilidade do negócio jurídico firmado.

Ultrapassadas as questões atinentes aos legitimados ativos para celebração do ajustamento de gestão, volveremos aos interessados que figurarão como legitimados passivos, compromitentes da tomada de compromisso para (re)ajustamento de suas práticas às exigências legais, em matéria de gestão pública ou privada de interesse público.

Podem figurar como legitimados passivos na celebração do termo de ajustamento de gestão, todos os interessados que guardem a qualidade de pessoas naturais, pessoas jurídicas de direito privado e de direito público, por seus representantes legais e mandatários, assim como entes e órgãos públicos da administração direta e indireta, e ainda aqueles não dotados de personalidade jurídica (sociedades de fato, condomínios, massa falida, espólio de bens do *de cuius*, etc.), bastando para tanto que possuam capacidade processual para estar em juízo¹²⁴⁷, responsabilizando-se pelo (in)cumprimento integral da avença celebrada.

Na hipótese de lesão ou ameaça de lesão a direito em que se sobrelevem interesses públicos metaindividuais, os entes ou sociedades de fato “irregulares” dotados de ficção jurídica (despersonalizadas) serão representados por seus integrantes – pessoas naturais ou jurídicas - que se comprometerão em nome próprio pelo afastamento da lesão ou reparação do direito, objeto da tomada de compromisso de ajustamento de gestão.

Sem prejuízo, poderão figurar como interessados para tomada de compromisso de ajustamento de gestão os entes públicos que detenham incumbência legal de tutela desses interesses metaindividuais, mas que incorram em omissão de tutela efetiva ou prestação deficiente, causando lesão ou ameaça de lesão - por ação ou omissão - ao bem jurídico que devam tutelar por força de lei. Estes entes públicos (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) serão representados por seus mandatários ou àqueles que fizerem as suas vezes de representação jurídica, com poderes especiais para transigir.

evitar-se-á sobreposição ou concomitância de atuação funcional de todos os colegitimados na busca da eficiência do agir estatal e dotando as avenças de maior segurança jurídica aos compromitentes e compromissários. [04.08.2019]. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/Resolucao_conjunta__02_de_21_de_junho_de_2011.pdf.

¹²⁴⁷ CAPPELLI, Silvia (Coord.) – Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento [em linha]. Instituto O Direito por um Planeta Verde. [s.i.], pp. 22-23. [24.07.2019] Disponível em: <http://www.planetaverde.org/projeto/28/compromisso-de-ajustamento-ambiental-e-sua-execucao-analise-critica-e-sugestoes-para-aprimoramento>.

Poderão ainda figurar no polo passivo como interessados não só os entes públicos, mas os mandatários que os integram, que por ação ou omissão governamental tenham dado azo à violação ou ameaça de lesão de interesse público relevante, neles, compreendidos, administradores públicos, presidentes e diretores de órgãos estatais, ministros e secretários de Estado, autoridades públicas, funcionários públicos, ordenadores de despesas, e ainda, todos aqueles responsáveis direta ou indiretamente pela administração pública e que tenham realizado ou concorrido à prática de atos ilícitos, cuja responsabilidade pessoal decorra de função (extra)contratual.

5.5.7. Do objeto no ajustamento de gestão

O segundo requisito de existência do negócio jurídico reside em seu objeto, caracterizado por seu conteúdo material, decorrendo, por consequência, a juridicidade como pressuposto de validade extraída daquele.

O objeto do negócio jurídico celebrado deve guardar correspondência à licitude, à possibilidade material e à determinabilidade prestacional, cujo vício “desaguará” na nulidade da avença, guardando correspondência à moral e a observância da ordem pública, em que se exige conformidade com o ordenamento jurídico¹²⁴⁸.

A possibilidade material resta imbricada as hipóteses de soluções à espécie, quer seja de natureza substancial propriamente dita, quer seja de natureza jurídica, sob pena de tornar o negócio inalcançável pelos compromissários, impossibilitado seu cumprimento pela inexistência de seu próprio conteúdo (inexequibilidade)¹²⁴⁹.

Aliados a esses dois requisitos, surge o dever de observância ao princípio da razoabilidade, cuja eficácia reparatória é inerente à possibilidade substancial da realização do objeto do negócio jurídico firmado¹²⁵⁰.

Por fim, a determinabilidade do objeto do negócio jurídico de ajustamento de gestão é representada pela fixação de balizas de conteúdo obrigacional expressas no acordo, erigida pelo compromitente e pelo compromissário volitivamente, sendo indispensável prever-se ao menos a sua determinação a fim de se conferir liquidez cumprimentória do objeto, pressuposto de sua existência.

¹²⁴⁸ BERNARDES DE MELLO, Marcos – Teoria do fato jurídico – Plano da validade. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

¹²⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, Antônio – Tratado de Direito Civil Português. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, t. I, p. 483.

¹²⁵⁰ GRELLA VIEIRA, Fernando – A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público. *Justitia*. São Paulo. N 55. V 161 (1993), pp. 40-53.

O objeto não restará indeterminado quando puder ser balizado, cuja determinabilidade não poderá ser deixada a encargo de apenas uma das partes¹²⁵¹.

A temática do objeto da tomada de ajustamento de gestão em conformidade às exigências legais poderá versar sobre direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos em matéria envolvendo interesses públicos relevantes do patrimônio artístico, cultural, paisagístico, meio ambiente, ordem econômica, urbanística e social, direito consumerista, erário público, orçamento, despesas e receitas públicas, mercado de capitais, biossegurança, infância, juventude, adolescência, idosos, deficientes físicos, direito dos silvícolas, educação, saúde, assistência e previdência social, direito à moradia, direito à alimentação, transporte público e tantos quantos digam respeito a interesses primários de realização finalística pelos entes estatais e seus órgãos da administração pública direta e indireta.

Em que pese o “elastecimento” do escopo do objeto negocial, o ajustamento de gestão firmado pela tomada de compromisso deverá corresponder satisfatoriamente a prevenção ou reparação integral do ilícito ou do dano causado pela má gestão pública ou privada de interesse público, tanto quanto seria postulado em sede ação civil pública¹²⁵², atendidos os critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

A completude da tomada de compromisso deverá encerrar em si, por meio de solutividade alternativa do problema, a pretensão que seria objeto da demanda jurisdicional pela via da ação civil pública ou medida administrativa correspondente¹²⁵³, tendo o órgão público o dever de buscar a implementação de todas as mecanismos passíveis de serem alcançadas por meio da ação civil coletiva, sob pena de inviabilização das tratativas da tomada de compromisso¹²⁵⁴.

Em que pese as tentativas doutrinárias de não flexibilizar o objeto a ser negociado que gravam o interesse público relevante - núcleo duro do ajustamento de gestão a ser celebrado -, entendemos que o acordo de não persecução penal e o acordo de não persecução cível, aliados à tomada de compromisso, todos recentemente entronizados no ordenamento jurídico brasileiro, tornaram possível a negociação acerca das consequências sancionatórias decorrentes do pedido em ações jurisdicionais correspondentes (ação civil pública, ação de improbidade administrativa, ação penal, dentre outras), visando célere concretude do interesse público relevante que seja tutelado pelo legitimado, inclusive

¹²⁵¹ Para conformação do plano de existência, além da capacidade do agente, o negócio jurídico deverá circunscrever seu objeto, como lícito, possível, determinado ou determinável, encerrando o ciclo da validade.

¹²⁵² CAPPELLI, Sílvia (Coord.) – Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento [em linha]. Instituto O Direito por um Planeta Verde. [s.i.], p. 14-15. [24.07.2019]. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/projeto/28/compromisso-de-ajustamento-ambiental-e-sua-execucao-analise-critica-e-sugestoes-para-aprimoramento>.

¹²⁵³ Nesse sentido, GRELLA VIEIRA, Fernando – A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público. *Justitia*. São Paulo. N 55. V 161 (1993), pp. 40-53.

¹²⁵⁴ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal – Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. 5.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 68.

quanto à possibilidade de medidas despenalizadoras em relação as cominações legais¹²⁵⁵, acaso decorra imediata e integral reparação do dano ocasionado.

Sem prejuízo, o compromisso de ajustamento de gestão poderá volver-se no todo à solução da controvérsia em que envolva o interesse público relevante, em parte em relação à matéria incontroversa já consensuada ou até mesmo transcendentemente aos temas que possam ser objeto exitoso de ações jurisdicionais ou administrativas competentes, desde que voluntariamente erigido à solutividade do conflito, isto é, celebração de forma parcial ou total em relação ao objeto compromissado¹²⁵⁶.

O ponto de melhor solução ou solução mais adequada para resolução do conflito é aquele que convergirá para evitar o dano ou reparar a lesão ao bem jurídico tutelado de natureza metaindividual, nem sempre alcançado pelo esgotamento de todas as questões e nuances que orbitam processos (extra)jurisdicionais de responsabilização administrativa, cível ou penal pela prática de ato ilícito.

Nesse sentido, o objeto de tomada de compromisso de gestão às exigências legais poderá versar sobre a matéria objeto de investigação – no todo ou em parte – do inquérito civil público¹²⁵⁷, instrumento investigativo preparatório¹²⁵⁸ previsto constitucionalmente¹²⁵⁹ e de competência dos órgãos ministeriais, antecedente extrajudicial e ao lado da ação civil pública, esta que tem por objetivo a promoção heterocompositiva na proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e demais interesses difusos ou coletivos¹²⁶⁰.

Tratando-se o inquérito civil de instrumento investigatório materializado em procedimento administrativo formal, destinado à aferição de elementos suficientes à propositura – da eventual e futura ação civil pública -, sobreleva-se como importante mecanismo dotado de alta potencialidade para resolução extrajudicial de conflitos de interesses públicos, proteção de direitos difusos e coletivos, onde sua instauração pode, por si só, dar solução de continuidade a elidir conduta lesiva a direito metaindividual violado, sendo instrumento condutor de reparação de danos por livre disposição do responsável ou infrator, o que poderá acarretar a perda do interesse processual para propositura de ação jurisdicional cabível à espécie¹²⁶¹.

¹²⁵⁵ Novo enunciado número 98 da 2ª Câmara Criminal do Ministério Público Federal admite a possibilidade de assinatura de acordo de não persecução penal em ações que já estão em tramitação, ainda que em grau de recurso e desde que haja confissão do infrator. (28.06.2020). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/mpf-reconhece-acordo-nao-persecucao-curso-acao-penal>.

¹²⁵⁶ Nesse mesmo sentido, NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 145.

¹²⁵⁷ Art. 8º, §1º, da Lei federal n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), da República Federativa do Brasil.

¹²⁵⁸ Preconizado antes mesmo da edição do anteprojeto da lei de ação civil pública. In FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY JUNIOR, Nelson - A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 75.

¹²⁵⁹ Art. 129, inciso III, da Constituição da República de 1988.

¹²⁶⁰ O inquérito civil público foi incluído no rol das funções institucionais do Ministério Público brasileiro, tanto constitucionalmente, quanto em sua lei orgânica da União e dos Estados-membros, espraiando-se, designadamente, nas leis infraconstitucionais brasileiras que protegem o meio ambiente, consumidor, portadores de necessidades especiais, idosos, criança e adolescente, dentre outros.

¹²⁶¹ CAPPELI, Sílvia (Coord.) – Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento [em linha]. Instituto O Direito por um planeta Verde [Projeto]. [s.i.], pp. 13-14. [20.06.2019]. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/projetos/arquivo_081213_6910.pdf.

Nada obsta que, concomitantemente a instauração do inquérito civil público, outros colegitimados que detenham elementos materiais suficientes possam ajuizar a competente ação civil pública ou que decorra a tomada de compromisso ou acordo de não persecução (cível ou penal), trazendo efeitos supervenientes ao feito judicializado, que pode pôr termo à lide por homologação do acordo celebrado entre as partes judicantes e ou compromitentes da tomada de compromisso, tudo em paralelo ao feito jurisdicional (perda superveniente do objeto por acordo extrajudicial).

A deflagração do inquérito civil público no âmbito do Ministério Público brasileiro tem por escopo precípua a colheita de elementos materiais na formação da prova da prática de fato ilícito e de identificação de seus responsáveis¹²⁶², consubstanciado em medida administrativa preparatória à propositura da ação de matiz coletiva.

Como todo instrumento investigativo, o inquisitório civil público terá o condão ilidir a prática de atos ilícitos ou a ameaça de lesão a direito transindividual, com atuação em desfavor do agente causador do dano, que poderá sentir-se desestimulado a atividade antijurídica e ajustar seus atos às exigências legais, denotando-se, assim, a faceta do inquisitório de caráter pedagógico-preventivo. Assim, para além de destinar-se para colheita de elementos visando à propositura da ação civil competente, o inquérito civil representa verdadeiro mecanismo de prevenção e reparação extrajudicial de ilícitos a direitos transindividuais¹²⁶³.

Vale frisar, que o inquérito civil preparatório tem natureza de procedimento administrativo, sendo dispensável a observância dos corolários constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Entretanto, nada obsta ao presidente do feito investigatório que oportunize aos interessados em ingressar nos autos com esclarecimentos de fato e de direito de julguem imponíveis, podendo juntar documentos e informações relevantes à elucidação dos fatos investigados, sendo salutar caminho para o início do diálogo.

Sendo o inquérito civil meio preparatório para subsidiar elementos materiais (prova da ilicitude e autoria do ilícito) com vistas à ação civil pública, poderá ter seu término marcado pelo ajuizamento da ação competente ou arquivamento pela ausência de justa causa, nesta última hipótese, sob fiscalização homologatória do Conselho Superior do Ministério Público em que officie o membro ministerial proponente.

¹²⁶² MAZZILI, Hugo Nigro – O inquérito civil. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48.

¹²⁶³ Nesse sentido, In BUGALHO, Nelson R. – Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e de recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. Revista de Direito Administrativo. São Paulo, V 37 (2005), pp. 96-112.

Lado outro, como instrumento investigativo útil à solutividade pacífica de conflitos e *iter* alternativo de acesso à Justiça, o inquérito civil público poderá vir a ser encerrado por arquivamento, mediante a tomada de compromisso ao cumprimento às exigências legais, sob ato administrativo complexo homologatório (requisito de validade), a ser apreciado pelo órgão colegiado superior ministerial por promoção do compromitente, tudo após a celebração do competente instrumento, *verbi gratia*, o termo de ajustamento de gestão pública¹²⁶⁴.

Em sequência ao caráter orientativo¹²⁶⁵ do conselho superior do órgão ministerial regional (Estados-membros ou Procuradorias da República regionais), apresentam-se também a homologação condicionada¹²⁶⁶, a homologação parcial¹²⁶⁷ e as hipóteses de não homologação¹²⁶⁸, como possíveis entraves ou pré-requisitos ao arquivamento do inquérito civil preparatório lastrado na celebração de acordo de ajustamento, afastada a intervenção colegiada homologatória quando a transação for realizada em sede ação civil pública ou ação cível reparatória, circunstância em que será homologado pelo juízo competente¹²⁶⁹.

¹²⁶⁴ Sobre a homologação do compromisso de ajustamento às exigências legais celebrado, o Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo editou as seguintes súmulas, de caráter orientativo, a saber: SÚMULA n.º 4: “Tendo havido compromisso de ajustamento que atenda à defesa dos interesses difusos objetivados no inquérito civil, é caso de homologação do arquivamento do inquérito. Fundamento: O art. 5.º, § 6.º, da Lei n.º 8.078/90, permite que os órgãos públicos legitimados tomem compromisso de ajustamento dos interessados, o que obstará a propositura da ação civil pública e permitirá o arquivamento do inquérito civil (Pt. n.º 32.820/93). Fundamento da alteração, realizada aos 05/08/14: O art. 5.º, § 6.º, da Lei n.º 7.347/85, permite que os órgãos públicos legitimados tomem compromisso de ajustamento dos interessados, o que obstará a propositura da ação civil pública e permitirá o arquivamento do inquérito civil. A resolução de conflitos na esfera extrajudicial vem em favor do interesse público, pois antecipa a obtenção do interesse tutelado e reduz sobremaneira os custos da atividade estatal (Ministério Público e Judiciário). Se o ordenamento jurídico admite a resolução pactuada da lide contida na ação civil pública, é razoável acolher que controle da mesma natureza seja exercido pelo Conselho Superior do Ministério Público, ante o disposto no artigo 9.º, §§ 3.º e 4.º, da LACP, não se justificando a manutenção da expressão “integralmente” no enunciado original da súmula”. [11.08.2019]. Disponível em www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas.

¹²⁶⁵ Considerada a independência funcional afeta aos membros dos órgãos ministeriais, as súmulas dos conselhos superiores dos órgãos ministeriais que estão vinculados têm caráter meramente orientativo e não normativo, como nas hipóteses das súmulas jurisdicionais vinculantes dos tribunais superiores. Ex vi art. 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹²⁶⁶ SÚMULA n.º 9: “Só será homologada a promoção de arquivamento de inquérito civil, em decorrência de compromisso de ajustamento, se deste constar que seu não cumprimento sujeitará o infrator a suportar a execução do título executivo extrajudicial ali formado, devendo a obrigação ser certa quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto. Fundamento: Por força do art. 5.º § 6.º, da Lei n.º 7.347/85, introduzido pela Lei n.º 8.078/90, o compromisso de ajustamento terá eficácia de título executivo extrajudicial. Ora, para que possa ter tal eficácia, é indispensável que nele se insira obrigação certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto, como manda a lei civil (art. 5.º, § 6.º, da Lei n.º 7.347/85; art. 1533 do C.C.; Atto n.º 52/92-PGJ/CSMP; Pt. n.º 30.918/93)”. [11.08.2019]. Disponível em www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas.

¹²⁶⁷ SÚMULA n.º 20: “Quando o compromisso de ajustamento tiver a característica de ajuste preliminar, que não dispense o prosseguimento de diligências para uma solução definitiva, salientado pelo órgão do Ministério Público que o celebrou, o Conselho Superior homologará somente o compromisso, autorizando o prosseguimento das investigações. Fundamento: O parágrafo único do art. 112 da Lei Complementar estadual n.º 734/94 condiciona a eficácia do compromisso ao prévio arquivamento do inquérito civil, sem correspondência com a Lei federal n.º 7.347/85. Entretanto, pode acontecer que, não obstante ter sido formalizado compromisso de ajustamento, haja necessidade de providências complementares, reconhecidas pelo interessado e pelo órgão ministerial, a serem tomadas no curso do inquérito civil ou dos autos de peças de informação, em busca de uma solução mais completa para o problema. Nesta hipótese excepcional, é possível, ante o interesse público, a homologação do ajuste preliminar sem o arquivamento das investigações. (Pt. n.º 9.245/94 e 7.272/94)”. [11.08.2019]. Disponível em www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas.

¹²⁶⁸ É óbice a homologação da avença de ajustamento às exigências legais a fixação de sanção compensatória, em vez de cominatória. SÚMULA n.º 23: “A multa fixada em compromisso de ajustamento não deve ter caráter compensatório, e sim cominatório, pois nas obrigações de fazer ou não fazer normalmente mais interessa o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor que o correspondente econômico. Fundamento: O art. 645 do CPC, com redação que lhe deu a Lei n.º 8.953/94, permite agora a execução da obrigação de fazer criada em título extrajudicial. Mas para garantir o cumprimento espontâneo da obrigação de fazer, o sistema processual vale-se largamente do sistema de astreintes, visando a influenciar a vontade do devedor e obter o cumprimento espontâneo da obrigação (cf. Liebman, Processo de execução, n.º 97). Desta forma, é mais conveniente prever, por exemplo, multa cominatória fixada por dia de atraso na execução da obrigação. (Precedentes: Pts. n.ºs 10.116/95, 10.17/95, 11.165/95 e 13.691/95)”. [11.08.2019]. Disponível em www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas.

¹²⁶⁹ Os membros do Ministério Público brasileiro gozam de independência funcional e podem seguir outro entendimento diverso do órgão colegiado superior, por não haver hierarquia funcional entre si, podendo, inclusive, esposar entendimento diverso do sumulado pelo colegiado, seguindo-lhe como solução mais adequada para promoção do direito transindividual que visar tutela por dever de ofício. SÚMULA n.º 25: “Não há intervenção do Conselho Superior do Ministério Público quando a transação for promovida pelo Promotor de Justiça no curso de ação civil pública ou coletiva. Fundamento: O controle, na hipótese aludida, não é administrativo, tal como ocorre no caso de arquivamento de inquérito civil (art. 9.º, § 3.º, da Lei n.º 7.347/85), porém, jurisdicional, consistente

Nesse sentir, as referidas súmulas servem de “norte” orientativo à atuação funcional dos membros ministeriais, com indicação da melhor atuação metodológica e política de forma coordenada e concertada pelos promotores da Justiça, em garantia ao princípio da unidade institucional, fixando-se-lhes balizas para instauração e arquivamento dos inquéritos civis públicos por medida de moralidade administrativa¹²⁷⁰, em especial, na homologação dos termos de ajustamento de gestão às exigências legais.

O escopo negocial possível na tomada de compromisso de gestão pública não se liga estritamente a medidas formais do instrumento, considerando a natureza jurídica de transação híbrida, sendo possível que as partes estabeleçam “sintonias finas” de concessões mútuas, a fim de pôr fim ou evitar à ação judicializada, em que se buscará a preservação ou reparação do interesse público relevante pela via do (re)ajustamento e compromisso, conferindo-se a maximização da eficiência administrativa para o fim da celebração do ajuste às exigências legais.

Dentre as obrigações que recaiam como dever do compromitente, estão àquelas afetas as obrigações de fazer ou não fazer, em especial nos acordos de não persecução penal, cível e administrativa¹²⁷¹, diante da reparação integral dos danos e submissão às cominações acordadas pelo próprio compromissário, havendo espaço para negociação no ramo do direito das obrigações, *verbi gratia*, dilação de prazo para implementação de direito ou cessação de conduta ilícita, objeto do compromisso, modo de cumprimento, providências que devem ser adotadas imediatamente rumo à solutividade consensuada do problema.

Assim, a tomada de compromisso às exigências legais poderá elencar obrigações de fazer (desenvolvimento de ações tecnológicas para evitar danos futuros), de não fazer (deixar de praticar ação lesiva ou fazer cessar omissão potencialmente lesiva), de dar (com entrega de coisa certa, determinada ou determinável), e dever de indenizar (como critério de possibilidade de prevenção e repressão aos danos causados à coletividade)¹²⁷².

Nesse diapasão, adequadas e acordadas as obrigações, inclusive obrigação de pagar quantia líquida e certa por conter natureza jurídica de título extrajudicial, o termo de ajustamento de gestão tem força executiva autônoma, com maior efetividade em curso forçado por eventual ação jurisdicional, acaso

na homologação por sentença do Juízo. (Pts. n.ºs 17.936/96, 29.951/96 e 21.733/97”. [11.08.2019]. Disponível em www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas.

¹²⁷⁰ Cf. NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 162.

¹²⁷¹ A violação do dever legal de boa-fé com eventual ajuizamento de ação que acordou não fazer representará conduta proibitiva passível de responsabilidade funcional do compromitente, submetido a diploma ético no exercício das suas funções, cuja defesa em juízo do compromissário será a própria celebração da transação como meio de resolução do conflito, que obriga inteiramente as partes, em especial os órgãos da administração pública que atuam em nome do ente estatal.

¹²⁷² CAPPELI, Sílvia (Coord.) – Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento [em linha]. Instituto O Direito por um planeta Verde [Projeto]. [s.i.], p. 14. [20.06.2019]. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/projetos/arquivo_081213_6910.pdf

decorra descumprimento pelo compromissário. Contudo, a recomposição dos danos ou preservação do direito metaindividual continua sendo o núcleo duro do objeto central da solução alternativa da controvérsia, do qual não se pode afastar o comprometente.

Pode haver hipóteses em que a reversibilidade do *status quo ante* seja impossível, como nos casos de danos ambientais, ou, ainda, subsistam danos extrapatrimoniais, abrindo-se espaço para cumulação de obrigações de fazer, de dar ou de indenizar em natureza compensatória, todas volvidas à mitigação da lesão irreparável ou de difícil reparação¹²⁷³.

Há de se observar mínima pertinência temática entre o órgão colegitimado da tomada de compromisso e o objeto negocial tutelado, não havendo vedação legal por desvio de finalidade entre o objeto do ajustamento de gestão e os objetivos sociais do comprometente, fato sequer defeso na lei de ação civil pública. Contudo, tal observância evitará odiosa sobreposição de atuação de órgãos colegitimados.

As normas introdutórias ao direito brasileiro também não criaram especificidade de atuação funcional das autoridades públicas na celebração de compromisso às exigências legais. Contudo, pela teoria dos poderes implícitos, as atribuições funcionais devem guardar mínima correspondência ao tomador do compromisso e o objeto da avença, sob pena de claudicar em questões técnicas a tornar o ajustamento insubsistente e passível de questionamentos, gravando-lhe de insegurança jurídica. Nesse particular, a legitimação universal da tutela de direitos transindividuais deferida aos órgãos ministeriais brasileiros, fez gravar os acordos de compromisso de gestão pública celebrados por estes em maior estabilidade jurídica relacional, porquanto celebrados com colegitimado que é detentor da qualidade de *custos iures*, *custos societatis* e *dominus litis* na seara penal.

O conteúdo material do ajustamento de gestão poderá ser disposto de variadas naturezas, e, ainda assim, ser objeto de negociação por órgãos públicos distintos e de atribuições específicas, devendo, entretanto, a matéria da tomada de compromisso, ainda que mediatamente, restar afeta às competências institucionais do órgão comprometente, cuja finalidade deverá “desaguar” na proteção do interesse público protegido em lei.

Note-se que quanto mais completo no atingimento do objeto de interesse público relevante preconizado em lei, maior segurança jurídica a celebração da tomada de compromisso de gestão às exigências legais trará aos comprometentes e interessados, gravando-o de definitividade como meio alternativo de acesso à Justiça, em consolidação de neófito cultura jurídica consensual.

¹²⁷³ CAPPELI, Sílvia (Coord.) – Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento [em linha]. Instituto O Direito por um planeta Verde [Projeto]. [s.i.], pp. 25-26. [20.06.2019]. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/projetos/arquivo_081213_6910.pdf

A tomada de compromisso é gênero, sendo suas espécies gravadas de vinculação aos objetos de interesse público relevante que visam tutelar. Deste modo, temos as espécies de ajustamento de conduta geral ou especial. Na primeira são englobadas as condutas em geral ao cumprimento das exigências legais. Na segunda são englobadas as matérias de consumo, ambiental, econômica, concorrencial, protetiva à infância e juventude, protetiva ao idoso, tributária, administrativa, orçamental e de gestão, dentre outros.

Deste modo, o objeto de ajustamento de gestão estará ligado as atividades estatais afetas ao ciclo de boa gestão, seja para (re)adequação de condutas administrativas formais em observância à lei, seja para (re)ajustamento de gestão pública ou privada de interesse público em que se busque tutelar – direta ou indiretamente – interesses públicos relevantes.

5.5.8. Da aplicação do regime jurídico administrativo ao ciclo de gestão pública

A estrutura organizacional do Estado remete a atuação concertada dos seus poderes instituídos, em especial no Poder Executivo, na administração pública de bens e serviços que propiciem o atingimento de uma realidade social transformadora, mediante a efetivação de direitos, tomando como rumo uma concepção desenvolvimentista preconizada nos objetivos constitucionais republicanos.

As prestações estatais lastradas no princípio democrático e de participação social são realizadas por meio de programas e a ações de governo onde se desenvolvam a prestação de objetivos voltados à realização do bem-estar do cidadão, que devem ser planeadas dentro de um ciclo mínimo de gestão pública, por meio de políticas que integrem todo o processo organizacional e gerencial juridicamente regulado.

Deste modo, o planejamento e as políticas públicas levam a uma nova compreensão das atividades estatais, onde a atividade política mostra-se endógena ao ciclo de gestão do planejamento, fase documental comprometida a realização de objetivos político-ideológicos de origem constitucional¹²⁷⁴.

Todo esse contexto exigirá da atividade de planejamento estatal a conformação de uma estruturação prévia de multiplicidade de atribuições que deverão abranger a formulação, execução, monitoramento, avaliação e revisão de ação governamental, sem se descurar na seara de controle externo decorrente das atividades encetadas.

¹²⁷⁴ “O planejamento visa a transformação ou consolidação de determinada estrutura econômico-social, portanto, de determinada estrutura política. O processo de planejamento começa e termina no âmbito das relações políticas ...”. Cf. BERCOVICI, Gilberto – Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) – Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 146.

Nesse particular, quando a legitimidade estatal passa a não decorrer da expressão legislativa da soberania popular, mas da realização programada das finalidades coletivas, ingressa a administração pública no campo da gestão orientada por resultados¹²⁷⁵, onde uma das etapas reside justamente na “calibração” de políticas públicas a serem melhor encetadas. A função planejadora - que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais - é a de governo, impropriamente denominada poder executivo – a quem incumbe o papel hegemônico¹²⁷⁶.

A gestão pública é concebida pelo exercício de funções técnicas, contábeis, financeiras, comerciais de segurança e de administração, agregadas ao conhecimento de psicologia, de antropologia, de estatística, de mercadologia e de ambientalismo, dentre outros, indispensáveis para – por meio de pessoas – se atingir objetivos organizacionais de forma eficiente e eficaz. Já a administração é representada pelo planejamento, organização, dirigismo e controle de pessoas para obtenção de resultados de uma organização¹²⁷⁷.

O ciclo de gestão pública, que inclui as políticas públicas, perpassará pelo processo de elaboração, execução, monitoramento, avaliação e revisão de programas de governo, encetados no âmbito da administração pública, volvidos à satisfação de interesses metaindividuais e desenvolvimento do país.¹²⁷⁸

Na administração pública central brasileira, a fase de formulação de políticas consiste na edificação de orientações estratégicas, diretrizes e objetivos de ações e programas governamentais. A atividade de execução é processo estruturado que dá supedâneo e logística de recursos materiais, humanos, financeiros, orçamentais, informacionais e institucionais para realização das metas estipuladas em programas de efetividade de seus objetivos.

Na seara do monitoramento, temos o acompanhamento da execução das ações de governo, com informações passíveis de subsidiar decisões, identificando e corrigindo problemas. Aqui se possibilitará o exercício da atividade típica de controle externo administrativo, que sem influenciar – diretamente - na atividade típica do poder executivo em formular suas políticas públicas, acompanhará o funcionamento da engrenagem administrativa (controle concomitante) e do atingimento de seus objetivos (controle de resultados), possibilitando, pelo olhar externo, identificar problemas de eficácia e efetividade das

¹²⁷⁵ Cf. GARCES, Ariel; SILVEIRA, José Paulo – Gestão pública orientada para resultados no Brasil. Revista de Serviço Público. A 53. N 4 (2002), pp. 53-77.

¹²⁷⁶ Cf. COMPARATO, Fábio Konder – A afirmação histórica dos direitos humanos. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 44.

¹²⁷⁷ DIAS, Emerson de Paulo – Conceitos de gestão e administração: uma revisão crítica [em linha]. Revista Eletrônica de Administração. FACEF. V 1 (2002), pp. 1-12, pp. 10-11. [24.07.2019]. Disponível em: https://educacao.mppr.mp.br/arquivos/File/gestao_democratica/kit3/conceitos_de_gestao_e_administracao.pdf.

¹²⁷⁸ O processo administrativo-executivo de formulação de políticas públicas também representa processo político, cuja legitimidade e qualidade decisória da escolha de prioridades e meios de realização apresentam-se na razão direta do amadurecimento e da participação democrática dos cidadãos. In BUCCI, Maria Paula Dallari – Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 269.

atividades administrativas, propondo-se o (re)ajustamento da gestão pública ou privada de interesse público relevante.

A realização de políticas públicas continua concorrente entre o Estado (poder-dever) e a sociedade civil (poder-dever/facultatividade), denotando a inexistência da ideia de exclusividade estatal na promoção de bens e serviços públicos de interesses relevantes (metaindividuais)¹²⁷⁹.

Nesse sentir, a avaliação decorrente do processo de monitoramento propiciará a análise sistemática de informações peculiares, mecanismos e impactos de um programa de ação governamental em execução, baseando-se em critérios de eficiência, eficácia e efetividade, de forma a se possibilitar a indicação de critérios de aperfeiçoamento da gestão e da qualidade do gasto público (despesas públicas), propiciando a indicação de tomada de compromisso de gestão com vistas ao cumprimento das exigências legais, sobre as quais se aplica integralmente o regime jurídico administrativo. Aqui reside a “pedra de toque” do regime jurídico administrativo no ciclo de gestão pública, passível de controle externo das despesas públicas.

Analisando os desafios de modernização da gestão pública¹²⁸⁰, os objetivos se deslocam do interior para o exterior da Administração estatal, passível da resolução consensual de conflitos a fim de gerar bem-estar coletivo, de forma a não tornar a Administração Pública de um fim em si mesma, deixando de lado suas finalidades substantivas. Para tanto, isso só decorrerá como fruto do diálogo, da facilitação do intercâmbio de perspectivas e de recursos entre as diferentes partes da Administração e sua órbita organizacional. As respostas não precisam ser tecnicamente melhores, mas devem representar um ponto de equilíbrio, um compromisso entre as diversas visões de um mesmo problema. Se o problema é complexo e poliédrico será mais adequada uma resposta dialogada e de equilíbrio.

Nesse sentir, nasce a possibilidade de revisão por (re)ajustamento de gestão, onde é possível aferir-se em verificabilidade de adequação do programa de governo *versus* a meta pretendida (controle externo administrativo), propiciando-se a alteração, exclusão ou inclusão de circunstâncias elementares ao programa governamental, decorrentes dos processos de monitoração e avaliação externos, muito eficazes por meio de auditorias operacionais dos órgãos competentes.

O objeto do termo de ajustamento de gestão quer se fazer incidir sobre o ciclo da gestão pública, isto é, da atividade administrativa, ou, por via de consequência, na execução da política pública que nela

¹²⁷⁹ Cf. SANTOS, Jaciane Geraldo dos; OLIVEIRA, Micheline Ramos de – A relação público X privado: cofinanciamento da Política de Assistência Social. Revista Brasileira de Tecnologias Sociais. V 3. N 1 (2016), pp. 53-70, p. 55. [24.08.2019]. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rbts/article/view/9749/5481>.

¹²⁸⁰ Cf. CARNEIRO, Ricardo; MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves - Gestão pública no século XXI: as reformas pendentes [em linha]. In FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ - A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: desenvolvimento, Estado e políticas de saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. V 1 (2013), pp. 135-194, p. 175. [24.08.2019]. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/895sg/pdf/noronha-9788581100159-06.pdf>.

se circunscreve, mas sob tudo viés de controle externo administrativo gerencial e não propriamente político. O planejamento, a elaboração e a execução das políticas públicas permanecerão incólumes como atividades típicas do poder executivo. O monitoramento, avaliação e a revisão são atividades concomitantes (internas e externas) a serem exercidas pelos órgãos competentes¹²⁸¹ e os organismos de controle externo^{1282 1283}, inclusive o social¹²⁸⁴.

Tratando a temática da gestão como prática social¹²⁸⁵, há cinco fatores distintos e inter-relacionados que serão dissecados¹²⁸⁶, a saber: (i) a classe de ações em que os praticantes estão engajados com atores ou cidadãos; (ii) a identificação conceitual de problemas entre os praticantes, com base em comprometimento e interação recíproca; (iii) o objetivo ou problema sob perspectiva da tomada da prática social e sua comunicação conceitual entre o grupo; (iv) os mecanismos e instrumentos volvidos ao alcance do projeto; e, por fim, (v) as situações fáticas ou limitativas que condicionam as atividades recíprocas, os recursos empregados, e a configuração e condução das relações havidas entre os seus praticantes.

Dessa noção nascerá um conceito sociológico de gestão¹²⁸⁷ tida como uma conformação integrada em práticas sociais direcionadas à união do controle sobre diversos recursos e atividades desenvolvidas a uma atividade produtiva¹²⁸⁸.

Nestas mesmas circunstâncias, as instituições estatais são estruturadas sob um conjunto de práticas dialógicas em que seus indivíduos (gestores e cidadãos que a orbitam) estão imbricados em ideários de preservação ou reestruturação dos sistemas de relações em que restem envoltos, havendo uma mesma lógica aplicável as organizações estatais contemporâneas.

A relação com a sociedade e com processos democráticos para definição de prioridades e realização de escolhas, remete-nos, muitas vezes à noção de governança, noutras hipóteses a inclusão comunitária na participação e nos processos deliberativos. São elementos que articulam a gestão pública com a dimensão democrática e, portanto, com a dimensão política que lhe é inerente, não se restringindo

¹²⁸¹ O poder judiciário não deve substituir o gestor público, deixando ao poder público o “como fazer”; contudo, deve conformar ou modificar os objetivos a serem atingidos com a políticas públicas. In JORGE NETO, Nagibe de Melo – O controle jurisdicional das políticas públicas. Salvador: Podivm, 2008, p. 255.

¹²⁸² Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Tribunal de Contas e Associações Cívicas.

¹²⁸³ O Supremo Tribunal Federal brasileiro já decidiu que é possível o Poder Judiciário intervir na implementação de políticas públicas ambientais, através de ação civil pública proposta pelo Ministério Público, não decorrendo violação do princípio da separação dos poderes. Acórdão proferido em AgReg em REx n. 658.171/DF, relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 01 abr. 2014. (16.12.2019). Disponível para consulta em www.stf.jus.br.

¹²⁸⁴ Cf. GARCES, Ariel; SILVEIRA, José Paulo – Gestão pública orientada para resultados no Brasil. Revista de Serviço Público. A 53, N 4 (2002), pp. 53-77, p. 60.

¹²⁸⁵ Cf. REED, M. - The sociology of management. London: Harvester Wheatsheaf, 1989, p. 22.

¹²⁸⁶ Cf. JUNQUILHO, Gelson Silva - Gestão e ação gerencial nas organizações contemporâneas: para além do “folclore” e o “fato” [em linha]. Gestão & Produção. V 8. N 3 (2001), pp. 304-318, p. 307. [24.08.2019]. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/gp/v8n3/v8n3a07.pdf>.

¹²⁸⁷ REED, M. - The labour process perspective on management organization: a critique and reformulation. In HASSARD, J. & PYM, D. - The theory and philosophy of organizations: critical issues and new perspectives. London: Routledge, 1995, p. 79.

¹²⁸⁸ JUNQUILHO, Gelson Silva - Gestão e ação gerencial nas organizações contemporâneas: para além do “folclore” e o “fato” [em linha]. Gestão & Produção. V 8. N 3 (2001), pp. 304-318, p. 307. [24.08.2019]. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/gp/v8n3/v8n3a07.pdf>.

a aspectos instrumentais e técnicos com vistas à eficiência em um sentido restrito, mas também à definição da própria atuação do Estado e à sua eficácia social¹²⁸⁹, que alcancem, em convergência, ao objeto central de gestão de atividades que envolvam interesses públicos relevantes que possam ser tutelados por meio da tomada de compromisso de gestão.

5.5.9. Das sanções pelo inadimplemento do ajuste compromissal

O termo de ajustamento de gestão deverá ser firmado mediante cominações expressas que lhe garantam o integral cumprimento e exequibilidade.

As sanções civis preconizadas na transação de natureza híbrida são as cominações passíveis de inserção no ajustamento de gestão pública, tornando o compromisso coercitivo e dotado de força executiva extrajudicial a expressar mais uma característica de validade¹²⁹⁰.

As multas-coerção não precisam encerrar natureza pecuniária em si, como comumente expressas nos contratos clássicos em geral, podendo decorrer de medidas executivas suficientemente capazes a assegurar a concretude dos direitos que visam assegurar, finalidade primeira das cominações em matéria de acordos negociais¹²⁹¹.

Lado outro, fato é que os negócios jurídicos tendem a prever multas-sanção pelo inadimplemento de suas causas, entabulação incidente apenas aos compromissários em matéria de ajustamento de conduta ou gestão pública. Mas qual seria a consequência cominatória quando o órgão público descumprir o acordo celebrado?

Hão de existir expressas cominações erigidas consensualmente entre as partes, em face do inadimplemento voluntário e inescusável tanto do compromissário, quanto do comprometente – órgão público legitimado à celebração -, sob pena de violação do princípio da isonomia, exceto por livre disposição daquele, tanto no que concerne cominações coercitivas ou cominações sancionatórias.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito civil preconiza a estipulação de pena convencional para o caso de inadimplemento – parcial ou total - da obrigação contratada, constituída por cláusula acessória à obrigação principal, a ser exigida a quem der causa ao descumprimento de cláusulas contratuais avençadas¹²⁹².

¹²⁸⁹ Cf. POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert - Public Management Reform: a Comparative Analysis - New Public Management, Governance, and the Neo-Weberian State. 3.ª ed. UK: Oxford University Press, 2011, p. 44.

¹²⁹⁰ AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal – Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. 5.ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 121.

¹²⁹¹ GAVRONSKI, Alexandre Amaral – Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 384. Sobre a diferença entre multa-sanção e multa-coerção, ex vi FERRAZ, Luciano - Poder de coerção e poder de sanção dos tribunais de contas – competência normativa e devido processo legal. Revista Fórum Administrativo. Belo Horizonte. V 14 (2002), pp. 437-440.

¹²⁹² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – Código de Processo Civil comentado. 16.ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 517, coment. 2.

A cominação convencional poderá ter fundamento compensatório quando erigida com a finalidade de indenizar outrem pelo possível inadimplemento contratual independente de prova da existência de dano, devendo ser fixada previamente a penalidade como consentâneo decorrente do descumprimento - do todo ou em parte - de obrigação prefixada.

Nesse sentido, nas hipóteses de inadimplemento contratual no todo a ensejar ao credor a escolha entre a satisfação da obrigação ou pagamento de multa cominatória pelo devedor, a doutrina enumera como cláusula penal alternativa¹²⁹³.

Por seu turno, é possível a estipulação de cláusula penal cumulativa¹²⁹⁴ e de cláusula penal punitiva¹²⁹⁵. Na primeira hipótese, no caso de constituição do devedor em mora para assegurar o cumprimento de uma das cláusulas contratuais é lícito ao credor exigir o cumprimento da obrigação e o pagamento da multa; já na segunda hipótese, no caso de inadimplemento da obrigação principal poderá o credor exigir o cumprimento dela, acrescido de eventuais perdas e danos a ser devidamente comprovados, além da multa penal expressa no acordo entre as partes.

Por fim, temos a denominada cláusula penal penitencial¹²⁹⁶, que possibilita a manutenção da avença ou solução definitiva mediante ao direito de arrependimento, com pagamento de multa, como instrumento de proteção da esfera jurídica do devedor pelo inadimplemento de obrigação contratual pelo credor. Observe-se que a cláusula penal foi instituída para defesa da esfera jurídica e em benefício do credor, ao passo que a multa penitencial irá em benefício do devedor.

Nesse diapasão, enquanto na cláusula penal há o dever de indenizar-se o devedor, com a possibilidade de retirada do credor do contrato, na cláusula penitencial dar-se-á jus ao devedor fruir de ser indenizado pelo credor da obrigação ou vice-versa, com direito de ambos arrependerem-se e retirarem-se da avença contratual¹²⁹⁷, em verdadeira cláusula liberatória. Nesse último caso, estaríamos diante da ideia de enfraquecimento do negócio jurídico celebrado, possibilitado pela rescisão contratual unilateral em face do mútuo direito de arrependimento mediante pagamento de multa penitencial¹²⁹⁸, indesejável aos termos de ajustamento de gestão.

Ainda, comumente utilizada como multa-coerção temos a figura das *astreintes*, também denominada multa cominatória, que tem por escopo forçar o cumprimento obrigacional (extra)legal fixado

¹²⁹³ Idem, p. 519, coment. 2.

¹²⁹⁴ Idem, p. 520, coment. 2.

¹²⁹⁵ Idem, p. 522, coment. 2.

¹²⁹⁶ Idem, p. 518, coment. 6.

¹²⁹⁷ LÓBO, Paulo Luiz Netto – Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva: 2005, pp. 298-299.

¹²⁹⁸ Nesse mesmo sentido acerca do direito de arras convencionais ou arras penitenciais. In COSTA, Gilberto Azevedo de Moraes - Arras. 2018. 171 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. [em linha]. [13.08.2018]. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/21722>.

em sanção periódica (diária, semanal, mensal) no curso do devido processo legal. Protagonizada por meio de decisão jurisdicional apresenta-se como condenação pecuniária e periódica pelo inadimplemento de obrigação imposta pelo juiz, com a finalidade forçar o curso de seu cumprimento¹²⁹⁹.

As avenças compromissadas no termo de ajustamento de gestão são passíveis de exigência por curso forçado por meio de *astreintes*, verificado o inadimplemento contratual e instaurado o devido processo legal, devendo ser deflagrada a competente ação executiva para fixação pelo juiz¹³⁰⁰.

O critério de fixação do *quantum debeatur* das *astreintes* deve guardar relação à importância do bem público lesado ou ameaçado de lesão à coletividade, cuja observância do princípio da proporcionalidade deverá ser aferida pelo juiz no momento do deferimento da medida de coerção ou na execução da multa, em fixação de valor suficiente e compativelmente relevante ao (in)adimplemento da obrigação assumida, sem prejuízo de revisão por insuficiência ou onerosidade excessiva.

Em regra, a fixação da multa a título de *astreintes* costuma possuir valor expressivo¹³⁰¹, com vistas a fazer curso forçado de implementação imediata da obrigação, inibindo-se a negativa cumprimentória, cuja insubsistência (valor irrisório) ou onerosidade excessiva (valor exacerbado) podem ser óbices ao atingimento da finalidade em tutela do interesse público relevante, deixando de desempenhar a verdadeira função em compelir o cumprimento obrigacional assumido¹³⁰².

Importante frisar que a finalidade de estipulação de cominações no compromisso de ajustamento às exigências legais serão para inibir o incumprimento num primeiro momento, garantindo-se que o compromissário adimpla todas as cláusulas avençadas, sem que se transforme em óbice à execução da própria multa em si, tampouco inviabilize o cumprimento do objeto central da obrigação¹³⁰³: núcleo duro do interesse público relevante.

Fixada a sanção cominatória no caso de incumprimento de cláusulas do compromisso de ajustamento de gestão pública, em cláusula contratual consensuada e extrajudicial, não caberá ao juiz aumentá-la; contudo, em sede de execução judicial do título, poderá - por critérios de proporcionalidade e razoabilidade - ser fixada de ofício ou até mesmo diminuída¹³⁰⁴, nas hipóteses de onerosidade excessiva.

¹²⁹⁹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean – Leçons de droit civil. Paris: Montchrestien, 1968, v. 2, t. III, pp. 860-861.

¹³⁰⁰ Ex vi artigo 537, do Código Civil brasileiro.

¹³⁰¹ Ex vi Acórdão em Recurso Especial – REsp n. 1.840.693 do Superior Tribunal de Justiça. Min. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva – Terceira Turma, julgado em 29.05.2020, que fixou valor elevado de *astreintes* como instrumento de coerção e a fim de coibir reiterada desobediência de decisões judiciais por instituição financeira. [01.06.2020]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1945305&num_registro=201902910570&data=20200529&formato=PDF.

¹³⁰² RODRIGUES, Geisa de Assis – Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 174-175.

¹³⁰³ CAPPELLI, Sílvia (Coord.) – Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento [em linha]. Instituto O Direito por um Planeta Verde. [s.i.], p. 32. [12.08.2019]. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/projeto/28/compromisso-de-ajustamento-ambiental-e-sua-execucao-analise-critica-e-sugestoes-para-aprimoramento>.

¹³⁰⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis – Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 174-175.

Vale lembrar, que os compromissos de ajustamento às exigências legais não tendem a estipular cláusulas compensatórias como núcleo alternativo da obrigação principal, posto que encerram extrajudicialmente em efetividade a promoção de interesses públicos coletivos. Portanto, a sanção prevista em lei deverá decorrer em caráter cominatório para se fazer cumprir a obrigação¹³⁰⁵ (extra)legal, decorrente da celebração do termo de ajustamento de gestão.

De igual modo, resta afastada a natureza alternativa da sanção prevista no termo de ajustamento de gestão pública, considerada a necessidade indeclinável de satisfação do objeto principal circunscrita em direitos metaindividuais, sendo a multa prevista para inibir o incumprimento da avença sem possibilidade de escolha entre a satisfação da obrigação ou o pagamento da multa pelo inadimplente¹³⁰⁶, a resilir unilateralmente, por consequência, o acordo de (re)ajustamento de gestão firmado.

De toda sorte, a função da cominação do ajustamento de gestão não será preponderantemente cumulativa, podendo agir em onerosidade excessiva, a exigir das partes o pagamento de multa e satisfação da obrigação, exceto nas hipóteses em que a celebração do ajuste seja objeto de acordos de não persecução (cível, penal e administrativo) que ensejariam além do cumprimento da obrigação, cominações punitivas e obrigação de recomposição de danos irreparáveis ou de difícil reparação (danos extrapatrimoniais).

Por fim, tampouco poderá o ajustamento de gestão inserir cláusula de natureza penitencial, posto que não é dado as partes o direito de arrependimento, resolvendo-se o negócio jurídico pelo simples adimplemento de multa de tal natureza. Ao entabularem consensualmente o ajustamento de gestão, às partes é defeso o incumprimento das obrigações principais acordadas e da implementação dos direitos coletivos nele esposados, em homenagem aos princípios público-privados que regem o instituto em si, só pena de se desnaturar como meio alternativo de resolutividade de problemas.

Assim, sem prejuízo das penas convencionais que (in)formam importante instrumento acessório de inibição do inadimplemento contratual no direito das obrigações (cláusulas penais), o lançamento de cominação que vise constranger ou compelir o compromissário no cumprimento do objeto principal da avença, será melhor exercido por meio das *astreintes*, cuja finalidade primordial reside na garantia de curso forçado e efetividade dos interesses públicos relevantes postos em compromisso. Observe-se, contudo, que a fixação destas - a cargo do juízo a *posteriori* - no momento de deflagração da ação jurisdicional executiva poderá enfraquecer a avença, sendo importante sua fixação prévia no ato de

¹³⁰⁵ Idem, p. 190.

¹³⁰⁶ Cf. NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 170.

homologação (extra)judicial dos acordos, como garantia de eventual indispensabilidade de execução jurisdicional.

Melhor delimitando, teríamos a pena convencional estipulada nos acordos extrajudiciais - de matiz eminentemente cominatória - para adequação à garantia de inibição de incumprimento da obrigação assumida pelo compromissário, restando, subjacente às *astreintes* a serem fixadas pelo juiz como multas-coerção no curso de ações judiciais, sem prejuízo de serem fixadas convencionalmente nos acordos homologados em juízo.

De todo modo, como visto linhas atrás, as multas cominatórias¹³⁰⁷ são indispensáveis a homologação dos compromissos extrajudiciais de ajustamento às exigências legais, pelos órgãos colegiados do Ministério Público.

Sem prejuízo, a cominação preconizada previamente no compromisso de ajustamento terá natureza jurídica de cláusula penal, podendo ser constituída em pena pecuniária¹³⁰⁸, sem prejuízo de prever a suspensão de atividade econômica, a obrigação de restabelecimento de situação fática *status quo ante*¹³⁰⁹, a imposição de advertências ou interdição de direitos, dentre outros, que podem ser instituídas para além de penas pecuniárias e muitas vezes de eficácia plena.

De certo, as cominações do termo de ajustamento de gestão devem guardar previsibilidade expressa, aos seguintes elementos indispensáveis¹³¹⁰, a saber: (i) prazo para cumprimento da obrigação principal; (ii) termo *a quo* e *ad quem* na incidência de cominação periódica; (iii) multa diversa pela natureza, *quantum debeat* e incidência no tempo para cada obrigação compromissada; (iv) índice de reajuste e correção das multas pecuniárias; (v) destinação dos recursos adimplidos a título de multa; (vi) proporcionalidade em relação ao cumprimento parcial ou total da obrigação avençada; e, por fim, (v) fixação da responsabilidade individual ou solidária dos compromissários, quando for o caso.

A fixação de critérios objetivos pormenorizados lastrados em pacto consensual (extra)judicial têm o condão de mitigar efeitos deletérios da generalidade de multas por inadimplemento contratual, podendo acarretar óbices a sua correta exequibilidade, deixando-se de traçar responsabilidades e deveres subjetivos dos compromissários e a possibilitar a pretensão de interesses resistidos, tudo o que o termo de ajustamento de gestão visa elidir.

¹³⁰⁷ SÚMULA n° 23 do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo: "A multa fixada em compromisso de ajustamento não deve ter caráter compensatório, e sim cominatório, pois nas obrigações de fazer ou não fazer normalmente mais interessa o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor que o correspondente econômico". [11.08.2019]. Disponível em www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas.

¹³⁰⁸ AKAOU, Fernando Reverendo Vidal – Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. 5.ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 83.

¹³⁰⁹ CARVALHO SANTOS, José de – Ação civil pública: comentários por artigos. 8.ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2011, pp. 222-223.

¹³¹⁰ CAPPELLI, Sílvia (Coord.) – Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento [em linha]. Instituto O Direito por um Planeta Verde. [s.i.], p. 32. [14.08.2019]. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/projeto/28/compromisso-de-ajustamento-ambiental-e-sua-execucao-analise-critica-e-sugestoes-para-aprimoramento>.

Importante frisar, que a destinação dos fundos recolhidos pela arrecadação de multas pecuniárias devem objetivar a reparação dos danos causados ao bem jurídico transindividual que o (re)ajustamento de gestão objetiva tutelar¹³¹¹, podendo ser fixados sob responsabilidade de órgão público ou sociedade privada compromissários, ou até mesmo em responsabilidade solidária do representante legal (pessoa física) que assumiu o dever de adimplemento de cláusulas negociais em nome daquela, a fim de se garantir a exatidão e eficácia cumprimentória - espontânea ou forçada – do negócio jurídico e como meio idôneo e alternativo de acesso à Justiça.

5.5.10. Da concretude formal da tomada de compromisso extrajudicial

A formalidade que reveste o negócio jurídico entabulado no termo de ajustamento de gestão é o terceiro componente de sua existência, requisito de validade que capitula o objeto negocial como forma prescrita e não defesa em lei, expressão escrita da liberdade da manifestação celebrada entre compromitente e compromissário.

Os negócios jurídicos se exteriorizam pela forma de seu revestimento, assumido na expressão da declaração de vontade das partes¹³¹². Estamos diante da instrumentalidade e da solenidade (ou não) exigidas em lei e previstas sob forma de cláusula negocial, a fim de permitir o ingresso válido do acordo no mundo jurídico¹³¹³.

No direito privatístico brasileiro a forma não prescrita em lei traduz-se como regime de liberdades públicas deferida às partes para celebração dos negócios jurídicos lastrados na autonomia da vontade, sendo a forma de previsibilidade legal, exceção à regra de liberdade.

Assim, se a forma é exigida em lei como condição de validade do negócio jurídico, a infração à regra comportará a sua nulidade¹³¹⁴. A distinção entre o princípio do consensualismo e do formalismo prevê no primeiro, que a validade e eficácia do contrato dependerá do simples consentimento das partes, enquanto no segundo, a designação de todas as exigências legais remeterão a forma em que as partes deverão se submeter como condição para validade e eficácia contratual¹³¹⁵.

¹³¹¹ Art. 13 da Lei federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985, da República Federativa do Brasil: “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”.

¹³¹² CASTRO MENDES, João de – Direito civil: teoria geral. V 3. Lisboa: Associação Acadêmica de Lisboa, 1979, p. 93.

¹³¹³ MELLO, Marcos Bernardes de – Teoria do fato jurídico: Plano da Validade. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

¹³¹⁴ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – Tratado de Direito Privado: parte geral. Atual. e anot. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehardt. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 263.

¹³¹⁵ Cf. GHESTIN, Jacques – Traité de droit civil – Les obligations le contrat. Paris: LGDJ, 1980, pp. 207-209.

Essa distinção é fundamental para que percebamos que o ordenamento jurídico de direito privatístico vincula a observância de condição de existência e requisito de validade do negócio jurídico, dependente da forma prescrita em lei, porquanto a simples vontade das partes não será capaz de supri-las diante da complexidade e da relevância do bem jurídico objeto negocial.

Deste modo, a forma especial exigível do negócio jurídico, para além da manifestação livre da vontade, poderá requisitar a forma escrita e/ou a pública forma do acordo celebrado. Nesse sentido, a doutrina conceitua a forma *ad substantiam* e *ad probationem*, onde a primeira exige consubstanciação do negócio jurídico em si, sob pena de nulidade, e a segunda, a simples demonstração da existência do negócio jurídico firmado, cuja ausência de comprovação acarretará vício insanável dessa existência¹³¹⁶.

No direito brasileiro as transações são disciplinadas pela norma de que transigir será exigível por instrumento público quando a lei dispuser expressamente, ou instrumento particular nas hipóteses de admissão legal, tudo em consentâneo ao princípio do formalismo do direito privado. Se recaírem sobre direitos contestados em juízo exigir-se-á a pública forma ou mediante termo nos autos, devendo ser levada à homologação desse respectivo juízo competente.

Desse modo, a norma acerca da transação previu forma escrita à celebração da transação¹³¹⁷, não condicionando sua validade e eficácia à pública forma por escritura cartorial¹³¹⁸, podendo o termo de ajustamento de gestão ser celebrado por instrumento particular escrito e extrajudicial¹³¹⁹.

Ademais, esse é um dos fundamentos da nomenclatura do instituto, isto é, termo de ajustamento de gestão, em que se exige entabulação sob forma escrita, mediante termo, para que se constitua título com força executiva (extra)judicial.

Lado outro, outros instrumentos de tomada de compromisso possuem requisitos formais específicos previstos em lei, que se somam ao termo escrito (extra)judicial, a saber: (i) no compromisso de cessação de conduta lesiva a ordem econômica¹³²⁰ são requisitos indispensáveis a especificação das obrigações do compromissário para fazer cessar a prática investigada ou seus efeitos lesivos, a fixação do valor da multa pelo inadimplemento da obrigação compromissada, e a obrigação de fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, quando for o caso; (ii) no compromisso de ajustamento de conduta ambiental, as formalidades específicas preconizadas em lei¹³²¹,

¹³¹⁶ Nesse sentido MENEZES CORDEIRO, Antônio – Tratado de Direito Civil Português. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, t. I, p. 376.

¹³¹⁷ Artigo 842 do Código Civil brasileiro.

¹³¹⁸ Cf. NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 173.

¹³¹⁹ CAPPELLI, Sílvia (Coord.) – Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento [em linha]. Instituto O Direito por um Planeta Verde. [s.i.], p. 20. [14.08.2019]. Disponível em <http://www.planetaverde.org/projeto/28/compromisso-de-ajustamento-ambiental-e-sua-execucao-analise-critica-e-sugestoes-para-aprimoramento>.

¹³²⁰ Artigo 53 da Lei federal n. 8.884/1994 da República Federativa do Brasil.

¹³²¹ Artigo 79-A da Lei federal n. 9.605/1998 da República Federativa do Brasil.

em especial, prazo de vigência mínimo de 90 dias e no máximo 3 anos admitida prorrogação por igual período, com valor do investimento previsto e cronograma de execução de obras e serviços exigidos para atingimento de metas trimestrais, as multas cominadas (não excedente ao valor dos investimentos) e as hipóteses de rescisão da avença pelo inadimplemento de cláusulas contratuais, além do foro de eleição competente para dirimir os conflitos decorrentes da avença, dentre outros; (iii) termo de ajustamento de conduta preconizado na Lei da Ação Civil Pública¹³²², com o teor de cláusulas claramente redigidas, com obrigações líquidas e certas pactuadas, além de nome, exige qualificação completa e domicílio das partes comprometentes e compromissadas.

Nesse sentir, por analogia as leis que instituíram condições mínimas de existência e requisitos de validade de termos de compromisso de ajustamento variados, sendo o termo de ajustamento de gestão neófito instrumento de acesso à justiça, podemos aplicar cabíveis à espécie, no que couber, todos os requisitos que tendam a consolidá-lo, aprimorá-lo e dotá-lo de maior estabilidade jurídica e efetividade em seus objetivos pactuados entre as partes.

A previsibilidade de cominação para o caso de inadimplemento do ajustamento de gestão é condição material e elemento de existência, além de requisito de validade decorrente de instrumentos de tal natureza, isto é, de transação híbrida *in casu*, sob pena de retirarem-lhe os meios coercitivos e de execução jurisdicional forçada pelo eventual incumprimento.

Outrossim, considerada a funcionalidade da tomada de compromisso de gestão como meio alternativo de solução de controvérsias, estamos diante de mecanismo útil de gestão de problemas advindos de condutas que lesem ou ameacem de lesão bem jurídico de natureza transindividual a ser tutelado.

Busca-se, assim, por meio do re(ajustamento) de gestão lesiva a estes bens jurídicos coletivos, pôr-se a termo – preventiva ou repressivamente – o risco instalado por uma má gestão do órgão ou do agente (futuro) compromissário.

Nessa toada, há casos em que se torna imperioso por requisito formal a estipulação de prazos mínimos e máximos que devam encerrar a obrigação assumida pelas partes, inclusive, servindo de mote para constituição em mora do eventual inadimplente, inaugurando-se o prazo para execução judicial do título, em especial das sanções cominatórias estipuladas como meios de curso forçado ao cumprimento das obrigações pactuadas.

¹³²² Artigo 5º, § 6º da Lei federal n. 7.347/1995 da República Federativa do Brasil.

Assim, agregam-se elementos formais à existência e como requisitos de validade do negócio jurídico a cada caso concreto, servindo as normações preexistentes de parâmetros possíveis de aplicação, no que couber.

Quanto ao foro de eleição, cabível à espécie nas transações de natureza privatística, entendemos que sua aplicação ao termo de ajustamento de gestão afora das regras processuais de competência em razão da matéria poderão violar os diplomas adjetivos existentes no ordenamento jurídico, do que não se admite modificação em razão de representarem competência de natureza absoluta.

Dessarte, o termo de ajustamento de gestão não exige a presença de testemunhas, nem tampouco assistência de advogado, conquanto seja possível e recomendável este último em relação aos compromissários e interessados, bastando, para tanto, a subscrição do documento por seus respectivos signatários (compromitente e compromissário).

Da observância dos elementos e requisitos antepostos, estaremos diante do cumprimento dos requisitos de validade, em especial quando inequivocamente presentes a capacidade das partes, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável, adequação à melhor solução com vistas à prevenção ou reparação do direito a ser promovido (metaindividual), dissociado de vícios formais ou materiais, com a celebração negocial por forma prescrita e não defesa em lei, consoante todas as regras e princípios híbridos que regem e disciplinam o instituto do negócio jurídico celebrado: termo de ajustamento de gestão.

5.5.11. Do conceito do termo de ajustamento de gestão

A natureza jurídica da tomada de compromisso de ajustamento de gestão e seus limites conformadores se encontram devidamente delimitados, sendo possível passarmos a conceituação do neófito instituto.

Trata-se o termo de ajustamento de gestão de transação híbrida celebrada entre o poder público, por meio de seus órgãos administrativos, autoridades públicas ou colegitimados (compromitentes) e os interessados (compromissários), firmado em instrumento particular ou pública forma que vise a mais adequada solução pacífica de problemas, visando a prevenção ou resolução de demanda judicial que verse sobre a maximização e concretude de bens e interesses jurídicos transindividuais¹³²³.

¹³²³ Sobre o conceito de compromisso de ajustamento de conduta, In NERY, Ana Luiza – O compromisso de ajustamento de conduta com transação híbrida e a problemática da teorização da passagem do exercício do Poder Público para tentativa do ajuste no âmbito privado. In: MILARÉ, Edis (Org.) – A ação civil pública após 25 anos. São Paulo: Editora RT, 2010, pp. 99-120.

A circunscrição do termo de ajustamento de gestão como negócio jurídico de natureza transacional híbrido desvela a caracterização da disposição entre compromitentes e compromissários em negociar direitos e obrigações que pautem suas atividades funcionais, respeitados os princípios de direito público e privado aplicáveis à espécie, volvendo-se sempre à melhor solutividade consensuada do conflito e maior efetividade na tutela e promoção dos direitos metaindividuais.

5.6. Da travessia do exercício poder estatal à adequação de ajuste privatístico

A identificação da natureza público-privada do termo de ajustamento de gestão fez nascer do hibridismo do instituto, a possibilidade de negociação do poder público com o particular, com vistas a inaugurar meio alternativo de acesso à Justiça e melhor solução protetiva ou reparatória em tutela do interesse público relevante.

O elo que faz nascer direitos e obrigações entre o poder público - por meio de seus órgãos - e o particular, em enlace sinalagmático, tem matiz calcado por relação jurídica intersubjetiva entre os sujeitos públicos e privados, isto é, havida entre dois ou mais sujeitos que se regulem suas relações entre si em observância a norma preconizada no ordenamento jurídico vigente¹³²⁴.

Então, dessa relação jurídica intersubjetiva emanam-se sujeitos de direitos (partes), onde é possível estabelecer a constituição de obrigação do compromitente (credor) ou compromissado (devedor), instituídos em pessoas naturais ou jurídicas públicas ou privadas. Até aqui, nenhuma novidade de que pessoas naturais ou jurídicas privadas possam estabelecer relações jurídicas com o Estado, seja por força extracontratual ou por meio da celebração dos contratos administrativos regidos pelas normas de direito público.

Destaca-se daí a posição jurídica subjetiva ocupada pelas partes, caracterizada pela contextualização e o lugar em que se encontram na relação jurídica encetada. Neste particular, derivam as denominadas normas de comportamento ou de conduta, pelas quais conduzem o agir do sujeito de direito no exercício da autonomia da vontade pelo particular¹³²⁵.

Uma norma de conduta torna-se prescrita a um dos sujeitos em relação a outro, justamente pelo dever de comportamento decorrente da posição jurídica que esteja exercendo, em especial daquele que

¹³²⁴ Nesse mesmo sentido, LUMIA, Giuseppe – Lineamenti di teoria e ideologia del diritto. 3.ª ed. Milano: Giuffrè, 1981, pp. 102-123.

¹³²⁵ Ibidem.

é titular da pretensão, havendo correlação entre pretensão e o dever de comportamento¹³²⁶. Na eventual falta de pretensão de um sujeito decorrerá faculdade de norma de conduta pelo outro.

A capacidade advinda da vontade na celebração de negócios jurídicos representa a experiência de vida do sujeitos de direitos, expresso nas normas de direito civil pelo ato de vontade e no direito comercial pela atividade empresarial¹³²⁷. Portanto, a exteriorização dos negócios jurídicos se dará por meio de atos emanados dos sujeitos e pelas atividades exercidas pelas sociedades empresárias, por meio do fornecimento de bens e serviços de interesse público no caso do ajuste de gestão.

Nesse sentir, os serviços públicos valem-se da mesma lógica de fornecimento bens e serviços, mas, cujo objetivo é o atingimento do interesse público relevante na seara de atividades típicas estatais, seja – desconcentradamente - pelos órgãos da administração pública, ou – descentralizadamente - por meio de delegatários públicos ou privados.

Diferentemente da realidade privatística regida pela autonomia da vontade, em que o sujeito de direitos tem o livre arbítrio de seus atos de forma dinâmica ou alternada, ora assumindo obrigações, deveres ou ônus, ora sendo credor ou exercendo certos poderes, faculdades ou bônus, na realidade publicista o poder estará sob “batuta” do ente estatal, podendo contratar com cláusulas exorbitantes, isto é, colocando-se, em tese, em posição de supremacia e em desigualdade ao sujeito contratado.

Aqui reside o grande desafio de travessia na tomada de compromisso de gestão às exigências legais, onde a autoridade pública ou representante do órgão estatal deve apresentar-se como comprometente em tentativa negocial, em condições de igualdades com o interessado (futuro) compromissário, investindo-se da posição jurídica de sujeito de direito¹³²⁸, despindo-se da figura de poder de potestade, mas atuando segundo os princípios de direito.

O mesmo agente público que exerce sua função com o exercício de atribuições de poderes estatais se apresentará despido dessa qualidade, para que, em condições de igualdade com o interessado, viabilize a edificação consensuada de cláusulas que ponham a termo conflitos, controvérsias ou problemas de natureza de interesse público.

Não há de se afastar a possibilidade de celebração da tomada de compromisso de gestão às exigências legais pelo comprometente, posto que a própria lei lhe faculta seu exercício, *verbi gratia*, por meio da tomada de compromisso, termo de ajustamento de conduta, termo de cessação de conduta

¹³²⁶ Cf. NERY, Ana Luiza – O compromisso de ajustamento de conduta com transação híbrida e a problemática da teorização da passagem do exercício do Poder Público para tentativa do ajuste no âmbito privado. In: MILARÉ, Edis (Org.) – A ação civil pública após 25 anos. São Paulo: Editora RT, 2010, pp. 99-120.

¹³²⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade – Ato e atividade. Revista de Direito Privado. São Paulo. V 22 (2005), p. 9-21, p. 9-10.

¹³²⁸ Cf. NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 188.

lesiva, termo de ajustamento de gestão, acordos de não persecução penal, cível e administrativa, dentre outros.

Não sem razão, pela própria investidura da condição de sujeito de direitos enquanto organismo público, defendemos que o particular não detenha direito subjetivo à tomada de compromisso de ajustamento de gestão, porquanto a vontade das partes são o “enlace” indispensável à celebração dos negócios jurídicos transacionais, com especial fim de agir no caso, isto é, melhor adequação à solução pacífica do problema e a concretização do interesse público.

Ademais, nem por isso o agente estatal (compromitente) goza de poder discricionário¹³²⁹ para celebração ou não do negócio jurídico, posto que o que está em xeque é a preservação ou restabelecimento do interesse público coletivo e que detém o poder-dever legal de tutelar, em norma de comportamento única e exclusiva vinculada à lei.

Nesse sentir, não estaremos diante de hipótese discricionária, onde a lei dispõe de dois ou mais meios possíveis e igualmente legítimos para serem adotados pelo administrador (compromitente)¹³³⁰.

Em regra, os atos do poder público não possuem caráter discricionário, vez que são constitucionalmente vinculantes, sobretudo pela necessidade de fundamentação como exigência de exame de conformidade substancial¹³³¹.

Os motivos determinantes da escolha para a prática do ato administrativo servirão de mote para o exercício do poder discricionário desde que preconizado em lei, não decorrendo purismo de escolha no instituto em si, isto é, não existe liberdade de escolha de caminho a ser percorrido, dissociada de fundamentação e previsibilidade legal para prática do ato tido como discricionário.

Ainda que superada a questão atinente à discricionariedade pelo agente público compromitente, as tratativas inaugurais acerca da possibilidade da celebração da tomada de compromisso, revestem-se como exercício de direito dos sujeitos, tanto do compromitente, quanto do compromissário e interessado, sendo legítimas as tentativas prévias de negociação pelo meio alternativo.

A facultatividade é elemento de vantajosidade em relação a posição jurídica do sujeito no direito privatístico¹³³². Entretanto, essa facultatividade do ato de celebração de tomada de compromisso às exigências legais pelo compromitente precisará restar baseada na melhor adequação de solução voltada ao interesse público relevante, sob pena de “beirar” ao arbítrio em detrimento da efetividade do

¹³²⁹ Em sentido contrário a deferir poder discricionário do agente estatal na tomada de compromisso, In RODRIGUES, Geisa de Assis – Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 134.

¹³³⁰ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio – Grandes temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 58.

¹³³¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim – Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 479.

¹³³² Cf. LUMIA, Giuseppe – Lineamenti di teoria e ideologia del diritto. 3.ª ed. Milano: Giuffrè, 1981, pp. 102-123.

mecanismo disponibilizado. Não se pode negar a celeridade dos meios alternativos à solutividade extrajudicial de problemas, sob pena de flagrante desafio ao princípio de eficiência.

Portanto, iniciadas as tratativas de negociação por qualquer meio idôneo de solução pacífica da controvérsia, tem o interessado a seu favor a autonomia da vontade em celebrar ou não o ajustamento de gestão. Lado outro, tem o comprometente a faculdade de celebração do ato em si, desde que lastrado, invariavelmente, no dever de motivação pela eventual negativa, sob pena de se submeter ao crivo de controle de legalidade pela prática de possível desvio de finalidade em impeditivo ilegal à celebração negocial.

A exteriorização de eventual negativa à celebração do termo de ajustamento de gestão não está para o agente do poder público dotada de plena liberdade de escolha em que reside à autonomia da vontade dos sujeitos privados, senão àquela cujo dever funcional resta prescrito em lei, em especial, na tutela do bem jurídico metaindividual a ser preservado.

A negativa de celebração do ato pode ser justificável por vários motivos, mas, sobretudo, pelo método inidôneo de não preservação ou reparação integral da lesão a bem jurídico de natureza transindividual¹³³³, respeitando-se, sempre, que a recusa do acordo não poderá militar em desfavor da tutela do interesse público relevante justamente onde residem os direitos coletivos.

5.7. Da eficácia do ajustamento de gestão

Ultrapassados os elementos constitutivos de existência e de validade do termo de ajustamento de gestão, volver-nos-emos aos elementos fundantes de eficácia, sob pena de restar existente, válido, mas ineficaz¹³³⁴.

A (in)eficácia do negócio jurídico pressupõe sua existência e validade, cuja operabilidade incorrerá na capacidade de produzir seus efeitos concretos ou não. A ineficácia não representará que o negócio jurídico restará deficitário, mas apenas um “não ser” de suas consequências¹³³⁵.

O termo de ajustamento para ser instrumento lastrado em eficácia jurídica dependerá de ultrapassar o crivo da verificabilidade da “irradiação” de seus efeitos no mundo jurídico¹³³⁶.

¹³³³ GRELLA VIEIRA, Fernando – A transação nos interesses difusos e coletivos. In MILARÉ, Édís (Coord.) - Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985: 15 anos. 2.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 277.

¹³³⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de – Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63.

¹³³⁵ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – Tratado de Direito Privado: parte geral. Atual. e anot. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehardt. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 218.

¹³³⁶ Sobre a irradiação da eficácia jurídica, ex vi PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – Tratado de Direito Privado: parte geral. Atual. e anot. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehardt. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 623.

Assim, decorrem fatores de eficácia jurídica¹³³⁷ como fenômenos endógenos dos negócios jurídicos, isto é, que não o integram, mas que são condutores ao resultado jurídico “mirado”. Tem-se por ineficaz todo negócio jurídico que não detenha a capacidade de produzir seus efeitos exógenos que se destinariam a desencadear¹³³⁸. A ausência de fator de eficácia jurídica faz o negócio jurídico ineficaz pela ausência de produção de consequências desde o nascedouro, apesar de ser existente e válido¹³³⁹.

Os modos (fatores) de eficácia do negócio jurídico classificam-se pela sua amplitude, pelo seu exercício e pelo seu surgimento¹³⁴⁰. Quanto à amplitude da eficácia pode ser total ou parcial, quando alcançada a totalidade ou parcialidade do cumprimento, respectivamente, em efeitos possíveis do negócio jurídico celebrado. Quanto ao exercício se apresentam como plena ou limitada, quando exercidos, respectivamente, em definitividade ou com restrições aos direitos e pretensões, ações e exceções, a incorporar o patrimônio jurídico pela via do negócio jurídico. Por fim, quanto ao surgimento, pode ser classificada como instantânea, sucessiva ou protraída. Na primeira, a eficácia do conteúdo negocial é concretizada imediatamente. Na segunda, o direito se torna eficaz inicialmente, advindo a realização da pretensão. Já na terceira e última classificação doutrinária, trazemos a produção de eficácia se concretizando com o efeito prospectivo, inexistindo hipótese temporária de improdutividade absoluta de efeitos entre a celebração e a concretização finalística dos objetivos do negócio jurídico.

Noutra linha de classificação doutrinária¹³⁴¹, os três fatores de eficácia jurídica do negócio celebrado e aplicável ao termo de ajustamento de gestão, apresentam-se a atribuição como eficácia geral, eficácia diretamente visada e eficácia mais extensa. Na primeira hipótese, a ausência de eficácia geral do termo de ajustamento de gestão, não produziria nenhum efeito, como nas hipóteses de condições suspensivas em que a não implementação do fato ou do termo não produz efeito algum, pois sua eficácia é limitada conquanto não sobrevier a condição ou termo inaugural. Na segunda hipótese, a produção dos efeitos desejados pelas partes no termo de ajustamento de gestão, antes do fator de atribuição de eficácia jurídica finalística, produzirá efeitos de forma limitada desde a celebração do negócio jurídico. E por último, na terceira hipótese, serão aqueles em que o termo de ajustamento de gestão afigura-se plenamente eficaz, expande o campo de atuação de seu fator de atribuição de eficácia jurídica, tornando-se oponível contra terceiros (*ultra pars ou erga omnes*)¹³⁴².

¹³³⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de – Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

¹³³⁸ MENEZES CORDEIRO, António – Tratado de Direito Civil Português. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 639.

¹³³⁹ Nesse sentido, ex vi AZEVEDO, Antonio Junqueira de – Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 65.

¹³⁴⁰ Nesse sentido, ex vi MELLO, Marcos Bernardes de – Teoria do fato jurídico: plano da eficácia. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

¹³⁴¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de – Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 57.

¹³⁴² Face as complexidades das relações contratuais, admite-se que os fatos sociais insertos nos negócios jurídicos, assim como as situações jurídicas deles decorrentes, sejam oponíveis a terceiros pelas partes e vice-versa, isto é, pelos terceiros às partes. Nesse sentido, GHESTIN, Jacques – Traité de droit civil: les effets du contrat. 3.ª ed. Paris: LGDJ, 2001, p. 720.

Nesse diapasão, em relação a coisa julgada em ações coletivas traz-se a consequência da eficácia expandida da sentença de mérito¹³⁴³, cuja proteção recaia sobre direito difuso, individual homogêneo ou metaindividual, cujo alargamento da eficácia jurídica é própria do bem transindividual tutelado jurisdicionalmente, sendo, de igual modo, reconhecido seus efeitos *ultra pars* e *erga omnes*¹³⁴⁴.

Nessa linha de pensamento aplica-se o fator de eficácia jurídica expansiva ao termo de ajustamento de gestão, a saber: (i) quando o acordo for homologado em juízo, seguirá o rito de coisa julgada material por sentença de mérito; e, (ii) quando firmado extrajudicialmente, a eficácia expandida dependerá do objeto central do negócio jurídico (interesse difuso, individual homogêneo ou coletivo).

Há de se observar que a disciplina do fator da eficácia jurídica expandida do termo de ajustamento de gestão não pode operar em desfavor dos direitos individuais, isto é, sempre *in utilibus* dos beneficiados em matéria de direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos, que manterão incólumes o corolário constitucional do direito de ação naquilo que não lhes aprouver ou favorecer em esfera de patrimônio jurídico individual¹³⁴⁵.

Tudo isso implica que o termo de ajustamento de gestão terá eficácia jurídica em relação aos comprometentes, bem como aos titulares dos direitos transindividuais do núcleo central do negócio jurídico híbrido celebrado. Ainda, se obrigarão os colegitimados da celebração do ajuste por observância o princípio da boa-fé objetiva e segurança jurídica, desde que não decorram vícios materiais, disposição de prestação deficiente do interesse público central ou haja disposição de conteúdo de competência exclusiva de um dos colegitimados e representantes dos interesses da sociedade¹³⁴⁶.

¹³⁴³ O artigo 103 da Lei federal n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor brasileiro) relativiza os efeitos erga omnes do julgado em ação coletiva quando julgada improcedente por insuficiência de provas, admitindo-se seu reingresso com fatos novos suficientemente capazes de reverter a decisão de mérito em sentido procedente. Em relação as ações que versem sobre a tutela de direitos difusos – de essência indivisível –, a coisa julgada operará com efeitos erga omnes, isto é, a (in)satisfação da pretensão de um membro da coletividade abarcará a todos. Neste sentido, ex vi GRINOVER, Ada Pellegrini – Novas tendências em matérias de ações coletivas nos países de civil law. In WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Org.) – Doutrinas essenciais: processo civil. São Paulo: Ed. RT, 2011, v. IX, p. 1011. Nas hipóteses da tutela de direitos de um grupo determinado, categoria ou classe de pessoas, isto é, direitos coletivos, os efeitos da coisa julgada será *ultra pars*. Neste sentido, NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – Leis civis e processuais civis comentadas. 4.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 103, coment. 1. Por fim, no tocante às ações que versem sobre direitos individuais homogêneos, os efeitos são erga omnes, ressalvadas as hipóteses em que o particular poderá buscar a tutela individual do direito pretendido, tudo sob incidência do preceito do *in utilibus*, onde somente o fator de eficácia jurídica é expansiva em aproveitamento. Neste sentido, ex vi GRINOVER, Ada Pellegrini – Novas tendências em matérias de ações coletivas nos países de civil law. In WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Org.) – Doutrinas essenciais: processo civil. São Paulo: Ed. RT, 2011, v. IX, p. 1015.

¹³⁴⁴ Cf. NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 196.

¹³⁴⁵ Nesse mesmo sentido no que tange ao termo de compromisso de ajustamento ambiental, ex vi CAPPELLI, Sílvia (Coord.) – Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento [em linha]. Instituto O Direito por um planeta Verde. [s.i.], p.48. [20.08.2019]. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/projetos/arquivo_081213_6910.pdf.

¹³⁴⁶ Defendendo que os compromissos de ajustamento irradiam efeitos somente *inter pars*, ex vi AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal – Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. 5.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 92. Entendendo que os efeitos se extraem do cumprimento do ajustado e do conteúdo da formação do título extrajudicial, condicionando a sua eficácia jurídica ao atendimento completo dos interesses da coletividade sob responsabilidade do compromissário, ex vi RODRIGUES, Geisa de Assis - Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 105-106. Em sentido contrário deste último entendimento, entendendo que os efeitos se extraem da responsabilidade contratada pelo compromitente e o compromissário, ex vi NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 198.

Vejamos que a celebração do termo de ajustamento de gestão traz em seu objeto central a melhor solução acerca do interesse público, formando título (extra)judicial a retirar o interesse de agir¹³⁴⁷ ou acarretar-lhe a perda superveniente do objeto¹³⁴⁸ em desfavor de (co)legitimado, tudo na persecução do interesse público totalmente contemplado por meio alternativo de acesso à Justiça.

Assim, destacamos que o momento de celebração do termo de ajustamento de gestão poderá ocorrer: (i) no curso de notícia de irregularidade distribuída ao compromitente; (ii) antes da deflagração de procedimento administrativo investigatório (disciplinar, procedimento preparatório ou inquérito civil); (iii) antes do ajuizamento da ação competente e no curso de procedimento administrativo investigativo; e, (iv) no curso da ação judicial ou de controle, com homologação no juízo competente.

Sem prejuízo, as partes poderão indicar – negocialmente – os efeitos decorrentes da celebração do acordo de compromisso de gestão pública, em especial à luz da existência de procedimento investigativo em curso ou processo judicial de responsabilização, ambos passíveis de transação pelos neófitos institutos de acordo de não persecução penal, cível e administrativa vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo o acordo endoprocessual, a homologação da transação pelo juiz pressupõe a verificabilidade apenas dos requisitos formais¹³⁴⁹ de existência, validade e observância da ordem pública¹³⁵⁰, fazendo coisa julgada material.¹³⁵¹ Observe-se que o controle de legalidade não abarca o conteúdo material da avença público-privada, cujo núcleo central reside em melhor solução ou solução mais adequada em relação ao interesse público relevante¹³⁵².

A tomada de compromisso de ajustamento poderá versar sobre a totalidade¹³⁵³, a parcialidade¹³⁵⁴ ou transcender a matéria objeto do núcleo central, convergindo ou não ao objeto da ação cível ou penal competente ou processo/procedimento administrativo investigatório e de responsabilidade, observada a

¹³⁴⁷ Cf. GRELLA VIEIRA, Fernando – A transação nos interesses difusos e coletivos. In MILARÉ, Édis (Coord.) - Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985: 15 anos. 2.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 276. Nesse mesmo sentido, AKAQUI, Fernando Reverendo Vidal – Compromisso de ajustamento de conduta ambiental. 5.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 91.

¹³⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – Código de Processo Civil comentado. 16.ª ed. São Paulo: RT, 2016, coment. 1, pp. 178-179.

¹³⁴⁹ A negativa de homologação deve ser fundar na ausência de um dos elementos dos requisitos de existência, validade ou malferimento da ordem pública. Cf. DINAMARCO, Marcia – Cabimento da ação rescisória ou anulatória. Repro. São Paulo. V 128 (2005), pp. 293-301, pp. 293-294.

¹³⁵⁰ Conceito legal indeterminado que se revela como instrumento de preservação de valores tidos como essenciais pela ordem jurídica em determinada época. Cf. BORGAS, Nicolas – L'ordre public et les sûretés conventionnelles. Paris: Dalloz, 2009, pp. 11-12.

¹³⁵¹ Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto – Processo de execução e cumprimento de sentença. 24.ª ed. São Paulo: Leud, 2007, p. 599.

¹³⁵² O interesse público é o compartilhado por todos e desvela-se consecutório de fins gerais e pertinentes aos entes estatais e suas administrações direta e indireta, sujeitas ao regime de direito público. Cf. PRADÉ, Péricles – Conceitos de direitos difusos. 2.ª ed. São Paulo: RT, 1987, p. 33.

¹³⁵³ A tomada de compromisso deve garantir integral proteção do bem jurídico, na mesma medida que constaria da ação civil pública, com a máxima efetividade de proteção dos direitos metaindividuais. Cf. LENZA, Pedro – Teoria Geral da Ação Civil Pública. 3.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 78.

¹³⁵⁴ Defendemos que a parcialidade da tomada de compromisso não tem o condão de retirar-lhe a eficácia do objeto parcial negociado, nem elide a persecução das circunstâncias não contempladas no acordo parcial celebrado entre as partes, conforme prevê o do art. 2º e seu Parágrafo único, da Resolução CNMP n. 179, de 26 de julho de 2017, do Conselho Superior do Ministério Público brasileiro, que prevê, in verbis: “No exercício de suas atribuições, poderá o órgão do Ministério Público tomar compromisso de ajustamento de conduta para a adoção de medidas provisórias ou definitivas, parciais ou totais. Parágrafo único. Na hipótese de adoção de medida provisória ou parcial, a investigação deverá continuar em relação aos demais aspectos da questão, ressalvada situação excepcional que enseje arquivamento fundamentado. Em sentido contrário, exigindo que toda e qualquer discussão envolvida na lide deva ser objeto da tomada de compromisso, ex vi GRELLA VIEIRA, Fernando – A transação nos interesses difusos e coletivos. In MILARÉ, Édis (Coord.) - Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985: 15 anos. 2.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, pp. 262-290.

eficácia jurídica do compromisso em melhor solução – qualitativa – para prevenção ou reparação do bem jurídico tutelado, cuja matiz seja interesse ou direito metaindividual.

O termo de ajustamento de gestão representa meio alternativo de acesso à Justiça, cuja solução mais adequada precisa ser sopesada pelo compromitente e compromissário no caso concreto, nada impedindo que seja contemplativa de máxima efetividade em sede de tutela pela via negociada consensual, seja provisório ou parcial, seja total ou mais abrangente, representada em instrumento idôneo e eficaz na preservação ou defesa de interesses e direitos transindividuais¹³⁵⁵.

Em que pese o entendimento de parte da doutrina que confere a tomada de compromisso de ajustamento às exigências legais um patamar de garantia mínima e não limite máximo de responsabilidade¹³⁵⁶, a permitir a atuação de colegitimado no prosseguimento de ação civil pública ou ajuizamento de nova ação coletiva após a celebração do compromisso, entendemos que isso só seria possível se objeto central fosse diverso do acordo celebrado (não contemplado), onde as balizas negociadas fossem insuficientes para atingimento da máxima efetividade ou que o compromitente dispusesse sobre atribuição/competência exclusiva deferida legalmente a outrem, sob pena de violação do princípio da proteção da confiança e boa-fé objetiva.

Ademais, estamos a falar da formação de título (extra)judicial com força executiva, o que torna despiendo o processo de conhecimento após a celebração de termo de ajustamento de gestão, em que o objeto central contemple a máxima efetividade de interesses públicos relevantes.

Outrossim, é permitido que, diante da superveniência de novos fatos, o termo de ajustamento de gestão seja objeto de aditamento ou rerratificação, importando como nova transação a legitimar a (re)pactuação de novas obrigações e direitos entre compromitente e compromissário, “mirados” no interesse público relevante.

É o caso dos neófitos instrumentos de acordos de não persecução entronizados no ordenamento jurídico brasileiro, que podem ser objeto de (re)exame dos compromissos celebrados entre os (co)legitimados¹³⁵⁷, a consubstanciar algo já previsto na doutrina¹³⁵⁸, mas agora recentemente superado na discussão, a saber: (i) falta de justa causa para deflagração de ação penal; (ii) causa extintiva de punibilidade; e, (iii) causa supralegal de antijuridicidade.

¹³⁵⁵ Neste mesmo sentido quanto ao ajustamento de conduta, ex vi NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 201.

¹³⁵⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro – O inquérito civil. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 319.

¹³⁵⁷ Inadmitindo a revisão do negócio jurídico celebrado com redução ou dispensa das exigências já constantes da tomada de compromisso por outro colegitimado, ex vi MAZZILLI, Hugo Nigro – Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. Revista de Direito Administrativo. São Paulo. V 41 (2011), pp. 93-110.

¹³⁵⁸ MILARÉ, Edis – O compromisso de ajustamento de conduta e a responsabilidade penal ambiental. In MILARÉ, Edis (Coord.) – Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Ed. RT, 2005, pp. 149-165.

A falta de justa causa e carência de ação - cível, penal ou administrativa - possui lastro legal calcado na possibilidade de arquivamento do procedimento administrativo investigativo em curso ou sua não deflagração, ou ainda, não propositura ou a extinção do feito das ações e procedimentos já em curso, por meio de (re)celebração de tomada de compromisso, ainda que outro já preexistente, donde tenha ocorrido a reparação integral do dano e o restabelecimento do *status quo ante* de interesse público tutelado - objeto central da transação de natureza híbrida, decorrendo, por conseguinte, ausência de interesse processual e/ou perda superveniente do mesmo.

A extinção da punibilidade estaria ligada a extensão das hipóteses passíveis descritas em rol *in numerus apertus* do diploma penal substantivo¹³⁵⁹, a partir da previsibilidade de extinção ou suspensão do *jus puniendi* decorrente do ressarcimento integral do prejuízo, viabilizados, hodiernamente, por meio dos acordos de não persecução.

Já em relação a causa supralegal de exclusão de ilicitude, seria viabilizada pela possibilidade de emergir uma conduta socialmente adequada, a retirar a antijuridicidade da conduta inaugural e a impingir a improcedência do pleito ou a absolvição sumária, assim tidos, àqueles decorrentes de obrigações compromissadas às exigências legais e cumpridas integralmente.

Por fim e de toda sorte, o fator de eficácia jurídica decorrente da celebração do ajustamento de gestão advirá desde sua celebração enquanto negócio jurídico de natureza híbrida com efeitos *inter pars* e oponível contra terceiros, podendo ser limitado, por exceção, por condição suspensiva ou a ocorrência de fato superveniente¹³⁶⁰, sem os quais haveria óbice de “irradiação” completa no mundo jurídico.

5.8. Incumprimento do ajustamento de gestão

A inexecução e o inadimplemento das obrigações compromissadas no termo de ajustamento de gestão ensejará a possibilidade do imediato ajuizamento de ação executiva judicial, pela natureza de título (extra)judicial que ostenta, seja pela sua celebração na esfera extrajudicial, seja pela homologação do acordo pelo juiz, sendo representado por documento que a lei atribui efeito de prova cabal do direito (crédito) pré-constituído, com respeito procedimental em ação de execução^{1361 1362}.

¹³⁵⁹ Artigo 107 do Código Penal brasileiro.

¹³⁶⁰ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – Tratado de Direito Privado: parte geral. Atual. e anot. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehardt. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, Tomo V, p. 143.

¹³⁶¹ CARNELUTTI, Francesco – Sistema del diritto processuale civile. Padova: Cedam, 1936, p. 826.

¹³⁶² Art. 11, da Resolução do CNMP n. 179, de 26 de julho de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público brasileiro, que prevê: “Descumprido o compromisso de ajustamento de conduta, integral ou parcialmente, deverá o órgão de execução do Ministério Público com atribuição para fiscalizar o seu cumprimento promover, no prazo máximo de sessenta dias, ou assim que possível, nos casos de urgência, a execução judicial do respectivo título executivo extrajudicial com relação às cláusulas em que se constatar a mora ou inadimplência.”.

Deste modo, pelo incumprimento das obrigações assumidas em transação negocial entre compromitente e compromissário, o termo de ajustamento de gestão (documento) servirá de supedâneo para instruir a ação executiva competente, presentes os requisitos legais e afastando-se o oneroso e demorado processo de conhecimento¹³⁶³.

Assim, o título executivo lastrado no termo de compromisso de gestão será o pressuposto da ação executiva correspondente e de curso forçado, aplicando-se-lhe a máxima do direito *nulla executio sine titulo*¹³⁶⁴. No ordenamento jurídico brasileiro os títulos executivos se apresentam como judiciais ou extrajudiciais, ambos gravados de força executiva, sendo os primeiros decorrentes de sentença de mérito transitada em julgado¹³⁶⁵, inclusive a homologação de acordos em sede judicial, e os segundos por meio de documentos em que a lei atribui idoneidade constitutiva apta à deflagração de pronta ação de execução.

Ademais, o título (extra)judicial que cumpre os requisitos mínimos para ação executória deve restar dotado de certeza, liquidez e exigibilidade da prestação que o compromissário do termo de ajustamento de gestão se obrigou, permitindo-se, assim, que o compromitente se valha dos mecanismos jurisdicionais cabíveis a seu efetivo cumprimento¹³⁶⁶.

Sobre os requisitos do título executivo, a certeza é qualidade da existência da obrigação creditícia, a liquidez está imbricada a determinabilidade do objeto e a exigibilidade demanda atualidade da obrigação creditícia¹³⁶⁷, permitindo-se, assim, a deflagração da ação executiva jurisdicional.

O título executivo deve atentar aos requisitos materiais e formais: o primeiro enquanto substância de declaração da obrigação; o segundo, enquanto documento formal. Ambos deverão ser idoneamente postos como supedâneo de ação executiva por título (extra)judicial, sob pena de carência de ação.

Além disso, como requisitos materiais, o título deve ser gravado de definitividade, isto é, não sujeito a impugnações; completo, por meio de expressão de sua liquidez; e, incondicional, isto é, de eficácia plena e sem cláusulas suspensivas ou fixação de termo ou condição que restrinja seu fator de eficácia jurídica.

¹³⁶³ MANCUSO, Rodolfo – O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. Revista dos Tribunais. São Paulo. V 820 (2004), pp. 11-49, pp. 11-12.

¹³⁶⁴ CHIOVENDA, Giuseppe – Istituzione di diritto processuale civile. 2.ª ed. Napoli: Mezzocannone, 1935, v. 1, pp. 281-282.

¹³⁶⁵ O título executivo judicial se depreende de documento público sempre decorrente de um provimento do juiz. Cf. CARNELUTTI, Francesco – Sistema del diritto processuale civile. Padova: Cedam, 1936, p. 827.

¹³⁶⁶ Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – Código de Processo Civil comentado. 16ª ed. São Paulo: RT, 2016, coment. 2, p. 1750.

¹³⁶⁷ ASSIS, Araken de – Manual de Execução. 18.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, pp. 143-145.

Já como requisitos formais, o título (extra)judicial deve ser literal, dotado de autenticidade e expedido em forma executiva prevista em lei, a ser precedido da respectiva notificação para deflagração de ação cumprimentória ou executiva¹³⁶⁸.

Agregados aos requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade atinentes ao objeto do direito em si¹³⁶⁹, os termos de ajustamento às exigências legais devem trazer a delimitação dos responsáveis pelo incumprimento, do objeto central de fazer ou não fazer individualizadamente, cláusulas penais convencionais, sanções cominatórias, definição clara e precisa das obrigações compromissadas, o seu modo, o seu tempo e o seu local de cumprimento, e, por fim, a efetividade e o resultado prático que almejou-se obter com a pactuação negocial¹³⁷⁰.

Além dos requisitos antepostos, o fator de eficácia jurídica das medidas de ajuste celebradas e o incumprimento das cláusulas de compromisso perpassarão pela medida de transparência e publicidade afeta à Administração Pública, podendo ser alvo de um maior número de pessoas (co)legitimadas ou não para celebração, a impingir maior controle social das avenças negociais realizadas pelos órgãos ministeriais¹³⁷¹.

Nas hipóteses de celebração do termo de compromisso de gestão firmado por órgão ministerial na seara extrajudicial, em que esteja sujeito à homologação do Conselho Superior competente para aperfeiçoamento do ato complexo de compromisso de ajustamento e consequente arquivamento do inquérito civil, acaso decorra discordância colegiada da celebração, o termo não será anulado ou rescindido, devendo haver designação de outro membro ministerial para continuação de novas tratativas ou ajuizamento da ação civil pública competente¹³⁷².

¹³⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe – *Istituzione di diritto processuale civile*. 2.ª ed. Napoli: Mezzocannone, 1935, v. 1, pp. 296-300.

¹³⁶⁹ Art. 3º da Resolução do CNMP n. 179, de 26 de julho de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público brasileiro, que prevê: “O compromisso de ajustamento de conduta será tomado em qualquer fase da investigação, nos autos de inquérito civil ou procedimento correlato, ou no curso da ação judicial, devendo conter obrigações certas, líquidas e exigíveis, salvo peculiaridades do caso concreto, e ser assinado pelo órgão do Ministério Público e pelo compromissário.”.

¹³⁷⁰ Nesse mesmo sentido quanto o ajustamento de conduta, ex vi RODRIGUES, Geisa de Assis – *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 134.

¹³⁷¹ Art. 7º da Resolução do CNMP n. 179, de 26 de julho de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público brasileiro, que prevê: “O Órgão Superior de que trata o art. 6º dará publicidade ao extrato do compromisso de ajustamento de conduta em Diário Oficial próprio ou não, no site da instituição, ou por qualquer outro meio eficiente e acessível, conforme as peculiaridades de cada ramo do Ministério Público, no prazo máximo de quinze dias, a qual deverá conter: I – a indicação do inquérito civil ou procedimento em que tomado o compromisso; II – a indicação do órgão de execução; III – a área de tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em que foi firmado o compromisso de ajustamento de conduta e sua abrangência territorial, quando for o caso; IV – a indicação das partes compromissárias, seus CPF ou CNPJ, e o endereço de domicílio ou sede; V – o objeto específico do compromisso de ajustamento de conduta; VI – indicação do endereço eletrônico em que se possa acessar o inteiro teor do compromisso de ajustamento de conduta ou local em que seja possível obter cópia impressa integral”.

¹³⁷² NERY JUNIOR, Nelson – *Compromisso de Ajustamento de Conduta: solução para o problema da queima da palha da cana-de-açúcar*. Revista dos Tribunais. São Paulo. V 692. (1993), pp. 31-39..

Note-se que a previsibilidade normativa¹³⁷³ de fator de atribuição de eficácia jurídica dependente de homologação¹³⁷⁴, não retira a existência e a validade do termo de ajustamento às exigências legais, quando couber, mas grava o instrumento celebrado de eficácia limitada, isto é, condição suspensiva ou termo¹³⁷⁵, possibilitando maior fiscalização do (in)cumprimento das cláusulas pactuadas, bem como higidez quanto à finalidade de melhor solução ao interesse público relevante tutelado.

Defere-se, ainda, entendimento doutrinário de que, mesmo com a existência de regulamentação que remeta a homologação por órgão colegiado para garantia de eficácia plena, o caráter de título executivo extrajudicial é mantido desde a celebração, com plenitude de requisitos de existência e validade, tudo pela força executiva proveniente de lei federal¹³⁷⁶.

De outra banda, como já visto linha atrás, quando celebrado em sede de ação civil em curso será o termo de acordo homologado diretamente pelo juízo competente, extinguindo-se o feito com julgamento de mérito e fazendo coisa julgada material, dispensadas medidas homologatórias pelos órgãos colegiados ministeriais.

De todo modo, o incumprimento no todo ou em parte das obrigações assumidas e compromissadas no termo de ajustamento de gestão, acarretará a possibilidade de sua fiel execução judicial, fundada em título com força executiva (extra)judicial, isto é, exigibilidade por curso forçado por ação jurisdicional.

5.9. Da efetividade do ajustamento de gestão na defesa de direitos metaindividuais

A efetividade do ajustamento de gestão está adstrita a produção de seus efeitos concretos na análise de casos, todos gravados de natureza publicista pelas próprias normas de regência do instituto e com fulcro nos princípios da Administração Pública que regem a sua celebração.

¹³⁷³ Art. 6º da Resolução do CNMP n. 179, de 26 de julho de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público brasileiro, que prevê: “Atentando às peculiaridades do respectivo ramo do Ministério Público, cada Conselho Superior disciplinará os mecanismos de fiscalização do cumprimento do compromisso de ajustamento de conduta tomado pelos órgãos de execução e a revisão pelo Órgão Superior do arquivamento do inquérito civil ou do procedimento no qual foi tomado o compromisso, observadas as regras gerais desta resolução. § 1º Os mecanismos de fiscalização referidos no caput não se aplicam ao compromisso de ajustamento de conduta levado à homologação do Poder Judiciário. § 2º A regulamentação do Conselho Superior deve compreender, no mínimo, a exigência de ciência formal do conteúdo integral do compromisso de ajustamento de conduta ao Órgão Superior em prazo não superior a três dias da promoção de arquivamento do inquérito civil ou procedimento correlato em que foi celebrado”.

¹³⁷⁴ Verbi gratia, a eficácia limitada do compromisso decorrente da necessidade de homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, tem previsibilidade no Parágrafo único, do art. 112, da Lei Complementar estadual n. 734/1993.

¹³⁷⁵ Parte da doutrina crítica a cláusula suspensiva dependente de homologação do termos de ajustamento, apontando-a como ilegal por ausência de previsibilidade em lei nacional. Neste sentido, In RODRIGUES, Geisa de Assis – Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 185. Em que pese tal fato, entendemos que a regulamentação da matéria por órgão constitucional superior dos Ministérios Públicos brasileiros, que possui competência normativa e organizacional, é juridicamente possível, além de encerrar maior transparência nas ações negociais celebradas pelos órgãos ministeriais, a impingir-lhes publicidade plena de seus atos suscetíveis de fiscalização difusa e controle externo num sistema republicano de freios e contrapesos, salutar em matéria de interesses públicos metaindividuais.

¹³⁷⁶ SHIMURA, Sérgio – Título executivo. 2.ª ed. São Paulo: Método, 2005, p. 539.

Os meios alternativos à solução de conflitos envolvendo matéria complexa como direitos metaindividuais demandará tempo, qualificação, dedicação e responsabilidade para com o novo método de acesso à Justiça. De todo modo, a solução negociada do conflito é mais célere e eficaz em matéria de direitos transindividuais, acarretando efetividade imediata das obrigações assumidas consensualmente.

Deste modo, a tomada de compromisso às exigências legais tem-se provado altamente eficiente e efetivo, tanto na prevenção da solutividade de conflitos de grande monta, quanto nas ações de responsabilidade submetidas aos órgãos jurisdicionais, que se desvelaram - no tempo e no espaço - ações onerosas e demoradas, com efeitos deletérios aos órgãos de controle e à própria sociedade em geral¹³⁷⁷.

A manutenção de uma lide desgastante, onerosa e de difícil solução, em se tratando de direitos transindividuais, é desafiada positivamente pela possível via alternativa negociada, na qual as partes podem erigir – consensualmente - uma melhor solução que garanta a maximização da tutela de bens e interesses públicos relevantes, antes de valerem-se do consagrado direito de ação que permanecerá sempre incólume, conquanto corolário constitucional de direito e garantia individual e coletivo.

A submissão das partes a uma obrigação jurisdicional em obediência a comando - frio e inozerável - determinado em sentença judicial¹³⁷⁸, é sempre mais traumático e não terá o condão de preservar as relações sociais e a solutividade pacífica de suas controvérsias.

Desta feita, o estudo de casos afigura-se importante instrumento de demonstração da realização da efetividade que se encerram, mas também para confirmação das hipóteses teorizadas pelas quais o termo de ajustamento de gestão é meio idôneo e dotado de segurança jurídica capaz na preservação e defesa de direitos metaindividuais.

5.10. *Leading case* do Ministério Público de Contas brasileiro *versus* ente subnacional

Pela historicidade do neófito instituto do termo de ajustamento de gestão, o primeiro caso emblemático pelo próprio controle externo em que foi objeto, adveio em experiência do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais e ente municipal sujeito a sua ação de fiscalização administrativa.

¹³⁷⁷ Cf. NERY, Ana Luiza – Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 251.

¹³⁷⁸ Nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo – O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. Revista dos Tribunais. São Paulo. V. 820 (2004), pp. 11-49.

Na ocasião, apurou-se irregularidades e omissões administrativas provenientes da renúncia de receita ilegal do Imposto Predial e Territorial Urbano – despesas públicas indiretas - de ente subnacional municipal, proveniente de disposição contida em lei¹³⁷⁹ e decreto executivo municipal¹³⁸⁰, fatos consubstanciados em sede de procedimento administrativo investigativo instaurado pelo órgão ministerial de contas¹³⁸¹.

Para a devida apuração dos fatos à época, o Ministério Público de Contas requisitou ao então chefe do poder executivo local, no bojo de procedimento preparatório (investigativo) o demonstrativo de estimativa e compensação da renúncia de receitas e das margens de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado, cuja previsibilidade passou a ser obrigatória na concessão de benefícios fiscais, inclusive isenção de receitas tributárias, no período pretérito de 2002 a 2015, com determinabilidade de previsão expressa na lei de diretrizes orçamentárias do ente subnacional, tudo por força do advento da lei de responsabilidade fiscal brasileira¹³⁸².

Na ocasião, também foram requisitadas ao ente subnacional as estimativas de impacto orçamentário-financeiro¹³⁸³ referentes aos exercícios pretéritos de 2002 a 2015, contendo demonstrativo dos efeitos regionalizados sobre as receitas públicas e as despesas públicas decorrentes de isenções e benefícios de natureza financeira e tributária¹³⁸⁴.

Da resposta enviada pela gestão municipal, informou-se que a legislação do parlamento mirim que primeiro tratou da matéria de isenção tributária sobre o imposto predial e territorial urbano (IPTU) datou de 1989¹³⁸⁵, isto é, aproximados 11 anos antes do advento da lei de responsabilidade fiscal (2000), onde não foram feitas estimativas da renúncia de receita e sem registro de impacto orçamentário-financeiro específico sobre a matéria, fato administrativo omissivo em descompasso com a legislação

¹³⁷⁹ Lei municipal n. 3.496 de 26/12/2001, do Município de Contagem/MG [em linha]. [25.08.2019]. Disponível em <http://www.contagem.mg.gov.br/?legislacao=234156>.

¹³⁸⁰ Decreto municipal n. 1.509 de 06/01/2011, do Poder Executivo do Município de Contagem/MG.

¹³⁸¹ Procedimento Preparatório instaurado sob o nº 004.2016.206, da lavra do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

¹³⁸² O art. 4º, caput c/com Parágrafos 1º e 2º, inciso V, da Lei Complementar federal n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade fiscal brasileira), assim dispõe: “Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e: (...) § 1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes. § 2º O Anexo conterá, ainda: (...) V - demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado”.

¹³⁸³ A seção II, no artigo 14 e Parágrafo 1º, da Lei Complementar federal n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade fiscal brasileira), dispõe: “Seção II - Da Renúncia de Receita - Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado”.

¹³⁸⁴ Artigo 165, Parágrafo 6º, da Constituição da República do Brasil de 1988, que assim preconizou: “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais. § 6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia”.

¹³⁸⁵ Lei municipal n. 1.973 de 13/07/1989, do Município de Contagem/MG.

aplicável e reiterado até o exercício de 2016, data da instauração do procedimento inquisitorial de natureza investigativa.

Da comissão executiva constituída¹³⁸⁶ para levantamento dos dados requisitados pelo órgão ministerial, apresentou-se registro contábil de isenções fiscais, com relatório de variações patrimoniais municipais dos exercícios de 2015 e 2016, sem se fazer acompanhar dos documentos próprios exigidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, em especial destaque na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA).

Concluiu-se, assim, que os documentos requisitados para instrução do procedimento investigativo, isto é, os demonstrativos de estimativa e compensação da renúncia de receita, estimativas de impacto orçamentário-financeiro e demonstrativos de efeitos regionalizados, todos obrigatórios por força da lei de responsabilidade fiscal e da Constituição da República, não foram confeccionados - a tempo e modo - pelas gestões municipais anteriores a deflagração da ação fiscalizatória, com concessões ilegais de renúncias fiscais, omitindo-se dos orçamentos públicos e das leis orçamentárias em vigor, em especial nos exercícios de 2002 a 2017, decorrendo responsabilidade pessoal dos gestores do Poder Executivo municipal à época.

Sob o fluxo das tratativas de (re)ajustamento de gestão pública, no curso de procedimento preparatório investigativo do órgão ministerial especializado de contas, como forma de fazer cessar os efeitos deletérios de renúncia fiscal indistinta e desproporcional de isenção do tributo concedido por lei municipal, tudo sem observância das normas federais, foram aprovadas espontânea e indutivamente pelo parlamento-mirim novas leis municipais¹³⁸⁷, criando-se redução da base de cálculo da cobrança tributária, bem como condições especiais para fruição do direito voltado a aposentados e pensionistas previdenciários.

Logo após, com o início de novo mandato eleitoral para o período compreendido de 2017/2020, firmou-se termo de ajustamento de conduta de gestão pública (TAGCP) entre o Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais e o Município de Contagem/MG¹³⁸⁸, com compromisso de manutenção

¹³⁸⁶ Portaria Conjunta n. 003/2016, de 30 de maio de 2016, do Município de Contagem/MG.

¹³⁸⁷ Lei municipal n. 214, de 29 de dezembro de 2016 e Lei municipal n. 217, de 07 de março de 2017, ambas do Município de Contagem/MG.

¹³⁸⁸ O termo de ajustamento de conduta de gestão pública (TAGCP) celebrado, foi alvo de controle de legalidade perante o Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais, com grau de instância revisora em segundo grau, bem como por meio de tentativa de controle de legalidade perante o Tribunal de Contas de Minas Gerais. No primeiro caso, o Ministério Público de Minas Gerais, com atribuição na seara de fazenda pública na Comarca de Contagem/MG, ajuizou ação anulatória da tomada de compromisso celebrado entre o Ministério Público de Contas de Minas Gerais e o Município de Contagem/MG, sendo primeira ré a pessoa jurídica de direito público - Estado de Minas Gerais. A sentença proferida abordou questões relevantes, a saber: "PROCESSO N° 5022030-68.2017.8.13.0079. CLASSE: AÇÃO CIVIL PÚBLICA (65). ASSUNTO: [Anulação] AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO - MPMG. RÉU: "ESTADO DE MINAS GERAIS", "MUNICÍPIO DE CONTAGEM". Vistos. Cuida-se de AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS em face do ESTADO DE MINAS GERAIS e do MUNICÍPIO DE CONTAGEM. O pedido autoral é a suspensão e posterior anulação do TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA DE GESTÃO PÚBLICA n. 01/2017/MPC/MBMC, datado de 24 de agosto de 2017, firmado entre os réus. Referido Termo de Ajustamento de Gestão - TAG determina que o MUNICÍPIO DE CONTAGEM mantenha a arrecadação do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU, conforme previsto no Código Tributário do Município de Contagem, com redação dada pela Lei Complementar Municipal n. 214/2016, e em conformidade com o Decreto Regulamentar n. 012/2017. Sustenta o autor que o referido Termo de Ajustamento de Gestão

da vigência das novas leis municipais sancionadas¹³⁸⁹, que alcançaram uma previsibilidade orçamental de excesso de arrecadação de receitas públicas - por ausência de previsibilidade na Lei de Orçamento Anual aprovada para o exercício de 2017 - a monta global de R\$ 77.901.469,00 (setenta e sete milhões, novecentos e um mil, quatrocentos e sessenta e nove reais), correspondente ao incremento de arrecadação de 82.419 imóveis residenciais até então isentos de tributos ilegalmente, além da tomada de compromisso de ações administrativas de atualização plena do cadastro imobiliário que restara “esquecido” pelas gestões antecedentes, adequação dos benefícios fiscais nos orçamentos seguintes e aplicação do excesso arrecadatário do exercício de instituição nos índices de saúde e educação, sob pena de multa cominatória ao compromissário - novo gestor municipal eleito para os exercícios seguintes.

Note-se o efeito estanque da ilicitude detectada, com grau de efetividade máxima de medida adotada em meio consensuado de solução de conflitos, que se deu *incontinenti* em prol da preservação

– TAG encontra-se maculado por “vícios formais e materiais que comprometem a ordem tributária e a defesa do patrimônio municipal” apontando: “a) ilegitimidade do MP de Contas para realizar TAC ou TAG; b) inexistência de comprovação de ofensa aos interesses que visa tutelar; c) exigência indevida de cumprimento de lei municipal não vigente em razão do princípio da anterioridade; d) exigência indevida de vinculação de receita de impostos fora das hipóteses constitucionais.” Juntos documentos. Ao final, o autor faz os requerimentos processuais, pede a suspensão do TAG em caráter liminar e, em caráter definitivo, a declaração de nulidade do ajuste. É, em síntese o relatório. DECIDO. Com a devida vênua ao Ministério Público e a despeito da caudalosa argumentação autoral, ressurgiu claro que o objetivo da presente Ação Civil Pública é suspender a cobrança do IPTU residencial no Município de Contagem, no exercício de 2017. Sob o manto da arguição de ilegitimidade do TAG, pretende-se, ao que nos parece, discutir a aplicabilidade do princípio tributário da anterioridade, no que tange à supressão de isenção do imposto. O Termo de Ajustamento de Gestão – TAG, como se sabe, é instituto novo no Direito Administrativo Brasileiro, distinguindo-se do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, este de competência do Ministério Público. O TAC tem natureza coercitiva e força de título executivo extrajudicial. O TAG assume características de ajuste de vontades consensual, em princípio, sem natureza coercitiva. Conforme se extrai da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 93-A, acrescido pela Lei Complementar n. 120/2011, o Termo de Ajustamento de Conduta – TAG foi instituído como meio alternativo de regularização espontânea de atos e procedimentos dos Poderes, órgãos ou entidades sujeitos ao controle do Tribunal de Contas. Assim, nos termos da norma supramencionada, o TAG pode ser proposto, conforme art. 93-A, §1º, pelo próprio Tribunal ou pelos Entes controlados, desde que não limite a competência discricionária do Gestor. O não cumprimento do ajuste, conforme disposto no §8º, implica a automática rescisão do TAG. Portanto, no presente caso, o Gestor – Prefeito Municipal – aderindo ao TAG, não teve tolhida a sua discricionariedade, isto porque, nada mais comprometeu-se do que a cumprir a legislação municipal vigente e a aplicar o excedente de arrecadação, nos limites constitucionais obrigatórios de investimento com saúde e educação. Há de se convir que o TAG, em si, não é ato lesivo ao interesse público. Pelo contrário, rompe com uma lógica nefasta de benefícios tributários inconstitucionais, mantidos ao longo de mais de duas décadas, como se sabe, por questões meramente políticas. Ressalte-se, inclusive, que causa espécie que tal benesse tenha sido apontada na exordial como “conquista” do povo contagemense. Os Municípios brasileiros, ressaltados um ou outro, não conseguem sobreviver com os parcos recursos do Fundo de Participação de Município – FPM sendo, portanto, imprescindível que mantenham firme a previsão e arrecadação dos impostos de sua competência. Não entrando no mérito da cobrança – vigência, base de cálculo, alíquota – há de se convir a necessidade, para a continuidade das políticas públicas locais, da efetiva arrecadação do IPTU e de demais tributos municipais. Nessa linha de raciocínio, pretender viabilizar a suspensão do pagamento dos impostos, a meu juízo, caracteriza periculum in mora inverso, quando os prejuízos para a sociedade são maiores com a suspensão do ato do que com a sua manutenção, prima facie, até porque não há como se beneficiar a sociedade em sentido amplo, através de políticas públicas consistentes, sem uma das principais fonte de recursos. Ao meu juízo, as gestões anteriores, sejam de quaisquer partidos, podem e devem ser responsabilizadas, inclusive criminalmente pela ausência de cobrança do IPTU, travestida de isenção. Outro aspecto que merece análise é o fato de que o TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA DE GESTÃO PÚBLICA n. 01/2017/MPC/MBMC impõe sanções pessoais ao gestor municipal. Assim, não é a pessoa jurídica – Município de Contagem que comprometeu-se junto ao Tribunal de Contas e sim a pessoa do Prefeito Municipal. Portanto, ao menos em análise preliminar, não nos parece que o Município figure como réu na presente ação, ao contrário, se o TAG for pretensamente lesivo ao interesse público, o Município seria legitimado ativo. Ressalte-se, ainda, que o Ministério Público, como se sabe, é legitimado à propositura da Ação Civil Pública, para a defesa dos interesses difusos e coletivos. Logo, há de se presumir que esta ação judicial é intentada em defesa dos municípios que, como sustenta o ilustre representante do Ministério Público, se viram obrigados ao recolhimento de um tributo municipal, do qual eram isentos, por força de norma municipal pretérita. Fundamenta esse raciocínio, a juntada de “abaixo-assinado”, colhido por entidade privada, denominada Movimento Libertas Minas, em que os municípios requerem a realização de uma segunda Audiência Pública para discutir a forma e os procedimentos para a implementação da cobrança do IPTU. Por fim, é forçoso concluir que a existência do TAG não é um pressuposto para o cumprimento da lei municipal. Em outras palavras, a eventual suspensão ou rescisão do TAG não confere carta branca ao Gestor Municipal para que passe a descumprir a lei local e seu regulamento enquanto vigentes. Assim é que, a meu juízo o cerne do pedido é a suspensão da exigência do IPTU para o exercício de 2017 e a discussão quanto a aplicabilidade do princípio da anterioridade aos casos de revogação de isenções fiscais e, como sabido, a Lei n. 7.347/85, art. 1º, parágrafo único, dispõe que “Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”. Nesse sentido, JULGO EXTINTO O PROCESSO, sem julgamento do mérito, por não configurar hipótese de Ação Civil Pública, nos termos do art. 1º, parágrafo único da Lei n. 7.347/85 e art. 485, IV, do Código de Processo Civil. CONTAGEM, 10 de outubro de 2017”. Disponível para consulta em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 25 ago. 2019.

¹³⁸⁹ A primeira lei municipal n. 214, de 29 de dezembro de 2016, com a derrubada do veto do chefe do executivo, a segunda lei municipal n. 217, de 07 de março de 2017, sob sanção do novo gestor municipal.

de interesse público relevante. Mas não foi só. Além do aumento da capacidade arrecadatória de ente subnacional com aplicação em ações governamentais e melhor funcionamento da máquina pública, houve a possibilidade de aplicação dos recursos imediatamente em áreas sensíveis como saúde e educação, tudo com incremento da arrecadação sob a égide do compromisso de gestão, operando-se os efeitos nos exercícios seguintes.

Tal fato foi declarado *obter dictum* em sentença jurisdicional de ação anulatória, proposta – infrutiferamente - em face da tomada de compromisso na preservação de interesses metaindividuais, reafirmada em grau de recurso¹³⁹⁰.

O Poder Judiciário utilizando-se como razão de decidir, para além de cancelar o Termo de Ajustamento de Gestão como meio idôneo para consecução dos objetivos na defesa de interesses metaindividuais, reconheceu a legitimidade do Ministério Público de Contas para celebrá-lo¹³⁹¹ em defesa concorrente ao Ministério Público ordinário em matéria de interesses públicos relevantes

¹³⁹⁰ Em grau de recurso necessário nos autos da Apelação Cível N° 1.0000.18.109306-3/001, proferiu-se Acórdão sob relatoria do Desembargador Versiani Penna, mantendo-se incólume a sentença de primeiro grau, a saber: “EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – NULIDADE DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE GESTÃO – AJUSTE DE VONTADES PARA CUMPRIMENTO DE LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR – INEXISTÊNCIA DE UTILIDADE E NECESSIDADE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL – ADMINISTRADOR VINCULADO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – MATÉRIA TRIBUTÁRIA – PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1º DA LEI N. 7.347/1985 – DESCABIMENTO – RECURSO DESPROVIDO. - O interesse processual deve ser verificado no caso concreto, tendo por norte a necessidade e a utilidade do provimento jurisdicional. - Desprovido de utilidade ou necessidade o provimento jurisdicional que em tese anulasse Termo de Ajustamento de Gestão que apenas visa à aplicação de normas já existentes ao tempo de sua celebração, pois consequência prática alguma importaria no mundo jurídico. - Incabível ação civil pública se o fundamento da ação está sustentado na discussão de questão tributária, a teor do que estabelece o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/1985. - Eventual alegação de inconstitucionalidade da lei que suprime a isenção do IPTU, por ausência de observância ao princípio da anterioridade, deve ser trazida ao Judiciário por intermédio da ação adequada. - Recurso desprovido. APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0000.18.109306-3/001 - COMARCA DE CONTAGEM - ACÓRDÃO. Vistos etc., acorda, em Turma, a 19ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO”. O referido Acórdão transitou em julgado. [24.08.2019]. Disponível para consulta em www.tjmg.jus.br.

¹³⁹¹ Vejamos excertos do Acórdão constante da APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0000.18.109306-3/001 - COMARCA DE CONTAGEM, a saber: “Cinge-se a questão trazida a esta instância revisora em analisar o cabimento da ação civil pública para questionar a validade de Termo de Ajustamento de Conduta de Gestão Pública celebrado entre o Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais e o Município de Contagem. Por mencionado Termo de Ajustamento de Conduta de Gestão Pública (n. 0101/2017/MPC/MBCM), o compromissário – Município de Contagem – se comprometeu a manter a arrecadação do IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano no exercício de 2017 e seguintes, com o propósito de viabilizar melhorias na implantação de políticas públicas de interesse local, entre outros ajustes. Na sentença impugnada, o magistrado de origem entendeu pelo não cabimento da ação civil pública na hipótese dos autos, ao argumento de que o que se pretende, no fundo, é discutir a aplicabilidade do princípio da anterioridade, no que tange à supressão do IPTU no Município de Contagem, com o objetivo de suspender a cobrança do imposto no exercício de 2017. Com a devida vênia ao apelante, entendo que agiu com acerto o douto julgador monocrático, não merecendo qualquer reparo a sentença recorrida. De início, ressalto que falta ao apelante interesse processual para postular a nulidade do TACGP n. 1/2017. O Termo de Ajustamento de Gestão-TAG, como é chamado esse novo instituto de direito administrativo, é ajuste consensual de vontades, a partir de uma colaboração entre controlador e controlado, com o intuito de correção de determinados comportamentos considerados como desconformes a normas constitucionais e/ou legais, como ensina a doutrina do Direito Público É, portanto, instrumento de controle externo da Administração Pública, utilizado pelos Tribunais de Contas para adequação e regularização voluntária de atos e procedimentos administrativos sujeitos à sua fiscalização, alinhado com a tendência de um agir menos autoritário e mais convencional. Portanto, se o ajuste de vontades apenas visa à aplicação de normas já existentes ao tempo de sua celebração, como é o caso dos autos, a sua eventual anulação não implicaria, ato contínuo, em impor um comportamento diverso ao Administrador Público, até porque seus atos já estariam submetidos, pelo próprio Princípio da Legalidade, às normas que consensualmente se obrigou a cumprir no TAG. Dessa forma, me parece desprovido de interesse processual o Ministério Público ao postular a nulidade do Termo de Ajustamento de Conduta de Gestão Pública (n. 0101/2017/MPC/MBCM) objeto dos autos, já que não haveria utilidade ou necessidade no provimento jurisdicional que em tese anulasse o ajuste, pois consequência prática alguma importaria no mundo jurídico, uma vez que o Prefeito do Município de Contagem continuaria vinculado às normas às quais se obrigou a cumprir no TAG. (...) Assim, apesar do objeto da ação civil pública ser a declaração de nulidade do TACGP n. 01/2017, o fundamento da ação está sustentado na discussão de questão tributária, mormente no que diz respeito à observância do princípio da anterioridade tributária também na supressão de isenção de impostos. Aliás, comportamento pueril do apelante tentar afastar a incidência da vedação com a alegação de que o objeto da lide se limita exclusivamente à validade de ato negocial firmado entre os réus, já que a argumentação da ação foi construída em torno da questão tributária, qual seja, a cobrança do IPTU no exercício de 2017. (...) O caso dos autos é o contrário, pois o TAG tem por fim o aumento da arrecadação municipal com o cumprimento de legislação que estabelece a incidência do IPTU no âmbito do Município de Contagem. Ressalte-se, por fim, que prejudicada a análise das demais teses trazidas pelas partes, diante do reconhecimento da ausência do interesse de agir e do descabimento da ação civil pública que envolva matéria tributária. Nestes termos, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO. Isento de custas (artigo 18, da Lei n° 7.347/85). Súmula: Negaram provimento ao recurso”.

constitucionalizados (colegitimidade), cada qual em sua seara de atuação funcional. O primeiro com atuação extrajudicial perante o Tribunal de Contas; o segundo perante os órgãos do Poder Judiciário.

Mas o controle de legalidade se espalhou também perante o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, com oferecimento de Representação na seara administrativa visando à anulação do Termo de Ajustamento de Conduta de Gestão Pública (TACGP) celebrado entre o compromitente e o compromissário, também restada infrutífera pela inadequação da via eleita, visando controle de legalidade administrativa de atos realizados pelo Ministério Público de Contas, que não é afeto à órbita das competências constitucionais dos Tribunais de Contas brasileiros, e sim, dos órgãos do Poder Judiciário¹³⁹².

Sem prejuízo, as ilicitudes pretéritas não foram atenuadas ou elididas, restando passíveis de responsabilização, servindo a tomada de compromisso de gestão para melhor adequação em concretude célere e eficaz dos interesses públicos relevantes prospectivamente, em especial, maior eficiência em ações governamentais afetas às políticas públicas.

Assim, as irregularidades materiais insanáveis representadas em graves omissões de natureza patrimonial, fiscal, contábil, orçamentária e financeira em normas e atos municipais que regeriam a matéria – Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei do Orçamento Anual (2002/2017) -, com concessão de benefício de caráter geral sem atendimento de requisitos legais e constitucionais em flagrante prejuízo – por via oblíqua - às políticas públicas municipais, além da tomada de compromisso célere e eficaz para exercícios seguintes, foram alvo de ação de responsabilidade perante o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais em relação aos fatos pretéritos (2002/2016), representação ofertada pelo Ministério Público de Contas com atuação perante a Corte de Contas mineira¹³⁹³.

Além das ilegalidades já apontadas, as medidas de concessão de benefício fiscal não passaram sob o crivo do princípio da razoabilidade, ou seja, a isenção de caráter geral constituiu um privilégio ilegítimo para fins políticos¹³⁹⁴.

A isenção concedida ou redução da base de cálculo para ser válida precisaria ser testada sob os auspícios do mecanismo de aferição tridimensional da razoabilidade, a saber: (i) adequação entre o fim visado e o meio empregado, onde a medida adotada teria que servir ao atingimento de objetivo de

¹³⁹² Conforme autos da Representação n. 1.031.360, sob relatoria do Conselheiro Sebastião Helvécio. Representante: Promotor de Justiça da 24ª Promotoria de Justiça da Comarca de Contagem. Representado: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, a saber: “EMENTA: REPRESENTAÇÃO. PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. Diante da incompetência deste Tribunal de Contas para apreciação da matéria, em inobservância ao disposto no inciso I do § 1º do artigo 301 da Resolução TCE n. 12/2008, impõe-se o arquivamento dos autos sem resolução do mérito, por ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, nos termos do art. 71, § 3º, da Lei Orgânica desta Casa. Primeira Câmara. 16ª Sessão Ordinária. 12/06/2018.”. [25.08.2019]. Disponível para consulta em www.tce.mg.gov.br.

¹³⁹³ Representação n. 1.013.189, em trâmite no Tribunal de Contas de Minas Gerais, sob relatoria do Conselheiro-relator Sebastião Helvécio.

¹³⁹⁴ Votos favoráveis da população a candidatos isentistas do tributo municipal.

interesse público, não demonstrado em tempos de escassez de recursos financeiros; (ii) a medida deveria ser necessária ao atingimento de objetivo de interesse, impossível em renúncia - quase integral - de um tributo de competência constitucional de ente subnacional, não sustentando alternativa para alcance de melhor resultado, com menor ônus e maior eficácia da medida; e, por fim, (iii) proporcionalidade em sentido estrito, onde a perda de interesse público substancial de sobrelevo financeiro era muito maior daquilo que se ganharia em política pública de fomento socioeconômico local.

Desta feita, rejeitado sob os três requisitos mínimos atinentes ao princípio da razoabilidade, claro restou a medida concessiva como ilegítima, além de antijurídica, passível de responsabilização dos mandatários de ocasião.

A Secretaria de Fazenda municipal, em demonstrativo de imóveis de utilização residencial – isenção IPTU/TCRS¹³⁹⁵ erigido por valor venal do bem predial e territorial referentes aos exercícios de 2014 a 2016, atestou que o ente subnacional renunciou aos cofres públicos o valor estimado de R\$ 516.222.568,00 (quinhentos e dezesseis milhões, duzentos e vinte e dois mil e quinhentos e sessenta e oito reais), como sintetizado em linhas abaixo:

Ano	Imóveis	Impostos	Taxas	Totais
2014	166.914	97.605.986,00	52.866.428,00	150.472.414,00
2015	168.610	137.388.788,00	53.512.823,00	190.901.611,00
2016	170.323	120.708.769,00	54.139.774,00	174.848.543,00
				516.222.568,00

*Valores expressos em reais (R\$).

**Fonte: Autos da Representação n. 1.013.189 em trâmite no Tribunal de Contas de Minas Gerais.

Desta feita, considerando que a Constituição da República/1988, no *caput* do art. 212, determinou que os Municípios devem aplicar anualmente 25% no mínimo da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino e, no Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 77, inciso III, impôs que os Municípios terão que aplicar 15% no mínimo do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 da Constituição da República¹³⁹⁶, constatou-se que o ente subnacional deixou de aplicar, aproximadamente, R\$129.000.000,00 (cento e vinte e nove milhões) na política pública de Educação (25%) e, R\$ 77.000.000,00 (setenta e sete milhões) na política pública de Saúde (15%), somente nos exercícios de 2014 a 2016, tudo em tempos de

¹³⁹⁵ Taxa de coleta de resíduos sólidos.

¹³⁹⁶ Competência tributária acerca do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU.

escassez de recursos públicos, orçamentos sucessivamente deficitários e carência de ações governamentais suficientemente capazes em atender à crescente demanda social.

Em voto conduto do Conselheiro-relator, restando o julgamento da ação de responsabilidade dos ex-gestores municipais atualmente em grau recursal¹³⁹⁷, fundamentou-se em voto-vencido que “*em que pese o descumprimento do art. 165, § 6º da CF/88 e dos arts. 4º, § 2º, inc. V e 14, inc. I e II, da LC 101/2000, o Executivo Municipal encaminhou os projetos das citadas leis os quais foram submetidos à Câmara Municipal para aprovação*”¹³⁹⁸, colacionando-se no mérito a procedência das irregularidades e deixando-se de aplicar sanções sob o argumento dos benefícios fiscais irregularmente concedidos, restaram acobertados por leis não declaradas inconstitucionais¹³⁹⁹.

Observamos que da deliberação proferida coube recurso ordinário, e que aos Tribunais de Contas brasileiros é deferido – em dadas ocasiões - o controle de constitucionalidade difuso¹⁴⁰⁰.

Além do mais, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais propôs ação civil de improbidade administrativa¹⁴⁰¹, em trâmite regular perante órgão do Poder Judiciário, buscando a responsabilidade pessoal dos ex-gestores municipais pela prática de atos ímprobos de gestão pública que causaram danos ao erário.

De todo modo, neste caso principal, o restabelecimento *incontinenti* da tutela dos interesses públicos relevantes tornaram-se dissociados das ações de responsabilidade pela prática de atos ilegais, que envolveram outros atores e sob maior complexidade, a experimentar os efeitos concretos de efetividade, eficácia, celeridade, segurança jurídica, tutela de interesses metaindividuais, além de estanque imediato de dano ao erário perpetrado por atos ilícitos, promovendo-se, pelo meio consensuado do ajustamento de gestão, pleno acesso à Justiça, com a melhor solução para preservação de direitos coletivos.

Atestamos ao presente *leading case*, posto que, em pesquisa de campo formulada perante os 33 (trinta e três) órgãos ministeriais de contas brasileiros, nenhum destes prestou informações de ter havido a celebração autônoma, independente e específica de tomada de compromisso de gestão pública,

¹³⁹⁷ Consulta realizada no sítio eletrônico www.tce.mg.gov.br. Acesso em: 20 out. 2020.

¹³⁹⁸ Representação n. 1.013.189, em trâmite no Tribunal de Contas de Minas Gerais, sob relatoria do Conselheiro-relator Sebastião Helvécio.

¹³⁹⁹ “No mérito, pela extinção do processo, com resolução de mérito, com fundamento no art. 487, inciso I do Código de Processo Civil, considerando a procedência de irregularidade quanto a isenção do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU residencial, sem o cumprimento das exigências previstas nos arts. 4º, § 2º, inc. V e 14, da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como, do disposto no art. 165, § 6º da CF/88. Contudo, deixo de aplicar multa, em atenção ao princípio da segurança jurídica e da razoabilidade, tendo em vista que os responsáveis agiram sob o império das Leis Municipais n. 1.973/1989 e de n. 3.496/2001, que foram criadas mediante processos legislativos (...)”.

¹⁴⁰⁰ Sobre o tema, In MENDES, Gilmar Ferreira - Controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais: o caso do TCU e do CNJ [em linha]. CONJUR. (25.08.2019). [06.10.2018]. Disponível em linha em https://www.conjur.com.br/2018-out-06/observatorio-constitucional-controlado-constitucionalidade-orgaos-nao-jurisdicionais#_ftn2.

¹⁴⁰¹ Ação civil por ato de improbidade administrativa sob o n. 5000346-19.2019.8.13.0079, em trâmite perante a 2ª Vara da Fazenda Pública Municipal de Contagem. [20.08.2020]. Disponível para consulta em: <https://pje.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>.

identificada como objeto central e por ação individualizada dos órgãos ministeriais brasileiros especializados, isto é, sendo o compromitente somente o Ministério Público de Contas brasileiro.

Em que pese tal fato, o segundo Termo de Ajustamento de Conduta de Gestão Pública n. 002/2019 foi firmado também pelo Ministério Público de Contas de Minas Gerais como compromitente e a autarquia estadual de trânsito (DETRAN/MG) como compromissária, e outras pessoas jurídicas de direito privado contratadas para prestação de serviços públicos, dispendo acerca da cobrança de tarifas públicas no registro em sistema financeiro informatizado por ocasião de gravame na alienação fiduciária de veículos, denominada “registro de contrato por espelhamento”¹⁴⁰².

Contudo, tal tomada de ajustamento de gestão teve a eficácia suspensa dias após¹⁴⁰³, sob fundamento de oportunidade e conveniência, à vista de via mais adequada para solução da irregularidade informada pelo gestor público e dentro da esfera de sua competência discricionária, tudo em sede de inquérito civil promovido pelo órgão ministerial especializado de contas.

O Ministério Público de Contas de São Paulo, por meio de sua Procuradoria-Geral, prestou informações¹⁴⁰⁴ de que não celebrou nenhum compromisso de ajustamento no período compreendido de 2007 até 2017. Ademais aduziu que no âmbito da legislação regional, há projeto de lei em trâmite na Assembleia Legislativa do Estado visando normatização da matéria no âmbito regional¹⁴⁰⁵. Em observações ao neófito instituto não utilizado no âmbito estadual teceu considerações acerca de maior razoabilidade do uso do mecanismo para expedição de recomendações¹⁴⁰⁶ na seara de controle externo de contas públicas, e não para “transacionar” compromissos em face de irregularidades existentes.

Por seu turno, o Ministério Público de Contas de Santa Catarina, por meio da Procuradoria Geral, prestou informações¹⁴⁰⁷ de que não celebrou nenhum compromisso de ajustamento no período compreendido de 2007 até 2017. Em observações ao neófito instituto não utilizado no âmbito estadual, teceu considerações acerca de outros instrumentos que pudessem se mostrar tanto quanto ou mais

¹⁴⁰² Extrato do inteiro teor do Termo de Ajustamento de Conduta de Gestão Pública n. 002/2019 publicado no Diário Oficial de Contas. (27.08.2019). [10.04.2019]. Disponível para consulta em: <https://doc.tce.mg.gov.br/>, pp. 25-26.

¹⁴⁰³ Portaria n. 12, de 13 de setembro de 2019, publicada em inteiro teor no Diário Oficial de Contas. (27.08.2019). [17.04.2019]. Disponível para consulta em: <https://doc.tce.mg.gov.br/>, p. 66.

¹⁴⁰⁴ Resposta à pesquisa de campo por e-mail datado de 31 jan. 2018.

¹⁴⁰⁵ Projeto de Lei Complementar estadual n. 60/2015, do Estado de São Paulo, ainda em tramitação até a presente data e sem apreciação pela casa legislativa [em linha]. [26.08.2020]. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1289928>.

¹⁴⁰⁶ Isso porque a seu ver, a Recomendação emanada pelos Tribunais de Contas, para além de orientativa, não representa ato sugestivo de observância facultativa ao gestor público destinatário da medida, objetivando, por si, ao aprimoramento da gestão pública em medida de certa flexibilidade, podendo ser cumprida por outros meios que não os recomendados ou demonstrada a impossibilidade de fazê-lo. Para tanto, fundamentou-se em Acórdão TCU n. 73/2014, Plenário. Aduziu, ainda, em visão colaborativa à pesquisa de campo, que de outra banda, a determinação tem caráter cogente e de cumprimento obrigatório ao jurisdicionado do sistema de controle de contas brasileiro (Acórdão TCU n. 3130/2013 – Plenário). Por fim, descreveu que o descumprimento das determinações no âmbito da fiscalização de contas públicas no Estado de São Paulo, estão submetidas às cominações legais orgânico-sancionatórias preconizadas no art. 104, da Lei Complementar estadual n. 709/93 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo). Concluiu que a utilização do TAG seria melhor manejado para resoluções de situações prospectivas, para não seja utilizado como instrumento de mitigação de punição por ilícitos pretéritos.

¹⁴⁰⁷ Resposta à pesquisa de campo por e-mail datado de 01 fev. 2018.

eficientes em cada caso concreto, como na notificações-recomendatórias voltada ao controle externo. Pontuou que o processo administrativo-jurisdicional de competência dos Tribunais de Contas pode ser “única alternativa viável”, nas hipóteses de não ser mais possível uma autocomposição pelo órgão ministerial.

A ausência de norma regulamentadora no Estado de Santa Catarina foi indicada como um dos óbices a implementação do neófito instituto, que poderia vir a ser guerreado pela via jurisdicional, havendo tramitação de projeto de lei na Assembleia Legislativa estadual¹⁴⁰⁸ para disciplinar a matéria, em que se preconizou a participação do Ministério Público de Contas nas celebrações dos acordos desta natureza.

O Ministério Público de Contas de Mato Grosso, por meio de seu Procurador-Geral, prestou informações¹⁴⁰⁹ quanto à existência de norma orgânica do Tribunal de Contas estadual em que atua junto¹⁴¹⁰, remetendo a celebração do termo de ajustamento de gestão com a participação plural ativa dos órgãos de controle externo¹⁴¹¹.

Destacou-se na oportunidade, que a celebração dos instrumentos de compromisso de gestão passaram a se dar em conjunto no polo ativo entre órgão ministerial de contas e corte de contas estadual, e que entre o período compreendido de 2007 até 2017 firmaram 105 (cento e cinco) ajustamentos de gestão, sendo 62 (sessenta e dois) no curso de processo de jurisdição de contas, 39 (trinta e nove) celebrados com o ente subnacional estadual e seus órgãos estatais, 66 (sessenta e seis) com os entes subnacionais municipais, e 43 (quarenta e três) com outros legitimados no polo ativo, pessoas jurídicas de direito que encetaram contratações públicas, tendo como objeto central (1) acerca de despesas públicas e seus reflexos financeiro-orçamentários, (62) fatos administrativos de mera conduta, e (42) outras hipóteses de tomada de compromisso às exigências legais.

Por último, em que pese ter regulamentado em seu âmbito próprio de atuação a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta¹⁴¹², o Ministério Público de Contas do Paraná prestou informações¹⁴¹³

¹⁴⁰⁸ Consulta a anteprojeto de Lei Complementar estadual n. PLC/0037.9/2017, do Estado de Santa Catarina [em linha]. [26.08.2020]. Disponível em <http://www.alesc.sc.gov.br/legislativo/tramitacao-de-materia/PLC/0037.9/2017>. [26.08.2020] Notícia disponível em <http://www.tcsc.tc.br/acom/radio/40405/projeto-que-institui-o-tag-no-tcsc-avan%C3%A7a-na-assembleia-legislativa>.

¹⁴⁰⁹ Resposta à pesquisa de campo por e-mail datado de 19 mar. 2018.

¹⁴¹⁰ Artigos 42-A, 42-B e 42-C da Lei Complementar estadual 269/2007, com redações dadas pela Lei Complementar estadual n. 486/2013 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso).

¹⁴¹¹ “Art. 42-A da Lei Complementar estadual 269/2007, com redação dada pela Lei Complementar estadual n. 486/2013 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso), a saber: “O Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, por intermédio do seu Presidente e dos respectivos Relatores, pode celebrar Termo de Ajustamento de Gestão com a autoridade competente, visando o desfazimento ou saneamento de ato ou negócio jurídico impugnado. § 1º O Termo de Ajustamento de Gestão pode ser utilizado de forma alternativa ou cumulada às providências mencionadas no Art. 38 e seguintes desta lei complementar, e por meio das disposições constantes em regulamentação própria. § 2º O Ministério Público de Contas deverá participar de todas as fases do procedimento administrativo de celebração do TAG”.

¹⁴¹² Resolução MPC-PR n. 02, de 25 de novembro de 2011, do Ministério Público de Contas do Paraná, que regulamentou o Termo de Ajustamento de Conduta no âmbito daquele órgão ministerial.

¹⁴¹³ Resposta à pesquisa de campo por e-mail datado de 20 mar. 2018.

que celebrou compromisso de ajustamento às exigências legais com os Municípios de Santo Antônio da Platina (2009), Carlópolis (2010), Sertanópolis (2009), Mandaguaçu (2009), Bonsucesso (2013) e Figueira (2012), perfazendo em total de 6 (seis) acordos celebrados, sendo o Tribunal de Contas estadual interveniente nos termos firmados entre os Municípios de Carlópolis e Sertanópolis, todos com objeto central em matérias de despesas públicas, com reflexos orçamentário-financeiros, sem restar em curso processo administrativo-jurisdicional de contas, o que implicou avença firmada no curso de procedimento investigativo preparatório.

Como causa de dificuldade na efetividade dos ajustes de conduta firmados, apontou-se a sobreposição de atuação de controle externo entre o Tribunal de Contas do Estado do Paraná e o Ministério Público de Contas do Paraná, que por vezes divergem dos posicionamentos jurídicos em matérias que serão objeto de transação, o que influenciou na efetividade do instrumento face às competências administrativo-jurisdicionais fiscalizatórias daqueles. Ainda, indicou-se como óbice à efetividade a mudança da gestão pública em mandatos de quatro em quatro anos, tendo melhor alcance em efeitos prospectivos aos novos gestores compromissários, sem abarcar a responsabilidade pelos atos ilícitos pretéritos de gestões findas, quando buscada a via negocial “tardamente”.

Os demais Ministérios Públicos de Contas brasileiros, num total de 28 restantes, se abstiveram de remeter informações para viabilizar a pesquisa acadêmica de forma completa, seja porque resistem a aplicação do neófito instituto de forma autônoma, seja porque não o internalizaram em sua prática administrativa, ou ainda, seja pela ausência de estrutura orgânico-normativa própria e ausência de autonomia plena (administrativa, orçamentária, financeira) perante aos Tribunais de Contas em que oficiam, fatos de realidade orgânica que fixam grau de dependência em processo de transição¹⁴¹⁴.

5.11. O ajustamento de gestão e os Tribunais de Contas

O ajustamento de gestão também resta afeto aos Tribunais de Contas, que em lento movimento jurisprudencial e normativo, se valeram da via alternativa de solução consensuada de controvérsias para pôr a termo ações de fiscalização a seu turno e dentro de sua competência legal. Esse movimento ainda é tênue e perpassa por uma mudança estrutural e cultural de novo método de acesso à Justiça, que a certa medida, pode “calhar” por esvaziar um “sem número” de processos administrativos em curso nas Cortes de Contas brasileiras.

¹⁴¹⁴ OLIVEIRA, Júlio Marcelo de - Autonomia do Ministério Público de Contas interessa toda sociedade [em linha]. CONJUR [26.08.2019]. (09.05.2017). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-09/contas-vista-autonomia-ministerio-publico-contas-interessa-toda-sociedade#:~:text=No%20plano%20do%20livre%20e,dos%20ministros%20ou%20conselheiros%20relatores.>

Aos Tribunais de Contas é possível a atuação funcional na celebração dos ajustamentos de gestão na qualidade de parte (compromitente) ou interveniente (órgão de controle), sendo compromissários órgãos da Administração Pública (despersonalizados ou não) e terceiros interessados, considerando, sobretudo, a “cláusula aberta” para tomada de compromisso por “qualquer autoridade pública” introduzida pela lei geral de introdução as normas de direito brasileiro (art. 26 da LINDB), modo pelo qual esse compromisso celebrado buscará a solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais, tanto quanto as “determinações” constantes de suas competências fiscalizatórias emanadas do devido processo legal de contas públicas¹⁴¹⁵.

O Tribunal de Contas do Paraná, por intermédio da sua Coordenadoria de Execuções, prestou informações¹⁴¹⁶ sob a autocomposição no controle de contas públicas, onde entre o período compreendido de 2007 até 2017 celebrou uma única tomada de compromisso de gestão, sendo compromitente àquela Corte de Contas e compromissário o Município de Saudade de Iguazú/PR, tendo por escopo (re)pactuar a aplicação do excesso de arrecadação da cota-parte de ICMS (tributo estadual com participação do ente municipal) por fato havido em 31/08/2015, depois de provimento jurisdicional favorável em ação própria perante o Poder Judiciário, para fins de aplicação de percentual superior aos mínimos previstos constitucionalmente nas ações governamentais de saúde e educação.

Sob o aspecto quantitativo no mesmo período, o Tribunal de Contas do Estado da Bahia, por meio da sua superintendência técnica, respondeu que no mesmo período de 2007 até 2017 não celebrou nenhum instrumento de tomada de compromisso de ajustamento de gestão¹⁴¹⁷. A seu turno, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por meio da Chefia de Gabinete da Presidência, ateve-se a informar que não havia nenhum expediente que trate do assunto de interesse acadêmico solicitado¹⁴¹⁸.

O Tribunal de Contas do Mato Grosso, por meio da secretaria-adjunta de desenvolvimento de controle externo, prestou informações acadêmicas da celebração de 75 (setenta e cinco) termos de ajustamento de gestão no curso de processo de jurisdição de contas, disponibilizando a resolução normativa¹⁴¹⁹ que regulamentou a matéria no âmbito regional, além de informar que 2 (dois) foram celebrados com o ente subnacional estadual, 51 (cinquenta e um) com o entes subnacionais municipais e 22 (vinte e dois) com pessoas jurídicas de direito que encetaram contratações públicas, tendo como

¹⁴¹⁵ BORDIN, Newton Antônio Pinto – Da viabilidade jurídica da utilização de termos de ajustamento de gestão (TAG) por Tribunais de Contas. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de – Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, pp. 389-403.

¹⁴¹⁶ Informação sob n. 549/18, de 21.02.2018, extraída do Processo Administrativo 59668/18, cientificada por meio do Ofício n. 1488/18-OPD/GP, da lavra da Diretora do Gabinete da Presidência do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em resposta a pesquisa de campo.

¹⁴¹⁷ Resposta à pesquisa de campo por e-mail datado de 02 fev. 2018.

¹⁴¹⁸ Resposta à pesquisa de campo por e-mail datado de 26 fev. 2018.

¹⁴¹⁹ Resposta à pesquisa de campo por e-mail datado de 02 abr. 2018, contendo anexo da Resolução Normativa TCEMG n. 01/2013 – TP, que regulamentou os artigos 42-A e 42-B da Lei Complementar estadual n. 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso), que normatizou o Termo de Ajustamento de Gestão (TAG).

objeto central (25) acerca de despesas públicas e seus reflexos financeiro-orçamentários e (50) fatos administrativos de mera conduta.

Ao cabo, o Tribunal de Contas de Sergipe, por meio de sua diretoria técnica, prestou informações¹⁴²⁰ dando conta da celebração de 70 (setenta) termos de ajustamento de gestão no período, sendo 1 (um) com o ente subnacional estadual e 69 (sessenta e nove) com o entes subnacionais municipais, tendo (3) objeto central o controle de despesas públicas e seus reflexos financeiro-orçamentários.

Todos os demais Tribunais de Contas brasileiros, num total de 28 restantes, se abstiveram de remeter informações para viabilizar a pesquisa acadêmica de forma completa, seja porque resistem na aplicação do neófito tema que afetará suas estruturas centenárias de poder pela via do processo heterogêneo, seja porque se sentem mais protegidos do eventual controle de legalidade pela opacidade das informações que detêm e não desejam compartilhar, em que pese alguns terem regulamentação própria e já terem celebrado a tomada de compromisso, omitidos ao interesse da academia.

Este é o caso do Tribunal de Contas de Minas Gerais, que possui regulamentação própria¹⁴²¹, e apesar de ter sido instado a se manifestar, deixou transcorrer a possibilidade de resposta para fins acadêmicos *in albis*, havendo a publicação da celebração de termos de ajustamento de gestão que envolveram a tomada de compromisso em matéria meramente administrativa^{1422 1423 1424}, sem impactos imediatos no controle das despesas públicas, mas em prospecção como medida indutiva de novas condutas de boa gestão.

Contudo, o normativo existente no Tribunal de Contas de Minas Gerais possibilita o firmamento do meio de autocomposição desde que não se limite a competência discricionária do gestor público para regularização de seus próprios atos de gestão; sua aceitação pelo compromissário terá o efeito de suspender a aplicação de cominações e penalidades, vedado seu uso nas hipóteses de desvio de dinheiro público¹⁴²⁵ ou preexistência de decisão definitiva de mérito irrecorrível, condicionantes ultrapassadas no regime de compromissos preconizados em normas federais brasileiras.

¹⁴²⁰ Resposta à pesquisa de campo por e-mail datado de 18 abr. 2018.

¹⁴²¹ Resolução do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais n. 14/2014 (Tribunal Pleno) [em linha]. [25.08.2019]. Disponível em <https://www.tce.mg.gov.br/img/legislacao/legiscont/resolucoes/2014/r14-14.pdf>.

¹⁴²² Disponível [em linha] em <http://boanovaj.com.br/radioboanova/tce-homologa-termo-de-ajustamento-de-gestao-com-o-municipio-de-itaue-de-minas/>. Acesso em 25 ago. 2019.

¹⁴²³ Disponível [em linha] em <https://www.tce.mg.gov.br/noticia/Detalhe/1111623672>. Acesso em 25 ago. 2019.

¹⁴²⁴ Disponível [em linha] em <https://www.luz.mg.gov.br/noticia.php?id=795>. Acesso em 25 ago. 2019.

¹⁴²⁵ Com o advento da nova lei do pacote anticrime – Lei federal n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que previu as hipóteses de não persecução penal e cível, ainda que envolvam as hipóteses de desvios de recursos, ultrapassou-se tal óbice normativo, fato largamente aplicáveis em acordos de colaboração premiada e de leniência decorrentes da lei anticorrupção - Lei federal n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Sobre o tema, ex vi CALLEGARI, André Luís; LINHARES, Raul – A colaboração premiada após a lei “anticrime” [em linha]. CONJUR. [05.03.2020]. (04.03.2020). Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-04/opiniao-colaboracao-premiada-lei-anticrime>.

Ademais, após a aprovação do neófito instituto do termo de ajustamento de gestão pela Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais e sanção governamental, o primeiro compromissário a ser beneficiado no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais foi o próprio Governo do Estado, em especial o mandatário do Poder Executivo, com a flexibilização deferida na aplicação de gastos públicos mínimos com educação e saúde abaixo de percentuais constitucionais e fixação de progressão anual para atingimento de limite mínimo no tempo, com vistas a possibilitar a aprovação das contas pretéritas de governo.

Tal fato demonstrou à época um casuísmo e incredulidade do meio para atingimento dos fins propostos¹⁴²⁶. Para tanto, basta observar que o mesmo órgão compromitente não aplicou aos demais entes subnacionais que fiscaliza - entes municipais -, o mesmo objeto de ajustamento de gestão deferido ao ente estadual, visando - de igual modo - propiciar a aprovação das contas de governos locais em progressividade no tempo e para atingimento de índices constitucionais mínimos¹⁴²⁷.

O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco também possui normação própria afeta a matéria¹⁴²⁸, que visa possibilitar na sua forma regulamentar¹⁴²⁹ - em juízo de conveniência e oportunidade entre compromitente e do compromissário - o atendimento dos interesses públicos protegidos em lei por meio da tomada de termo de ajuste de gestão, com fixação de obrigações, prazo de cumprimento e multas pelo inadimplemento total ou parcial.

Por fim, ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás foi atribuída competência normativa¹⁴³⁰ na celebração do termo de ajustamento de gestão, com o fim de afastar a aplicação de sanções, adequando-se os atos de gestão do compromissário aos padrões de qualidade em sede autocompositiva.

Apuramos que os Tribunais de Contas de Pernambuco, Minas Gerais e Goiás, precursores da normatização e implementação do neófito instituto, até meados de julho de 2014, haviam celebrado,

¹⁴²⁶ Disponível [em linha] em: https://www.almg.gov.br/acompanhe/noticias/arquivos/2012/05/24_administracao_publica_termo_ajustamento_gestao.html. Acesso em 25 ago. 2019.

¹⁴²⁷ No nosso entendimento, a celebração de TAG para atingimento de patamar constitucional mínimo é incongruente em si. Se o patamar é mínimo, não poderia ser objeto de (re)ajustamento para atingimento prospectivo, quando muito, para sanar fatos ilegais pretéritos. Tanto que o ato administrativo foi objeto de controle de legalidade por duas ações judiciais perante o Poder Judiciário: a primeira - Ação Civil Pública - tombada sob o número 1295901-65.202.8.13.0024, em trâmite na 5ª Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte/MG, encontra-se pendente de julgamento. A segunda - Ação Popular - tombada sob o número 1250849-46.2012.8.13.0024, que tramitou na 1ª Vara da Fazenda Pública de Belo Horizonte, foi extinta sem julgamento do mérito, por ilegitimidade da parte e ausência de interesse processual, tendo transitado em julgado em 28.11.2017. [04.03.2020]. Disponível para consulta em www.tjmg.jus.br.

¹⁴²⁸ Artigo 21, inciso XIII, Lei estadual n. 12.600, de 14 de junho de 2004 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco), que previu, dentre as competências fiscalizatórias daquela Corte de Contas, a possibilidade de celebração de Termo de Ajuste de Gestão (Inciso acrescido pelo art. 1º da Lei estadual n. 14.725, de 09 de julho de 2012).

¹⁴²⁹ Resolução n. 16/2003, do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco.

¹⁴³⁰ Resolução Normativa n. 06/2012 e suas alterações, do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, que regulamentou a tomada de compromisso por ajustamento de gestão.

respectivamente, 45 (quarenta e cinco), 1 (um) e 4 (quatro) instrumentos autocompositivos de solução consensuada¹⁴³¹.

Atualmente, no período compreendido entre 2012 e 2020, o Tribunal de Contas de Minas Gerais tramitou 30 (trinta) procedimentos de tomada de compromisso de gestão. Nestes, 7 (sete) foram homologados pelo Tribunal Pleno da Corte de Contas mineira, 2 (dois) foram aprovados pelo órgão fracionário da Corte e aguardam homologação plenária, 11 (onze) estão em fase de tratativas para celebração; 10 (dez) foram arquivados sem desfecho frutífero (inadmissão, ausência de consenso mútuo e perda superveniente do objeto)¹⁴³².

Nestes acordos de compromisso consumados, além do já citado termo de ajustamento de gestão com o Estado de Minas Gerais que se encontra *sub judice*, mais 6 (seis) autocomposições foram celebradas com jurisdicionados - entes subnacionais municipais -, nas pessoas jurídicas de direito público Município de Augusto de Lima (2019)¹⁴³³, Município de Itaú de Minas (2019)¹⁴³⁴, Município de Três Corações (2019)¹⁴³⁵, Município de Araçuí (2020)¹⁴³⁶ e Município de Luz (2020)¹⁴³⁷, tendo todos objeto comum de (re)ajustamento de gestão na adequação da estrutura legislativa, física e organizacional da administração tributária municipal, para o aprimoramento do exercício da fiscalização tributária e a consequente otimização da arrecadação e cobrança dos tributos próprios; por fim, o Município de Montes Claros (2019)¹⁴³⁸, sendo o objeto da avença a regularização das informações públicas relativas à execução orçamentária e financeira dos exercícios de 2017 e 2018.

Nessa mesma toada autocompositiva, foram localizadas as celebrações de 5 (cinco) termos de ajustamento de gestão entre Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, em conjunto com o Ministério Público de Contas de Rondônia e outros, havidos entre 2015¹⁴³⁹ até 2020. O primeiro, celebrado em 2015, foi compromissária autarquia estadual de estradas e rodagens, que teve por finalidade promover

¹⁴³¹ BARROSO FILHO, Angerico Alves – Avaliação do Termo de Ajuste de Gestão como instrumento de controle consensual da Administração Pública [em linha]. Constituição, Economia e Desenvolvimento. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba. V 6. N 11 (2014), pp. 391-415, pp. 405-407. [26.08.2019]. Disponível em <http://www.abdconst.com.br/revista12/avaliacaoAngerico.pdf>.

¹⁴³² Dados quantitativos e qualitativos extraídos de relatório processual gerado pelo Sistema de Gestão e Andamento de Processos (SGAP) do Tribunal de Contas de Minas Gerais, em informações de natureza pública consultada em 27 ago. 2020.

¹⁴³³ Processo n. 1.047.670 (Natureza: Termo de Ajustamento de Gestão), com homologação em 22.05.2019. Fonte: Consulta realizada no Sistema de Gestão e Andamento de Processos (SGAP) do Tribunal de Contas de Minas Gerais, com informações extraídas em 27 ago. 2020.

¹⁴³⁴ Processo n. 1.066.503 (Natureza: Termo de Ajustamento de Gestão), com homologação em 23.10.2019. Fonte: Consulta realizada no Sistema de Gestão e Andamento de Processos (SGAP) do Tribunal de Contas de Minas Gerais, com informações extraídas em 27 ago. 2020.

¹⁴³⁵ Processo n. 1.058.727 (Natureza: Termo de Ajustamento de Gestão), com homologação em 28.08.2019. Fonte: Consulta realizada no Sistema de Gestão e Andamento de Processos (SGAP) do Tribunal de Contas de Minas Gerais, com informações extraídas em 27 ago. 2020.

¹⁴³⁶ Processo n. 1.066.504 (Natureza: Termo de Ajustamento de Gestão), com homologação em 11.03.2020. Fonte: Consulta realizada no Sistema de Gestão e Andamento de Processos (SGAP) do Tribunal de Contas de Minas Gerais, com informações extraídas em 27 ago. 2020.

¹⁴³⁷ Processo n. 1.047.670 (Natureza: Termo de Ajustamento de Gestão), com homologação em 22.05.2020. Fonte: Consulta realizada no Sistema de Gestão e Andamento de Processos (SGAP) do Tribunal de Contas de Minas Gerais, com informações extraídas em 27 ago. 2020.

¹⁴³⁸ Processo n. 1.058.642 (Natureza: Termo de Ajustamento de Gestão), com homologação em 20.05.2020. Fonte: Consulta realizada no Sistema de Gestão e Andamento de Processos (SGAP) do Tribunal de Contas de Minas Gerais, com informações extraídas em 27 ago. 2020.

¹⁴³⁹ Termo de ajustamento de gestão disponível [em linha] em <http://mpc.ro.gov.br/mpc/atuacao-fiscalizatoria/termo-de-ajustamento-de-gestao/>. Acesso em: 01 dez. 2019.

o controle de qualidade das obras públicas de pavimentação e aperfeiçoamento do controle interno das licitações, contratos administrativos, fiscalização e gestão do patrimônio público rodoviário estadual. O segundo, celebrado em 2016, sendo compromissárias a secretaria de fazenda e a controladoria interna estaduais, tendo por objeto a melhoria no controle de lançamentos manuais de arrecadação junto ao sistema de controle de receitas públicas e sua informatização. O terceiro e quarto, havidos no ano de 2019, foram celebrados entre as compromissárias da secretaria estadual e municipal de saúde, visando controle de ponto e frequências de profissionais da área. O último, em 2020, sendo compromissária a autarquia estadual de estradas e rodagens, teve objeto a implantação de sistema de obras públicas rodoviárias e serviços correlatos¹⁴⁴⁰

De todo modo, a mudança de cultura jurídica voltada ao consenso já é uma realidade que se expressa – tenuamente - na busca da efetividade do modelo consensuado, seja como meio indutor de condutas de vieses orientativos, todas típicas das cortes de contas brasileiras.

As normações acerca do tema se encontram construídas com os ideários de meios mais adequados, idôneos, úteis e céleres de acesso à Justiça, à medida que avançam as tratativas em nova cultura de solução pacífica de controvérsias, devendo o movimento jurisdicional da utilização da heterocomposição - meio litigioso, mais custoso, demorado e por vezes ineficaz quanto à tutela do interesse público relevante -, ser deixado, a médio e longo prazo, como *ultima ratio* a ser manejada pelos órgãos de controle externo em sede de contas públicas.

Assim, as vantagens na adoção do termo de ajustamento de gestão decorrem da possibilidade de negociação direta na implementação de condutas de gestão que impactem em políticas públicas atuais, atuando em operabilidade de racionalidade administrativa, matrizes de risco, relevância e materialidade, tudo na busca da tutela de máxima efetividade de direitos metaindividuais, a contemplar a economicidade e efetividade na esfera de atuação de controle da Administração Pública, melhor adequando-se a procedimentos administrativos e de gestão pública maximizados para o alcance da concretude dos direitos transindividuais e atingimento de interesse público.

¹⁴⁴⁰ Extrato do Termo de Ajuste de Gestão celebrado [em linha]. [15.07.2020]. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/305720285/tce-ro-07-07-2020-pg-3>.

5.12. Multiorganicidade na tomada de compromisso

Em cooperações institucionais na busca da efetividade da tomada de compromisso, colegitimados – órgãos de controle externo e interno - têm buscado ações concertadas que se apresentam como medida de racionalidade administrativa e economicidade na busca da tutela de direitos metaindividuais.

A desarticulação entre o controle financeiro externo e o controle interno são problemas recorrentes das Administrações Públicas que não definem um sistema nacional de forma clara e coerente¹⁴⁴¹, a possibilitar odiosas ações sobrepostas, autônomas ou desconcertadas, por vezes, com decisões de mérito conflitantes entre si, a desafiar o princípio da proteção da confiança e da boa-fé objetiva por parte dos variados órgãos de controle brasileiros, a propiciar uma cultura de insegurança jurídica e medo de agir do administrador público.

Não sem razão, visando cooperação institucional e criando ambiente de convergência organizacional para ações de controle coerentes e planejadas sem sobreposição de atuação internas e externas, celebrou-se acordo de cooperação técnica entre a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia Geral da União (AGU), o Ministério de Justiça e Segurança Pública (MJSP) e o Tribunal de Contas da União (TCU), pendente de subscrição pelo Ministério Público Federal (MPF), visando em concertação ao combate à corrupção no Brasil¹⁴⁴², especialmente em relação aos acordos de leniência. O instrumento foi mediado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro¹⁴⁴³.

Quanto maior demonstração de proteção da confiança, da boa-fé objetiva e segurança jurídica dispensada nas tratativas pelos compromitentes aos compromissários, maior a possibilidade de superação da ideia de que os órgãos estatais legitimados à propositura de ações e procedimentos com aplicação de sanções decorrente de ato ilícito estarão de fato imbuídos de pôr a termo, consensualmente, os conflitos por autocomposição negocial, em especial as controvérsias passíveis de heterocomposição litigiosa, representando firme confiança psicológica aos compromissários.

Mas não é só. Quanto mais complexidade decorrente do fato lesivo ou de perigo de lesão a interesses metaindividuais, maior se desejará a cooperação interinstitucional de esforços para atingimento de um mesmo fim – preservação ou reparação de bens jurídicos protegidos¹⁴⁴⁴.

¹⁴⁴¹ COSTA, Paulo Nogueira da – O Tribunal de Contas e a boa governança – Contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 77-78.

¹⁴⁴² Disciplinados na Lei federal n. 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), da República Federativa do Brasil.

¹⁴⁴³ Disponível para consulta [em linha] em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449073>. Acesso em: 27 ago. 2020.

¹⁴⁴⁴ Um acordo histórico e com repercussão mundial, no valor de R\$ 37.726.363.136,47 (trinta e sete bilhões, setecentos e vinte e seis milhões, trezentos e sessenta e três mil, cento e trinta e seis reais e quarenta e sete centavos) – o maior já realizado no Brasil e também na América Latina – foi celebrado entre a Vale S.A., o Estado de Minas Gerais e as instituições públicas, sendo homologado em audiência mediada pelo presidente do Tribunal de Justiça de Minas

Os desastres ambientais ocorridos recentemente em territórios de entes subnacionais brasileiros¹⁴⁴⁵, onde - em situação de emergência - sequer podem aguardar uma tutela de urgência heterocompositiva para preservação de direitos, com todos os eventuais efeitos recursais possíveis, exigiram amparo *incontinenti* do poder público e dos agentes promotores de interesses públicos relevantes¹⁴⁴⁶ ¹⁴⁴⁷, com subvenção do agente privado infrator voltando-se à mitigação, reparação e compensação dos direitos sociais e coletivos violados¹⁴⁴⁸, que advieram de forma provisória, parcial e total, mas célere e útil para minoração de danos e sob responsabilidade civil e social decorrente do exercício de atividade empresarial danosa, circunstâncias viabilizadas pelo diálogo e negociação¹⁴⁴⁹, em alternativa extrajudicial idônea¹⁴⁵⁰ de solutividade dos problemas.

De igual modo, nas medidas administrativas emergenciais impostas ao combate da Pandemia COVID-19, experimentou dos meios extrajudiciais para solução de problemas urgentes em matéria de saúde pública, tudo pela via multiorgânica de atuação ativa¹⁴⁵¹.

A pluralidade de agentes ativos legitimados traz problemas da ordem pragmática, onde poderá surgir “descompasso” dos atos discricionários praticados pelos diversos compromitentes, diante das plúrimas instâncias de controle de atos ilícitos. O exercício da discricionariedade permitirá certa margem de avaliação subjetiva, em especial em qual solução jurídica melhor conformar o consenso do conflito¹⁴⁵².

OTÁVIO MAZIEIRO¹⁴⁵³ propondo solução para questão aponta que uma segunda autoridade (compromitente) exerça o reexame de ato discricionário praticado pela primeira autoridade celebrante,

Gerais. O acordo, de repercussão internacional pôs fim à possibilidade de uma batalha jurídica, que poderia se estender por mais de uma década, sobre a reparação dos danos causados pelo rompimento da barragem da mina Córrego do Feijão, em Brumadinho, em 25 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/presidente-do-tjmg-anuncia-acordo-historico-entre-a-vale-e-as-instituicoes-publicas-8A80BCE676728EAA01776D32461E7848.htm>. Acesso em 04 fev. 2021.

¹⁴⁴⁵ Rompimento de barragem de rejeitos sólidos de atividade mineradora em Mariana/MG e em Brumadinho/MG.

¹⁴⁴⁶ Sobre a ação concertada dos órgãos ministeriais no rompimento da barragem de Mariana/MG, ex vi notícia institucional [em linha] disponível em <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-mpf-definem-estrategias-tecnicas-de-atuacao-conjunta-a-fim-de-apurar-as-causas-do-rompimento-das-barragens-em-mariana.htm#.VkodpLcc58>. Acesso em 27 ago. 2019.

¹⁴⁴⁷ Vide Termo de Compromisso multiorgânico ativo e passivo em decorrência de desastre ambiental do rompimento da barragem de rejeitos da atividade de mineração em Mariana/MG. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/termo-de-compromisso-prescricao>. Acesso em 27 ago. 2019.

¹⁴⁴⁸ Estamos a falar da tutelada ao direito à vida, à saúde, à alimentação, ao transporte, à moradia, ao meio ambiente, ao trabalho, amparo imediato ao idoso, aos portadores de necessidades especiais, aos enfermos, às crianças e aos adolescentes, todos de uma só vez, em detrimento de uma comunidade de centenas e milhares de pessoas, com danos de difícil reparação à propriedade, em premência de tutela dos entes estatais.

¹⁴⁴⁹ Vide Termo de Transação e Ajustamento de Conduta multiorgânico ativo e passivo. Disponível em <http://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/07/ttac-final-assinado-para-encaminhamento-e-uso-geral.pdf>. Acesso em 27 ago. 2019.

¹⁴⁵⁰ Sobre o Termo de Compromisso Preliminar celebrado entre órgãos ministeriais e sociedades empresárias, responsáveis pela indenização pelos danos ambientais decorrentes de suas atividades sociais, ex vi notícia institucional [em linha] disponível em <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-mpf-assinam-termo-de-compromisso-preliminar-com-a-samarco-garantindo-montante-minimo-de-r-1-bilhao-para-tutela-ambiental-emergencial.htm>. Acesso em 27 ago. 2019.

¹⁴⁵¹ Informação disponível [em linha] em <https://www.romanews.com.br/cidade/belem-assina-termo-de-ajustamento-de-gestao-na-saude-com-tcmpa-para-78617/>. Acesso em: 25 jun. 2020.

¹⁴⁵² Fato experimentado principalmente nos acordos de leniência que podem ser encetados por atores ativos variados (compromitentes), em conjunto ou isoladamente, seja pelo ente estatal que sofreu o dano (União, Estados-membros, Distrito Federal e os Municípios), seus órgãos da administração direta e indireta, e os órgãos de controle da Administração (Defensoria Pública, Advocacias Públicas, Controladorias Internas, Ministério Público, Tribunal de Contas, etc...), onde um aquiesça na celebração da tratativa e outro não. Ademais a destinação dos valores de ressarcimento e multa costuma ser ponto de conflito entre os colegitimados ativos, trazendo instabilidade aos acordos em desfavor dos compromitentes.

¹⁴⁵³ Cf. MAZIEIRO, Otávio Ribeiro Lima – Consensualidade no combate à corrupção: pluralidade de agentes legitimados e necessidade de adequação institucional. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de – Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, pp. 271-289, pp. 279-280.

no que tange a melhor forma de atingir para alcance da concretude do interesse público relevante, mostrando-se irrazoável a possibilidade de “abrir” divergência acerca de ato discricionário exercido por agente do Estado em acordo já firmado, vinculando-se, por consequência lógica todos os demais, aderentes ou não-aderentes no polo ativo do acordo.

Defendemos que todos os colegitimados sejam intimados do início das tratativas de qualquer acordo, para que, se desejarem, ingressem no polo ativo de forma a melhor a estabilizar a avença, tratando diretamente de interesses subjetivos da Administração. Sem prejuízo, a não-aderência ou sua omissão acarretará vinculação aos termos do acordo celebrado por medida de segurança jurídica em favor de preservação da boa-fé objetiva, sem a qual não haverá interesse de celebração pelo compromissário.

Contudo, a multiorganicidade ativa na celebração de tomada de compromissos das mais variadas matizes tem alcançado expressão, sendo realidade cada vez mais usual, sempre em que haja tensão de concomitância e sobreposição decorrente de ações de controle interno e externo de órgãos e entes públicos, em face de notícia de irregularidade de fatos ilícitos de média e grande monta, por vezes, de impossível restabelecimento do *status quo ante*, mas que envolvam à tutela de interesses públicos relevantes.

5.13. Conclusões parciais

1. O termo de ajustamento de gestão é instrumento negocial extrajudicial de tomada de compromisso às exigências legais em matéria de direitos transindividuais, dotado de efetividade e celeridade como meio eficaz de acesso à Justiça.
2. É negócio jurídico de natureza híbrida, sendo a transação de ajustamento de gestão regida por princípios de direito privatístico e publicista, base informativa e fundadora de segurança jurídica a dotar-lhe de idoneidade instrumental da resolutividade definitiva da controvérsia.
3. A celebração do instrumento de ajustamento de gestão submete-se as regras de existência, validade e eficácia, sob pena de nulidade ou anulabilidade, conformando-se em plenitude como título extrajudicial com força executiva.
4. O objeto de (re)ajustamento de gestão pública tem como núcleo duro a preservação ou reparação de direitos metaindividuais de natureza difusa, homogênea individual ou coletiva, imputável como obrigação (extra)contratual ao administrador público ou privado

que realize atividades sociais de relevância pública, devendo guardar correspondência à licitude, possibilidade material e determinabilidade prestacional.

5. A efetividade da tomada de compromisso de gestão está na imediata interdição e cessação de prática de ato ilegal, servindo como estanque dos efeitos deletérios da conduta ilícita, ainda que mediante prazo, termo, modo e forma de cumprimento da avença, assumida volitivamente pelo compromissário em obrigação contratual.
6. A persecução de interesses públicos relevantes tidos como direitos indisponíveis (metaindividuais), não inviabiliza a proteção de direitos subjetivos com eficácia imediata aos cidadãos, sob pena de desvelar-se em “atividade administrativa indisponível”, verdadeiro óbice de acesso à Justiça, em detrimento ao princípio da supremacia do interesse público que deve pautar-se pelo encerramento de ações conflituosas.
7. A maximização de direitos coletivos (indisponíveis) não pode ser tolhida por meio de celebração negocial em que se aplique imediata efetividade à preservação e concretude dos interesses públicos relevantes.
8. O espaço de transação reputada na solução do litígio de direitos metaindividuais, expressada pelo firmamento do termo de ajustamento de gestão, reside na “equiparação de concessões mútuas” baseada na teoria da livre manifestação da vontade; mas, contudo, submetem-se as balizas principiológicas publicistas que são vetores da liberalidade desvinculada do atingimento do interesse público pelo comprometente.
9. O caráter sinalagmático transacional possibilita que o comprometente desfrute imediatamente dos benefícios decorrentes da efetividade do ajustamento de gestão, sob pena de curso forçado por ação judicializada em desfavor do compromissário inadimplente, em execução de garantias prestadas e aplicando-se-lhe cominações pré-estabelecidas contratualmente.
10. Os acordos de não persecução cível, penal e administrativa são instrumentos legítimos de tomada de compromisso por autoridades públicas, nos termos da legislação brasileira.
11. O regime jurídico administrativo é compatível ao ciclo de gestão pública ou privada de interesse público relevante, decorrendo, pela via da consensualidade, travessia do exercício do poder de potestade à adequação de ajustes de essência privatística, “mirando-se”, sempre, na eficácia dos ajustes de gestão, isto é, na realização de melhores políticas de resultado de interesses publicistas.

12. A lei de introdução às normas de direito brasileiro autorizou a tomada de compromisso por qualquer autoridade pública, legitimando-a a inaugurar um novo regime de negociação lastreado na consensualidade e com a solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e mais compatível com interesses públicos gerais, sendo defeso a desoneração de dever legal ou condicionamento de exercício de direitos reconhecidos (fundamentais) por medida de orientação geral.
13. A multiorganicidade de órgãos dotados de legitimidade ativa ao controle da Administração Pública, demandam maior segurança e expressão do princípio da confiança na tomada de compromisso às exigências legais, vez que submetidos a um regime de multiplicidade de instâncias - externas e internas - de controle administrativo e jurisdicional de seus atos de gestão publicista, a afastar a ideia da “teoria do direito administrativo do medo” em futuras ações de responsabilização pessoal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Na presente obra, abordamos o termo de ajustamento de gestão como instrumento de composição no controle das despesas públicas, que de forma célere e eficaz tornou-se mecanismo idôneo e útil, dotado de segurança jurídica, efetividade e celeridade, apresentando-o como meio alternativo de solutividade pacífica de controvérsias de natureza publicista, na promoção direta e na realização da concretude de direitos e interesses públicos relevantes metaindividuais (difusos, individuais homogêneos e coletivos).
2. Discorreremos sobre as perspectivas dogmáticas da atuação administrativa, com vistas ao direito-dever do gasto público, as premissas de precedência do custeio dessas despesas publicistas com vistas a uma sustentabilidade orgânico-finalista dos entes estatais, cuja correlação tem o condão de criar um ambiente de equilíbrio orçamental, em garantia a política de resultados instituídas pelas leis orçamentárias.
3. Sob outro viés, discorreremos acerca da evolução da teoria dos poderes administrativos, voltada a uma atuação regulatória estatal nos espaços em que haja determinabilidade de interesses públicos relevantes, num mundo globalizado de relações jurídicas complexas e imediatas, a não se permitir que autorregulação privada substitua o ente estatal em atividades típicas e indispensáveis a heterorregulação. Para tanto, apontamos o surgimento de uma Administração Pública dialógica, em que a atividade unilateral do ato administrativo deu espaço à edificação da conformação pela via consensuada administrativa.
4. Destacamos, ainda, as atividades típicas de controle externo e a relação direta com as finanças públicas, as múltiplas instâncias de controle administrativo e jurisdicional, em especial a social e organicista, que dependem da realização plena do princípio da transparência visando uma fiscalização aberta pela sociedade (controle social) e pelos órgãos estatais de controle de contas públicas (controle organicista).
5. Concluímos na primeira ordem investigativa, que a implementação dos objetivos sociais programatizados na norma fundamental dependem do reconhecimento do direito-dever dos gastos públicos, volvidos ao princípio da equidade intergeracional para preservação do direito ao futuro. O ente estatal, como responsável pela concretização do bem-estar social, se subordina a um regime jurídico para fazer face às necessidades coletivas por

meio dos gastos públicos, que devem restar permeados pelo princípio da boa gestão pública no trato de mandatários governamentais.

6. O planejamento orçamental torna-se matriz indeclinável para atingimento de metas na seara de políticas públicas, assim como “norte” destinado ao exercício do poder de gastos públicos equilibrado, tudo com o comprometimento de fundos públicos. Toda despesa pública deve ser precedida de autorização legislativa para que ganhe envergadura de legitimidade decorrente da vontade popular, expressão representativa da satisfatividade de interesses sociais relevantes, estabelecendo-se limites quantitativos e qualitativos.
7. O fundamento legal da realização da despesa pública deve se submeter ao crivo do cumprimento dos princípios jurídicos (financeiros e orçamentais) aplicáveis à espécie, sob pena de ilegalidade pela ausência de aderência no trato da gestão pública responsável, com subsunção a um rígido regime de prestação de contas pelo responsável da administração de bens e dinheiros públicos. O dever de prestar contas inclui os deveres de publicidade, transparência e postura colaborativa com os órgãos de controle externos.
8. A sustentabilidade financeira do ente estatal dependerá da observância desse arcabouço jurídico mínimo, balizador do equilíbrio financeiro e orçamental, posto que as demandas são infinitas, mas os recursos são limitados. Nessa parametrização, os objetivos de desenvolvimento sustentável do milênio devem corresponder a estratégia de atuação mundial, posto que fundados em políticas públicas globais de direitos humanos. De outra banda, em antítese, o endividamento dos Estados em desenvolvimento comprometem sua própria higidez financeira, com gastos crescentes nos serviços da dívida pública e em detrimento da realização plena de direitos fundamentais e investimentos na “máquina” pública.
9. Todos esses fatores de perspectivas de atuação surgem num novo ambiente de dialogismo da Administração Pública, impulsionador do exercício da consensualidade como meio alternativo de promoção da Justiça, num cenário não adversarial, em que a sujeição do particular pelos atos de império do Estado é substituída pela construção democrática dos atos administrativos. Essa sinergia de vontades, com necessidade de formalismos e ampla publicidade, possibilitará submissão dos acordos negociais celebrados sob o crivo do sistema de controle de conformidade jurídica plena, tanto pelos cidadãos, quanto pelos órgãos constitucionais legitimados para tal especial fim de agir.

10. Os instrumentos postos à disposição dessa nova onda do direito administrativo consensual foram destacados em nossa obra. A via heterocompositiva (extra)jurisdicional - de cultura contenciosa - tem a seu dispor novos mecanismos de composição das lides - de cultura consensual -, espalhada tanto na atuação administrativa ordinária, quanto nas relações de sujeição de controle. A demora na solução de problemas, o custo do processo demorado e sua razoável duração, e, ainda, a imposição unilateral do cumprimento de uma obrigação, vêm-se substituídas pela alternatividade de meios em celeridade, economicidade e consensualidade resolutivas, tudo decorrente de acordos negociais entre as partes envolvidas em litígios.
11. A concretude do interesse público coletivo é posto como ponto de vértice entre o Estado e o administrado, que assumem compromisso bilateral de alcançá-lo pela via mais adequada na produção maximizada de seus efeitos concretos. O que era ponto de tensão das partes torna-se ponto de convergência, com a possibilidade de preservação da integridade dos laços socioeconômicos entre comprometente e compromissários, expressão madura de uma sociedade baseada na solução pacífica de suas controvérsias.
12. A circunscrição dos litígios sociais - individuais e coletivos - passíveis de composição são a primeira marcha de identificação dos instrumentos adequados de solutividade de problemas.
13. Assim, as controvérsias podem ser compostas - alternativamente - pela via da autotutela, da autocomposição ou da heterocomposição. Na seara compositiva, a autotutela é forma excepcional de atividade administrativa vinculada, isto é, decorrente de lei, sem margem de escolhas pelo administrador.
14. A autocomposição pode ser realizada pela via da negociação, conciliação ou mediação, esta última diante da facilitação de um terceiro, podendo haver unilateralmente renúncia ou adesão à pretensão da outra parte (direitos disponíveis), ou ainda, bilateralmente transação (direitos disponíveis ou não), criando-se ambiente de satisfação mútua, facilitador do cumprimento espontâneo de deveres compromissados.
15. Por último, a heterocomposição pode advir pelo processo judicial (estatal) ou processo arbitral (por eleição das partes), aplicando-se-lhes todas as alternativas consensuadas no curso de seus procedimentos. Os métodos alternativos de resolução das controvérsias (arbitragem, negociação, conciliação e mediação) prescindem da deflagração de ação

judicializada (heterocompositiva), e podem ser eleitas como método alternativo de solução, inclusive no curso do processo arbitral.

16. Na seara da Administração Pública, a instrumentalidade metodológica será representada pela motivação da melhor adequação para solução da lide publicista, a demonstrar maior efetividade (aptidão maximizada dos resultados), economicidade (menor dispêndio de tempo e recursos materiais) e, por fim, qualitatividade (melhores frutos decorrentes da técnica utilizada).
17. Os mecanismos e técnicas de consensualidade também se espraiam como úteis para solutividade administrativa de problemas estatais em matéria de gestão pública, em especial para tomada de compromisso ao cumprimento das exigências legais em matéria de direitos difusos, individuais homogêneos e coletivos - todos núcleos duros da tomada de ajustamento de gestão -, observada a aplicação da cognição de adequação.
18. A cognição de adequação é representada pela identificação da melhor técnica ajustada para solução da controvérsia.
19. Os órgãos públicos legitimados à tutela dos direitos metaindividuais podem se valer diretamente das técnicas de resolução amigável de conflitos, com a celebração da tomada de compromisso ao cumprimento das exigências legais por meio de suas autoridades públicas constituídas. Aqui, a natureza jurídica do direito indisponível não é óbice para celebração negocial (transação), nem mesmo pela arbitragem quando envolvidos direitos patrimoniais, posto que tais direitos se põem como disponíveis sob a ótica instrumental (tempo, prazo, modo, lugar e forma), não submetidos à intervenção jurisdicional obrigatória para ver-se adimplidos.
20. Os direitos individuais homogêneos estão submetidos a possibilidade de cumprimento parcial pela tomada de compromisso, desde que demonstrada maior vantajosidade econômica aos seus titulares ou aquiescência expressa destes, considerada a probabilidade de êxito da ação judicial ou do processo arbitral, o tempo de duração até sentença de mérito e sua necessidade de exequibilidade por ação cumprimentória de curso forçado (jurisdicional).
21. A utilização da arbitragem pelos órgãos legitimados na preservação em matéria de direitos coletivos dependerá da eleição pelas partes por meio de termo de compromisso arbitral, sendo apta a produzir seus efeitos em direito ambiental, financeiro, orçamental,

- urbanístico, consumerista, dentre outros; ressalva-se, em regra, a impossibilidade da sigilosidade ou confidencialidade pelas regras publicistas brasileiras aplicáveis à espécie.
22. Os órgãos ministeriais brasileiros se apresentaram como protagonistas na segunda onda de acesso à Justiça, posto que, constitucionalmente, foram erigidos à legitimação universal à tutela de direitos e interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos.
 23. O fenômeno da democratização advindo na terceira onda de acesso à Justiça, estendeu a legitimação de atuação funcional dos órgãos ministeriais na seara extrajudicial, enquanto organismos de promoção da Justiça. Seus limites negociais estão adstritos à maximização e concretude plena dos direitos indisponíveis, sempre de forma planejada e concertada estrategicamente.
 24. Em que pese o pensamento *luhmanniano* de que a ideia de uma “organização ótima de decisão”, racionalizada sob aspecto político, permanecerá utópica tanto quanto seja a (re)orientação de seus requisitos na satisfação de processos decisórios, nossa obra “desagua” no termo de ajustamento de gestão representado como instrumento negocial extrajudicial de tomada de compromisso em cumprimento às exigências legais, tendo por objeto os direitos transindividuais, marcado como mecanismo dotado de efetividade, celeridade e meio eficaz na promoção direta e acesso à Justiça, realizados entre meios do direito-dever dos gastos públicos.
 25. A sua natureza jurídica se extrai dos negócios bilaterais de natureza híbrida que ensejam, submete-os à regência por princípios de direito privatístico e publicista, base informativa e de idoneidade instrumental na resolução definitiva da controvérsia pública em sede de controle externo administrativo de procedimentos despesistas.
 26. Sua celebração entre órgão público (compromitente) e interessados (compromissários) guardam observância aos planos de existência, validade e eficácia de negócios jurídicos bilaterais, sob pena de nulidade ou anulabilidade, conformando-os, ao fim, como título extrajudicial com força executiva (jurisdicional).
 27. Seu objeto tem como núcleo duro a preservação ou reparação de direitos metaindividuais de natureza difusa, homogênea individual ou coletiva, imputável como obrigação (extra)contratual ao compromissário público ou privado - que exerça atividades sociais de relevância pública -, devendo guardar correspondência à licitude, possibilidade material e determinabilidade prestacional pela via da realização dos gastos públicos.

28. A efetividade da tomada de ajustamento de gestão reside no encerramento imediato da prática do ato ilegal, servindo como estanque dos efeitos deletérios de condutas ilícitas, assumindo papel conformador prospectivo, sem elidir a possibilidade de imputação de responsabilidade administrativa pretérita pela prática do ilícito e deveres decorrentes de reparação do dano.
29. A atividade de persecução de interesses públicos tidos como direitos indisponíveis (metaindividuais), não inviabiliza a imediata proteção de direitos subjetivos deferidos aos cidadãos, sob pena de desvelar-se em indisponibilidade da própria atividade administrativa (impositiva e mecanicista), verdadeiro óbice de promoção da justiça em detrimento ao princípio da supremacia do interesse público, que deve pautar-se pelo encerramento de ações litigiosas da forma mais adequada.
30. Deste modo, a realização da concretude de direitos coletivos (indisponíveis) não pode ser tolhida na via de celebração negocial, em que se prime pela efetividade na preservação e reparação imediata de direitos transindividuais.
31. De toda sorte, resta defesa a celebração de transação de natureza híbrida que se baseie na “equiparação de concessões mútuas” indistintas em livre manifestação da vontade, considerando que os gestores públicos se submetem a um regime constitucional de dever funcional, indeclinável na proteção dos interesses públicos relevantes. O caráter sinalagmático do negócio jurídico possibilita sua pronta ação de execução jurisdicional, enquanto título com força executiva, na hipótese de eventual incumprimento pelo compromissário.
32. A celebração de negócios jurídicos de não persecução cível, penal e administrativa são instrumentos legítimos de tomada de compromisso de gestão pública pelas autoridades competentes, nos termos da neófito legislação brasileira (pacote anticrime). A seu turno, o regime jurídico administrativo é compatível ao ciclo de gestão pública ou privada com atividades sociais de interesse público, decorrendo, pela via da consensualidade, a possibilidade de estipulação de adimplemento de melhores políticas institucionais de resultado na seara despesista pública.
33. A lei de introdução às normas de direito brasileiro autorizou a tomada de compromisso por qualquer autoridade pública, legitimando-a a inaugurar um novo regime de negociação lastrado na consensualidade, com a solutividade jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com interesses públicos gerais, sendo defeso a desoneração de dever legal

ou condicionamento de exercício de direitos reconhecidos (fundamentais) por medida de orientação geral.

34. A multiorganicidade de órgãos dotados de legitimidade ativa no controle da Administração Pública demandam maior segurança e expressão ímpar do princípio da confiança na tomada de compromisso às exigências legais, vez que vertido a um regime de multiplicidade de instâncias controladoras - externas e internas - de seus atos administrativos, a atenuar a tensão psicológica inaugurada pela “teoria do direito administrativo do medo”, factível pelas possíveis plúrimas ações de responsabilização no futuro, cuja reparação do dano possa recair sobre o patrimônio pessoal do administrador público.
35. As impressões que apontam os caminhos para definir as melhores estratégias que levarão a resultados superiores, escoimados em dados empíricos e qualitativos da vantajosidade na aplicação do termo de ajustamento de gestão como instrumento de controle das despesas públicas, estão atrelados aos efetivos avanços de sua aplicação – ainda que, na atualidade, em pequena escala. As relações privatísticas por meio da celebração de acordos negociais, propiciaram, em certa medida, a criação de ambiente saudável na administração pública para resolutividade amigável de problemas.
36. Com a presente obra, deciframos – dogmaticamente – caminhos procedimentais a serem observados pelos agentes públicos e privados envolvidos na celebração do objeto negocial, que recaiam sobre uma multiplicidade de hipóteses de incidência em matéria despesista, a tornar possível a convergência de vontades para atingimento da eficiência nas atividades encetadas pela Administração Pública (executiva ou controladora).
37. Em que pese uma possível disputa entre a coerência do ato administrativo praticado, seus fundamentos e desígnios em prospecção, com o desenvolvimento de atos encadeados e ordenação de fatos destinados à edificação das vontades que “desaguarão” em decisão final da controvérsia, exigir-se-á uma transparência indispensável que disto provirá, a fim de se demonstrar a motivação de derrogação de “certas” regras jurídicas pela via do acordo negocial, seja para qualquer propósito que tenha sido erigido.
38. Se alcançarmos um estado de coisas aptos a promover profundas transformações na tomada de decisões pela Administração Pública, a ponto de “fincarmos” uma nova cultura do consenso como alternativa extravagante e concreta - no plano técnico -, em que não mais existam razões para utilização impositiva do poder de potestade unilateral, este

instrumento negocial pela via consensuada deve ser sempre preferida e visitada, afastando o gestor público da subserviência da (i)lógica mecanicista de aplicação do direito.

39. O mais elementar é que a instrumentalidade negocial se mantenha consistente no ordenamento jurídico, sem padrões desviantes ou instáveis na determinabilidade de escolhas, e sem a possibilidade de excludente do controle dos atos publicistas praticados, visando, no todo, à estabilização das relações jurídicas pela via alternativa do consenso administrativo.
40. Por fim, a pré-definição deste processo (auto)compositivo traz a segurança jurídica indispensável na sua aplicação, sendo um chamamento para representá-lo como solução idônea, célere e eficiente nos conflitos de interesses em que envolvam a Administração Pública, os seus órgãos de controle – internos e externos - e os seus administrados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges – *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – A dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar a restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. V 907 (2011).

ABELHA, Marcelo - *Ação civil pública e meio ambiente*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ADEODATO, João Maurício – *Ética e Retórica*. São Paulo: Saraiva, 2006.

AGUILLAR, Fernando Herren – *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal – *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 5.ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2015.

ALBRECHT, Sofia Mentz - A auto-regulação: exemplos internacionais. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.) - *Direito Regulatório: temas polêmicos*. 2.ª ed. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto – *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. 3.ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

ALESINA, Alberto; FAVERO, Carlo; GIAVAZZI, Francesco - *What do we know about the effects of Austerity?* [em linha]. 2018. Cambridge, MA: [s.n.]. [20.06.2020]. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w24246.pdf>.

ALEXY, Robert – *El Concepto y la Validez del Derecho y Otros Ensayos*. Barcelona: Gedisa, 1994.

_____. Formal principles: some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 12, N I (2014).

_____. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALFONSO, Luciano Parejo - *Eficacia y Administración: Tres Estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP y Boletín Oficial del Estado – BOE, 1995.

ALMEIDA, Francisco Carlos Ribeiro de – *Introdução à Auditoria*. Apostila do Curso de Formação AFCE-CE. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa/TCU, 2000.

ALMEIDA, Gregório Assagra de – *Direito material coletivo: superação da summa divisio clássica direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no Neoconstitucionalismo*. In ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas – *Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

_____. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins – *Ministério Público e a priorização da atuação preventiva: uma necessidade de mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito*. *MPMG Jurídico*. Belo Horizonte: Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. A 1, N 1 (2005).

ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; GONÇALVES, Samuel Alvarenga – *Audiência pública: um mecanismo constitucional de fortalecimento da legitimação social do Ministério Público*. *MPMG Jurídico*. Belo Horizonte: Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. A 1, N 5 (2006).

ALMEIDA, Mário Aroso de – *Manual de Processo Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2017.

ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes – *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2018.

ALTHEIM, Roberto – A atividade interpretativa e a imputação do dever de indenizar no direito civil brasileiro contemporâneo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. V 94. N 841 (2005), pp. 127-148.

ALVES, Léo da Silva – *Infração disciplinar e o dever de apurar* [em linha]. [16.09.2009]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/12273/infracao-disciplinar-o-dever-de-apurar>

ALVES, Rafael Francisco – A arbitrabilidade do direito ambiental: a questão da disponibilidade de direitos. In SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.) – *Processos Coletivos e Tutela Ambiental*. Santos: Editora Universitária Leopoldianem, 2006.

ALVES, Rafael Francisco; GABBAY, Daniela Monteiro; LEMES, Selma Ferreira - Projeto de pesquisa: Arbitragem e Poder Judiciário. Parceria institucional acadêmico-científica da Escola de Direito de São Paulo da FGV e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr). *Revista Brasileira de Arbitragem*. V 19 (2008).

AMARAL, Paulo Osternack - *Arbitragem e Poder Público: cabimento, aspectos processuais, incidente de suspensão e mandado de segurança*. 2010. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.

ANDRADE, Cesar Augusto Seijas de – *O controle do endividamento público e a autonomia dos entes da federação* [em linha]. 2012. Dissertação de Mestrado. São Paulo. Universidade de São Paulo. [28.05.2018]. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-06062013-141952/pt-br.php>.

ANDRADE, José Carlos Vieira de – *A Justiça Administrativa: Lições*. 11.^a ed., Coimbra: Edições Almedina, 2011.

_____. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2004.

ANDRADE, J. L. de - Os potenciais impactos da adoção dos comitês de resolução de disputas nos contratos da administração pública. *Revista Controle Doutrina e Artigos*. Fortaleza. V. 16. N 2 (2018).

ANDREWS, Neil – *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2009.

ANDRIGHI, Fátima Nancy – Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. *Revista de Arbitragem e Mediação*, A 3, N 9 (2006), pp. 13-21.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço – *A ciência jurídica administrativa: noções fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. *A teoria do acto e a justiça administrativa: o novo contrato natural*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

ANTUNES, Paulo Bessa – *Direito ambiental*. 4.^a ed. São Paulo: Lumen Juris, 2000.

_____. *Direito ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. [s.i.]. V 30 (2011).

AQUINO, José Carlos G. Xavier - *Juízes enxugam gelo ao sol de meio dia* [em linha]. (24.05.2019). Disponível em <http://www.migalhas.com.br/depeso/302831/juizes-enxugam-gelo-ao-sol-do-meio-dia>.

ARAGÃO, Alexandre Santos de – *Princípio da eficiência*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. V 830 (2012), pp. 553-559.

ARELLANO, Luís Felipe Vidal – *Teoria jurídica do crédito público e operações estruturadas: empréstimos públicos, securitizações, PPPs, garantias e outras operações estruturadas no direito financeiro*. São Paulo: Blucher Open Access, 2020.

AROSO LINHARES, J. M. - *Regras de experiência e liberdade objectiva do juízo de prova*. Boletim da FDUC. Coimbra: Coimbra Editora, Sup. 31, 1988.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Ação Civil Pública*. *Revista de Processo*. V 87 (1997).

ASSIS, Araken de – *Manual de Execução*. 18.^a ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

ÁVILA, Humberto – *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ÁVILA, Humberto Bergmann – *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, pp. 413-465.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de – *A arbitragem e do Direito do Consumidor*. Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BACELLAR, Roberto Portugal – A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. *Revista de Processo*. São Paulo. A 24. N 95 (1999).

BALEIRO, Aliomar – *Uma introdução à ciência das finanças*. 14.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio – *Curso de Direito Administrativo*. 33.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Angel – Los derechos de la personalidad. In MIGUEL, Juan Francisco Delgado de (Coord.) - *Instituciones de derecho privado – Personas*. Vol. II. Madrid: Thomson Civitas, 2003, t. I, N 4, V 10.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos - *A importação de modelos jurídicos. Temas de Direito Processual*. 8.^a série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Privatização do processo? *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*. V 19. N 74 (1994), pp. 126-137.

BARCELLOS, Ana Paula de - *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2.^a ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2008.

_____. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos – *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARROS, Laura Mendes Amando de – O que fazer quando o “Fiscalizador-Controlador” assume a Gestão Pública no Lugar do Gestor? O Acordo Administrativo “sitiado” e o Problema da Ineficiência e da Responsabilização na Administração pelo Ministério Público. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.) – *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos – *O Estado (in)transparente: limites do direito à informação socioambiental no Brasil*. 2008. 368 f. Tese de Doutorado em Desenvolvimento Sustentável, Política e Gestão Ambiental. Universidade de Brasília. Brasília.

BARROSO FILHO, Angerico Alves – Avaliação do Termo de Ajuste de Gestão como instrumento de controle consensual da Administração Pública [em linha]. *Constituição, Economia e Desenvolvimento. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba. V 6. N 11 (2014), pp. 391-415. [26.08.2019]. Disponível em <http://www.abdconst.com.br/revista12/avaliacaoAngerico.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de - O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2.ª ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2.ª ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2006.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Editora Renovar, 2006.

BAUMGARTEN, Maira - *Habermas e a Emancipação Rumo à Democracia Discursiva?* [em linha]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. [18.01.2017]. Disponível em <http://www.ufrgs.br/cedcis/habermas.pdf>.

BEDAQUE, José Carlos dos Santos – *Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo*. 4.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BELINETTI, Luiz Fernando – Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.) - *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Editora RT, 2005.

BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner, VOGEL, Hans-Jocher; HESSE, Konrad (Orgs.). – *Manual de derecho constitucional*. Tradução Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BENITEZ, Mariano López – *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales se sujeción*. Madrid: Civitas, 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos – A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In MILARÉ, Édis (coord.). *Ação Civil Pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BENTHAM, Jeremy - *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Trad. Luiz João Baraúna. 2.^a ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BERCOVICI, Gilberto – Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) – *Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERNANKE, Ben S.; HEFFETZ, Ori - *Principles of Macroeconomics*. 6.^a ed. New York: McGraw-Hill, 2014.

BERNARDES DE MELLO, Marcos – *Teoria do fato jurídico – Plano da validade*. 9.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria do fato jurídico: Plano da eficácia*. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Teoria do fato jurídico: Plano da existência*. 16.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BETTI, Emilio – *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.

BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1958.

BINENBJOM, Gustavo - A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. N 239 (2005), pp. 1-31.

_____. Poder de Polícia, Ordenação, Regulação. Transformações políticojurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. Um Novo Direito Administrativo para o Século XXI. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLACK, Julia – *Constitutionalising self-regulation, The Modern Law Review*. [s.i.]. London. V 59 (1996).

N 1, pp. 24-55. [16.12.2017]. Disponível para download em <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2230.1996.tb02064.x/pdf>.

BOBBIO, Norberto – Estado, Governo, Sociedade. Para uma Teoria Geral da Política. 13.^a ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. *Liberalismo e Democracia*. 6.^a ed. São Paulo: Brasiliense, 1998.

_____. *Presente e Futuro dos Direitos do Homem. A Era dos Direitos*. 11.^a ed., Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOCHENSKI, J. M., *A filosofia contemporânea ocidental* [em linha]. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. [s.i.]. Ed. Herter, 2008. [20.11.2017]. Disponível em www.consciencia.org/existencialismo-filosofia.

BONAVIDES, Paulo - *Curso de Direito Constitucional*. 31.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORDIN, Newton Antônio Pinto – Da viabilidade jurídica da utilização de termos de ajustamento de gestão (TAG) por Tribunais de Contas. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de – *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, pp. 389-403.

BORGAS, Nicolas – *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*. Paris: Dalloz, 2009.

BORJA, Rodrigo – *Enciclopedia de La Política*. 2.^a ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

BORJAS, Maria de la Luz Mijangos – *Conceptos generales del derecho financiero. Panorama de derecho mexicano – derecho financeiro*. In Chapoy Bonfaz; Beatriz Dolores (org.). México: Mc Graw Hill, 1997.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor. *Revista do Advogado*. São Paulo N 33 (1990).

BOUVIER, Michel; ESCLASSAN, Marie-Christine; LASSALE, Jean-Pierre – *Finances Publiques*. 8.^a ed. Paris: LGDJ-EJA, 2006.

BOY, Laurence - *Normes* [em linha]. [16.12.2017]. Disponível em <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/boy1.htm>.

BRAGA NETO, Adolfo - Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. In GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano - *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008.

BRECHT, Bertolt - *Vida de Galileu*. Lisboa: Portugália Editora, 1970.

BRITO, Wladimir – *Lições de direito processual administrativo*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari – *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon - *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* [em linha]. 1999. [28.06.2020]. The Collec ed. Indianapolis: LibertyFund Inc. Disponível em <http://oll.libertyfund.org/titles/buchanan-the-calculus-of-consent-logical-foundations-of-constitutional-democracy>.

BUCHANAN, James M.; WAGNER, Richard E. - *Fiscal responsibility in constitutional democracy* [em linha]. Vol. I (1978). Boston, MA: Springer US. [28.06.2020]. Disponível em: <http://link.springer.com/10.1007/978-1-4684-7125-0>.

BUCKNER, Carole J. – Due process in Class Arbitration. *Florida Law Review*. Flórida, N 58 (2006).

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares – O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BUENO, Cassio Scarpinella – As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos de uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*. São Paulo, V 82 (1996), pp. 92-151.

_____. Partes e Terceiros no processo civil brasileiro. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUGALHO, Nelson R. – Instrumentos de controle extraprocessual: aspectos relevantes do inquérito civil público, do compromisso de ajustamento de conduta e de recomendação em matéria de proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, V 37 (2005), pp. 96-112.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de - Sobre o Conceito de Norma e a Função dos Enunciados Empíricos na Argumentação Jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, N 43 (2003).

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. A 32. N 147 (2007).

CABRITA, Helena – A fundamentação de facto e de direito da decisão cível. Coimbra, Editora Coimbra, 2015.

CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010. São Paulo: RT, 2011.

CALADO, Luiz Roberto – Regulação e autorregulação do mercado financeiro: conceito, evolução e tendências num contexto de crise. São Paulo: Saint Paul, 2009.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank – *Droit de la consommation*. 9.^a ed. Paris: Dalloz, 2015.

CALAMANDREI, Piero – La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina. In CAPPELLETTI, Mauro - *(a cura di) Opere Giuridiche*. Vol. 1. Napoli: Morano, 1965.

_____. *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1943.

CALHEIROS, Clara - *A crítica aos direitos do homem. Notas à luz das Anarchical fallacies de Jeremy Bentham*. Livro Luso de Direito Natural dos Direitos Humanos. [18.11.2017]. Disponível em https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/47077/1/clara_calheiros_livro_luso_do%20direito%20natural%20aos%20direitos%20humanos.pdf.

_____. *Human rights: has the presente economic crisis proven Benthan was right*. Working Group, Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie / editors: Marcelo Galuppo, Mônica Sette Lopes, Lucas Gontijo, Karine Salgado, Thomas Bustamanete. Belo Horizonte: Initia Via, 2015, pp. 1762-1772.

_____. *Para uma Teoria da Prova*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

CALIMAN, Geraldo (org.) – *Cátedras UNESCO e os Desafios dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Cátedra UNESCO de Juventude, Educação e Sociedade. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2019.

CALMON DE PASSOS, J. J. - Democracia, participação e processo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988.

CALMON, Petrônio – *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAMMAROSANO, Marcio – O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana - A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle [em linha]. *Revista de Direito*. Viçosa. V 09. N 01 (2017), pp. 189-216. [03.09.2019]. Disponível em

<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/252703892017090107/pdf>.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo – *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2.^a ed., Salvador: JusPodivm, 2019.

CANÁRIO, Pedro - *Novo Regime Fiscal: Para consultores legislativos do Senado, teto dos gastos públicos não é suficiente* [em linha]. 2016. CONJUR. [08.11.2016]. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-nov-08/consultores-senado-teto-gastos-publicos-nao-suficiente>.

CANARIS, Claus-Wilhelm - *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução Antonio Menezes Cordeiro. 2.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkain, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes - “Brançosos” e a interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *CRP – Constituição Portuguesa Anotada*. Vol. I. 1.^a ed. brasileira, 4.^a ed. Portuguesa, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim – *Problemas estão na ruas, não na Constituição* [em linha]. CONJUR. [29.01.2019]. (10.08.2017). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/20anos/2017-ago-10/jose-joaquim-canotilho-problemas-estao-nas-ruas-nao>.

CAPPELI, Silvia (Coord.) – *Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento* [em linha]. Instituto O Direito por um planeta Verde [Projeto]. [s.i.]. [20.06.2019]. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/projetos/arquivo_081213_6910.pdf.

CAPPELLETTI, Mauro - *Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil*. *Revista de Processo*. A 2. N 5 (1977).

CAPPELLETTI, Mauro – Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Repro*. São Paulo. V 74 (1994), pp. 82-97.

_____. Tutela dos interesses difusos. Tradução Tupinambá Pinto de Azevedo. *Revista AJURIS*. N 33 (1985), pp. 169-182.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant – *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARA, Juan Carlos Gavara de – Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

CARBONE, Celia Opice – *Seguridade Social no Brasil: ficção ou realidade?* São Paulo: Atlas, 1994.

CARDOZO, José Eduardo – O acesso à justiça no Brasil: desafios e perspectivas. Manual de boas práticas de acesso à justiça – Mercosul e Estados associados. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, 2012.

CARMO, Rui do (coord.) - *Linguagem, argumentação e decisão judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto – *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARNEIRO NETO, Durval – Os conselhos de fiscalização profissional: uma trajetória em busca de sua identidade jurídica. In MODESTO, Paulo (Org). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. 2.^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. A proteção dos Direitos Difusos através do Compromisso de Ajustamento de Conduta previsto na Lei que disciplina a Ação Civil Pública (Lei n. ° 7.347/85 – artigo 5º, parágrafo 6º). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estado do Rio de Janeiro*. N 1 (1993).

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro – *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2.^a ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNEIRO, Ricardo; MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves - *Gestão pública no século XXI: as reformas pendentes [em linha]*. In FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ - *A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: desenvolvimento, Estado e políticas de saúde*. Rio de Janeiro:

Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. V 1 (2013), pp. 135-194. [24.08.2019]. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/895sg/pdf/noronha-9788581100159-06.pdf>.

CARNELUTTI, Francesco - *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução Santiago Sentis Melendo. 5.^a ed., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

_____. Mettere in pubblico ministero al suo posto. *Rivista di Diritto Processuale*. Direção Francesco Carnelutti; Pietro Calamandrei. Padova, CEDAM, 1953, v. VIII.

_____. Sistema del diritto processuale civile. Padova: Cedam, 1936.

_____. *Teoria generale del diritto*. 3.^a ed Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1951, n. 67.

CARRAZZA, Roque Antonio – *Curso de direito constitucional tributário*. 24.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CARRIÓ, Genaro - *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos – *Ação Civil Pública*. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

CARVALHO SANTOS, José de – *Ação civil pública: comentários por artigos*. 8.^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2011.

CASTRO MENDES, João de – *Direito civil: teoria geral*. Lisboa: Associação Acadêmica de Lisboa, 1979, V 3.

CASTRO NUNES, José de – *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.

CATARINO, João Ricardo – O Orçamento da União Europeia. In CATARINO, João Ricardo e TAVARES, José F. F. (Coord.) – *Finanças Públicas da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 109-148.

CATTONI, Marcelo (Coord.) – *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho – Controle Externo da Gestão Pública: a fiscalização pelo legislativo e pelos Tribunais de Contas – teoria e jurisprudência. Niterói: Impetus, 2007.

CHEKER, Monique – Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIAVENATO, Idalberto – *Teoria Geral da administração*. São Paulo: McGraw-Hill, 1979.

CHIOVENDA, Giuseppe – *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
_____. *Istituzione di diritto processuale civile*. Vol. I. 2.^a ed. Napoli: Mezzocannone, 1935.

CIALDINI, Robert. B. – *As Armas da Persuasão – Como influenciar e não se deixar influenciar*. Tradução Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel – *Teoria Geral do Processo*. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CLAMOUR, Guylain – *Intérêt General et concurrence: essai sur La pérennité du droit public en économie de marche*. Paris: Dalloz, 2006.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele - *Lezioni sul processo civile: II. Procedimenti speciali, cautelari ed esecutivi*. 5.^a ed., Bolonha: Mulino, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder – *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONTI, José Maurício – Supremo gera polêmica ao decidir sobre julgamento de contas de prefeitos [em linha]. *Conjur*. (23.08.2016). [13.07.2018]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-23/contas-vista-stf-gera-polemica-decidir-julgamento-contas-prefeitos>.

CORDEIRO, Antonio Menezes - *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015.

CORTÊS, António - *Jurisprudência dos princípios*. Coimbra, Universidade Católica Editora, 2010.

COSTA, Deborah Regina Lambach Ferreira da - A importância de diferentes olhares (escuta ativa) na mediação familiar: a interdisciplinaridade [em linha]. *Revista Veras*. São Paulo. V 5. N 1 (2005), pp. 37-44. (20.05.2018). Disponível em: <http://site.veracruz.edu.br/instituto/revistaveras/index.php/revistaveras/article/view/202/140>.

COSTA, Gilberto Azevedo de Moraes – *Arras* [em linha]. 2018. 171 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. [13.08.2018]. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/21722>.

COSTA, Paulo Nogueira da – *O Tribunal de Contas e a boa governança – Contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

COSTA, Susana Henriques da – *Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular* (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COZIC, M. - *Confirmation et induction, in Précis de Philosophie des Sciences*. In BARBEROUSSE, Anouk [et al.]. Paris: Vuibert, 2011, pp. 62-99.

CRETELLA JUNIOR, José – *Curso de Direito Administrativo*. 18.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
_____. Prerrogativas e sujeições da administração pública [em linha]. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, V 103 (1971), pp. 16-32. [18.06.2016]. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/35280>.

DAMÁSIO, Antonio R. – *E o cérebro criou o homem*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DE MIO, Geisa Paganini [et al.] – O inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta para resolução de conflitos ambientais. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo. V 39 (2005), pp. 92-102.

DECOMAIN, Pedro Roberto – *Tribunais de Contas do Brasil*. São Paulo: Dialética, 2006.

DELPINO, Luigi; GIUDICE, Frederico del – *Diritto Amministrativo*. 25.^a ed. Napoli: Simone, 2008.

DEMARCHI, Juliana – Técnicas de Conciliação e Mediação. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano - *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008.

DEODATO, Carlo – La transazione. In SANDULLI, Maria Alessandra [et al.] (Dir.) - *Trattato sui contratti pubblici – Il contenzioso*. Milano: Giuffrè, 2008, v. VI.

DERUELLE, P. Christine; ROESCH, Robert Clayton - *Gaming the Rigged Class Arbitration Game: How We Got Here and Where We Go Now – Part II* [em linha]. [s.i.] (31.01.2019). Disponível em <https://ccbjournal.com/articles/gaming-rigged-class-arbitration-game-how-we-got-here-and-where-we-go-now-part-ii/>.

_____. *Gaming the Rigged Class Arbitration Game: How We Got Here and Where We Go Now – Part I* [em linha]. [s.i.] (31.01.2019). Disponível em <https://ccbjournal.com/articles/gaming-rigged-class-arbitration-game-how-we-got-here-and-where-we-go-now-part-i/>.

DESCARTES, René - *Teoria do conhecimento* [em linha]. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora [18.01.2017]. Disponível em <http://teoriadoconhecimentoii.blogspot.com.br/2010/04/rene-descartes-e-o-discurso-do-metodo.html>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – *Direito Administrativo*. 22.^a ed., São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Emerson de Paulo – Conceitos de gestão e administração: uma revisão crítica [em linha]. *Revista Eletrônica de Administração*. FACEF. V 1 (2002), pp. 1-12. [24.07.2019]. Disponível em: https://educacao.mppr.mp.br/arquivos/File/gestao_democratica/kit3/conceitos_de_gestao_e_administracao.pdf.

DIAS, Marta João – A fundamentação do juízo probatório. Breves considerações [em linha]. *Julgar*. N 13 (2015). Coimbra: Coimbra Editora. [19.01.2017]. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/10/175-199-Fundamentação-ju%C3%ADzo-probatório.pdf>

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes – *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 4. Processo Coletivo. 14.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIEMER, Mary S. - *Utah to Allow Class Action Waivers in Consumer Credit Agreements* [em linha]. [29.01.2019]. Disponível em <http://www.nelsonmullins.com/news/nelson-mullins-articles-speeches>.

DIEZ, Manuel María – *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Omeba, 1963.

DINAMARCO, Candido Rangel – *A instrumentalidade do processo*. 12.^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Vol. II. 5.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 3. 6.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. Porto Alegre, Nota dez. *Revista Jurídica*. N 290 (2001), pp. 5-15.

_____. Universalizar a Tutela Jurisdicional – Fundamentos do Processo Civil Moderno. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Marcia – Cabimento da ação rescisória ou anulatória. *Repro*. São Paulo. V 128 (2005), pp. 293-301.

DINAMARCO, Pedro Silva – *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUNHAM, Edward Wood - The Arbitration Clause as Class Action Shield. *Franchise Law Journal*. [s.i.] N 16 (1997).

DUROZOI, Gérard; ROUSSEL, André - *Dicionário de Filosofia*. Porto: Porto Editora, 2000.

DWORKIN, Ronald - *Uma questão de princípio*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia – Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial: Derecho comunitario europeo y processo contencioso-administrativo español. 3.ª ed. Madrid: Civitas, 2006.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón – *Curso de derecho administrativo*. Vol. 1. 15.ª ed. Madrid: Civitas, 2011.

_____. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

ERTEL, Danny; GORDON, Mark Gordon – *Negociação: desenvolvendo novas habilidades e abordagens para obtenção de resultados práticos e duradouros*. São Paulo: MBooks do Brasil Editora Ltda, 2009.

ESTEVES, Cristina Campos – *Negociações produtivas: análise no âmbito dos processos de compromisso de cessação da legislação antitruste sob o prisma da Lei n. 12.529, de 2011. A nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira. A nova Lei do CADE. Publicações da Escola da Advocacia Geral da União*. Brasília. N. 19 (2012).

ESTORNINHO, Maria João – *A fuga para o direito privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*. N 23 (2009), pp. 7-32.

FARIA, José Eduardo – *O direito na sociedade globalizada*. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

FARIAS, José Fernando de Castro – *A Teoria do Estado no Fim do Século XIX e no Início do Século XX: os Enunciados de León Duguit e de Maurice Hauriou*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

FELDENS, Guilherme de Oliveira - Equilíbrio reflexivo: fusão entre interesse individual e comunitário na teoria da justiça como equidade [em linha]. *Theoria. Revista Eletrônica de Filosofia*. Pouso Alegre. V 4. N 10 (2012). [19.12.2017]. Disponível em: www.theoria.com.br/edicao10/equilibrio_reflexivo.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby – *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FERNANDES, Rodrigo – *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2008.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo – *Curso de derecho administrativo*. Vol. I. 9.ª ed., 1999.

FERRARESI, Eurico - *Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery - *Controle Social das Instituições Democráticas*. Belo Horizonte. *Interesse Público*. A 14, N 73 (2012).

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY JUNIOR, Nelson - *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ, Luciano – *Controle e Consensualidade: fundamentos para controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e acordos afins)*, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. *Novos Rumos para o Controle da Administração Pública*. 2003. Tese de doutoramento. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte.

_____. Poder de coerção e poder de sanção dos tribunais de contas – competência normativa e devido processo legal. *Revista Fórum Administrativo*. Belo Horizonte. V 14 (2002), pp. 437-440.

FERRAZ, Sergio; DALLARI, Adilson – *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves - O poder e seu controle. *Revista de Informação Legislativa*. [s.i.] V 21 (1984).

FERREIRA, Adelino - *Kant e a Revolução Copernicana do Conhecimento: Uma Introdução* [em linha]. São João Del Rei: Universidade Federal de São João Del Rei. [18.01.2017]. Disponível em

http://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/existenciaearte/Kant_e_a_Revolucao_Copernicana_do_Conhecimento_-_uma_Introducao.pdf

FERREIRA, Eduardo P. [et al.] – *Um Tratado que não serve a União Europeia*. Lisboa: Instituto Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

FERREIRA, Mário – *Negociação: como funciona o método de Havard* [em linha]. [19.03.2009]. (18.07.2018). Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/negociacao-o-metodo-de-harvard>.

FERRER, Jordi - *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FIELD, Richard; KAPLAN, Benjamin; CLERMONT, Kevin M. - *Materials for a Basic Course in Civil Procedure*. 7.^a ed. Westbury: The Foundation Press, Inc., 1997.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias – *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 1999.

FINK, Daniel Roberto – Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In MILARÉ, Edis (Coord.) – *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985: 15 anos*. 2.^a ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FISCHER, Robert; URY, William; PATTON, Bruce – *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2.^a ed., Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FISS, Owen – *Contra o acordo. Um novo processo civil*. Tradução de Carlos Alberto Salles. São Paulo: RT, 2004.

_____. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.

FISS, Owen; RESNIK, Judith – *Adjudication and its alternatives: An Introduction to Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.

FONROUGE, Carlos M. Giuliani – *Derecho Financiero*. Vol. I. 6.^a ed. Buenos Aires: Depalma, 1997.

FONSECA, Isabel Celeste M. - *Direito da Organização Administrativa: Roteiro Prático (Manuais universitários)*. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. A arbitragem e o direito de acesso aos tribunais: suspeitas de colisão. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. A justiça administrativa dos contratos da administração: da (ainda) Ária de inútil precaução. [s.i.]: *Scientia Iuridica*, 2001, pp. 83-97.

_____. Código do procedimento administrativo e legislação complementar. Braga: ELSA Uminho, 2015.

_____. *Direito administrativo: roteiro teórico-prático*. Vol. I. Com colaboração de PINTO, João Vilas Boas. Braga: ELSA Uminho, 2019.

_____. *Direito administrativo: roteiro teórico-prático*. Vol. II. Com colaboração de PINTO, João Vilas Boas. Braga: ELSA Uminho, 2019.

_____. Direito da contratação pública: uma introdução em dez aulas. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

_____. Direito Processual Administrativo: roteiro prático. Porto: Almeida & Leitão, 2008.

_____. Do novo contencioso administrativo e do direito à justiça em prazo razoável. In OLIVEIRA, António Candido de – *Estudos em comemoração do 10º aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 339-383.

_____. Processo temporalmente justo e urgência: contributo para a autonomização da categoria da tutela jurisdicional de urgência na justiça administrativa. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

FRANÇA, Vladimir da Rocha - Notas sobre a função administrativa. *Revista Trimestral de Direito Público (RTDP)*. São Paulo. N 38 (2002).

Francisco Carlos Ribeiro de - A renúncia de receita como fonte alternativa de recursos orçamentários. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, V 32, N 88 (2001).

FRANCISCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira – *Controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FRANCO, Antônio Luciano de Souza – *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. Vol. I. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2002.

FRANGETTO, Flavia Witkowski. *Arbitragem Ambiental: Solução de conflitos (restrita) ao âmbito (inter)nacional?* Campinas: Millennium, 2006.

FREITAS, Juarez – Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Ministério Público de Contas: Parquet Especial, Autonomia e o princípio irrenunciável e indisponível da independência funcional (Parecer). Porto Alegre, 2009.

_____. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3.^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Maria Almeida Passos de - Conciliação, execução e efetividade nas ações civis públicas. In MILARÉ, Édís (Org.) - *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca – Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. O controle de legitimidade do gasto público. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte. A 5, N 54 (2006). [03.03.2019]. Disponível a partir de <http://www.editoraforum.com.br>.

GABBAY, Daniela Monteiro – Negociação. In PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.) - *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GALANTER, Marc – Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*. N 66 (1989).

GARCES, Ariel; SILVEIRA, José Paulo – Gestão pública orientada para resultados no Brasil. *Revista de Serviço Público*. A 53. N 4 (2002), pp. 53-77.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira -. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e as novas perspectivas do desenvolvimento sustentável pela Organização das Nações Unidas. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, N 35 (2016), Vol. esp., pp. 192-206.

GARCIA, Emerson – Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. 6.^a ed., São Paulo: Saraivajur, 2017.

GARCÍA, José Pascual - Régimen Jurídico del Gasto Público – presupuestación, ejecución y control. 4.^a ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2005.

GARCIA, Maria – Os poderes do mandato e o recall. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, [s.i.]. A 13 (2005).

GARCIA, Simone Ribeiro; MARTINS, Francisco - Lógica conversacional e técnica psicanalítica [em linha]. *Revista Ágora*. V. N 2 (2002), pp. 249-270. (14.05.2019). Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/agora/v5n2/v5n2a04.pdf>.

GASPARINI, Diógenes – *Direito Administrativo*. 12.^a ed., São Paulo: Atlas, 2007.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral – A Tutela Coletiva do Século XXI e sua inserção no paradigma jurídico emergente. In MILARÉ, Édis (Coord.) – *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Técnicas Extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Tutela coletiva: visão geral e atuação extrajudicial*. Manual de Atuação. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), 2006.

GHESTIN, Jacques – *Traité de droit civil – Les obligations le contrat*. Paris: LGDJ, 1980.

GIACOMONI, James – *Orçamento Público*. 13.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GIAMBIAGI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia - *Finanças Públicas: Teoria e Prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GIANNINI, Massimo Severo – *Diritto Amministrativo*. Vol. 2. 2.^a ed. Milano: Giuffrè, 1988.

GIDI, Antonio – Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.

GOÉS, Carlos (Org.) – *Dados e gráficos sobre a dívida pública federal*. Brasil. 2015. Instituto Mercado Popular. [28.06.2020]. Disponível para *download* em <https://mercadopopular.org/wp-content/uploads/2015/10/IMP-Base-de-Dados-Juros-da-Divida.xlsx>.

GOMES, Emerson Cesar da Silva – *O Direito dos Gastos Públicos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2015.

GOMES, Orlando – *Contrato de Adesão: Condições Gerais dos Contratos*. São Paulo: RT, 1972.

_____. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Eduardo Damião. Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião. *Revista de processo*. V 136 (2006).

_____. *Arbitrabilidade objetiva*. 2008. Tese de Doutorado. São Paulo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

GONÇALVES, Pedro – Direito administrativo da regulação. In Miranda, Jorge (Coord.) - *Estudos em Homenagem do Professor Doutor Marcello Caetano: no Centenário do seu nascimento*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

GORDILLO, Agustin – *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. 11.ª ed. Buenos Aires: FdAm, 2013, p. VI-28.

GOULART, Marcelo Pedroso – *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

GOULART, Marcelo Pedroso – Princípios institucionais do Ministério Público: a necessária revisão conceitual da unidade institucional e da independência funcional. Livro de Teses do XVII Congresso Nacional do Ministério Público: os novos desafios do Ministério Público. Salvador: CONAMP, 2007.

GRELLA VIEIRA, Fernando - A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In MILARÉ, Edis - *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos e a posição do Ministério Público. *Justitia*. São Paulo. N 55. V 161 (1993), pp. 40-53.

_____. A transação nos interesses difusos e coletivos. In MILARÉ, Édis (Coord.) - *Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985: 15 anos*. 2.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini – A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo - *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988.

_____. Ajustamento de conduta e defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*. Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. São Paulo. V 16. N 1 (2009), pp. 187-197.

_____. Introdução. In GRINOVER, Ada Pellegrini; GONÇALVES, Eduardo Damião – Conferência sobre arbitragem na tutela dos interesses difusos e coletivos. *Revista de processo*. São Paulo: V 136 (2006).

_____. Novas tendências em matérias de ações coletivas nos países de civil law. In WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Org.) – *Doutrinas essenciais: processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2011, v. IX.

_____. Os fundamentos da justiça conciliativa. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho – *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Legitimidade Ativa e Representatividade na Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro, GZ Editora, 2012.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de – Art. 26 da LINDB: Novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública [em linha]. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB – Lei 13.655/2018), pp. 135-169, nov. 2018. [04.08.2019]. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77653/74316>.

HAACK, Susan - Legal Probabilism: An Epistemological Dissent. *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*. New York: Cambridge University Press, 2014, pp. 47-77.

HABER, Stephen (ed.) - *Crony capitalism and economic growth in Latin America: theory and evidence*. Stanford: Hoover Institution Press, 2002.

HÄBERLE, Peter – *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

_____. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 1.^a ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

HABERMAS, Jürgen – *Técnica e Ciência como “Ideologia”*. Biblioteca de Filosofia Contemporânea, Lisboa: Ed. 70, 1993.

HACKING, Ian - *The Emergence of Probability*. Cambridge: Cambridge University, 1975.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James – *The Federalist*. Indianapolis: Gideon Edition, 2001.

HANOTIAU, Bernard. A New Development in Complex Multiparty-Multicontract Proceedings: Classwide Arbitration. *Arbitration International. London Court of International Arbitration*. V 20. N 1 (2004).

HANS, Kelsen – *Esencia y Valor de la democracia*. Trad. Rafael Luengo Tapia y Luís Legaz y Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1934.

HANS, Kelsen – *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HART, Herbert L. - *O conceito de Direito*. 5.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

HAURIOU, Maurice – *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*. 11.ª ed. Bordeaux: Imprimerie Cadout, 1927.

HAZARD JR, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele – *American Civil Procedure: An Introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

HENRIQUES, Élcio Fiori – *Os Benefícios Fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário: o gasto tributário no direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

HERRARTE, Iñaki Lasagabaster - *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas, 1994.

HESPANHA – *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.

HESSE, Konrad - *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HIGHTON, Elena; ÁLVAREZ; Gladys S. – *Mediación para resolver conflictos*. 2.ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.

JACKSON, John - Managing Uncertainty and finality: the function of the criminal trial in legal inquiry. In POPPER, K. - Conjecturas e refutações. Trad. Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2003.

JAYME, Fernando G. – *Tribunal Constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JORGE NETO, Nagibe de Melo – *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Salvador: Podivm, 2008.

JUNQUILHO, Gelson Silva - Gestão e ação gerencial nas organizações contemporâneas: para além do “folclore” e o “fato” [em linha]. *Gestão & Produção*. V 8. N 3 (2001), pp. 304-318. [24.08.2019].

Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/gp/v8n3/v8n3a07.pdf>.

JUSTEN FILHO, Marçal – A indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos subjetivos da administração pública. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de – *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, pp. 35-62.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANE, Mary Kay. *Civil Procedure in a Nutshell*. 4.^a ed. St. Paul: West Publishing Company, 1996.

KELSEN, Hans – *Teoria Pura do Direito*. Trad. Baptista Machado. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2008.

LAPATZA, José Juan Ferreiro – *Derecho Financiero*. vol. I. Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas y Sociales, 2004.

LARENZ, Karl - *Metodologia da Ciência Jurídica*. 3.^a ed. reimp. Lisboa: Edições Gulbenkian, 2009.

LE GAC-PECH, Sophie – *La proportionnalité en droit prive des contrats*. Paris: LGDJ, 2000.

LEAL, Rogério Gesta – O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In SARLET, Ingo (Org.) - *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEMES, Selma Ferreira – *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias – *Meio Ambiente e Responsabilidade Civil do Proprietário: análise do nexos causal*. São Paulo: RT, 2008.

LEMPEREUR, Alain Pekar; COLSON, Aurélien Colson; DUZERT, Yann – *Métodos de Negociação*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

LENZA, Pedro – *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros – *Manual do Processo Coletivo*. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEWICKI, Roy L; SAUNDERS, David M; MINTON, John W. – *Fundamentos da negociação*. Tradução de Raquel Macagnan Silva. 2.^a ed. Porto Alegre: Bookman, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Bernardo - *A arbitrabilidade do Dano Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2010.

LIMA, Paulo César Vicente de – O Ministério Público como instituição do desenvolvimento sustentável: reflexões a partir de experiências na bacia do Rio São Francisco [em linha]. 2008. Dissertação de Mestrado em Desenvolvimento Social. Universidade Estadual de Montes Claros. (06.11.2019). Disponível em <http://www.posgraduacao.unimontes.br/uploads/sites/20/2019/06/PAULO-CESAR-VICENTE-DE-LIMA.pdf>.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro – *Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013.

LINDESAY, Paulo – *O custo da dívida pública para o Estado Brasileiro, com ou sem pandemia de Covid-19* [em linha]. 2020. Rio de Janeiro. [28.06.2020]. (11.05.2020). Disponível em: <https://auditoriacidada.org.br/nucleo/o-custo-da-divida-publica-para-o-estado-brasileiro-com-ou-sem-pandemia-de-covid-19-por-paulo-lindesay/>.

LISBOA, Senise Roberto – A livre iniciativa e os direitos do consumidor. In SIMÃO FILHO, Adalberto; DE LUCCA, Newton (Coord.) - *Direito empresarial contemporâneo*. 2.^a ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LLAMOSAS, Esteban F. – *Un Teólogo al Servicio de La Corona: Las ideas de Daniel Concina em la Córdoba, del siglo XVIII* [em linha]. Logroño: Universidad de La Rioja. [18.01.2017]. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2388788.pdf>.

LÔBO, Paulo Luiz Netto – *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva: 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais*. Teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes – Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social. Uma sugestão de integração. 2006. Dissertação ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu. São Paulo. Faculdade de Direito da Universidade São Paulo.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. A resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: Origem, Objetivos, Parâmetros e Diretrizes para a Implantação Concreta. In PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.) - *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LUHMANN, Niklas - *Legitimação pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUMIA, Giuseppe – *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. 3.^a ed. Milano: Giuffrè, 1981.

MACHADO, Antônio Alberto – *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme - *Direito ambiental brasileiro*. 24.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MADURO, Miguel Poiares - A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Principia, 2006.

MAGALHÃES, Carla Sofia Dantas – *Regime Jurídico da Despesa Pública: do direito da despesa ao direito à despesa*. 2011. Dissertação de Mestrado em Direito. Escola de Direito, Universidade do Minho, Braga, Portugal.

MALHOTRA, Deepak; BAZERMAN, Max H. – *O gênio da negociação: as melhores estratégias para superar os obstáculos e alcançar excelentes resultados*. Tradução Natalie Gehardt. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Rocco, 2009.

MALUF, Carlos Alberto Dabus – *A Transação no Direito Civil e no Processo Civil*. 2.^a ed. São Paulo, 1999.

MANCUSO, Rodolfo – *Interesses difusos: conceito e legitimação de agir*. 8.^a ed. São Paulo: Editora RT, 2013.

_____. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. V 820 (2004).

_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Ação Civil Pública*. 14.^a ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

MANOEL, Alexandre – Problema fiscal no Brasil é gasto demais ou receita de menos? [em linha]. *Valor Econômico*. [21.09.2020]. (21.09.2020). Disponível em <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/problema-fiscal-no-brasil-e-gasto-demais-ou-receita-de-menos.ghtml>.

MARINELA, Fernanda – *Direito Administrativo*. 5.^a ed., Niterói: Impetus, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz – *Curso de Processo Civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo – *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes*. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador. N 4 (2005), pp. 1-21. [19.12.2017]. Disponível para *download* em http://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/03/redae-4-novembro-2005-floriano_azevedo.pdf.

_____. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte. V 9 (2011). N 33, pp. 79-94.

_____. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARQUES, Claudia Lima – *Contratos no Código de Defesa do Consumidor o novo regime das relações contratuais*. 8.^a ed. São Paulo: Editora RT, 2016.

MARQUES, J. P. Remédio – *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*. Coimbra: Coimbra Editores, 2007.

MARTÍNEZ, Augusto Dúran – Derecho al acceso a la información pública em el Uruguay. In Rafael Valin [et al.] (Coord.) - *Acesso à Informação Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARTINS, Fernando Barbalho - Do Direito à Democracia: Neoconstitucionalismo, Princípio Democrático e a Crise no Sistema Representativo. 1.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MARTINS, Pedro A. Batista - *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008

MARTINS, Sergio Pinto – *Direito da Seguridade Social*. 11.^a ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith – Reflexões sobre o princípio da função social do contrato. *Revista de Direito Getúlio Vargas*. São Paulo. V 1. N 1 (2005).

MATIAS-PEREIRA, José - Administração pública comparada: uma avaliação das reformas administrativas do Brasil, EUA e União Européia [em linha]. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro. V 42. N 1 (2008). [29.07.2019]. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122008000100004.

MATTOS NETO, Antonio José de - Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei da Arbitragem. *Revista de processo*. São Paulo: V 122 (2005).

MÁXIMO, Welton – *Divida pública pode alcançar até R\$ 4,75 trilhões em 2020* [em linha]. 2020. [28.06.2020]. (28.01.2020). Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-01/divida-publica-pode-alcancar-ate-r-475-trilhoes-em-2020>.

MAYER, Otto – *Derecho administrativo alemán*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1947.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean – *Leçons de droit civil*. Paris: Montchrestien, 1968, v. 2, t. III.

MAZIEIRO, Otávio Ribeiro Lima – Consensualidade no combate à corrupção: pluralidade de agentes legitimados e necessidade de adequação institucional. In OLIVEIRA, Gustavo Justino de – *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, pp. 271-289.

MAZZILLI, Hugo Nigro – *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 30.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
_____. Compromisso de ajustamento de conduta: Análise à luz do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE,

Kazuo - *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

_____. Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, V 41 (2011), pp. 93-110.

_____. *Inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. O acesso à Justiça e o Ministério Público. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. V. 638 (1988), pp. 241-249.

_____. O Ministério Público e a jurisdição voluntária. *Revista de Processo*. São Paulo. N 48. V. 287 (1987).

MEDAUAR, Odete – *Direito Administrativo Moderno*. 12.^a ed. São Paulo: Editora RT, 2008.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes – *Direito Administrativo brasileiro*. 42.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLADO, Luis Miguel Téllez – *Gestión de Control Público*. Santiago: Puntotex, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de – *Curso de Direito Administrativo*. 30.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MELLO, Marcílio Barenco Corrêa de – *A precedência do custeio na implementação de políticas públicas sob a tutela dos direitos fundamentais do cidadão* [em linha]. 2013. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Alagoas, Brasil. [10.08.2019]. Disponível em <http://www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/1272/1/A%20proced%3%aancia%20do%20custeio%20na%20implementa%3%a7%3%a3o%20de%20pol%3%adicas%20p%3%abablicas%20sob%20a%20tutela%20dos%20direitos%20fundamentais%20do%20cidad%3%a3o.pdf>.

MELLO, Marcílio Barenco Corrêa de; SALGUEIRO, Gabriel – A Disruptura arrecadadora do erário: a concessão (in)discriminada de benefícios fiscais [em linha]. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*. Belo Horizonte. V. 38. N 2, p. 12-29, jul.-dez.2020. [31.12.2020]. Disponível em: <https://revista.tce.mg.gov.br/revista/index.php/TCEMG/article/download/464/468>.

MELO, Arnaldo Sousa – *A Organização dos mesteres do Porto em tempos manuelinos: entre permanências e mudanças*. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Marques. Vol. I. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2006.

MELO, João Osório - *Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA* [em linha]. CONJUR. (20.06.2019). Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>.

MELO, José Eduardo Soares de – *Contribuições sociais no sistema tributário*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro - *Ações coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo - *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivo*. São Paulo: RT, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira - *Controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais: o caso do TCU e do CNJ* [em linha]. CONJUR. (25.08.2019). [06.10.2018]. Disponível em linha em https://www.conjur.com.br/2018-out-06/observatorio-constitucional-controle-constitucionalidade-orgaos-nao-jurisdicionais#_ftn2.

_____. *Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil* [em linha]. Pronunciamento. Supremo Tribunal Federal. Brasília. (13.05.2019). Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalstfinternacional/portalstfagenda_pt_br/anexo/homenagem_a_peter_haberle_pronunciamento_3_1.pdf.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo; MEROI, Andrea A. - *Procesos Colectivos: recepción y problemas*. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António – *Tratado de Direito Civil Português*. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, t. I.

MENKE, Fabiano - A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos direitos. Porto Alegre. *Revista da AJURIS*. V 33. N 103 (2006), pp. 69-94.

MERÇON-VARGAS, Sarah – *Meios Alternativos na resolução de conflitos de interesses transindividuais*. 2012. 186 p. Tese de Mestrado em Direito. São Paulo. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MILARÉ, Edis – O compromisso de ajustamento de conduta e a responsabilidade penal ambiental. In MILARÉ, Edis (Coord.) – *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Ed. RT, 2005, pp. 149-165.

_____. Tutela jurídico-civil do meio ambiente. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo. V 0 (1996), pp. 26-72.

_____. O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/1985. *Revista de Direito Ambiental*. V 38 (2005).

MILESKI, Hélio Saul – *O controle da gestão pública*. São Paulo: RT, 2003.

MIRANDA DE CARVALHO, Rubens – *Transação tributária, arbitragem e outras formas convencionadas de solução de lides tributárias*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

MONCADA, Luís Solano Cabral de – *A Relação Jurídica Administrativa: Para um novo paradigma de compreensão da atividade, da organização e do contencioso administrativos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai - Legitimidade para a defesa dos interesses coletivos 'Lato sensu', decorrentes de questões de massa. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. N 56 (2005), pp. 158-182.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai; CORRÊA DE MORAES, Márcia Amaral – *A negociação ética para agentes públicos e advogados*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MORATAL, Germán Orón – *La configuración constitucional del gasto público*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa: Gestão pública e parcerias. Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro – *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa – *A legitimação para os interesses difusos no direito brasileiro*. Temas de Direito Processual. 3.^a série. São Paulo: Saraiva: 1984.

_____. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. Temas de direito processual. 3.^a série. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, Vital – Auto-Regulação Profissional e Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1997.

MÖRTH, Ulrika - *Soft Law and New Modens EU Governance: A Democratic Problem?* [em linha]. Stockholm University, 2005. [05.01.2018]. Disponível em http://www.mzes.uni-mannheim.de/projekte/typo3/site/fileadmin/research%20groups/6/Papers_Soft%20Mode/Moerth.pdf

MOTTA, Fabrício – Prefácio. In FERRAZ, Luciano – Controle e Consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos Substitutivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MOURAZ LOPES, José - A fundamentação da sentença no sistema penal português. Coimbra, Almedina, 2011.

MULGAN, Tim – *Utilitarismo*. Trad. Fábio Creder. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2012.

MUSGRAVE, Richard Abel - Teoria das finanças públicas: um estudo de economia governamental. São Paulo: Atlas, 1976.

NADER, Paulo – *Introdução ao estudo do direito*. 41.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NAGATA, Bruno Mitsuo - A limitação da discricionariedade em matéria orçamentária pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. In CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (org.) – *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2011.

NAGEL, José – Normas gerais sobre fiscalização e julgamento a cargo do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, N 74 (1997), pp. 31-48.

NEGRO, Franco – *Degli effetti sostanziali dell' indisponibilità processuale* [em linha]. Padova: CEDAM, 1950, N II, § 1.1, pp. 10-13. [23.07.2019]. Disponível em <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/25331/22735>.

NERY JUNIOR, Nelson - *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto*. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. Compromisso de Ajustamento de Conduta: solução para o problema da queima da palha da cana-de-açúcar. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. V 692 (1993), pp. 31-39.

_____. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) - *O novo Código Civil: homenagem ao Professor Miguel Reale*. 2.ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. Público versus privado? A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, Francisco (Coord.) - *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, t. II.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 7.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson [et al.] – Boa-fé objetiva e segurança jurídica – Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. Efeitos ex nunc e as decisões do STJ. São Paulo: Manole, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade – *Código Civil Comentado*. 11.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

_____. *Código de Processo Civil comentado*. 16.ª ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. *Leis civis e processuais civis comentadas*. 4.ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

NERY, Ana Luiza – O compromisso de ajustamento de conduta com transação híbrida e a problemática da teorização da passagem do exercício do Poder Público para tentativa do ajuste no âmbito privado. In: MILARÉ, Edis (Org.) – *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Editora RT, 2010.

NERY, Ana Luiza – *Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta*. 3ª ed. São Paulo: Editora RT, 2017.

NERY, Ana Luiza de Andrade – *Compromisso de Ajustamento de Conduta: Teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: RT, 2010.

NERY, Rosa Maria de Andrade – Ato e atividade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo. V 22 (2005), pp. 9-21.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Editora RT, 2008.

NIETO, Alejandro - *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley – *O problema da razoabilidade e a questão judicial*. Porto Alegre: Fabris: 2006.

NOVAIS, Jorge Reis – *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 322-326.

NUNES, Pedro – *O fenómeno da desorçamentação: breves considerações à nomenclatura* [em linha]. [13.10.2018]. Porto: Instituto Politécnico do Porto, 2009, pp. 101-123. Disponível em http://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/2190/1/A_Pedro%20Nunes_2009.pdf.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de – *Arbitragem de litígios com entes públicos*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015.

OLIVEIRA, Diogo – *Apresentação do Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias (PLDO) de 2018 da República Federativa do Brasil*. [25.09.2019]. Disponível para download em https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/apresentacao/2017/Apres_PLDO2018.pdf.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de – *A Administração Consensual com a Nova Face da Administração Pública no Século XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação*. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. *A arbitragem e as parecerias público-privadas*. Direito Administrativo Democrático. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; BARROS FILHO, Wilson Accioli de – Inquérito Civil Público e Acordo Administrativo: apontamentos sobre Devido Processo Legal Adequado, Contraditório, ampla Defesa, Previsão de Cláusula de Segurança nos Termos de Ajustamento de Conduta (TACS). In OLIVEIRA, Gustavo Justino de – *Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, pp. 91-125.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane – A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública do Séc. XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação [em linha]. [s.i.]. [30.03.2016]. Disponível para download em <http://www.publicadireito.com.br>.

OLIVEIRA, Larissa Pascutti de - ZYGMUNT BAUMAN: a sociedade contemporânea e a sociologia na modernidade líquida. *Sem aspas*. Araraquara. V I, N I (2012), pp. 25-36.

OLIVEIRA, Luís Henrique Guimarães de – *A tentativa prévia de autocomposição como condição da ação* [em linha]. 2020. Artigo. Conjur. [18.08.2020]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-ago-18/opinio-tentativa-autocomposicao-condicao-acao>.

OLIVEIRA, Neiva Afonso; OLIVEIRA, Avelino da Rosa – Controle social e participação política: desafios de ontem à filosofia da educação (política) de hoje. UFRGS, GT-17, Filosofia da Educação. [s.a.].

OLIVEIRA, Regis Fernandes de – *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006.

OTERO, Paulo – *Direito do procedimento administrativo*. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. *Legalidade e Administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro Costa (Coord.) – *Tratado de direito administrativo especial*. Vol. 1. Reimp. Coimbra: Almeida, 2013.

PALMA, Juliana Bonarcosi de – *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

PARDINI, Frederico - *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*. 1997. Tese de Doutorado. Belo Horizonte/MG. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

PASTORE, Suzana Vereta Nahoum – O direito de acesso à justiça: os rumos da efetividade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo. V 49 (2004), pp. 154-190.

PATRÃO, Afonso [et. al.] – *A mediação administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades*. In FONSECA, Isabel Celeste Monteiro (coord.). Coimbra: Almedina, 2019.

PEDRO HABA, Enrique - *Metodologia Jurídica Irreverente*. Madrid, Dykinson, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves – *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições dos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes – *Transação no curso da ação civil pública*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. V 16 (1995), pp. 116-127.

PEREIRA, Thiago Rabelo; SIMÕES, Adriano; CARVALHAL, André – *Mensurando o Resultado Fiscal das Operações de Empréstimo do Tesouro ao BNDES – custo ou ganho líquido esperado para a União?* Rio de Janeiro: IPEA, 2011.

PÉREZ, Jesús González – *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 5.^a ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2009.

PEROGORDO, Juan José Bayona de; ROCH, María Teresa Soler – *Derecho Financiero*. Vol. I. 2.^a ed. Alicante: Librería Compas, 1989.

PERSKY, Joseph, Retrospectives: Adam Smith's Invisible Hands [em linha]. *Journal of Economic Perspectives*. V 3. N 4 (1989), pp. 195-201. [03.01.2018]. Disponível em http://www.researchgate.net/publication/4725853_Adam_Smith%27s_Invisible_Hands.

PHILLIPS, Denis Charles - *Philosophy, science and social inquiry: Contemporary methodological controversies in social science and related applied fields of research* [em linha]. Pergamon Press, 1987. [18.01.2017]. Disponível em: http://commons.in.edu.hk/cgi/viewcontent.cgi?article=3687&context=sw_master&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar%3Fq%3Dkuhn%2Bvs%2Bpopper%26hl%3DptBR%26as_sdt%3D0%26as_vis%3D1%26oi%3Dscholart%26sa%3DX%26ved%3D0ahUKEwifgcXujYHSAhVCFpAKHQnlBqEQgQMIGDAA#search=%22kuhn%20vs%20popper%22.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio – As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível [em linha]. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, A 49, N 193 (2012), pp. 7-20. [03.02.2018]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/49/193/ril_v.49_n193_p7pdf.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de - *Teoria Geral da Mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIZZOL, Patrícia Miranda – *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert - *Public Management Reform: A Comparative Analysis - New Public Management, Governance, and the Neo-Weberian State*. 3.^a ed. UK: Oxford University Press, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti – *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947.

_____. *Tratado de ação rescisória: das sentenças e de outras decisões*. Atual. e anot. por Nelson Nery Junior e Georges Abboud. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Atual. e anot. Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehardt, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, Tomo V.

PONTES, Helenilson Cunha – A liberdade de informação, a livre iniciativa e a Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo. V 22 (1988), pp. 160-176.

PRADE, Péricles – *Conceitos de direitos difusos*. 2.^a ed. São Paulo: RT, 1987.

PROENÇA, Luis Roberto – *Inquérito Civil*. São Paulo: RT, 2001.

PUOLI, José Carlos Baptista – *Responsabilidade Civil do Promotor de Justiça na tutela aos interesses coletivos: meio ambiente, consumidor, improbidade administrativa*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

RAMOS, Giselda Gondin – *Princípios Jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RAYA, Francisco José Carrera - *Manual de Derecho Financiero (derecho financiero y teoría de los ingresos públicos)*. Vol. I. Madrid: Tecnos, 1994.

REED, M. - The labour process perspective on management organization: a critique and reformulation. In HASSARD, J. & PYM, D. - *The theory and philosophy of organizations: critical issues and new perspectives*. London: Routledge, 1995.

_____. *The sociology of management*. London: Harvester Wheatsheaf, 1989.

REGNER, Anna C. K. P. - *Epistême: Filosofia e História das Ciências em Revista*. Porto Alegre: Universidade do Rio Grande do Sul. V 1. N 2 (1996).

RENAULT, Sérgio [et al] – *Fim da Secretaria da Reforma do Judiciário é uma perda importante* [em linha]. (29.04.2019). Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-mar-30/fim-secretaria-reforma-judiciario-perda-importante>.

REQUEJO PAGES, Juan Luís – *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento, La Constitución como norma sobre la aplicación de normas*. Madrid: McGraw-Hill, 1995. A 3. N 9 (206).

RICCI, Eduardo F. – *Desnecessária Conexão entre Disponibilidade do Objeto da Lide e Admissibilidade da Arbitragem: Reflexões Evolutivas*. In LEMES, Selma; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista - *Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares - In Memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

ROCHA, Joaquim de Freitas – *Direito da despesa pública*. Coimbra: Almeida, 2019.

_____. *Finanças*. In SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Serafim Pedro Madeira (Coord.) – *Direito da União Europeia e transnacionalidade*. Lisboa: Quid Juris, 2010.

_____. *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos: Esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Direito financeiro local: (finanças locais)*. Coimbra: Almedina, 2019.

_____. *Direito pós-moderno, patologias normativas e protecção da confiança* [em linha]. Porto. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. 2010, pp. 383-409. [15.12.2007]. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/35602>.

_____. *Lições de procedimento e processo tributário*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019.

ROCHA, Joaquim Freitas; GOMES, Noel – *Da responsabilidade financeira*. Braga: J.F. Rocha, 2012, pp. 293-323.

ROCHA, Joaquim Freitas; ROCHA, Isabel – *2019: códigos tributários e legislação conexa*. 20.ª ed. Porto: Porto Editora, 2019.

RODRIGUES, Geisa de Assis – *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Lucas de Oliveira - *Positivismo* [em linha]. Brasil: Brasil Escola. [18.01.2017]. Disponível em <http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/positivismo.htm>.

RODRIGUES, Marcelo Abelha - *Processo Civil Ambiental*. São Paulo: RT, 2008.

ROTHMANN, Gerd W. - O princípio da legalidade tributária. *Revista de Direito Administrativo*. V 109 (1972).

ROUBIER, Paul – *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963.

RUSSEL, Bertrand – *No que acredito*. Tradução de André de Godoy Vieira. Porto Alegre: L&PM, 2013.

SAAD-DINIZ, Eduardo - *Economia e direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann* [em linha]. Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo. [18.01.2017]. Disponível em http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/11/artigo_eduardo_saad_diniz.pdf.

SALES, Lilian Maia de Moraes – A mediação de conflitos – lidando positivamente com as emoções para gerir conflitos. *Pensar*. Fortaleza. V 21. N 3 (2016), pp. 965-986.

SALES, Ramiro Gonçalves – *O Direito de Acesso à Informação Pública Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SALLES, Carlos Alberto de – *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998.

_____. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. São Paulo: Método, 2011.

_____. Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a inafastabilidade da Tutela Jurisdicional recolocada. In FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Nos braços do Leviatã: os caminhos da consensualidade e o Judiciário brasileiro* [em linha]. São Paulo. Universidade de São Paulo. [s.a.], pp. 1-24. [20.12.2018]. Disponível para *download* em linha: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4185771/mod_resource/content/1/SALLES-CA-Nos%20bra%C3%A7os%20do%20Leviat%C3%A3.pdf.

SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Solange Teles da; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Org.). *Processos Coletivos e Tutela Ambiental*. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto – Função Social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. V. 823 (2004), pp. 67-86.

SANCHES MORÓN, Miguel - Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Technos, 1994.

SÁNCHEZ, Félix R. - *Orçamento participativo: teoria e prática*. São Paulo: Editora Cortez, 2002.

SANCHES, Sidney – Acesso à justiça. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. V. 621 (1987), pp. 266-269.

SANTANNA, Luciano Portal – Autorregulação supervisionada pelo Estado: desenvolvimento de um sistema de correção para o mercado de corretagem de seguros, resseguros, capitalização e previdência complementar aberta. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. V 257 (2011), pp. 183-211. [19.12.2017]. Disponível para *download* em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8591/7327>.

SANTOS, Boaventura de Sousa – *Pela mão de Alice: O Social e o Político na Pós-modernidade*. 9.^a ed. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. *Democratizar a Democracia: os Caminhos da Democracia Participativa*. Coleção Reinventar a Emancipação Social. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Um discurso sobre as ciências*. 15.^a ed. Lisboa: Afrontamento, 2007.

SANTOS, Jaciane Geraldo dos; OLIVEIRA, Micheline Ramos de – A relação público X privado: cofinanciamento da Política de Assistência Social. *Revista Brasileira de Tecnologias Sociais*. V 3. N 1 (2016), pp. 53-70. [24.08.2019]. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rbts/article/view/9749/5481>.

SANTOS, Ricardo Goretti – *Manual de mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SARDINHA, Carlos – Entre germanismo e romantismo: alta-traição e lesa-majestade no quadro dos problemas do Direito visigótico primitivo. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang – *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8.^a ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCAFF, Fernando Facury - Crédito Público e Sustentabilidade Financeira [em linha]. *Revista de Direito à Sustentabilidade*. UNIOESTE. V 1. N 1 (2014). [28.06.2020]. Disponível em <http://e-revista.unioeste.br/index.php/direitoasustentabilidade/article/view/11046/>.

_____. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCANLON, Kathleen M. - Class Arbitration Waiwers: The “Severability Doctrine and Its Consequences. *Dispute Resolution Journal*. [s.i.]; (2007).

SCHEER, Milene de Alcântara Martins – A dimensão objetiva do direito fundamental ao acesso à justiça e a efetividade da norma constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo. V 54 (2006), pp. 276-292.

SCHICK, Allen. Off-budget expenditure: an economic and political framework [em linha]. *OECD Journal on Budgeting*. V 7 (2007), N 3, pp. 1-32 [12.10.2018]. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/42/28/43411741.pdf>.

SCHIRATO, Vitor Rhein – Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. *Interesse Público (IP)*. Belo Horizonte. A 10. N 47 (2008), pp. 151-164.

SCHMIDT, Paulo; SANTOS, José Luiz - *O pensamento epistemológico de Karl Popper* [em linha]. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul. [18.01.2017]. Disponível em <http://www.seer.ufrgs.br/ConTexto/article/viewFile/11236/6639>.

SCHWABE, Jürgen – *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán*. Trad. Marcela Anzola Gil. Colômbia: Edições Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003.

SCHWARTZ, David – Enforcing small print to protect big business: Employee and Consumer rights claims in an age of compelled arbitration. *Wisconsin Law Review*. [s.i.]. N 33 (1997).

SEABRA FAGUNDES, Miguel – *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SHIMURA, Sérgio – *Título executivo*. 2.^a ed. São Paulo: Método, 2005.

_____. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, Aline Dieguez B. de Meneses; MEDEIROS, Otavio Ladeira - Conceitos e estatísticas da Dívida Pública. In BRASIL. Ministério da Fazenda. Tesouro Nacional. Secretaria do Tesouro Nacional (Org.). *Dívida Pública: a experiência brasileira*. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2009.

SILVA, Bruno Boquimpani - Autorregulação e direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte. V 6. N 21 (2012).

SILVA, Carlos Richelle Soares – Os Tribunais de Contas dos entes subnacionais e o controle externo do endividamento público. In CONTI, José Maurício (Coord.) – *Dívida Pública*. Série Direito Financeiro. São Paulo: Blucher, 2018.

SILVA, Elke Andrade Soares de Moura - Transparência e Controle Social: Controle externo, controle social e cidadania. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte. A 1. N 1 (2012), Ed. esp.

SILVA, José Afonso – *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.^a ed. (3^a tir.). São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 40.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. N 173 (1988), pp. 15-34.

SILVA, Lino Martins da – Contabilidade Governamental – um enfoque administrativo. 7.^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes – *História do Direito Português: Fontes do Direito*. 5.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

SILVA, Paula Costa e – A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias. Lisboa: Coimbra, Almeida, 2009.

SILVA, Vasco Pereira – Para um contencioso administrativo dos particulares: Esboço de uma Teoria Subjectivista do Recurso Directo de Anulação. Coimbra: Almedina, 1989.

_____. Em Busca do Acto Administrativo Perdido. Coimbra: Almedina, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da - O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito de Estado* 4. São Paulo. pp. 23-51 (2006). Disponível para *download* em https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf.

SILVEIRA, Alessandra - *Princípios de direito da União Europeia*. 2.^a ed. Lisboa: Quid Juris, 2011.
_____. *Princípios de Direito da União Europeia: doutrina e jurisprudência*. Lisboa: Quid Juris, 2009.

SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coord.) – *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2013.

SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Serafim Pedro Madeira (Coord.) - *Direito da União Europeia e transnacionalidade*. Lisboa: Quid Juris, 2010.

SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, Sergio M. T. – *Brexit e a reinvenção da economia social de mercado*. Braga: Universidade do Minho, 2016.

SIRVINSKAS, Luís Paulo – *Manual de Direito Ambiental*. 6.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA, Flávia Baracho Lotti Campos de – Os acordos cíveis nas hipóteses de improbidade administrativa: evolução jurídico-normativa e reflexões sobre os limites temporal e material dos acordos firmados com base na Resolução do CNMP e do CSMPMG. 2020. 93p. Tese de Mestrado. Belo Horizonte. Universidade FUMEC.

SOUZA, Luiz Antonio de – A transigibilidade do crédito tributário na nova audiência preliminar de conciliação: uma abordagem multifenomenológica. *Revista do Processo*. São Paulo. V 85 (1997).

SOUZA, Moutauri Ciocchetti de – *Ação civil pública e inquérito civil*. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STEPHANES, Reinhold – *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998.

STERNLIGHT, Jean R. – As mandatory binding arbitrations meets the class action, will de class action survive? [em linha]. *William and Mary Law Review*. Las Vegas, Universidade de Nevada. V 42 (2000), pp. 5-125. (15.01.2019). Disponível para *download* em <https://scholars.law.unlv.edu/facpub/271>.

STORCH, Sami – *Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos* [em linha]. CONJUR. [20.06.2018]. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>.

STRECK, Lênio Luiz – Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

TAKOI, Sérgio Massaru – Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo. V 66 (2009), pp. 293-310.

TALAMINI, Eduardo – A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de Processo*. São Paulo. V 128 (2005), pp. 59-78.

_____. A arbitragem e a parceria público-privada (PPP). In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Cosa Julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

TARTUCE, Fernanda – *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de – *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. II. São Paulo: Renovar, 2006.

TEUBNER, Gunther - *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

THEODORO JUNIOR, Humberto – *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 24.ª ed. São Paulo: Leud, 2007.

THOMÉ, César Pires - *Segurança jurídica e tutela dos direitos fundamentais como corolário do modelo garantista*. 2008. Monografia. Brasília. [08.11.2016]. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/20957/1/Seguranca_Juridica_Cesar%20Pires.pdf.

TORRES, Ricardo Lobo – A constitucionalização do direito financeiro. In SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo – *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. O orçamento na constituição*. Vol. V. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TORRICELLI, Simone – Uniformité et particularisme dans les transpositions nationales du droit européen des procédures de recours. In FOLLIOU-LALLIOT, Laurence; TORRICELLI, Simone (Org.) – *Contrôles et*

contentieux des contrats publics. Oversights and Remedies in Public Contracts. 1.^a ed. Paris: Bruylant, 2018, pp. 473-494.

TUTIKIAN, Cristiano - Proteção Geral Positiva e Proteção de Bens Jurídicos: Possibilidades e Contradições no Estado Democrático de Direito [em linha]. Brasília. *Revista de Informação Legislativa*. A 45. N 177 (2008), pp. 243-255. [15.01.2019]. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160327/Preven%C3%A7%C3%A3o_geral_positiva_177.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

VALENTE, Tarcísio Régis – *Ação Civil Pública: A Tutela dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos na esfera Trabalhista*. 2001. Tese de Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

VALLADÃO, Alfredo – *O Ministério Público, quarto poder do Estado e outros estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1973.

VALLE, Vanice Regina Lirio – *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo - *A Arbitragem de Consumo na Espanha* [em linha]. Universidade Federal de Santa Catarina. [15.10.2018]. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29773-29789-1-PB.pdf>.

VILLEGAS, Héctor B. – *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. 7.^a ed. Buenos Aires: Depalma, 2001.

VILLELA, Luiz; LEMGRUBER, Andrea; JORRAT, Michael – *Los presupuestos de gastos tributários: conceptos y desafios de implementación*. Washington: BID, 2009.

VITORELLI, Edilson – *O futuro da tutela coletiva: os litígios coletivos e a busca pela efetivação de direitos na via jurisdicional*. In Edilson Vitorelli (Org.) - *Manual de Direitos Difusos*. 2.^a ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) - *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

WATANABE, Kazuo – A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil [em linha]. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NETO, Caetano Lagrasta (coord.) – *Mediação e Gerenciamento do Processo: revolução na prestação jurisdicional: Guia prático para instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 7-10. [29.01.2019]. Disponível para *download* em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4556616/mod_resource/content/0/WATANABE%20-%20A%20mentalidade%20e%20Meios%20Alternativos.pdf.

_____. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Mauricio Zanoide (coord.) - *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

_____. In GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.) - *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2008.

WEBER, Max – *Ciência e Política*. Brasília: UNB, 1994.

_____. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

WESTON, Maureen A. Universes colliding: The Constitutional Implications of Arbitral Class Action. *William and Mary Law Review*. N 47 (2005-2006).

WIMMER, Miriam - As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. *Direito Público*. [s.i.]. N 4. N 18 (2007), pp. 31-32. [21.06.2018]. Disponível para *download* em <https://portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291/757>.

YARSHELL, Flávio Luiz - Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônoma à prova. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZANETI JUNIOR, Hermes - *Processo Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2006.