

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

MARCELO VEIGA FRANCO

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO LITIGANTE HABITUAL: A
NECESSÁRIA MUDANÇA DA CULTURA JURÍDICA DE TRATAMENTO
DOS CONFLITOS

Belo Horizonte

2018

MARCELO VEIGA FRANCO

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO LITIGANTE HABITUAL: A
NECESSÁRIA MUDANÇA DA CULTURA JURÍDICA DE TRATAMENTO
DOS CONFLITOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves.

Belo Horizonte

2018

F825a Franco, Marcelo Veiga
Administração Pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos / Marcelo Veiga Franco – 2018.

Orientador: Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves.
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito Processual – Teses 2. Administração Pública 3. Processo civil 4. Resolução de disputas (Direito) I.Título

CDU 347.965.42

MARCELO VEIGA FRANCO

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO LITIGANTE HABITUAL: A
NECESSÁRIA MUDANÇA DA CULTURA JURÍDICA DE TRATAMENTO
DOS CONFLITOS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

A Comissão Examinadora de defesa da tese considerou o candidato _____ com a nota _____.

Belo Horizonte, 26 de novembro de 2018.

Membros da Comissão Examinadora:

Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Professor Doutor Érico Andrade
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Professor Doutor Eduardo Talamini
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Professor Doutor Leonardo Carneiro da Cunha
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

Professora Doutora Renata Christiana Vieira Maia (suplente)
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Professor Doutor Daniel Carneiro Machado (suplente)
Centro Universitário Newton Paiva

*Nada te turbe;
Nada te espante;
Tudo passa;
Deus não muda.
A paciência
tudo alcança
Quem a Deus tem,
Nada lhe falta.
Só Deus basta.
(Santa Tereza de Ávila)*

Dedico esta tese ao meu querido filho Leonardo.

Agradecimentos

A Deus, por me atribuir equilíbrio e motivação para perseverar.

Aos meus pais, Marcelo e Andirana, pela permanente dedicação para o meu crescimento.

À minha esposa Bruna, pelo amor sincero e pela compreensão nos momentos mais desafiadores desta tese.

Aos meus familiares, pela contínua torcida. Ao meu irmão Rodrigo, pela eterna presença.

Ao Professor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, pela orientação construtiva, transparente e honesta.

Ao Professor Marc Galanter, pela deferência de me receber como *visiting scholar* e me proporcionar uma experiência valiosa na *University of Wisconsin*.

Aos Professores Érico Andrade e Fernando Gonzaga Jayme, pelo constante incentivo à minha formação acadêmica.

À Professora Sumudu Atapattu, pela cordial receptividade no *Global Legal Studies Center* da *University of Wisconsin Law School*. Ao casal Tom e Rita O'Connor, pela agradável acolhida em Madison.

À Professora Juliana Cordeiro de Faria, pelas pertinentes observações em uma das etapas do exame de qualificação desta tese.

Aos Professores Eduardo Talamini e Leonardo Carneiro da Cunha, pela honra de aceitarem o meu convite para participar da banca de defesa desta tese.

À Professora Renata Christiana Vieira Maia e ao Professor Daniel Carneiro Machado, pela gentileza de se colocarem à disposição para a avaliação desta tese.

À amiga Suzana Santi Cremasco e aos amigos Délio Mota de Oliveira Júnior, Guilherme Costa Leroy, Tiago Augusto Leite Retes e Victor Barbosa Dutra, pela convivência assertiva e pela profícua interlocução sobre processo civil.

Aos membros do Instituto de Direito Processual – IDPro, na pessoa do Professor Humberto Theodoro Júnior, pelo esforço conjunto no fortalecimento do direito processual.

Aos amigos Luiz Felipe Ferreira Gomes Silva e Grégore Moreira de Moura, pelo diálogo produtivo acerca das ideias deste trabalho.

Aos colegas da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte, na pessoa do Subprocurador-Geral do Contencioso Pedro Víctor Silva de Andrade, pelo apoio à realização deste trabalho.

Aos meus sócios e à equipe do Franco Faria Advogados, pelo suporte necessário à concretização desta tese. À Lívia de Andrade Manfridini, pelo auxílio na coleta de dados.

RESUMO

A atual crise que acomete o sistema judiciário brasileiro atesta a incapacidade de a jurisdição estatal proporcionar aos cidadãos uma estrutura jurídica apropriada de tratamento dos conflitos. A ineficiência do serviço público jurisdicional não é apenas decorrência de falhas estruturais e gerenciais do Judiciário, mas também é o reflexo de uma cultura jurídica que valoriza um padrão de atuação processual das partes demasiadamente litigioso. A perpetuação de um modelo de comportamento pautado na ampla contenciosidade está relacionada com o fato de que a Administração Pública, nos seus mais variados níveis e esferas, figura entre as maiores responsáveis pela provocação abundante dos órgãos judiciários. Nessa abordagem, é possível constatar, com base em dados estatísticos oficiais, que a Administração Pública se apresenta como a maior litigante habitual (*repeat player*) no campo da litigância cível. O problema a ser enfrentado nesta tese de doutoramento, portanto, consiste em questionar de que maneira a atuação da Administração Pública como litigante habitual contribui para a manutenção e o agravamento do cenário de crise da justiça hoje vivenciado no Brasil. O trabalho visa a testar a hipótese segundo a qual a mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos pela Administração Pública constitui uma resposta efetiva ao iminente colapso do sistema jurídico de resolução de disputas. A proposta de superação das deficiências do método adjudicatório estatal de tratamento das controvérsias envolve a adoção, a disseminação e o aperfeiçoamento de técnicas de prevenção, gestão e solução consensual e extrajudicial de conflitos pela Administração Pública, por meio da utilização de mecanismos integrados e complementares ao processo judicial tradicional. Nessa perspectiva, o influxo da consensualidade na atividade administrativa, a redefinição de pilares clássicos do direito administrativo e os recentes incentivos normativos favorecem a expansão do emprego dos meios adequados de solução de disputas no âmbito da administração pública. Com isso, os entes e entidades públicos adquirem condições propícias para inibir a judicialização desnecessária, promover uma gestão racional do passivo de processos judiciais e dirimir de forma apropriada as contendas surgidas entre a Administração Pública e os cidadãos – seja de maneira autocompositiva ou heterocompositiva, tanto no espaço judiciário como na instância extrajudiciária.

Palavras-chave: Administração Pública. Litigante habitual. Crise da justiça. Cultura jurídica de tratamento dos conflitos. Meios adequados de solução de conflitos.

ABSTRACT

The current crisis affecting the Brazilian judiciary system attests to the incapacity of the state legal authority to provide its citizens with an appropriate legal structure to deal with disputes. The inefficiency of the public legal service is not merely due to the structural and administrative flaws of the Judicial branch, but is also the reflection of a legal culture that places importance on an overly litigious pattern of practice. The perpetuation of a behavioral model grounded in wide-ranging litigation is related to the fact that the Government, at its various levels and spheres, is among those most responsible for the overwhelming engagement of the judicial bodies. Based on official statistical data, it may be shown that the Government features as the biggest 'repeat player' litigant in the field of civil litigation. The problem to be addressed in this doctoral thesis, therefore, consists of questioning the manner in which the Government's role as 'repeat player' contributes to maintaining and aggravating the crisis in the court system currently encountered in Brazil. This study aims to test the hypothesis according to which the change in the legal culture of dealing with disputes adopted by the Government constitutes an effective response to the imminent collapse of the legal system in dispute resolution. The proposal for overcoming the deficiencies in the state's method of dealing with disputes involves the implementation, promotion and enhancement of techniques in consensual and extrajudicial prevention, management and resolution of disputes by the Government, through mechanisms that are integrated and supplementary to traditional judicial proceedings. From this perspective, the influx of consensuality in this process, the redefining of the classic pillars of administrative law, and recent legal incentives favor the wider implementation of appropriate procedures for resolving disputes in the government sphere. Consequently, public agencies and bodies acquire conditions conducive to the prevention of unnecessary judicialization, encouraging a rational management of burdensome judicial proceedings and settling disputes that arise between the Government and its citizens – whether autocompositive or heterocompositive, both within the judicial sphere or extrajudicially.

Keywords: Government. Repeat player. Crisis in the court system. Legal culture for dealing with disputes. Appropriate dispute resolution.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 A CONTEXTUALIZAÇÃO DO OBJETO DA PESQUISA: A CRISE DA JUSTIÇA NO BRASIL E O PADRÃO DE LITIGIOSIDADE MASSIFICADA E REPETITIVA	22
2.1 Por que se fala em crise da justiça no Brasil?	22
2.2 A tradição da judicialização excessiva das controvérsias e a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos	35
2.3 A compreensão do <i>acesso à justiça adequado</i> e os meios “adequados” e “integrados” (e não “alternativos”) de solução de conflitos	45
2.4 O padrão brasileiro de litigiosidade massificada e repetitiva: o fortalecimento da tutela plurindividual no Código de Processo Civil	57
2.5 O enfrentamento da litigiosidade repetitiva no direito comparado: exemplos de instrumentos de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos	71
3 UMA EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO: A CULTURA JURÍDICA DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	87
3.1 Uma necessária ressalva: a inexistência de proposta de importação acrítica do modelo americano de tratamento das disputas	87
3.2 O movimento americano do <i>vanishing trial</i> (desaparecimento dos julgamentos)	91
3.2.1 O contexto de surgimento	92
3.2.2 Conceito e características gerais	97
3.2.3 Estatísticas oficiais	107
3.2.4 Principais causas	117
3.3 A importância da prática de uma educação jurídica (<i>legal education</i>) voltada à solução dos conflitos	121
3.4 A difusão do emprego dos <i>alternative dispute resolution</i> (meios adequados de solução de disputas) a partir do <i>Multi-Door Courthouse System</i> (Sistema de Múltiplas Portas)	127

3.4.1 Os principais tipos de <i>alternative dispute resolution</i> (meios adequados de solução de disputas) utilizados nos EUA	134
3.5 A relevância do emprego dos instrumentos pré-processuais e pré-julgamento (<i>pretrial</i>) de solução de conflitos para o declínio da adjudicação	146
3.6 O gerenciamento judicial de casos (<i>judicial case management</i>) como uma das técnicas de implantação dos meios adequados de solução de disputas: a necessária reformulação do papel dos advogados e juízes	153
3.6.1 A experiência do <i>judicial case management</i> nos EUA e no Canadá	155
3.6.2 A experiência do <i>judicial case management</i> na Inglaterra após as <i>Woolf Reforms</i> e as <i>Jackson Reforms</i>	161
4 A CARACTERIZAÇÃO DO PROBLEMA: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO A MAIOR <i>REPEAT PLAYER</i> DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	169
4.1 Uma necessária ressalva: o recorte metodológico e a necessária adaptação do marco teórico à realidade brasileira	169
4.2 O marco teórico: a “tipologia das partes” (<i>typology of parties</i>) e a “teoria da capacidade das partes” (<i>party capability theory</i>) de Marc Galanter	174
4.2.1 A finalidade redistributiva da tipologia das partes e da teoria da capacidade das partes	174
4.2.2 Bases conceituais de diferenciação e exemplos de <i>repeat players</i> e <i>one-shotters</i>	181
4.2.3 Os maiores litigantes habituais e os tipos de conflitos mais recorrentes no Brasil: a Administração Pública como a maior <i>repeat player</i>	185
4.3 A relação entre a teoria da capacidade das partes e a análise econômica do direito: reflexão sobre a atuação processual dos litigantes habituais	197
4.3.1 Surgimento e conceitos básicos da análise econômica do direito	197
4.3.2 A aplicação da análise econômica do direito à esfera da litigância: o equacionamento dos custos da litigância e o emprego de conceitos da teoria dos jogos pelos litigantes habituais	202
4.4 As potenciais vantagens dos <i>repeat players</i> em face dos <i>one-shotters</i>: a comprovação empírica da “teoria da capacidade das partes” no direito comparado	212

4.5 Reflexão crítica acerca das potenciais vantagens usufruídas pelos litigantes habituais	219
4.5.1 A crítica da doutrina do direito comparado	219
4.5.2 A crítica da doutrina brasileira	223
4.6 O problema das potenciais vantagens obtidas pela Administração Pública com a crise da justiça	231
5 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA HIPÓTESE: AS TRANSFORMAÇÕES CONCEITUAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA DIREÇÃO DE UM MODELO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL	240
5.1 A tentativa de superação da visão tradicional de administração pública: a necessidade de evolução do direito administrativo	240
5.2 A constitucionalização do direito administrativo: a atuação da Administração Pública em prol do cidadão	245
5.3 A ampliação da participação democrática no Estado Democrático de Direito: a horizontalidade na relação entre a Administração Pública e os administrados	252
5.4 A redefinição de pilares clássicos do direito administrativo como premissa para a mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos no âmbito da administração pública	266
5.4.1 O influxo da consensualidade na atividade administrativa e a idealização do modelo de Administração Pública consensual	268
5.4.2 A evolução do princípio da legalidade para a noção de juridicidade administrativa	277
5.4.3 A necessidade de superação do “interesse público” como conceito jurídico abstrato, apriorístico e estanque: a multiplicidade de interesses públicos aferíveis <i>in concreto</i> e realizados tanto pelo Estado como pela sociedade	289
5.4.4 A desconstrução dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público como entraves à transigibilidade administrativa	308
5.5 A relação entre Administração Pública Consensual e Administração Pública Gerencial: a busca pela eficiência no contexto da consensualidade	323
5.5.1 A importância do gerenciamento eficiente dos processos judiciais nos órgãos da Advocacia Pública	333

6 A HIPÓTESE PARA A SOLUÇÃO DO PROBLEMA: A PRÁTICA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE UMA CULTURA JURÍDICA DE PREVENÇÃO, GESTÃO E SOLUÇÃO ADEQUADA DOS CONFLITOS (INCENTIVOS NORMATIVOS E EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS)	336
6.1 A hipótese para a solução do problema: a mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos pela Administração Pública	336
6.1.1 O enfrentamento da crise da justiça e a compreensão da Advocacia Pública como função constitucional de Estado	337
6.1.2 A prevenção da judicialização desnecessária de conflitos: o fortalecimento da atividade de consultoria jurídica dos órgãos da Advocacia Pública	344
6.1.3 A gestão racional e estratégica do passivo de processos judiciais: a dispensa da prática de atos processuais, a utilização de instrumentos de litigiosidade repetitiva e o reconhecimento da procedência de pretensões de particulares	346
6.1.4 A solução adequada dos conflitos: o emprego de métodos integrados e a institucionalização de instâncias administrativas de autocomposição	361
6.2 Manifestações normativas e empíricas	370
6.2.1 O microsistema brasileiro de incentivo ao emprego dos meios adequados de solução de conflitos	371
6.2.2 O incentivo normativo oficial ao emprego dos meios adequados de solução de conflitos no âmbito da administração pública no Brasil	383
6.2.2.1 Arbitragem no âmbito da administração pública brasileira	388
6.2.3 Meios adequados de solução de disputas na administração pública na legislação do direito comparado	398
6.2.4 Exemplos de normas específicas e experiências práticas no Brasil de prevenção, gestão e solução consensual ou extrajudicial de conflitos na administração pública	412
6.2.4.1 O exemplo emblemático na União	412
6.2.4.2 Câmaras de conciliação e mediação e outras instâncias administrativas de solução de conflitos em Estados e Municípios	423
6.2.4.3 Solução administrativa de conflitos no âmbito das agências reguladoras e de outros órgãos e autarquias federais	431
6.2.4.4 Instrumentos de cooperação para viabilizar a conciliação em demandas de saúde	433

6.2.4.5 Atos normativos estaduais e municipais de prevenção da judicialização desnecessária de conflitos por meio da dispensa da prática de atos processuais	437
6.2.4.6 Cobrança extrajudicial de dívida ativa	440
6.2.4.7 Conselhos administrativos em matéria tributária	447

7 ÚLTIMOS APONTAMENTOS: O BALIZAMENTO DA ALTERAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA A LIMITES, CONDICIONANTES E RESSALVAS NECESSÁRIOS À ADEQUADA COMPREENSÃO DA HIPÓTESE

7.1 A cultura jurídica de adequado tratamento dos conflitos não se confunde com “carta branca” para a disposição dos interesses públicos e nem para a violação sistemática de direitos dos cidadãos: limites, condicionantes e controle

7.2 Os meios adequados de solução de conflitos não são a “solução mágica” para solucionar todos os problemas envolvendo a crise da justiça

7.3 A expansão do emprego dos meios adequados de solução de conflitos pela Administração Pública não significa a tentativa de desconstrução institucional do Judiciário

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 INTRODUÇÃO

O problema a ser enfrentado nesta tese de doutoramento decorre de uma realidade alarmante: a Administração Pública, somadas todas as suas esferas, ocupa o lugar de maior litigante habitual (*repeat player*) do sistema jurídico brasileiro na esfera da litigância cível.

Essa situação é no mínimo inquietante, e merece urgente reflexão crítica.

Realmente, é espantoso constatar, com base em dados estatísticos oficiais, que as pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública, nos seus mais variados níveis (federal, estadual, distrital e municipal), figuram entre as maiores responsáveis pela provocação dos órgãos judiciários brasileiros. Ao que parece, a disseminação de uma prática processual exageradamente litigiosa está associada à preservação de uma cultura jurídica que valoriza a excessiva judicialização das controvérsias, a qual, por sua vez, vem se mostrando como causadora de impactos maléficos ao sistema jurídico de resolução de disputas.

Todavia, partindo da premissa de que a Constituição da República Federativa do Brasil institui uma república fundada na democracia, esse contexto incita uma série de inevitáveis indagações, tais como:

Como sustentar o fato de que o Estado brasileiro, por meio das pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública, pratica uma litigância desmesurada que atua como um importante fator que concorre para a potencial falência do próprio Estado, sob o viés da atividade jurisdicional?

Considerando a unidade estatal, é admissível que um dos braços do Estado (Administração Pública) atue processualmente de forma a contribuir com o esgotamento de outro de seu ramo (Judiciário), tendo em vista a inefetividade crônica da jurisdição?

Em uma sociedade que se pretende republicana e democrática, é cabível que a Administração Pública se beneficie da morosidade processual, empregando o processo judicial como um instrumento de “rolagem de dívidas” de um mandato político para outro?

É dever da Administração Pública atuar processualmente com o objetivo de resolver rápida e definitivamente o litígio, ou lhe é facultado postergar a solução do imbróglio, agindo, por exemplo, em função de interesses transitórios de determinado governo?

A tradição de judicializar em excesso é, de fato, mais benéfica para o erário público?

A instituição de uma cultura processual focada na autocomposição dos conflitos é apta a violar o “princípio da indisponibilidade do interesse público”?

É obrigação da Administração Pública prevenir litígios repetitivos cuja solução já tenha sido objeto de precedentes judiciais vinculantes?

Cabe à Administração Pública gerir racionalmente as suas controvérsias, mediante o emprego de métodos adequados de solução de disputas?

Compete à Administração Pública empreender esforços para dirimir boa parte dos seus conflitos na esfera administrativa, evitando o acionamento excessivo e muitas vezes desnecessário do Judiciário?

Todas essas questões são, sem dúvidas, provocadoras e instigantes, capazes de motivar uma profunda revolução no tratamento processual tradicionalmente conferido pela Administração Pública aos litígios cíveis nos quais está presente, seja como autora ou ré.

O problema, portanto, está colocado: a atuação da Administração Pública como litigante habitual e a cultura jurídica de judicialização excessiva das controvérsias contribuem para a manutenção e o agravamento do cenário de crise da justiça hoje vivenciado no Brasil?

Nesse sentido, a presente tese de doutoramento visa a firmar a seguinte hipótese: a mudança da *cultura jurídica* de tratamento dos conflitos pela Administração Pública constitui uma resposta efetiva ao iminente colapso do sistema jurídico de tratamento e solução dos conflitos.

De fato, o enfrentamento das deficiências dos métodos de resolução das controvérsias envolve a necessidade da adoção, pela Administração Pública, de um modelo de comportamento pautado na prevenção, na gestão e na solução dos conflitos por meio de técnicas integradas e complementares ao processo judicial tradicional. Nessa seara, a expansão do emprego dos meios *adequados* de solução de disputas no âmbito da administração pública é de fundamental importância – seja os de natureza jurisdicional ou não-jurisdicional, e utilizados tanto na fase anterior ou posterior à judicialização, como na esfera judicial ou extrajudicial.

O vigente Código de Processo Civil altera substancialmente as normas fundamentais e os escopos do processo civil brasileiro. Atualmente, a aplicação das regras processuais está direcionada muito mais para a efetiva e adequada *solução* dos

conflitos, e muito menos para a indispensabilidade de prolação de uma *decisão* heterônoma que imponha a resolução da disputa às partes.

De maneira semelhante, boa parte da legislação correlata – *v.g.*, Leis Federais n.º 9.307/1996, 13.129/2015 e 13.140/2015 – foi editada com o propósito de conferir múltiplas “portas” de solução de conflitos às partes, inclusive na esfera da administração pública. Também o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio das Resoluções n.º 125/2010 e 198/2014, indica, como política pública judiciária e também como um dos macrodesafios do Poder Judiciário no período de 2015 a 2020, o fomento à adoção dos meios consensuais e extrajudiciais para a solução negociada de controvérsias, como maneira de aumentar a participação ativa dos cidadãos e de incentivá-los a dirimir suas desavenças sem a instauração de processo judicial.

É imperioso ressaltar que a defesa da utilização de meios “alternativos” à adjudicação estatal não significa nenhuma pretensão de fragilizar política ou institucionalmente o Judiciário, e nem tampouco de desconstruir o papel da jurisdição pública como um método apropriado de resolução de controvérsias. Por outro lado, a conclusão pela necessidade de ampliação do uso de ferramentas extrajudiciais de solução de disputas, inclusive com o auxílio de experiências estrangeiras, não impede o desenvolvimento de críticas à inefetividade da prestação jurisdicional brasileira.

Nessa perspectiva, optou-se por permear boa parte do trabalho com a pesquisa de conceitos jurídicos, institutos legais, realidades práticas e experiências históricas do direito comparado, sobretudo dos Estados Unidos da América (EUA), os quais possam contribuir de alguma forma com o aprimoramento do serviço público jurisdicional ofertado no Brasil. Na esfera do direito americano, o estudo da litigância é extremamente avançado, razão pela qual o seu aprofundamento possui ampla pertinência com o enfoque desenvolvido neste trabalho.

É oportuno salientar que a proposta de estudo do direito comparado como um dos referenciais teóricos desta tese não objetiva uma importação acrítica de conceitos jurídicos e institutos legais estrangeiros, sem a necessária adaptação à realidade nacional. O escopo da pesquisa não é propor um modelo processual inovador que revolucione por completo a forma de tratamento dos conflitos no Brasil, e nem tampouco é incorporar, ao sistema jurídico nacional, uma metodologia externa de enfrentamento do excesso de disputas que desconsidere os fundamentos e princípios consagrados na Constituição.

A título de exemplo, o estudo do movimento histórico americano denominado de *vanishing trial* (ou desaparecimento dos julgamentos, em tradução livre) não visa a sugerir que a função jurisdicional passe a ostentar, no Brasil, uma posição secundária como método de solução de disputas. O exame da importância do Judiciário como sustentáculo da democracia brasileira não representa a finalidade desta tese, embora seja superficialmente debatida em alguns trechos do texto.

Nessa seara, o estudo do direito comparado colima propiciar uma abordagem diversa dos problemas jurídicos em discussão, a qual não se atenha ao “mais do mesmo”. É extremamente interessante investigar conceitos jurídicos e institutos legais estrangeiros a fim de expandir os horizontes científicos e compreender que existem outros modelos processuais que encaram a litigiosidade de forma completamente diferente da brasileira – sem que se pretenda, pura e simplesmente, importá-los para o direito nacional.

A maioria das obras científicas sobre a crise da justiça nacional hoje existentes enfoca o problema basicamente sob o ângulo do direito brasileiro, sem perquirir sobre institutos e conceitos estrangeiros que possam contribuir para a solução da questão. Todavia, o exame do direito comparado se justifica considerando que a internacionalização das pesquisas jurídicas é uma tendência fortemente incentivada pelos programas de pós-graduação.

Com isso, um dos objetivos desta tese é apresentar uma abordagem diferente daquela comumente realizada no país, de maneira que seja possível inovar sob algum dos ângulos da pesquisa científica e promover uma contribuição *original* para o direito – como, aliás, é requisito para uma tese de doutoramento. A premissa básica é encarar o direito como uma ciência social aplicada, a qual, por esse motivo, atua como instrumento de transformação da realidade posta.

A situação atual demonstra que a Administração Pública não emprega apropriadamente as ferramentas direcionadas à solução adequada de suas controvérsias. Pelo contrário, prevalece a ideia de que é conveniente para o Estado se valer não apenas da inefetividade da jurisdição e da morosidade na tramitação dos processos, como também da incapacidade de a atividade jurisdicional fornecer uma pronta resposta aos problemas sociais que lhe são apresentados.

Entretanto, a concepção que autoriza a Administração Pública a (aparentemente) se beneficiar da crise da justiça está absolutamente equivocada. Ao contrário da iniciativa privada, não compete ao Estado atuar em prol da satisfação de

pretensões particulares e contingenciais. A rigor, o incremento da participação popular na atividade administrativa, o maior respeito ao sistema de precedentes judiciais e o aprimoramento da proteção ao erário público são premissas para uma atuação verdadeiramente democrática e republicana do Estado.

À Administração Pública, inclusive na esfera processual, cabe pautar a sua ação em prol do cidadão, na busca pela efetiva e adequada solução dos problemas que lhe são apresentados. Não por outra razão, o CNJ, por meio da já citada Resolução n.º 198/2014, enumera também a redução do acúmulo das demandas repetitivas e o aprimoramento da gestão da litigância serial dos grandes litigantes como outros dos macrodesafios do Poder Judiciário para o período de 2015 a 2020.

Enfim, pretende-se demonstrar, ao final da tese, a premente necessidade de desenvolvimento de uma cultura jurídica de tratamento dos conflitos que prime pela prevenção da judicialização desnecessária, pela gestão eficiente dos processos judiciais e pela ampliação do emprego dos meios adequados de solução de conflitos no âmbito da administração pública.

Para tanto, a tese está dividida em 9 (nove) capítulos, a saber:

Após esta introdução a título de primeira parte, no capítulo 2 (dois) é realizada, como pano de fundo da pesquisa científica, uma abordagem ampla acerca dos principais aspectos envolvidos na chamada *crise da justiça*, optando-se por realçar o aspecto da litigância. Isso porque, embora boa parte dos estudos sobre a crise da justiça se direcione para o exame dos problemas estruturais do Judiciário, é possível apontar que a *forma de atuação das partes* também contribui decisivamente para a perpetuação de uma cultura de judicialização excessiva das controvérsias.

Busca-se, com isso, *contextualizar* o objeto da pesquisa com base em um exame abrangente do problema da inefetividade da atividade jurisdicional, assim como a partir de uma análise específica do padrão de litigiosidade massificada e repetitiva hoje vigente no Brasil.

Já o capítulo 3 (três) é exclusivamente direcionado à investigação pormenorizada de experiências do *direito comparado* relacionadas com o fenômeno do declínio dos julgamentos ocorrido nos EUA nas últimas décadas. A finalidade desse estudo é expandir a percepção acerca das características de um modelo processual que, historicamente, vem enfrentando o problema da litigiosidade excessiva por meio do desestímulo à adjudicação estatal.

É possível afirmar que não prevalece, no sistema jurídico americano, a ideia de que o método jurisdicional é a via principal de resolução de disputas. Embora essa realidade não possa ser puramente implantada para o Brasil – e nem é essa a pretensão desta tese –, observa-se que o movimento histórico americano do *vanishing trial* apresenta peculiaridades interessantes que provocam o debate sobre a necessidade de se incentivar, também em outros sistemas jurídico-processuais, o emprego disseminado de meios não-jurisdicionais de resolução de conflitos.

Ademais, nesse capítulo são analisados diversos conceitos jurídicos, institutos legais e experiências processuais tipicamente verificados nos EUA e em outros países como Canadá e Inglaterra, os quais guardam correlação com o movimento do *vanishing trial*, tais como: a) a prática de uma educação jurídica (*legal education*) destinada a consolidar uma cultura jurídica de tratamento autocompositivo das controvérsias; b) a difusão do emprego e os variados tipos de *alternative dispute resolution* (ou meios adequados de solução de disputas, em tradução livre); c) a consagração do *Multi-Door Courthouse System* (ou Sistema de Múltiplas Portas, em tradução livre); d) a utilização disseminada das técnicas pré-processuais (*pretrial techniques*) de solução de disputas; e) a aplicação do gerenciamento judicial de casos (*judicial case management*) como uma técnica de implantação dos meios adequados de solução de disputas.

Por seu turno, o capítulo 4 (quatro) é destinado à caracterização do *problema* da tese, consistente na constatação, por meio de dados estatísticos oficiais, de que a Administração Pública, somadas todas as suas esferas e níveis, é a maior litigante habitual na esfera cível do sistema jurídico brasileiro. Como *marco teórico* do problema a ser enfrentado, adota-se a “tipologia das partes” e a “teoria da capacidade das partes” idealizadas pelo Professor Marc Galanter, da Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin, nos EUA, por meio da separação entre os *repeat players* e os *one-shotters*.

Cumprido registrar que a opção de adotar como marco teórico a distinção entre *repeat players* e *one-shotters* foi fruto da experiência do autor desta tese como *visiting scholar* na *University of Wisconsin*, sob a supervisão do próprio Professor Marc Galanter, no ano de 2016.

Ainda nesse capítulo, verifica-se a existência de ampla doutrina jurídica americana indicando que a atuação processual dos *repeat players* pode se respaldar – e comumente se respalda – no emprego de conceitos e institutos pertinentes à análise econômica do direito. Todavia, a fim de evitar generalizações inadequadas usualmente

verificadas na adoção de marcos teóricos estrangeiros, ressalva-se tópico específico apontando que nem todos os litigantes habituais se valem da inefetividade da jurisdição, assim como existem litigantes ocasionais que se beneficiam de um padrão de litigiosidade massificada e repetitiva.

Esse capítulo também é dedicado à averiguação acerca de quais são os maiores litigantes habituais e os tipos de conflitos mais recorrentes no Brasil. Ao final, procede-se a uma avaliação crítica acerca das possíveis vantagens obtidas pelos litigantes habituais com a crise da justiça, sobretudo sob a ótica da Administração Pública.

Por sua vez, no capítulo 5 (cinco) procede-se à análise dos *pressupostos teóricos* que se apresentam como etapas logicamente antecedentes à formulação da hipótese. Nessa perspectiva, a compreensão acerca das transformações conceituais operadas no direito administrativo, na direção de um modelo de Administração Pública consensual, atua como condição precedente à modificação da cultura jurídica de tratamento de conflitos no âmbito da administração pública.

Com efeito, o atual estágio de evolução do direito administrativo não mais permite uma relação de verticalidade entre o Estado e a sociedade. A mitigação da imperatividade estatal, a constitucionalização dos princípios administrativos e a ampliação da participação democrática permitem afirmar que, no Estado Democrático de Direito, a Administração Pública atua em prol do cidadão, a partir de um vínculo de relacionamento de caráter horizontalizado.

Esse cenário implica a redefinição de, no mínimo, quatro pilares clássicos pertinentes à administração pública, os quais representam mudanças metodológicas que perpassam a transformação do direito administrativo, quais sejam: a) o influxo da consensualidade na atividade administrativa e a idealização do modelo de Administração Pública consensual; b) a evolução do princípio da legalidade para a noção de juridicidade administrativa; c) a necessidade de superação do “interesse público” como conceito jurídico abstrato, apriorístico e estanque, em face da multiplicidade de interesses públicos aferíveis *in concreto* e realizados tanto pelo Estado como pela sociedade; d) a desconstrução dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público como entraves à transigibilidade administrativa.

O capítulo 6 (seis) é destinado à *formulação da hipótese*, a saber: a mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos pela Administração Pública como proposta de enfrentamento da crise da justiça. Nesse cenário, a solução do problema

confrontado nesta tese é afirmada com base na proposição da prática, pela Administração Pública, de um modelo de comportamento pautado na prevenção, na gestão racional e na resolução adequada dos conflitos por meio de técnicas integradas ao processo judicial tradicional.

Ademais, nesse capítulo também é realizado o exame de incentivos normativos e de experiências práticas voltadas à materialização da cultura jurídica de tratamento de conflitos ora proposta. Nesse particular, são analisados diversos diplomas legislativos e práticas executadas por entes e órgãos públicos com vistas ao emprego de meios de prevenção, de gestão e de solução adequada de conflitos.

Por seu turno, o capítulo 7 (sete) contém os últimos apontamentos necessários ao balizamento da alteração da cultura jurídica de tratamento dos conflitos ora proposta. Nessa ótica, são desenvolvidos limites, condicionantes e ressalvas necessárias à adequada compreensão da hipótese, a saber: a) a cultura jurídica de adequado tratamento dos conflitos não se confunde com “carta branca” para a disposição dos interesses públicos e nem para a violação sistemática de direitos dos cidadãos; b) os meios adequados de solução de conflitos não são a “solução mágica” para solucionar todos os problemas envolvendo a crise da justiça; c) a expansão do emprego dos meios adequados de solução de conflitos pela Administração Pública não significa a tentativa de desconstrução institucional do Judiciário.

O capítulo 8 (oito) é destinado à apresentação das considerações finais do trabalho.

Finalmente, o capítulo 9 (nove) contém as referências bibliográficas utilizadas nesta pesquisa científica.

2 A CONTEXTUALIZAÇÃO DO OBJETO DA PESQUISA: A CRISE DA JUSTIÇA NO BRASIL E O PADRÃO DE LITIGIOSIDADE MASSIFICADA E REPETITIVA

2.1 Por que se fala em crise da justiça no Brasil?

O objetivo principal desta tese consiste em propor uma mudança da *cultura jurídica*¹ relativamente ao tratamento que é atualmente conferido aos métodos e técnicas² empregados para a solução dos conflitos cíveis envolvendo a Administração Pública³ e os administrados, com enfoque nos impactos maléficos ao sistema jurídico causados pela manutenção de uma tradição processual exageradamente litigiosa.

Fundamentalmente, torna-se imprescindível a proposição de alternativas e possíveis soluções para o enfrentamento das deficiências do atual modelo brasileiro de tratamento dos conflitos cíveis, considerando o problema proposto no sentido de que a

¹ A palavra “cultura” possui diversos significados. Neste trabalho, ela é utilizada em uma acepção antropológico-social, isto é, como “tipo de comportamento padronizado por um sistema cultural” (LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 24. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 67-68). O adjetivo “jurídica” que a qualifica visa a relacioná-la com o direito. Portanto, a expressão “cultura jurídica” se refere a um conjunto relativamente padronizado de comportamentos, condutas e costumes que formam uma mentalidade jurídica predominante (no caso, com relação ao modelo de tratamento dos conflitos tradicionalmente adotado pela Administração Pública brasileira, em todos os seus níveis e esferas).

² De maneira geral, a legislação brasileira não parece diferenciar, com exatidão, os *métodos* e as *técnicas* de solução de conflitos. Por esse motivo, neste trabalho os seguintes vocábulos são utilizados como sinônimos, quando houver referência à busca pela solução adequada de conflitos: *métodos*, *técnicas*, *mecanismos*, *ferramentas*, *instrumentos*, *processos*, *procedimentos* e demais termos correlatos. Todavia, cumpre destacar a precisão técnica do artigo 1º, §2º, da Portaria Interinstitucional do Ministério da Justiça n.º 1.186, de 03 de julho de 2014, o qual conceitua o *método* como o gênero, *in verbis*: “Consideram-se métodos autocompositivos de solução de conflitos as técnicas, os instrumentos, os processos ou procedimentos voluntários, consensuais e flexíveis, como a mediação, a conciliação e a negociação, em que os próprios envolvidos constroem, com ajuda ou não de terceiro imparcial, a solução de seus conflitos, por meio de ações comunicativas, educativas e participativas”.

³ Não se desconhece que o termo *Fazenda Pública* engloba as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e suas respectivas autarquias, fundações públicas e consórcios públicos constituídos como associações públicas), excluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1-4). Todavia, como esta tese visa a uma análise ampla e reflexiva acerca da litigância cível, a utilização das expressões *Administração Pública*, *Poder Público* e *Fazenda Pública* abarca todas as pessoas jurídicas que a compõem, públicas ou privadas, que figurem como demandante ou demandada em processos judiciais. Ademais, preferiu-se o emprego do termo *Administração Pública* em vez de *Fazenda Pública*, a fim de deixar claro que o escopo do trabalho abrange a litigância cível em processos judiciais de qualquer espécie, e não apenas nos de natureza fiscal ou financeira. Por fim, destaca-se que a utilização da grafia com iniciais maiúsculas (“Administração Pública”) se refere ao aspecto subjetivo – isto é, os sujeitos, pessoas, agentes, órgãos, entes e entidades públicos que executam atividades administrativas –, ao passo que o emprego da expressão com iniciais minúsculas (“administração pública”) se relaciona ao aspecto objetivo – ou seja, o objeto consistente na própria atividade administrativa, em contraposição às funções legislativa e jurisdicional.

Administração Pública, somadas todas as suas esferas e níveis, consiste na maior litigante habitual (*repeat player*) no âmbito cível do sistema jurídico brasileiro.

É premente a necessidade de melhor sistematização dos métodos de prevenção, gestão e resolução adequada de controvérsias envolvendo a Administração Pública, inclusive na esfera extrajudicial. A partir da constatação de que os entes que compõem a Administração Pública são os maiores litigantes habituais do sistema jurídico brasileiro, pretende-se demonstrar de que maneira a expansão do emprego dos meios adequados de solução dos conflitos, aliada a uma gestão mais eficiente do passivo de processos judiciais no âmbito da administração pública, constitui uma resposta efetiva à crise da justiça.

Com efeito, a forma de atuação processual comumente praticada pelas partes, sobretudo pelos litigantes habituais (ou *repeat players*),⁴ é extremamente prejudicial para a entrega adequada, efetiva e tempestiva da prestação jurisdicional. O padrão de litigiosidade verificado no Brasil, decorrente de uma tradição jurídica exageradamente “demandista”⁵ (ou “judiciarista”),⁶ contribui fortemente para a perpetuação e o agravamento do cenário caótico de exercício da função judicial. A utilização ainda tímida dos meios consensuais e dos fóruns extrajudiciais dificulta a prevenção, a gestão e a solução apropriada dos conflitos cíveis, muitas vezes inviabilizando a extinção antecipada e pré-processual do litígio.

Por outro lado, também é certo que outros fatores também ocasionam malefícios ao sistema judicial, como, por exemplo, a própria falta de administração profissionalizada e de estrutura física dos órgãos judiciários.

Com efeito, é inquestionável que o Judiciário ostenta uma indiscutível importância como um dos sustentáculos da democracia brasileira, exercendo um papel

⁴ O termo “litigante” (*litigant*) vem sendo criticado por guardar uma intrínseca relação com o litígio, no sentido de controvérsia já judicializada. Por essa razão, alguns autores, como Roger Patterson, preferem o termo “disputante” (*disputant*) para qualificar as partes em conflito, uma vez que a disputa representa apenas a controvérsia contestada, sem que tenha havido necessariamente a sua judicialização (PATTERSON, Roger J. Dispute Resolution in a World of Alternatives. *Catholic University Law Review*, The Catholic University of America, Columbus School of Law, Volume 37, Issue 3, p. 591, Spring 1988, tradução nossa). No presente trabalho, contudo, os termos “partes”, “litigantes”, “disputantes”, “demandantes” e similares são empregados como sinônimos e se relacionam aos sujeitos que estão diante de uma controvérsia, independentemente de ela ter sido ou não levada ao órgão judiciário.

⁵ CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 97.

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 13-14; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito e processo: Direito Processual Civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997. v. 5, p. 105.

político, institucional e constitucional de extrema relevância. Em um Estado Democrático de Direito, a legitimidade democrática atribuída à função jurisdicional lhe conduz a uma posição nuclear no “desenho institucional do Estado contemporâneo”.⁷

A Constituição, ao legitimar o exercício da jurisdição estatal,⁸ consagra o Judiciário como um *poder* (função) central da estrutura do Estado (artigo 2º), o qual se mostra essencial para a proteção das liberdades fundamentais e para a justificação do próprio regime jurídico democrático. A existência de um Judiciário independente e respaldado pelas garantias constitucionais é imprescindível para a sustentação do Estado Democrático de Direito. A democracia pressupõe “uma magistratura bem preparada para o desempenho da função, independente e responsável”, dentro de um cenário de respeito à cidadania e de submissão do poder estatal a “efetivos controles sociais”.⁹

Nessa linha, o controle do exercício da função jurisdicional é inerente à própria justificação constitucional da jurisdição estatal. A legitimidade dos juízes – especialmente quando a investidura no cargo não ocorre por meio de eleição popular – é extraída “pelos controles de seu comportamento” e pelo “modo como exercem a jurisdição”.¹⁰ A fiscalização popular atrai a noção de responsabilidade (*accountability*) e de vinculação de qualquer das funções estatais à Constituição.

Atualmente, a jurisdição não é concebida “apenas como uma função do Estado moderno dirigida à atuação do direito no caso concreto”. Conforme acentua Remo Caponi, a função jurisdicional se revela também “como serviço público orientado à composição das controvérsias segundo a Justiça”, ou seja, “com a aplicação de critérios de julgamento objetivos e predeterminados”.¹¹

No mesmo sentido, Érico Andrade leciona que a jurisdição não se revela tão somente como expressão do poder estatal, mas igualmente como *serviço público*

⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 37.

⁸ LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y Derecho Procesal: los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Pamplona: Thommson Reuters, 2009, p. 46, tradução nossa.

⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 117.

¹⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 60.

¹¹ CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. Tradução de Sérgio Cruz Arenhart. *Revista de Processo*, v. 192, ano 36, p. 400-401, São Paulo: RT, fev. 2011.

submetido aos “princípios da eficiência e economicidade na sua atuação”, o qual está direcionado à efetivação dos direitos subjetivos dos seus usuários.¹²

Por essa razão, em vez da expressão *jurisdicionado* comumente utilizada para fazer referência àqueles que provocam a função jurisdicional, nesta tese é utilizado o termo *usuário*, exatamente com o objetivo de reforçar que, hoje, agrega-se à jurisdição também o sentido de *serviço público* de prestação de justiça, e não apenas a perspectiva de manifestação de poder ou função estatal de atuar a vontade da lei.¹³ Assim sendo, como serviço público que é, torna-se cabível exigir que a função jurisdicional seja exercida de maneira eficiente e efetiva.

Nesse cenário, discorrer sobre a necessidade de disseminação do emprego de meios de solução de conflitos “alternativos” à jurisdição na esfera da administração pública – como é uma das finalidades desta tese – não impede que se teçam críticas à ineficiência e à inefetividade da função jurisdicional.

A reflexão sobre as causas e consequências do cenário caótico de prestação jurisdicional, bem como os questionamentos acerca da capacidade de o Judiciário brasileiro enfrentar de forma satisfatória uma litigiosidade massificada, não traduzem nenhuma pretensão de enfraquecimento institucional da magistratura. A fiscalização do exercício da jurisdição – inclusive quanto à sua efetividade – é indissociável das suas próprias legitimação democrática e justificação constitucional.

Todavia, considerando as finalidades deste trabalho, prioriza-se questionar de que maneira a provocação excessiva e descriteriosa da jurisdição *pelas partes* concorre decisivamente para a potencial falência desse método adjudicatório de solução de conflitos. Busca-se refletir sobre as alternativas aptas a viabilizar uma mudança de cultura jurídica no que diz respeito ao tratamento das disputas, a qual seja capaz de resultar no aperfeiçoamento dos mecanismos de resolução de controvérsias cíveis usualmente empregados pelas partes, advogados e juízes.

Portanto, o exame da chamada “crise da justiça” consiste no pano de fundo desta investigação científica, cujo objetivo é contextualizar o objeto da pesquisa.

¹² ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências*: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 167.

¹³ Relacionando com a ótica da cidadania, Paulo Roberto Ferreira Motta cunha a expressão “cidadão-usuário” como o “sujeito da regulação e da universalização material dos serviços públicos” previstos constitucionalmente, incluída, portanto, a jurisdição estatal (MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. O cidadão usuário de serviços públicos na Constituição Federal. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 149-153).

A expressão “*crise da justiça*” (ou “*crise judiciária*” ou “*crise do Judiciário*”) é comumente utilizada para retratar as falhas e imperfeições verificadas no sistema judicial brasileiro de resolução dos conflitos de interesses. A ausência de uma pronta resposta estatal às demandas apresentadas pelos respectivos usuários gera um contexto de insatisfação generalizada com a qualidade do serviço público jurisdicional.

Não obstante os esforços de parcela dos órgãos judiciários, não é possível dizer que há no Brasil o oferecimento pelo Estado de uma tutela jurisdicional efetiva,¹⁴ adequada¹⁵ e tempestiva.¹⁶ Pelo contrário, mostra-se cada vez mais perceptível que “o acesso ao judiciário estatal não é suficiente para garantir a forma mais adequada de resolução das inúmeras facetas de conflitos existentes”.¹⁷

É lamentável constatar que a perpetuação de práticas, modelos e estruturas tradicionalmente consagrados pode implicar, sem exageros, o colapso do método adjudicatório de solução dos problemas sociais. O esgotamento do sistema judicial brasileiro se mostra como uma realidade iminente e irreversível.¹⁸

Aparentemente, a maior lentidão do sistema judiciário brasileiro em se modernizar consiste em uma dificuldade histórica, isto é, em uma resistência da comunidade jurídica em se adequar às necessidades e exigências da sociedade

¹⁴ O autor espanhol José Garberí Llobregat enumera os elementos do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, a saber: a) o direito de acesso à jurisdição; b) o direito a obter dos tribunais um pronunciamento fundado no direito objetivo e nas provas produzidas, que será de mérito quando concorrentes todos os pressupostos processuais, e que observará os requisitos da motivação e da congruência; c) o direito aos recursos estabelecidos na legislação contra as decisões judiciais; d) o direito à execução das decisões judiciais; e) o direito à imodificabilidade das decisões judiciais; f) o direito a não sofrer desamparo no processo (LLOBREGAT, José Garberí. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008, p. 19, tradução nossa).

¹⁵ A adequação da tutela jurisdicional diz respeito à possibilidade de adaptação e flexibilização do procedimento jurisdicional de acordo com as necessidades do direito material e particularidades do caso concreto (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. v. 2, p. 31-32; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22-23 e 68-70; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 438).

¹⁶ A tempestividade da tutela jurisdicional está relacionada com o direito fundamental à razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição) e é extraída do direito a um “processo sem dilações indevidas”, conforme previsto no artigo 6º, 1, da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita no dia 04/11/1950, na cidade de Roma, na Itália.

¹⁷ MARCATO, Ana Cândida Menezes. A Audiência do Artigo 334 do Código de Processo Civil: da Afronta à Voluntariedade às Primeiras Experiências Práticas. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 129.

¹⁸ NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 28.

contemporânea. Mostra-se como indispensável empreender maiores esforços para a superação de tradições anacrônicas, ritos excessivamente solenes, procedimentos demasiadamente burocráticos, utilização de linguagem rebuscada, dentre outros fatores que contribuem para o afastamento entre os órgãos judiciários e os cidadãos.¹⁹

Na verdade, é possível questionar até mesmo se há no Brasil uma crise da justiça. Conforme sustenta Adel El Tasse, a palavra “crise pressupõe que, em algum momento, se teve, no Brasil, justiça célere e efetiva, para todos os setores da sociedade, o que, em momento algum, ocorreu”. Nessa linha de raciocínio, o citado autor aduz que o “Judiciário brasileiro não está em crise”, mas, sim, é “o modelo de Justiça brasileira que já não serve mais”, sendo que apenas agora é que a sociedade brasileira acordou “de um sono coletivo” e se deu conta “de que a estrutura judicial brasileira não é eficaz em resolver as problemáticas complexas da vivência comunitária nacional”.²⁰

Por seu turno, Joaquim José Calmon de Passos sustenta que não existe uma crise específica do Judiciário, tendo em vista que, para o autor, os fatores que levaram ao potencial colapso da função jurisdicional não são internos, mas, sim, exógenos – tais como a própria sociedade massificada e a excessiva atividade legislativa.²¹

Fato é que, independentemente da nomenclatura utilizada – se crise da justiça ou qualquer outra –, é perceptível que o sistema judiciário nacional se aproxima de uma situação caótica – se não já a alcançou.²² A inefetividade e a intempestividade da prestação da tutela jurisdicional são demonstradas pelos dados estatísticos oficiais constantes dos relatórios do projeto “*Justiça em Números*”, divulgados pelo CNJ.

O primeiro fator a ser investigado diz respeito ao volume de processos judiciais pendentes de julgamento nos órgãos judiciários brasileiros. Observa-se que, nos últimos anos, a situação vem se tornando cada vez mais grave. Considerando o período de 2010 a 2017 no âmbito das Justiças Estadual e Federal, em primeiro e segundo graus, houve um acréscimo de aproximadamente 18 (dezoito) milhões de processos “em estoque”. Esse valor representa, em termos percentuais, um aumento de aproximadamente 32% (trinta e dois por cento) de casos novos em tramitação nos órgãos judiciários em um interstício de 08 (oito) anos.

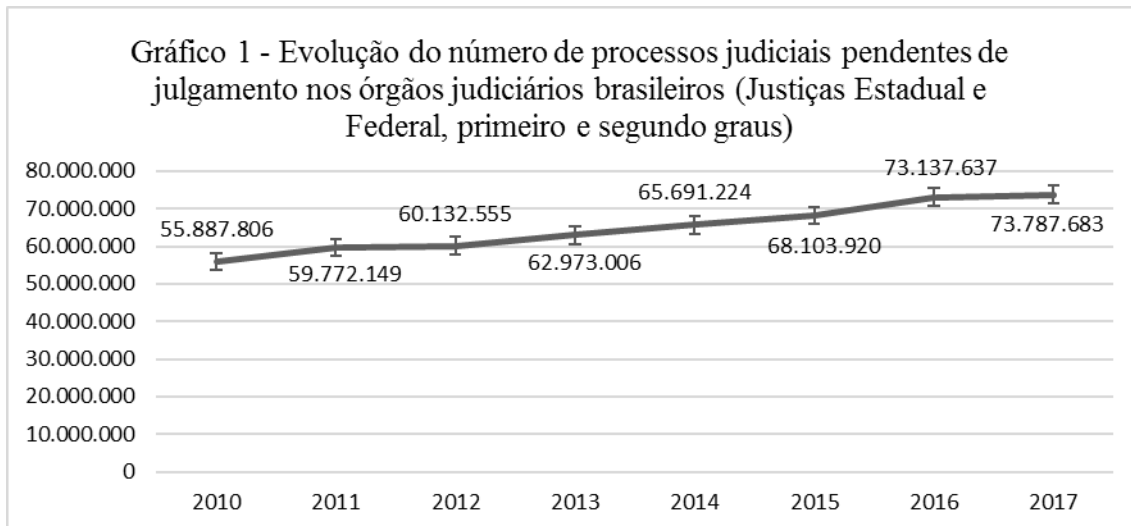
¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 05-07.

²⁰ TASSE, Adel El. *A “crise” do Poder Judiciário*: a falsidade do discurso que aponta os problemas, a insustentabilidade das soluções propostas e os apontamentos para a democratização estrutural. Curitiba: Juruá, 2001, p. 43.

²¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 204.

²² THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*, v. 125, ano 30, p. 68-71, São Paulo: RT, jul./ago. 2005.

O gráfico a seguir contém a estimativa e a evolução dos números absolutos de processos judiciais pendentes de julgamento nos órgãos judiciários de primeira e segunda instâncias das Justiças Estadual e Federal:



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (Relatórios Justiça em Números – anos 2011 a 2018 – anos-base 2010 a 2017)²³

Portanto, apenas nos órgãos das Justiças Estadual e Federal de primeiro e segundo grau, havia no Brasil, no ano de 2017, um universo de 73.787.683 (setenta e três milhões setecentos e oitenta e sete mil seiscentos e oitenta e três) ações judiciais com solução pendente. E, o que é pior, esse número está recrudescendo de forma gradual e constante. O estoque de processos judiciais pendentes de julgamento está em tendência de aumento contínuo de um ano para o outro, o que demonstra que o Judiciário não vem sendo capaz de absorver de forma satisfatória o alto volume de demandas que lhe são apresentadas.²⁴

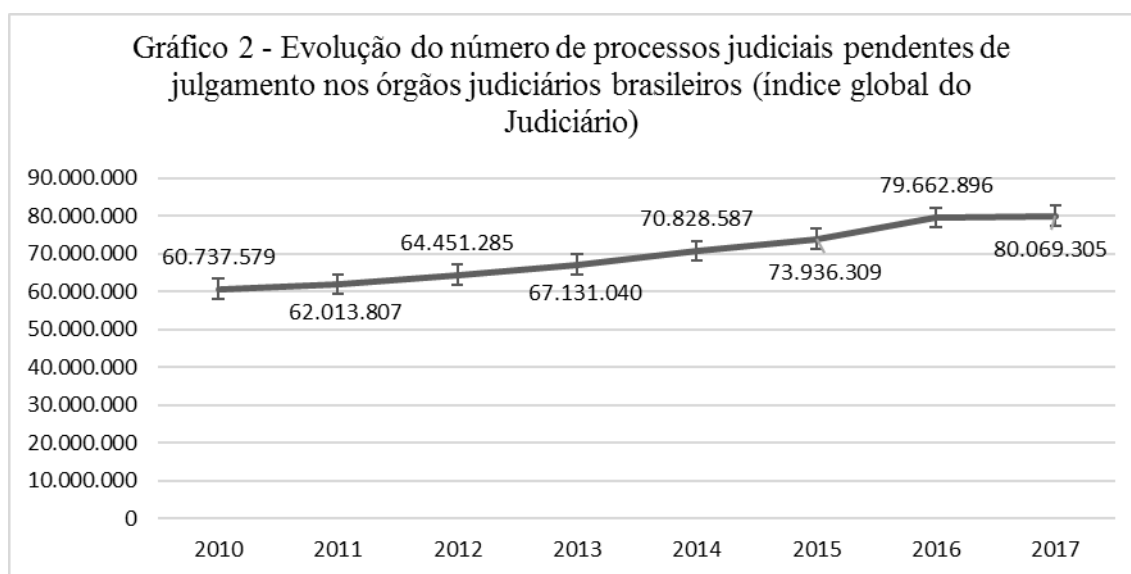
Caso se leve em consideração também os Tribunais Superiores e os demais órgãos do Judiciário integrantes da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral, da Justiça Militar Estadual e das Auditorias Militares da União, os números são ainda mais assustadores.

²³ As estatísticas coletadas pelo CNJ apresentam números que fornecem um diagnóstico amplo sobre a situação do Judiciário brasileiro. Os valores e números, embora sejam estimativos em algumas situações, são fidedignos, apesar da dificuldade de coleta de dados matematicamente precisos, da dimensão continental do território nacional e da dificuldade encontrada na busca por estatísticas em alguns tribunais (Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 28 ago. 2018).

²⁴ MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 39.

No período de 2010 a 2017, o saldo estimado total de processos pendentes de julgamento nos órgãos judiciários brasileiros saltou aproximadamente 32% (trinta e dois por cento), passando de 60.737.579 (sessenta milhões setecentos e trinta e sete mil e quinhentos e setenta e nove) para 80.069.305 (oitenta milhões sessenta e nove mil trezentos e cinco), o que representa a proporção de aproximadamente 01 (um) processo judicial para cada 2,6 (dois vírgula seis) habitantes no Brasil.²⁵

O gráfico abaixo contém uma evolução mais detalhada dos números de processos judiciais pendentes de julgamento nos órgãos judiciais brasileiros:

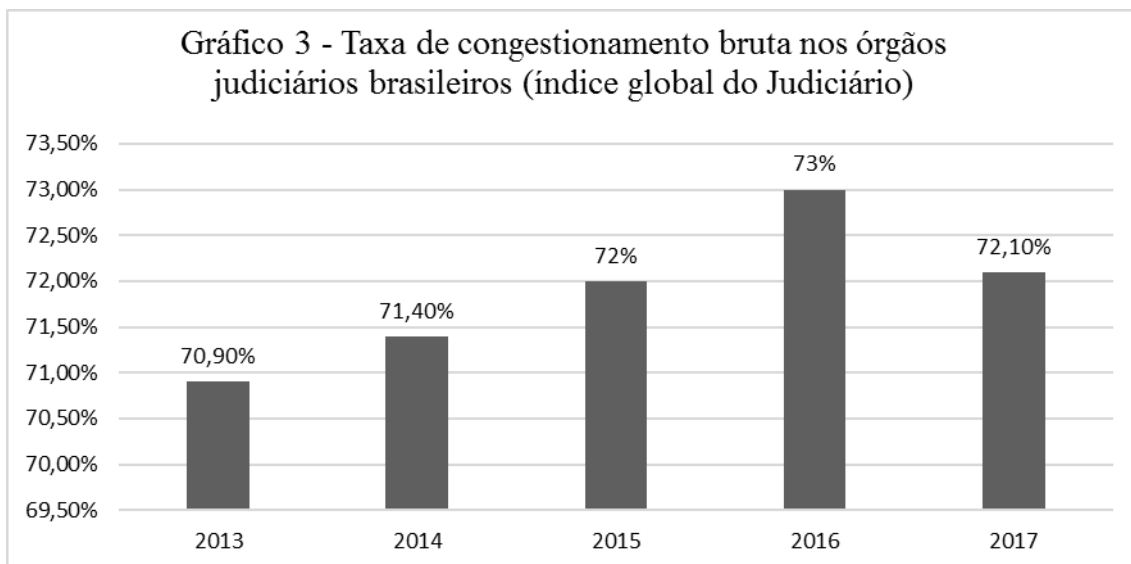


Fonte: Conselho Nacional de Justiça (Relatórios Justiça em Números – anos 2011 a 2018 – anos-base 2010 a 2017)

Além do elevado número de processos judiciais pendentes de julgamento e do padrão verificado de aumento contínuo do estoque para o ano subsequente, também a taxa de congestionamento nos órgãos judiciários brasileiros é bastante alta. Esse índice significa que o grau de efetividade dos tribunais judiciários é baixo no que se refere à proporcionalidade entre os casos novos que ingressam em determinado período e os processos que são arquivados com baixa na distribuição no mesmo interregno.

As estatísticas colhidas pelo CNJ atestam essa realidade:

²⁵ Segundo a Projeção da População do Brasil e das Unidades da Federação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o Brasil possuía, no dia 28/08/2018, às 15h08min, uma projeção de população na ordem de 208.754.413 (duzentos e oito milhões setecentos e cinquenta e quatro mil quatrocentos e treze) pessoas (Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 28 ago. 2018).

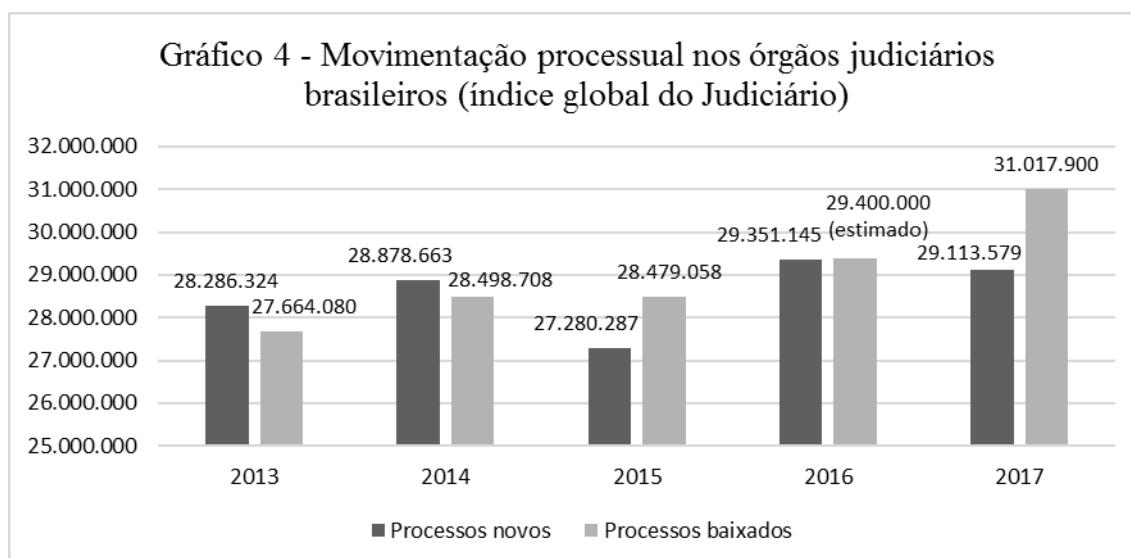


Fonte: Conselho Nacional de Justiça (Relatórios Justiça em Números – anos 2014 a 2018 – anos-base 2013 a 2017)

Diante dos dados acima indicados, infere-se que o elevado número de processos judiciais pendentes de julgamento é consequência também de uma alta taxa de congestionamento. Quanto menor o índice de produtividade do Judiciário, maior é o número de processos pendentes de julgamento para os anos seguintes.

Todavia, é motivo de alento o fato de que, no ano de 2017, houve um aprimoramento, ainda que baixo, do padrão de congestionamento até então verificado, o que demonstra uma melhor proporção entre o número de casos baixados e o número de casos novos. Enquanto a taxa de congestionamento bruta esteve na ordem de 72,1% (setenta e dois vírgula um por cento), a taxa de congestionamento líquida – isto é, aquela que desconsidera os processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório – atingiu o patamar de 67,9% (sessenta e sete vírgula nove por cento).

A proporção entre o número de processos novos e o número de processos baixados nos órgãos judiciários brasileiros é ilustrativa a esse respeito:

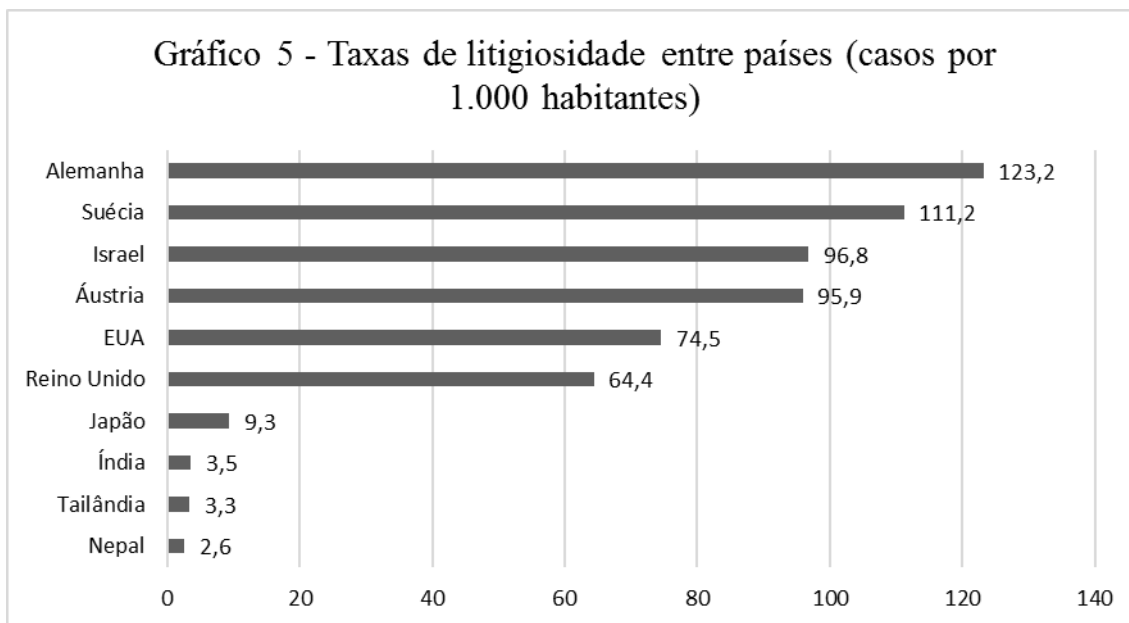


Fonte: Conselho Nacional de Justiça (Relatórios Justiça em Números – anos 2014 a 2018 – anos-base 2013 a 2017)

Em cotejo com outros países, o Brasil se apresenta como um país com altíssima taxa de litigiosidade. O gráfico abaixo formado com base em dados apresentados por Herbert Kritzer – embora relativos ao ano de 1998 – contém um estudo comparativo entre países no que se refere à taxa de litigiosidade.

Percebe-se que, em países de cultura ocidental – tais como Alemanha, Suécia, EUA e Reino Unido (Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte) – o número de casos por habitante é maior. Já em países orientais – tais como Japão,²⁶ Tailândia e Nepal –, nos quais prevalece uma cultura extremamente desenvolvida de desestímulo ao conflito e de incentivo ao consenso, os níveis de litigiosidade são baixíssimos:

²⁶ O Japão é visto como um caso emblemático e exemplar no qual o pequeno número de advogados e juízes, aliado às escassas taxas de litigiosidade, proporcionam um estado de harmonia social em que há alta produtividade e prosperidade entre os seus cidadãos. Em boa medida, essa realidade é explicada pela propensão dos japoneses a tentar resolver os seus conflitos por meio de vias conciliatórias (*conciliatory means*) e a evitar que lesões a direitos (*grievances*) se transformem em contestações adversariais (*adversary contests*). Dessa forma, prevalece no Japão uma cultura de preferência pela reconciliação e pela desaprovação social da ideologia contenciosa (GALANTER, Marc. Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 31, p. 11, 57-58, 1983, tradução nossa). Em sentido diametralmente oposto, John Haley alerta que a propalada visão do Japão como um país não-litigioso é, na verdade, uma realidade mascarada pela prática de uma política pública que impõe sérias restrições ao acesso à jurisdição. Segundo o autor, a conciliação é uma etapa obrigatória e exaustivamente forçada, sendo que existem barreiras legais difíceis de superar para que seja possível obter um julgamento final nas cortes japonesas. O número de advogados e juízes é propositalmente mantido em níveis baixos, como consequência de uma opção política deliberada do governo e das elites (HALEY, John Owen. The Myth of the Reluctant Litigant. *The Journal of Japanese Studies*, University of Washington, Society for Japanese Studies, Volume 4, Number 2, p. 368 *et seq.*, Summer 1978, tradução nossa).



Fonte: *Litigation rates around the world* (Wollschlager C. *Exploring global landscapes of litigation rates*. In: Brand J, Stempel D (Eds.). *Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag*. Nomos, Baden-Baden, Germany, 1998, p. 587-88)²⁷

Herbert Kritzer não incluiu o Brasil no seu estudo. No entanto, caso hipoteticamente sejam considerados os dados relativos ao número de casos judiciais nos órgãos judiciários brasileiros no ano de 2016, chegar-se-ia à média aproximada de 382 (trezentos e oitenta e dois) casos por 1.000 (um mil) habitantes. Essa média seria capaz de colocar o Brasil em primeiro lugar no índice relativo à taxa de litigiosidade dentre os países analisados por Herbert Kritzer, com uma proporção mais de 03 (três) vezes maior do que o primeiro colocado (Alemanha) e aproximadamente 146 (cento e quarenta e seis) vezes maior do que o último colocado acima citado (Nepal).

Entretanto, é preciso ressaltar que a alta quantidade de litígios no Brasil não deve ser interpretada como um indicativo de que todas as camadas de cidadãos possuem amplo e adequado acesso aos órgãos judiciários. Isso porque uma “expressiva parcela desse contingente de demandas tem autoridades públicas como autores – governo, órgãos da União, Estados e Municípios, assim como uma minoria de setores privilegiados da população –, que atuam como litigantes repetitivos”.²⁸

²⁷ *apud* KRITZER, Herbert M. Litigation. *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Elsevier Science, Volume 13, p. 8.992, 2001, tradução nossa.

²⁸ GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. Considerações gerais. In: GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24.

É certo que meros quantitativos numéricos de processos ativos, baixados ou pendentes de julgamento não consistem em fatores que medem com precisão a qualidade da prestação jurisdicional. Mais do que simples dados estatísticos, o que realmente importa é a concretização de uma tutela jurídica que proteja e satisfaça direitos e garantias de forma efetiva, adequada e tempestiva.

O Judiciário não é e não deve se transformar em uma instância quase industrial de fabricação em série de decisões judiciais padronizadas,²⁹ as quais, sintetizadas em dispositivos decisórios formadores de “teses” jurídicas, muitas vezes se mostram dissonantes das circunstâncias peculiares dos casos concretos.³⁰ Todavia, o exame de dados quantitativos é importante para investigar se o Judiciário está, ou não, adequadamente preparado para absorver uma massificação de conflitos que repercute diretamente no excesso de provocação da atividade jurisdicional.

Sabe-se que, em uma sociedade democrática e plural, a heterogeneidade e a multiplicidade de ideias, opiniões, preferências e interesses tornam complexos os vínculos interpessoais e, como consequência, a quantidade e a diversidade dos conflitos e potenciais lesões tendem a aumentar. Uma boa parte dos casos que são levados aos órgãos jurisdicionais decorre justamente da alta complexidade dos vínculos intersubjetivos e da diversidade das relações sociais.³¹ Não é raro que os cidadãos transfiram para o Judiciário a angústia de relações sociais frustradas, na esperança de que o magistrado, ao proferir a sentença, resolva ou ao menos amenize o conflito.

Ocorre que a expectativa criada por parcela da sociedade não se confirma na realidade. Diversamente, a estrutura judiciária não se mostra preparada para dar conta de uma avalanche de pretensões que lhe são dirigidas, muitas vezes de forma desnecessária e inconsequente. Esse contexto gera, portanto, um efeito reverso.

Além de não lograr êxito em atender a contento as pretensões dos seus usuários, “o Poder Judiciário também atua como um polo gerador de demandas”, em virtude da concomitância de fatores como: a baixa velocidade nas respostas às

²⁹ MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 38.

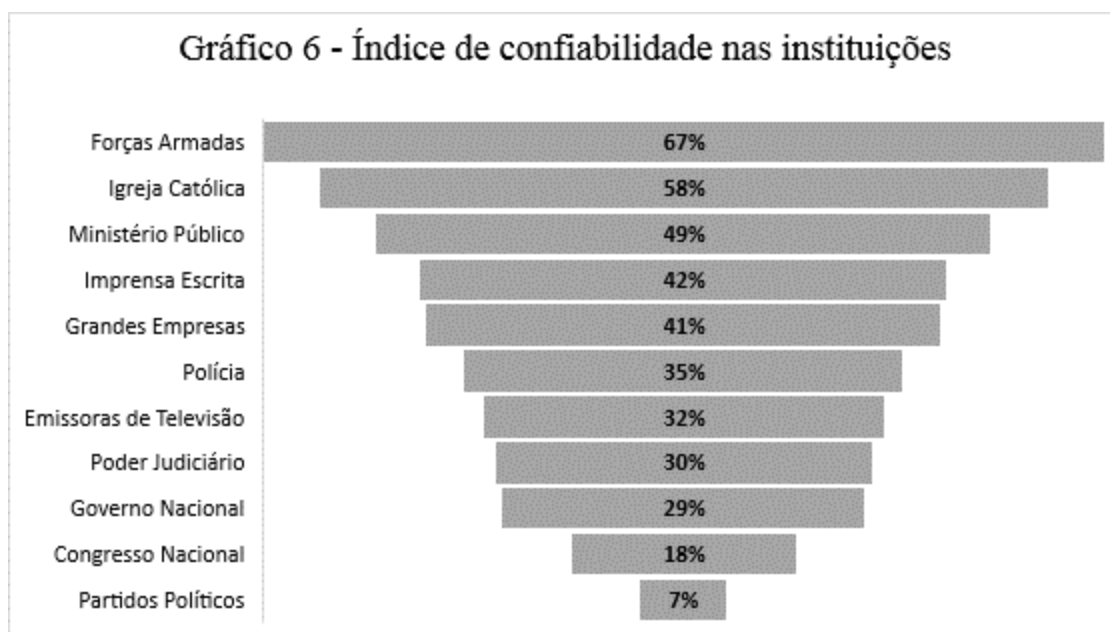
³⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 189, ano 35, p. 24, São Paulo: RT, nov. 2010.

³¹ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 67.

demandas que lhe são dirigidas; a ausência de uniformização jurisprudencial e de técnica decisória adequada nos tribunais; a inexistência do emprego de métodos adequados de gerenciamento de processos judiciais. Esse cenário possibilita “o surgimento de oportunidades para a litigiosidade, quando novas teses jurídicas são criadas e geram volume dentro do Judiciário”.³²

A inefetividade da prestação jurisdicional faz com que a sociedade diminua a sua crença na capacidade de o Judiciário atender às suas expectativas. A ausência de uma apropriada prestação jurisdicional ocasiona um baixo índice de confiabilidade nos órgãos jurisdicionais, em comparação com outras instituições públicas e privadas.

A pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas que mede o “índice de confiabilidade na justiça” é esclarecedora a esse respeito, conforme se constata abaixo:



Fonte: Fundação Getúlio Vargas (Relatório Índice de Confiabilidade na Justiça – ICJ Brasil – 1º trimestre/2014 - 4º trimestre/2014 – ano 06)³³

³² GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. Considerações gerais. In: GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

³³ A pesquisa levada a cabo pela Fundação Getúlio Vargas também se mostra fidedigna. Foram ouvidas 6.623 pessoas e foi utilizado o “método de seleção amostral não probabilística denominado amostragem por cotas”, tendo sido os dados coletados em 08 (oito) unidades federativas brasileiras que constituem aproximadamente 55% (cinquenta e cinco por cento) da população brasileira acima de 18 (dezoito) anos, quais sejam: Amazonas, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Distrito Federal. Por essas razões, “a amostra foi dimensionada de modo a ter um erro amostral absoluto de aproximadamente 2,5% com um coeficiente de confiança de 95% para a variável de confiança no Judiciário brasileiro” (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório Índice de Confiabilidade na Justiça – ICJ Brasil*, 1º trimestre/2014-4º trimestre/2014, ano 06, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/14089>. Acesso em: 11 jan. 2017, p. 06 e 24).

O baixo índice de confiança gera uma precária avaliação do Judiciário como órgão prestador de serviço público. Ainda de acordo com a pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, as pessoas ouvidas, de maneira geral, consideraram que o Judiciário presta um serviço público lento (88% (oitenta e oito por cento) dos entrevistados), caro (77% (setenta e sete por cento) dos entrevistados) e difícil de utilizar (67% (sessenta e sete por cento) dos entrevistados). Além disso, 64% (sessenta e quatro por cento) avaliaram o Judiciário como nada ou pouco honesto, 61% (sessenta e um por cento) disseram que o Judiciário é nada ou pouco parcial e independente, e 56% (cinquenta e seis por cento) atribuíram ao Judiciário pouca ou nenhuma competência.³⁴

Não há dúvidas de que o elevado número de processos judiciais pendentes de julgamento e a alta taxa de congestionamento dificultam o exercício de uma prestação jurisdicional de qualidade e, por isso, concorrem para resultar no baixo índice de prestígio social do Judiciário. Os dados estatísticos acima apontados servem para elucidar a insatisfação da população diante da incapacidade de a jurisdição estatal fornecer uma resposta efetiva, adequada e tempestiva ao padrão atual de litigiosidade massificada.

Enfim, os dados estatísticos oficiais colhidos e divulgados pelo CNJ comprovam que a jurisdição no Brasil sofre de um problema de inefetividade crônica, o qual, se não devidamente estudado e superado, poderá levar à própria falência do sistema estatal e adjudicatório de solução de conflitos.

2.2 A tradição da judicialização excessiva das controvérsias e a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos

O contexto de crise da justiça apresentado no tópico anterior é ocasionado pela concomitância de uma série de fatores. Dentre as inúmeras causas que podem ser apontadas para justificar as deficiências crônicas da prestação jurisdicional, é possível enumerar as seguintes:

a) a falta de “vontade política” de parcela dos membros da magistratura, da advocacia e do legislativo na efetiva concreção de esforços para mudar esse cenário;

³⁴ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório Índice de Confiabilidade na Justiça – ICJ Brasil*, 1º trimestre/2014-4º trimestre/2014, ano 06, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/14089>. Acesso em: 11 jan. 2017, p. 13.

- b) a ausência ou baixa profissionalização dos métodos de gestão de processos judiciais e de gerenciamento de casos nos fóruns e tribunais;
- c) a insuficiência do número de juízes e serventuários da justiça para atender às demandas da população;
- d) a disponibilidade limitada de recursos humanos, bens materiais e instalações físicas nos órgãos judiciários;
- e) o prolongamento dos “tempos mortos”³⁵ dos processos judiciais nos cartórios e secretarias judiciárias, principalmente no caso de autos físicos;
- f) a dificuldade de informatização e de absorção dos avanços tecnológicos por parte dos órgãos envolvidos na prestação jurisdicional, sobretudo considerando as rápidas transformações da sociedade contemporânea;
- g) a insistência no tratamento dos litígios sob o enfoque da litigiosidade repetitiva e individual;
- h) a inexistência de ampla repercussão prática da tutela coletiva;
- i) a perpetuação de uma cultura jurídica de judicialização excessiva das controvérsias e de valorização da sentença jurisdicional adjudicatória como o método principal e praticamente único de resolução adequada de disputas;³⁶
- j) o emprego ainda pouco disseminado dos meios consensuais, autocompositivos e extrajudiciais de solução de conflitos;
- l) a prática comumente verificada de uma atuação processual “demandista” e “recorrista”, especialmente por parte de determinados litigantes habituais; e
- m) a convivência de determinados litigantes com a morosidade processual, tendo em vista a utilização em larga escala da técnica atuarial de “rolagem de dívidas” contando com a demora excessiva na tramitação e conclusão dos processos judiciais.

³⁵ A expressão “tempos mortos” é tradução da expressão francesa *temps morts* e significa os longos espaços de tempo puramente administrativos ou dilatatórios que os processos judiciais ficam parados, sem qualquer tipo de andamento ou movimentação, e que devem ser combatidos para tornar o procedimento civil mais eficiente. Eles se contrapõem à ideia do “tempo útil” (*temps utile*) dos processos judiciais, de acordo com a concepção que Jean-Claude Magendie denomina de gestão do “direito ao tempo” (*droit au temps*), isto é, o direito subjetivo que os usuários do serviço público jurisdicional possuem à duração do processo com base nos critérios da eficiência, credibilidade, justiça e oportunidade (MAGENDIE, Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice: la gestion du temps dans le procès*. Ministère de la Justice de France: Septembre 2004, p. 22, 29, 41. Disponível em: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000433/index.shtml>. Acesso em: 18 fev. 2018, tradução nossa; ARAÚJO, Mayara de Carvalho. O direito humano fundamental à razoável duração do processo e a responsabilidade civil do Estado pelo seu descumprimento. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, UniBrasil Centro Universitário, Curitiba, v. 1, n. 17, p. 301, 2012).

³⁶ Para Flávia Zanferdini, a “judicialização dos litígios” pode ser vista como a “causa maior da crise do Poder Judiciário” (ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 17, n. 2, p. 238, ago. 2012).

Por seu turno, Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha relacionam as causas da morosidade processual e do aumento da litigiosidade a variáveis como: a) “regulações administrativa e legislativa, que criam ou que restringem o exercício de direitos (zonas cinzentas regulatórias)”; b) “marcos institucionais”; c) “questões socioeconômicas”; d) “práticas de gestão empresarial”; e) “impactos da judicialização dos conflitos”; f) “gerenciamento do volume de processos”; g) “falta de uniformização das decisões”; h) “gestão de recursos humanos”; i) “organização judiciária”; e j) “conduta das partes”.³⁷

Grande parte das causas acima apontadas serão analisadas nesta tese, algumas de forma superficial e outras com maior profundidade, considerando o objetivo de examinar a crise da justiça sob o enfoque da atuação processual das partes.

De maneira geral, a finalidade é empreender uma reflexão crítica acerca da *tradição jurídica* consolidada no Brasil consistente na *judicialização excessiva das controvérsias* (ou “hiperjudicialização de conflitos”),³⁸ mormente em virtude da prática usualmente verificada consistente em uma atuação processual “demandista” e “recorrista”, sobretudo por parte de determinados *litigantes habituais*, inclusive a Administração Pública.

Com efeito, não é exagero afirmar que a *cultura jurídica* vigente no Brasil está pautada na premissa da *litigiosidade* em detrimento da cultura do *consenso*, o que contribui para o assoberbamento dos órgãos judiciários. A morosidade excessiva na tramitação dos processos judiciais e a inefetividade dos órgãos judiciários são apenas algumas das consequências advindas de um modelo de proteção de direitos focado na tendência de acionamento abundante da via jurisdicional para a solução dos conflitos.

De fato, é possível perceber no Brasil a preponderância de uma cultura jurídica que parece equiparar o litígio à judicialização. A “litigiosidade incontrolada” observada no Brasil é agravada pelo “uso indiscriminado do processo judicial” como “via quase única e absoluta para a solução dos conflitos”.³⁹ Na expressão de Humberto

³⁷ GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. Considerações acerca do aumento da litigiosidade e do combate às causas da morosidade do sistema de Justiça brasileiro. In: GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151-152.

³⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 213-214; CURY, Cesar Felipe. *Mediação*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 439.

³⁹ MARZINETTI, Miguel. *Justiça Multiportas e o paradoxo do acesso à justiça no Brasil: da falência do Poder Judiciário aos métodos integrados de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 5.

Theodoro Júnior, o país padece de uma “síndrome da litigiosidade”, isto é, uma “verdadeira euforia no ânimo de demandar” que acarreta na redução da “capacidade de dialogar”⁴⁰ dos sujeitos envolvidos em uma situação de conflito de interesses.

As disputas, em boa parte das vezes, não são levadas ao Judiciário porque as partes não alcançaram um consenso prévio sobre o acertamento da relação jurídica de direito material. Como consequência, a lógica se encontra invertida: deflagra-se a atividade jurisdicional desde a origem do conflito para, apenas posteriormente e já na esfera jurisdicional, abrir-se a possibilidade de as partes alcançarem uma composição que ponha termo ao imbróglio.

Trata-se, nessa perspectiva, da consolidação de uma cultura do litígio *como* judicialização, da judicialização *pela* judicialização. Judicializa-se a controvérsia pelo simples fato de judicializá-la. Não há critério ou pressuposto para tanto. A provocação da jurisdição pelas partes e advogados se mostra excessiva e desmedida.⁴¹

Diferentemente do que ocorre em outros países do mundo, como nos EUA e na Inglaterra, não há no Brasil o desenvolvimento apropriado de técnicas de prevenção de litígios e de antecipação da solução das contendas em uma fase pré-processual ou pré-judicial. Os fóruns extrajurisdicionais de resolução de disputas e as técnicas de extinção de conflitos sem a necessidade do processo judicial são pouco utilizados – embora haja um esforço de parcela da comunidade jurídica na implantação de centros e programas de mediação e conciliação.

A tradição jurídica perpetuada no Brasil indica que a prolação de uma sentença jurisdicional adjudicatória consiste no método principal, mais adequado e muitas vezes único para a pacificação do conflito. A prática processual acaba por incentivar a *contenciosidade* em desfavor da *autocomposição*, buscando a extinção da disputa por meio da ação imperativa do Estado-juiz, e não por intermédio do emprego de instrumentos negociais, consensuais ou extrajudiciais. A “cultura da sentença” se apresenta como preponderante em detrimento da “cultura da pacificação”.⁴²

No entanto, em um Estado Democrático de Direito é cada vez mais imprescindível a instituição de estímulos para que as partes busquem resolver, também

⁴⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. *Revista de Processo*, v. 125, ano 30, p. 74, São Paulo: RT, jul./ago. 2005.

⁴¹ FRANCO, Marcelo Veiga; LEROY, Guilherme Costa. O efeito desjudicializante dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 267, ano 42, p. 173-174, São Paulo: RT, maio 2017.

⁴² WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudo em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

por meios autocompositivos ou não-judiciais, as suas disputas de interesses. O atual cenário de desequilíbrio entre o alto nível de demandas por parte da sociedade, e a baixa eficiência da resposta estatal quanto à tutela jurídica de direitos, demonstra a necessidade de adaptação das técnicas de solução de conflitos às rápidas transformações das últimas décadas.

A judicialização massificada das contendas e o inchaço desmesurado dos órgãos judiciários provocam o efeito nocivo de “retroalimentar a demanda”,⁴³ na medida em que, quanto mais o Judiciário cresce, mais pleitos e mais processos judiciais lhe são apresentados, “formando uma verdadeira bola de neve”.⁴⁴ Nessa perspectiva, a busca pela solução da crise da justiça “depende menos das reformas legislativas (importantes embora), do que da postura mental dos operadores do sistema (juízes, advogados, promotores de justiça)”, uma vez que a “mudança de *mentalidade* em relação ao processo é uma necessidade”.⁴⁵

A alteração do comportamento de todo aquele – seja pessoa física, pessoa jurídica ou ente público – que enfrenta uma situação de conflito social é essencial para a consolidação de uma *cultura jurídica* pautada na premissa de que o “processo moderno está construído na base da possibilidade, mas não da necessidade, de litígio”.⁴⁶ A “estrutura mental” daqueles que atuam na solução de conflitos não pode sucumbir ao “conservadorismo”, “imobilismo” e “acomodação” que impedem o “melhor entendimento da realidade social” e a superação dos “obstáculos ao acesso à justiça”.⁴⁷

Como bem aponta Remo Caponi, o “fator cultural é aquele mais importante”, já que é o único capaz de “frutificar” os outros dois fatores que ele considera como os “fundamentais para tornar um processo eficiente”, quais sejam: o fator legislativo, isto é, a necessidade de que “a disciplina legislativa processual e procedimental seja moderna e tecnicamente adequada a responder à demanda de justiça proveniente da sociedade civil”; e o fator dos recursos, ou seja, a “predisposição de

⁴³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 14-15.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 14, ano 4, p. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set./2007.

⁴⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 51, destaques no original.

⁴⁶ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 25.

⁴⁷ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000, p. 29-32.

recursos humanos e materiais em volume suficiente a aplicar do melhor modo possível a disciplina legislativa”.⁴⁸

Em sentido semelhante, Marc Galanter sustenta que a mudança da *ideologia* das partes, advogados e juízes quanto à *cultura legal* resulta em uma prática jurídica direcionada à prevenção e à antecipação da solução da controvérsia desde a sua origem, assim como no encaminhamento dos conflitos de interesses a outros fóruns de resolução de disputas além da via judicial.⁴⁹

Na mesma linha, Larry Sipes entende que a lentidão na tramitação e conclusão de processos judiciais não pode ser atribuída, de maneira simplista, apenas ao grande estoque (*backlog*) de casos (*caseload*) pendentes de solução. Em outras palavras, a ineficácia da resposta jurisdicional não pode ser explicada somente com base nos dados meramente matemáticos referentes às taxas de julgamento (*trial rates*).

De modo diverso, o autor sustenta que uma análise quantitativa e qualitativa da forma do exercício da jurisdição e do padrão de litigiosidade das partes indica que a morosidade processual e o alto acúmulo de causas em tramitação são também determinados pelas práticas e comportamentos dos juízes e advogados. A demora no julgamento de processos judiciais (*trial court delay*) é reflexo de um problema ligado à cultura legal (*legal culture*) e à maneira com a qual os sujeitos envolvidos na prestação da atividade jurisdicional lidam com o ritmo da litigiosidade (*pace of litigation*).⁵⁰

Por conseguinte, a busca pela solução do atual contexto nacional de crise da justiça não está relacionada somente com os problemas gerenciais e estruturais atribuídos ao Judiciário. Igualmente, é indubitável que apenas mudanças legislativas não são suficientes. Mostra-se cada vez mais necessária a “ruptura paradigmática da cultura demandista”, em prol da busca por um sistema de enfrentamento de disputas baseado na “solução resolutiva, consensual e da não-judicialização”, inclusive no que se refere aos conflitos envolvendo a Administração Pública e os cidadãos.⁵¹

⁴⁸ CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. Tradução de Sérgio Cruz Arenhart. *Revista de Processo*, v. 192, ano 36, p. 401-403, São Paulo: RT, fev. 2011.

⁴⁹ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 459-460, November 2004, tradução nossa.

⁵⁰ SIPES, Larry L. Reducing delay in State Courts: a march against folly. *Rutgers Law Review*, Rutgers Law School, Volume 37, p. 304, 1985, tradução nossa.

⁵¹ CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 97.

Na verdade, é fundamental a modificação da *cultura jurídica* enraizada na sociedade brasileira tipicamente beligerante e contenciosa, a qual *abusa* da garantia constitucional do acesso à justiça ao confundi-la com provocação excessiva da atividade jurisdicional. É justamente essa nova perspectiva de *acesso à justiça* que permitirá implantar uma *tradição jurídica* pautada na noção de que as controvérsias podem ser solucionadas em fóruns extrajudiciais, *se* assim for mais *adequado* diante das particularidades do caso concreto.

É recomendável a superação da tradição jurídica fundada na premissa de que o Poder Judiciário é o *único* método possível para alcançar a resolução adequada e efetiva dos conflitos,⁵² como se houvesse uma suposta “hegemonia do judiciário estatal como única forma de resolução de conflitos”.⁵³ É premente que a afirmação acerca da possibilidade de convivência do processo judicial com mecanismos autocompositivos e extrajurisdicionais de resolução de disputas ocorra por meio de um vínculo de complementariedade (ou de entrelaçamento,⁵⁴ ou de coexistência, ou de integração) – e não sob um viés de disputa ou eliminação.

Nessa quadra, é imprescindível afastar “a confusão ainda existente entre *monopólio da jurisdição*, de sentido coercitivo, e *monopólio da justiça*, em que a força do consenso das partes em conflito é que conduz a uma fórmula de composição”.⁵⁵ O típico comportamento reiterado do cidadão brasileiro de “promover uma delegação da resolução dos conflitos ao judiciário” cria obstáculos para que os conflitos sejam ordinariamente “resolvidos pela ingerência das próprias partes mediante

⁵² NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 28-29; BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. Lei de arbitragem – considerações sobre sua aplicação em contratos na Administração Pública Direta e Indireta. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 15, p. 21, Belo Horizonte: Del Rey, 2º sem. 2007.

⁵³ MARCATO, Ana Cândida Menezes. A Audiência do Artigo 334 do Código de Processo Civil: da Afronta à Voluntariedade às Primeiras Experiências Práticas. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 130.

⁵⁴ ANDREWS, Neil. The Modern Civil Process in England: Links Between Private and Public Forms of Dispute-Resolution. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 787, tradução nossa.

⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 561, destaques no original.

autocomposição” – o que é bastante comum em outros países com um nível mais avançado de desenvolvimento jurídico-cultural.⁵⁶

O atual fenômeno sociocultural consistente na “doentia busca da tutela jurisdicional junto aos órgãos do Poder Judiciário, com primazia quase absoluta sobre qualquer outra via de pacificação disponível”, implica um gigantesco volume de processos a cargo da jurisdição estatal. Como não poderia ser diferente, essa situação acaba por inviabilizar, pela própria escassez de recursos materiais e de capacidade humana, a solução mais justa e adequada dos conflitos pelos agentes judiciários.⁵⁷

Isso não significa, de maneira alguma, que as ferramentas extrajudiciais de solução de conflitos devam ser cogentes ou compulsórias às partes. A obrigatoriedade na aplicação de mecanismos “desjudicializados” de resolução de controvérsias não se compatibiliza com o texto constitucional. O incentivo à adoção de métodos “alternativos” não se confunde com imposição e nem com coerção.

Diversamente, torna-se indispensável o desenvolvimento de um sistema de solução de conflitos que seja capaz de institucionalizar e difundir o emprego de técnicas de antecipação e prevenção de controvérsias, bem como de estimular a autocomposição das disputas, inclusive em momento anterior à propositura de eventual ação judicial.

Para que se concretize o verdadeiro exercício da cidadania e da democracia, como corolários do acesso à justiça, é de vital importância criar incentivos para que as partes tentem buscar por si mesmas, ou com o auxílio de um agente facilitador, a prevenção e a solução dos seus problemas.⁵⁸ A prolação de uma decisão adjudicatória por um terceiro estranho aos fatos, o qual decide no lugar das partes, não pode ser encarada como uma necessidade absoluta.

Na verdade, a cidadania e a democracia requerem que as partes em conflito se comprometam a exercer um papel ativo na busca pela sua solução. Cabe aos cidadãos assumir a responsabilidade pela prevenção, gestão e resolução de seus próprios problemas, “deixando de lado a tradição cultural de transferir para uma autoridade

⁵⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 213-214.

⁵⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Prefácio ao MARZINETTI, Miguel. *Justiça Multiportas e o paradoxo do acesso à justiça no Brasil: da falência do Poder Judiciário aos métodos integrados de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. XIII.

⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 15.

integrante de poder (normalmente do Judiciário) o encargo para referendar ou julgar todos os nossos atos”.⁵⁹

O incentivo ao emprego dos métodos autocompositivos de solução de conflitos é importante para possibilitar que as partes atuem como “efetivas protagonistas do procedimento”⁶⁰ – até mesmo como um fator de “reconhecimento”, “empoderamento” e “emancipação” do indivíduo.⁶¹ A autocomposição reforça a autonomia (*autonomy*), a autodeterminação (*self-determination*) e o empoderamento (*empowerment*)⁶² dos sujeitos envolvidos no conflito,⁶³ por meio da ampliação das possibilidades de utilização da mediação, conciliação e outros meios autônomos de resolução de conflitos, seja antes, durante, após ou fora da esfera judicial, conforme as circunstâncias do caso.

Compete à sociedade brasileira empreender os esforços possíveis para desenvolver uma menor dependência do Estado e das autoridades judiciárias quanto à resolução dos conflitos sociais.⁶⁴ Ao mesmo tempo, é dever do Estado promover políticas públicas aptas a proporcionar, de forma efetiva, outros meios de solução de controvérsias aos usuários do serviço público jurisdicional.⁶⁵

Não é raro que a prolação de uma decisão adjudicatória ponha termo apenas ao processo judicial, mas sem encerrar o conflito na sua esfera social ou psicológica. Ao polarizar as partes nas posições de vencedor e vencido, o processo judicial incute nos

⁵⁹ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 17, n. 2, p. 250, ago. 2012.

⁶⁰ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 70.

⁶¹ VINCENZI, Brunela Vieira de; REZENDE, Ariadi Sandrini. A mediação como forma de reconhecimento e empoderamento do indivíduo. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 529-540.

⁶² Rodrigo Horochovski explica que o termo *empoderamento* equivale ao vocábulo inglês *empowerment* e é “quase sinônimo de autonomia, na medida em que se refere à capacidade de os indivíduos e grupos poderem decidir sobre as questões que lhes dizem respeito” (HOROCHOVSKI, Rodrigo Rossi. *Empoderamento: definições e aplicações*. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/papers-30-encontro/gt-26/gt18-22/3405-rhorochovski-emponderamento/file>. Acesso em: 05 mar. 2016, p. 1).

⁶³ STIPANOWICH, Thomas J. ADR and ‘The Vanishing Trial’: What we know – and what we don’t. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association, Volume Summer 2004, p. 7, 2004, tradução nossa.

⁶⁴ WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José *et al.* (Coord.). *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, Conselho da Justiça Federal, 2003, p. 44.

⁶⁵ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 17, n. 2, p. 238, ago. 2012.

sujeitos em conflito os sentimentos de vitória e de derrota, o que é bastante para acirrar os ânimos já exaltados e insuflar o nível de contenciosidade entre eles.⁶⁶

Por esse motivo, a adoção de técnicas de autocomposição dos conflitos vem se mostrando como uma alternativa qualitativamente adequada à jurisdição estatal em determinadas hipóteses, mitigando o “problema *social* do igual acesso à Justiça Civil”⁶⁷ por meio da obtenção de maior celeridade, menor onerosidade e menor impacto psicológico para as partes.

Por outro lado, isso também não quer dizer que os meios “alternativos” à jurisdição sejam, aprioristicamente, melhores ou piores em comparação com a jurisdição estatal. Não é objeto desta tese cotejar, em abstrato, qual método é preferível ao outro, e nem propor a substituição da adjudicação pelos meios autocompositivos. Na verdade, a qualidade de uma técnica de solução de conflitos merece ser analisada concretamente, de acordo com as particularidades do caso específico. A *adequação específica* do método ao conflito é o fator primordial a ser analisado.

A perpetuação do cenário de crise da justiça é suficiente para atestar que a cultura jurídica de predomínio da sentença jurisdicional adjudicatória merece questionamentos. Por outro lado, também é certo que o emprego em larga escala dos meios autocompositivos não é a “solução mágica” que resolverá todos os problemas que envolvem o acesso à justiça e o sistema de solução de conflitos sociais.

Considerando que o Estado Democrático de Direito está fundado nos pilares da dignidade da pessoa humana, da fraternidade, do consenso e da pluralidade, é possível afirmar que a busca por soluções negociadas e não-adjudicatórias dos conflitos sociais consiste em uma matéria de *interesse coletivo*. Como ensina Francesco Carnelutti, o progresso da civilização produz “*menos necessidade do Direito* para atuar a solução pacífica do conflito”.⁶⁸

A abertura de diferentes possibilidades de solução de disputas demonstra o amadurecimento de uma sociedade democrática. O pluralismo não se resume aos interesses, ideologias, convicções ou escolhas pessoais.

⁶⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 14.

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1, p. 347 *et seq.*, destaque no original; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 7-13.

⁶⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1, p. 62-63, destaques no original.

Também os meios de resolução de controvérsias devem ser variados e plurais. Na verdade, a diversidade dos métodos de tutela de direitos e a multiplicidade das técnicas de resolução de conflitos representam um fator de reforço do exercício mais adequado e efetivo da garantia constitucional do acesso à justiça.⁶⁹

Portanto, a cultura jurídica prevalente no país – inclusive no âmbito da administração pública –, tendente a uma excessiva e desnecessária judicialização de demandas cuja solução poderia ser alcançada fora da esfera judicial, não se mostra completamente condizente com os fundamentos do Estado Democrático de Direito. O alto grau de litigiosidade da comunidade jurídica brasileira é incompatível com a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, I, da Constituição).

2.3 A compreensão do *acesso à justiça adequado* e os meios “adequados” e “integrados” (e não “alternativos”) de solução de conflitos

A ideia que parece prevalecer no Brasil, diante do altíssimo volume de processos judiciais em tramitação, é a de que necessariamente compete aos sujeitos em conflito provocar a jurisdição para obter um julgamento, o qual encerre a demanda por meio da atuação de um terceiro imparcial que não faz parte do litígio. A heterocomposição se destaca na medida em que os meios autocompositivos ou extrajudiciais de solução de conflitos são muitas vezes encarados como “alternativos” e secundários ao método estatal dito como “oficial”.⁷⁰

Todavia, os ideais democráticos e cívicos que permeiam a *garantia fundamental do acesso à justiça* – a qual provém do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição – não condicionam a proteção jurídica de direitos ameaçados ou violados à necessidade absoluta de provocação da atividade jurisdicional.

Diversamente, a correta compreensão da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição denota que o processo jurisdicional é uma – mas não a única – das ferramentas de tutela jurídica de direitos e garantias. A ideia do *acesso à*

⁶⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 205-210.

⁷⁰ Discorrendo sobre a conotação negativa atribuída à suposta alternatividade ou natureza secundária dos meios autocompositivos, consensuais e extrajudiciais de solução de conflitos, Rodrigo Mazzei e Bárbara Chagas também criticam a noção de que a esfera litigiosa jurisdicional seria a via principal, superior ou mais importante (MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamentos adequados de conflitos? *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes; LANNA, Helena (Coord.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 116-117).

justiça – ou, melhor dizendo, do *acesso qualificado à ordem jurídica justa*⁷¹ ou do *acesso à justiça adequado* – não pode se equivaler a um *excesso de acesso ao Judiciário* (ou *excesso de acesso à jurisdição* ou *excesso de acesso à justiça*).⁷²

A garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição consagrada no artigo 5º, XXXV, da Constituição não merece ser interpretada de maneira distorcida, no sentido de que *inafastar* a tutela jurisdicional significa *provocar abundantemente a jurisdição*, como se o Judiciário fosse a única instância de pacificação dos conflitos de interesses. A previsão constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” representa uma *garantia constitucional de proteção judicial de direitos*,⁷³ quando assim *se fizer necessário, útil e adequado*.

É preciso diferenciar: ter o indivíduo à sua disposição a garantia constitucional de proteção jurisdicional contra lesão ou ameaça a direitos não implica afirmar, definitivamente, que se deve buscar o Judiciário para reparar *toda e qualquer* violação às esferas jurídicas, mormente quando as partes sequer tentaram resolver o conflito por seus próprios meios.

É aconselhável cautela e parcimônia para que o artigo 5º, XXXV, da Constituição não se transforme em uma espécie de *cheque em branco* conferido ao

⁷¹ A ideia do acesso qualificado à ordem jurídica justa significa que a garantia constitucional do acesso à justiça não se esgota no mero direito subjetivo do cidadão de provocar a atividade jurisdicional (dimensão formal da inafastabilidade da jurisdição), mas engloba também o direito de obter uma tutela jurisdicional adequada às particularidades do caso concreto, tempestiva em face da complexidade da causa e efetiva na reparação do direito ou na coibição da ameaça (dimensão material da inafastabilidade da jurisdição). Para aprofundamento sobre o tema, conferir: WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000, p. 27; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 271; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 14-16; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 117-119; DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de Processo*, v. 108, ano 27, p. 28, São Paulo: RT, out./dez. 2002.

⁷² ORSINI, Adriana Goulart de Sena; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. Judicialização das relações sociais e desigualdade de acesso: por uma reflexão crítica. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da; ANDRADE, Oyama Karyna Barbosa (Coord.). *Justiça do Século XXI*. São Paulo: LTr, 2014, p. 63; ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlin Dornas. A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do “excesso de acesso à justiça”. *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI*. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, Universidade Federal Fluminense – UFF. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 142-170.

⁷³ A *garantia de proteção judicial de direitos* está prevista também no artigo 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e significa “o direito de acesso à justiça como meio para se obter, em tempo razoável, uma decisão jurisdicional eficaz, quando houver interesse em reparar lesões ou prevenir ameaças a direitos” (JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 243).

usuário do serviço público jurisdicional. A ordem constitucional assegura a garantia fundamental à inafastabilidade da jurisdição a fim de aumentar as possibilidades de acesso aos órgãos judiciários, mas sem o objetivo de “vulgarizá-lo, a ponto de incentivar os espíritos belicosos à prática do ‘demandismo’ caprichoso e desnecessário”.⁷⁴

Ao contrário do discurso recorrente, a relação entre *acesso à justiça* e *cidadania* não é baseada em uma avaliação meramente quantitativa, ou seja, apenas considerando o número exorbitante de processos judiciais que podem ser levados ao Judiciário detentor do dever de decidi-los. O acesso à justiça não se esgota no amplo e irrestrito direito constitucional do cidadão de acionar e provocar os órgãos judiciários, de forma muitas vezes banalizada, na expectativa de que o Judiciário resolva todas as suas controvérsias. É primordial repensar esse modelo e promover uma releitura da garantia fundamental do acesso à justiça.⁷⁵

Como uma boa dose de exagero, Eduardo Cambi e João Paulo Vasconcelos chegam a afirmar que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição consagra o princípio da “reserva de Justiça estatal”. Segundo os autores, a previsão constitucional “não determina que todas as demandas devam ser encaminhadas ao Poder Judiciário, mas tão somente que tal acesso deve operar como uma cláusula de reserva, de cunho residual”.

Em um contexto de “heterocomposição de litígios” e de “democracia participativa e pluralista”, verifica-se um “ambiente apropriado à desjudicialização”, especialmente considerando a “morosidade e ineficiência da prestação jurisdicional, a desigual distribuição de justiça e a presença de litigantes habituais que emperram o funcionamento do Poder Judiciário”. É nessa quadra que os autores concluem que a garantia fundamental consagrada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição não pretende “a exclusão da intervenção judicial”, mas, diferentemente, visa a “incentivar meios alternativos de solução de controvérsias que exija a intervenção do Estado-juiz apenas subsidiariamente, em *ultima ratio*”.⁷⁶

⁷⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*, v. 125, ano 30, p. 78, São Paulo: RT, jul./ago. 2005.

⁷⁵ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 17, n. 2, p. 237, ago. 2012; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 72 *et seq.*; MARZINETTI, Miguel. *Justiça Multiportas e o paradoxo do acesso à justiça no Brasil: da falência do Poder Judiciário aos métodos integrados de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 2-5, 81 *et seq.*

⁷⁶ CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução

Com orientação semelhante, Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta que a releitura da garantia constitucional do acesso à justiça importa a sua “dessacralização” e o conseqüente abandono do “fetichismo da sentença de mérito” (ou “fetichismo da jurisdição”). A “leitura exacerbada e irrealista” da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição implica a necessidade de despojamento da sua “aura” de cláusula pétrea.

De acordo com o autor, a garantia fundamental do acesso à justiça deve “desvestir-se dos excessos” e da sua quase equivalência a “um perigoso ‘convite à demanda’”, a fim de, “realisticamente, reduzir-se a uma *cláusula de reserva*, a uma oferta residual”. Com os objetivos de combater a “cultura demandista” e o “superdimensionamento do Judiciário”, dentre outros, os conflitos devem ser dirimidos “*não necessariamente pela via judicial*”, mas, “em certos casos até preferivelmente”, pelas “formas alternativas de solução de conflitos” – chamadas pelo autor de “equivalentes jurisdicionais”.

Nessa linha de raciocínio, o autor prossegue aduzindo que o acesso à justiça corresponde a uma garantia de natureza “subsidiária”. Isso quer dizer que, em face da “cláusula de reserva” e do seu caráter de “oferta residual”, a jurisdição estatal se encontra, para o autor, “preordenada a atuar, subsidiariamente, em situações específicas”, a saber: a) casos que, por sua natureza especial ou previsão legal, exijam “passagem judiciária, não comportando solução heterotópica”; b) casos não suscetíveis de solução negociada, em razão da presença de “interesses substancialmente indisponíveis”; c) casos que ensejam revisão judicial ou alegação de nulidade insanável, depois de “submetidos às instâncias parajurisdicionais”; d) casos de competência originária dos tribunais.⁷⁷

Também José Renato Nalini defende a necessidade “de se ressuscitar o princípio da subsidiariedade”, a fim de evitar que a sociedade brasileira se transforme em um “grande tribunal” e de impedir a multiplicação do “número de juizes até o infinito”. De acordo com o entendimento do autor, o Judiciário deve ser “reservado para as grandes questões”, tendo em vista que não são todas as causas que “podem ser

extrajudicial de conflitos. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 105-107.

⁷⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 62-86, destaques no original.

submetidas ao convencionalismo de uma decisão judicial, lenta e custosa, hermética e ininteligível para a população”.⁷⁸

Outrossim, Miguel Marzineti aduz que, ante a constatação da “completa falência do sistema adjudicativo estatal de solução de conflitos”, torna-se necessária uma nova “proposta constitucionalmente adequada para a correção do discurso do acesso à justiça no Brasil”. Para tanto, o autor sugere que a premissa da pacificação social, contraposta à “lógica adversarial dos procedimentos decisórios”, impede a compreensão de que a “solução imposta por terceiro” seja a mais adequada. Nessa perspectiva, a “preferência pela solução pacífica de conflitos” produz a conclusão de que a utilização dos procedimentos decisórios impositivos, típicos do sistema adjudicativo estatal, deve ser realizada “em caráter subsidiário sempre que possível”.⁷⁹

Entretanto, essa concepção doutrinária que afirma que o Judiciário ostenta um caráter abstratamente residual se afigura precipitada, desvirtuada, exagerada e radical. É recomendável maior temperança na atribuição apriorística e genérica de uma natureza subsidiária supostamente intrínseca à jurisdição estatal, principalmente levando-se em consideração as profundas discrepâncias sociais existentes no Brasil, as quais, indubitavelmente, implicam obstáculos no acesso aos órgãos judiciários e desigualdades no emprego das técnicas autocompositivas.

Embora, de fato, o atual cenário de litigiosidade excessiva e de inefetividade da jurisdição estatal reclame uma alteração da cultura jurídica de tratamento dos conflitos, isso não significa concluir, definitivamente, que o Judiciário deva ser tratado como uma instância de pacificação social de caráter presumidamente secundário. O ponto nuclear da discussão não está fundado na adoção de uma concepção *a priori* que considere o Judiciário como a *ultima ratio* – como ocorre no sistema processual inglês que trata o acesso ao juiz estatal como o último recurso (*ultima risorsa*).⁸⁰

A função jurisdicional não ostenta nenhum caráter punitivo que justifique a aplicação do princípio da intervenção mínima nos moldes do direito penal, no qual o Estado-juiz emprega a legislação criminal como o seu último recurso. A solução de um

⁷⁸ NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 100.

⁷⁹ MARZINETTI, Miguel. *Justiça Multiportas e o paradoxo do acesso à justiça no Brasil*: da falência do Poder Judiciário aos métodos integrados de solução de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 115-131.

⁸⁰ CAPONI, Remo. La Mediazione Nelle Legislazioni Straniere. In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas*: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 752, tradução nossa.

conflito pela via heterônoma não significa que as partes foram penalizadas por terem falhado na adoção prévia de alguma das ferramentas autocompositivas.

É plenamente cabível que as partes, por livre, autônoma e espontânea vontade, resistam à possibilidade da autocomposição e optem pelo método da adjudicação estatal por considerarem-no como o mais adequado para a solução do conflito. Não há, nessa afirmação, qualquer forma de denegação de justiça ou de violação ao sistema jurídico-processual.

A *quaestio juris* em debate é mais bem compreendida a partir da transição da ideia da alternatividade para a noção de *adequação*.⁸¹ Afirmar que o Judiciário é o meio menos adequado para resolver determinado conflito *in concreto* não equivale a atribuí-lo um caráter secundário *in abstracto*, ou imputá-lo uma pecha de inferioridade, acessoriedade ou subordinação. A análise das particularidades do caso específico é que definirá qual é o método mais apropriado para a sua solução, isto é, se a via autocompositiva ou heterocompositiva, se a esfera judicial ou extrajudicial, ou se a conjugação de mais de um dos métodos.

Consoante bem enfatizado por Maurício Vasconcelos Galvão Filho, a discussão acerca da aplicabilidade dos diversos métodos de resolução de conflitos não se refere a “uma disputa de certo e errado, de pior e melhor, de único caminho”, do maniqueísmo do “sim x não”.

Diferentemente, a questão é enfrentada de forma mais pertinente sob o aspecto da busca pelo “meio mais adequado”, isto é, a possibilidade atribuída às partes de “escolha do método mais adequado” para a solução do caso específico *in concreto*. Dessa maneira, é plenamente possível afirmar a inexistência *in abstracto* e *a priori* de um meio de resolução de conflito melhor ou pior, tendo em vista que prevalece, nessa perspectiva, o “princípio da adequação dos meios” para fins de prevenção ou solução da controvérsia.⁸²

⁸¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 37-38; MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 69.

⁸² GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. Audiência(s) e Sessão(ões) de Mediação na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015). In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.).

Com entendimento similar, Fernanda Tartuce salienta que “a oferta de diferenciados mecanismos de realização de justiça não faz com que estes se excluam”, mas, de maneira diversa, possibilita uma interação entre os variados métodos a fim de “proporcionar ao jurisdicionado múltiplas possibilidades de abordagem e composição eficiente das controvérsias”. Nessa ótica, a autora afirma a pertinência de um “sistema pluriprocessual de enfrentamento de controvérsias”, o qual está caracterizado pela presença de diversos mecanismos, métodos, processos e procedimentos de tratamento de conflitos.⁸³

Portanto, é natural que o Judiciário se apresente como um método mais ou menos adequado em diversas situações, a depender das especificidades da controvérsia aferíveis *in concreto*. Da mesma forma, os meios extrajudiciais de resolução de conflitos podem se mostrar apropriados para certos tipos de conflitos, ou inviáveis e inadequados para outros – o que comumente ocorre com a arbitragem, a qual é muitas vezes considerada como inapropriada em virtude dos altos custos, da impossibilidade de interposição de recurso, da inexistência de poderes executivos atípicos atribuídos aos árbitros, ou da ausência de direitos patrimoniais disponíveis em discussão.⁸⁴

Nesse sentido, uma gestão adequada de conflitos visa a proporcionar às partes o meio que tenha o condão de produzir os resultados mais satisfatórios considerando as particularidades do caso concreto. O método adversarial, por exemplo, pode se mostrar mais apropriado para a resolução de controvérsias nas quais há um nível elevado de contenciosidade ou competição entre as partes. A impossibilidade de diálogo ou a predisposição das partes para o confronto podem ensejar a necessidade de uma decisão adjudicatória.

Já o método consensual visa a enfatizar as relações interpessoais, o compartilhamento e a troca de informações, e a busca por entendimento mútuo entre as partes. Com isso, há o emprego de técnicas autocompositivas e ferramentas colaborativas que se dirigem a identificar as necessidades subjacentes dos disputantes, a fim de possibilitar que todos os sujeitos em conflito auferam ganhos recíprocos advindos da solução do imbróglio.⁸⁵

DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 515-516.

⁸³ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 87-88.

⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 207-208.

⁸⁵ HERMAN, G. Nicholas; CARY, Jean M. *Legal counseling, negotiating, and mediating: a practical approach*. Second Edition. New Providence: LexisNexis, 2009, p. 150-153, tradução nossa.

O ambiente de cooperação tem o objetivo de estimular a criatividade das partes para encontrar uma multiplicidade de alternativas para a solução da controvérsia, de maneira que todas as partes se beneficiem do consenso e adquiram recíprocas vantagens advindas do processo de transação.⁸⁶ Não se pretende alcançar uma solução em que uma das partes maximize os seus interesses às custas da outra, tendo em vista que não prevalece o raciocínio binário de que uma parte ganha enquanto a outra perde. Diversamente, a finalidade que prepondera é a de oferecer uma satisfação recíproca – na medida do possível – das necessidades e interesses das partes.⁸⁷

Ademais, entender o Judiciário como a *ultima ratio* também pode ensejar a errônea percepção de que os métodos “alternativos” de solução de conflitos são de aplicação obrigatória. Na verdade, a tentativa prévia de consenso não pode ser encarada como uma etapa impositiva. É da própria natureza da autocomposição a busca espontânea e voluntária pelas partes, como reforço da autonomia privada (ou da autodeterminação).⁸⁸ Forçar uma situação de acordo desnatura a natureza dialógica dos meios autocompositivos e não gera o efeito de pacificação social desejado.

A adoção da ideia da *adequação*, portanto, significa que o emprego de quaisquer dos métodos de solução de conflitos, autocompositivos ou heterocompositivos, requer um exame específico do caso concreto. Entrementes, o encorajamento oficial do emprego dos meios “alternativos” traduz o entendimento de que a jurisdição estatal é uma – mas não a única – das vias adequadas de solução de conflitos, mas sem que isso atribua ao Poder Judiciário um caráter residual, subsidiário, secundário, como *ultima ratio* ou de somenos importância.

A “alternatividade” do método de solução do conflito se relaciona à sua adequação ao caso concreto. Nessa perspectiva, inclusive o método adjudicatório jurisdicional, comumente entendido como o “convencional”, pode ser considerado

⁸⁶ RAIFFA, Howard. *The art and science of negotiation: how to resolve conflicts and get the best out of bargaining*. Cambridge: Belknap Press, 1982, p. 131, tradução nossa.

⁸⁷ MENKEL-MEADOW, Carrie. Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 31, p. 794 *et seq.*, 1983, tradução nossa.

⁸⁸ MARCATO, Ana Cândida Menezes. A Audiência do Artigo 334 do Código de Processo Civil: da Afronta à Voluntariedade às Primeiras Experiências Práticas. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multipostas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 134-136.

como o “alternativo”, se utilizado como aquele mais adequado de acordo com as peculiaridades da causa.⁸⁹

É por isso que, para evitar dúvidas na correta compreensão do caráter de adequação dos métodos de resolução de disputas, é recomendável que a expressão *alternative dispute resolution* não seja simplesmente traduzida para “meios ‘alternativos’ de solução de disputas”. A utilização de uma terminologia apropriada é essencial para impedir distorções na correta compreensão do acesso à justiça *adequado*.

De fato, a expressão “meios *alternativos* de solução de controvérsias”, como tradução livre a *alternative dispute resolution*, é conceitualmente problemática. Isso porque a palavra “alternativa” carrega em si própria uma escala de valoração apriorística da importância do método de solução da disputa, sem levar em consideração as circunstâncias do caso concreto. Afinal de contas, o método é alternativo a qual? Em outras palavras, existe, em tese, um método convencional ou primário, e outros que lhe são alternativos ou secundários?

Por essa razão, vários autores, brasileiros e estrangeiros, preferem utilizar outras expressões mais condizentes com a equivalência da importância entre os métodos.

Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas, por exemplo, preferem a nomenclatura “métodos adequados de resolução de conflitos”, a fim de exprimir que o “uso da palavra *adequada* na expressão permite, de plano, analisar que há *opções* entre os *diversos meios de solução dos conflitos*, tendo as partes escolhido justamente a opção mais *adequada*, isto é, a que melhor se amolda à situação concreta”.

Nessa linha, a expressão “métodos alternativos de resolução de conflitos” é incorreta porque pode infirmar a conclusão de que “não existe meio mais *adequado*”, bem como que a decisão por terceiro é a “solução preferencial”, relegando à autocomposição um caráter de “alternativa àquela”. Outrossim, a expressão “métodos de solução consensual de conflitos” é imprópria já que há soluções adequadas de conflitos de natureza heterocompositiva, como a arbitragem.⁹⁰

⁸⁹ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de Disputas (*Collaborative Law*): “Mediação sem Mediador”. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 710.

⁹⁰ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas:*

Por sua vez, Thomas Stipanowich e Carrie Menkel-Meadow observam que o termo “apropriado” (*appropriate*) é preferível a “alternativo” (*alternative*) para designar o método mais bem adaptado (*best suited*) à resolução da disputa.⁹¹ Igualmente, Robert Ackerman também adota a expressão “apropriado” (*appropriate*) para se referir ao que chama de “dispositivos” (*devices*) ou “veículos” (*vehicles*) de solução de disputas.⁹²

Já para Jerome Barrett e Joseph Barrett, a expressão *alternative dispute resolution* – ADR pode ser substituída pela locução *collaborative problem solving* – CPR, a fim de deixar claro que a finalidade é que as partes colaborem entre si na solução de todo e qualquer problema surgido entre elas.⁹³

Já Humberto Theodoro Júnior *et al.* preferem a expressão “meios integrados de solução de conflitos”, com o objetivo de enfatizar a tendência de estruturação, no atual ordenamento processual brasileiro, de “um modelo multiportas que adota a solução jurisdicional tradicional agregada à absorção dos meios alternativos”. A garantia constitucional de acesso à justiça visa a constituir um sistema de “solução integrada dos litígios”,⁹⁴ dentro de uma visão de justiça coexistencial (*giustizia coesistenziale*) defendida por Mauro Cappelletti.⁹⁵

Também Leonardo Carneiro da Cunha e João Luiz Lessa de Azevedo Neto utilizam a expressão meios “integrados” de resolução de disputas, explicando que a integração significa o entrelaçamento dos variados métodos, inclusive o processo judicial tradicional, em uma “teia de cooperação” entre eles.⁹⁶ A mesma nomenclatura é empregada por Miguel Marzineti, o qual realça a necessidade de integração de

Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 69.

⁹¹ STIPANOWICH, Thomas J. ADR and the “Vanishing Trial”: The Growth and Impact of “Alternative Dispute Resolution”. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 845, November 2004, tradução nossa; MENKEL-MEADOW, Carrie. When Litigation is Not the Only Way: Consensus Building and Mediation As Public Interest Lawyering. *Journal of Law & Policy*, Washington University, p. 43, 2002, tradução nossa.

⁹² ACKERMAN, Robert M. Vanishing Trial, Vanishing Community? The Potential Effect of the Vanishing Trial on America’s Social Capital. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 178-179, 2006, tradução nossa.

⁹³ BARRETT, Jerome T; BARRETT, Joseph P. *A history of alternative dispute resolution: the story of a political, cultural, and social movement*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004, p. 257, tradução nossa.

⁹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 213-225.

⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 90-93, tradução nossa.

⁹⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas. *Revista de Direito*, n. 5, p. 272, Santa Cruz do Sul, out. 2014.

mecanismos de acesso à justiça “que operem simultaneamente ao sistema adjudicativo estatal”.⁹⁷

Por sua vez, Judith Resnik entende como pertinente a utilização apenas da expressão *dispute resolution* (ou meios de solução de controvérsias, em tradução livre), resumido pela sigla *DR*, e sem o adjetivo *alternative* (ou alternativos, em tradução livre), o qual, na sua visão, serve apenas para descaracterizar o propósito do termo.⁹⁸

Por outro lado, Jeffrey Stempel, ao comparar os termos *alternative dispute resolution* – *ADR* e *dispute resolution* – *DR*, entende que o emprego do adjetivo *alternative* (“alternativo”, em tradução livre) é necessário para deixar registrado o quão importante foi o movimento de reação histórica contra as deficiências do modelo adjudicatório estatal.

O autor, ressalvando que o método da adjudicação adversarial não pode ser considerado como o primário, salienta que a qualificação da alternatividade não implica atribuir aos meios não-jurisdicionais um caráter de segunda opção. Na medida em que a expressão *alternative dispute resolution* está historicamente consolidada, ele prefere a sua utilização como uma medida de avaliação do impacto das mudanças sociais ocasionadas em virtude do crescimento dos mecanismos alternativos de solução de disputas, sem que isso signifique, de forma alguma, colocá-los em um plano secundário.⁹⁹

Fato é que, independentemente da nomenclatura utilizada, o que importa deixar claro é que a existência de uma ampla gama de mecanismos, ferramentas, técnicas e métodos possui como objetivo principal oferecer às partes a maneira que seja a mais apropriada, em respeito às circunstâncias do caso concreto e às necessidades e interesses dos disputantes. A expressão *alternative* (alternativa, em tradução livre) que qualifica os sistemas de solução de disputas (*dispute resolution*) não traduz nenhum nível de importância apriorística entre eles, assim como não significa que os métodos diferentes do jurisdicional adjudicatório lhes sejam subsidiários, secundários, acessórios ou inferiores sob qualquer ângulo.

⁹⁷ MARZINETTI, Miguel. *Justiça Multiportas e o paradoxo do acesso à justiça no Brasil: da falência do Poder Judiciário aos métodos integrados de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 108-115.

⁹⁸ RESNIK, Judith. Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 821, November 2004, tradução nossa.

⁹⁹ STEMPEL, Jeffrey W. Reflections on Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture, or Fledgling Adulthood? *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 11, Number 2, p. 300, 1996, tradução nossa.

A menção à alternatividade, na origem da expressão *alternative dispute resolution*, exprime tão somente que o método heterocompositivo jurisdicional é apenas um, dentre vários outros possíveis, que as partes podem escolher e adotar como o método adequado (*appropriate*) à solução da disputa. A alternatividade se refere à existência de uma extensa e variada gama de métodos e técnicas hierarquicamente equivalentes – ou, nos dizeres de Roger Petterson, a um “mundo de alternativas” (*world of alternatives*)¹⁰⁰ – que serão escolhidos como o mais apropriado à solução da causa em conformidade com as suas particularidades.

Por essa razão, a referência neste trabalho a métodos alternativos de resolução de conflitos não guarda em si qualquer juízo de valor quanto à relevância ou oficialidade de quaisquer dos métodos. De modo diverso, o vocábulo “alternativo” se relaciona à existência de múltiplos métodos e técnicas utilizados pelas partes para adequar o procedimento de solução da disputa às peculiaridades do caso concreto, às suas pretensões, necessidades e interesses, e às exigências do direito material.

Não importa, assim, se o método escolhido é heterocompositivo ou autocompositivo, ou empregado dentro ou fora dos órgãos judiciários. Os *alternative dispute resolution* podem ser tanto adjudicatórios como consensuais, e utilizados seja na esfera pública ou em espaços privados.

Sendo assim, é o “juízo de adequação” que importa para a escolha do mecanismo mais apropriado para a solução do conflito.¹⁰¹ Para cada situação conflituosa concreta, há no mínimo um meio adequado para resolvê-la, o qual pode ser empregado isoladamente ou de forma integrada com outros métodos que também se revelam adequados para o caso em discussão.¹⁰²

Na verdade, conforme salientam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o “enfoque de acesso à justiça”, na linha de uma terceira *onda renovatória* (ou *onda reformadora*) do direito processual civil, representa uma “tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”, o que certamente inclui o

¹⁰⁰ PATTERSON, Roger J. Dispute Resolution in a World of Alternatives. *Catholic University Law Review*, The Catholic University of America, Columbus School of Law, Volume 37, Issue 3, p. 591, Spring 1988, tradução nossa.

¹⁰¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 61.

¹⁰² CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 639.

incentivo ao emprego dos *alternative dispute resolution*.¹⁰³ Nessa perspectiva, o maior emprego dos meios adequados de solução de conflitos é fator de aprimoramento do acesso à justiça e, por conseguinte, contribui para a materialização da cidadania, da democracia e pela busca por uma *justiça de proximidade*.¹⁰⁴

2.4 O padrão brasileiro de litigiosidade massificada e repetitiva: o fortalecimento da tutela plurindividual no Código de Processo Civil

O desvirtuamento da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição), a partir da sua equivalência com a ideia do excesso de acesso aos órgãos judiciários, propicia a consolidação no Brasil de um *padrão de litigiosidade (litigation pattern)*¹⁰⁵ tipicamente definido. Paralelamente, as potenciais vantagens processuais e econômicas obtidas por determinados litigantes – habituais ou ocasionais – em face do contexto de crise da justiça e de morosidade na tramitação dos processos judiciais – como se verá adiante –, reforçam a perpetuação de um esquema de litigância peculiar e facilmente visualizável na prática jurídica.

Esse padrão de litigiosidade brasileiro possui as seguintes características: a) *é massificado e repetitivo*, como consequência da *explosão da litigiosidade de massa*

¹⁰³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 31, 68-71. Além da terceira onda renovatória pautada no acesso à justiça e na conquista da efetividade da prestação jurisdicional, os autores destacam a ocorrência de duas ondas reformadoras anteriores, quais sejam: a primeira, voltada à promoção universal do acesso à justiça, especialmente das pessoas menos favorecidos; e a segunda, direcionada a uma melhor sistematização da tutela coletiva para a proteção dos direitos metaindividuais (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos).

¹⁰⁴ FENOLL, Jordi Nieva. *Jurisdicción y Proceso: estudios de ciencia jurisdiccional*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 131-142, tradução nossa.

¹⁰⁵ De acordo com a definição de Herbert Kritzer, a expressão *litigation* se refere tanto ao processo formalmente estruturado no qual se invoca o poder do Estado para a solução de controvérsias, como também à convenção contratual que atribui a um particular o poder e a autoridade para elaborar a decisão adjudicatória para colocar fim ao conflito. Para o autor, a adjudicação tanto pode ocorrer nos tribunais judiciários como no âmbito de entidades administrativas ou fóruns privados, e contém três elementos-chave: (a) a resolução heterônoma (*authoritative*) da disputa, (b) por um terceiro imparcial (*neutral third party*) que decide a controvérsia, (c) por meio da aplicação de normas e regras preexistentes (KRITZER, Herbert M. *Litigation. International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Elsevier Science, Volume 13, p. 8.989, 2001, tradução nossa). Por seu turno, Marc Galanter observa que o termo *litigation* (litígio, em tradução livre) é utilizado quando uma controvérsia (*dispute*) é levada ao judiciário. Já a expressão *dispute* (controvérsia, em tradução livre) existe quando uma reclamação (*claim*), baseada em uma ofensa (*grievance*) contra alguém, vem a ser reivindicada, mas é resistida e/ou rejeitada no todo ou parcialmente pela parte supostamente ofensora (GALANTER, Marc. *Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society. UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 31, p. 11-13, 1983, tradução nossa). Para os fins deste trabalho, contudo, o termo *litigation* será traduzido como litígio, litigiosidade ou litigância, e a expressão *dispute* será traduzida como controvérsia e seus sinônimos (v.g., disputa, conflito, contenda, imbróglio, dentre outros similares).

verificada atualmente no Brasil; b) é vocacionado precipuamente para o tratamento dos litígios sob as óticas *individualista* e *plurindividualista*, como reflexo, dentre outros fatores, do próprio incentivo a esses tipos de litigância pelo sistema jurídico brasileiro, como também do baixo grau de eficácia e desenvolvimento pragmático da tutela coletiva no âmbito nacional.

Conforme observa Guilherme Bacelar de Assis, o aumento exponencial da quantidade de demandas dirigidas ao Judiciário é um fenômeno próprio do mundo ocidental. O “crescimento vertiginoso da judicialização dos conflitos” é fruto da prática de uma sociedade capitalista pautada na elevada velocidade da difusão da informação, no alto grau de acesso de parcela expressiva da população aos bens e serviços, na enorme competitividade entre os agentes econômicos, e na padronização dos tipos comportamentais e dos modelos de produção e consumo. Esse cenário ocasiona inúmeras consequências jurídico-sociais, tais como a “multiplicação desenfreada de litígios”, o aumento das “causas repetitivas” e uma “verdadeira explosão de litigiosidade”.¹⁰⁶

A própria complexidade da sociedade ocidental contemporânea é um dos fatores responsáveis pela *explosão da litigiosidade de massa* hoje existente no Brasil. O modelo do Estado Democrático de Direito, idealizador de uma comunidade pluralista, heterogênea, dinâmica e multifacetária, tem como finalidades possibilitar o amplo espaço público de debate entre os cidadãos e viabilizar o compartilhamento recíproco de comportamentos e ideias.

Dessa maneira, a defesa do argumento e do contra-argumento, a convivência com a diversidade e a prática da tolerância são imprescindíveis para a realização do discurso jurídico democrático. A previsão de uma vasta gama de direitos fundamentais é essencial para permitir a autodeterminação dos indivíduos, de modo que a multiplicidade de crenças, ideologias, opiniões e vontades se configura como um elemento central do Estado Democrático de Direito.

Todavia, a tutela da autonomia individual resulta, por outro lado, em uma inevitável tensão entre os cidadãos, a sociedade civil e o Estado. A infinidade de relações sociais produz uma ampliação do número de litígios repetitivos.

As garantias da liberdade de pensamento e expressão, associada à complexidade e pluralidade da sociedade, são causas diretas do aumento exponencial de

¹⁰⁶ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 187-188.

controvérsias massificadas, as quais demandam o alargamento da esfera de acesso aos órgãos judiciários para a reparação de ameaças ou lesões a direitos. É nessa perspectiva que a expansão da garantia constitucional de acesso aos órgãos judiciários, mormente quando exercida de forma abusiva, também pode ser “apontada como catalisadora do crescimento das ações judiciais”¹⁰⁷ e como uma das razões para o recrudescimento da litigiosidade repetitiva e massificada.

Gláucio Maciel Gonçalves e Victor Barbosa Dutra apontam que o aumento da quantidade de demandas repetitivas é consequência, em grande parte, do “amplo acesso à justiça” garantido com a Constituição, da “universalização de determinados serviços básicos” e da “ampliação do acesso ao crédito”. Esses fatos provocaram “alterações quantitativas e qualitativas no perfil de litigância”, aptas a gerar uma “avalanche de demandas idênticas ou similares” e a colocar “em xeque velhas estruturas e procedimentos”. Essa “massificação das relações jurídicas” consiste em um dos maiores desafios do direito processual civil e demonstra, indubitavelmente, que o Judiciário não está preparado para absorver a judicialização em massa dos conflitos sociais e intersubjetivos.¹⁰⁸

Em sentido semelhante, Fernando Gonzaga Jayme e Délio Mota Júnior anotam que a “redemocratização”, a “crescente conscientização da cidadania”, a “forte urbanização” formadora das “grandes metrópoles brasileiras”, a “criação de novos direitos fundamentais” e a “ruptura dos obstáculos para o acesso à justiça” são alguns dos fatores que podem ser enumerados para explicar o crescimento desenfreado das “demandas seriais”. Os autores ressaltam, contudo, que a edificação dessa sociedade de massa e o aumento da litigiosidade repetitiva não foram adequadamente recepcionados pelos órgãos jurisdicionais, pelo Estado e pela legislação. Como consequência, é possível verificar o “esgarçamento das relações sociais”, o alto nível de “descrédito do Poder Judiciário” e o abalo da própria “consolidação do Estado Democrático de Direito”.¹⁰⁹

¹⁰⁷ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 67.

¹⁰⁸ GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Informação Legislativa – RIL*, Brasília, ano 52, n. 2008, p. 189-190, out./dez. 2015.

¹⁰⁹ JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Recursos extraordinário e especial repetitivos. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto (Coord.). JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; FARIA, Juliana Cordeiro de; FRANCO, Marcelo Veiga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho;

Realmente, a ineficiência no tratamento processual do enorme número de litígios em tramitação e pendentes de conclusão demonstra a incapacidade organizacional, estrutural, gerencial e cultural do Judiciário brasileiro em assimilar a realidade massificada dos conflitos. Entrementes, a grande quantidade de demandas repetitivas oriundas da incompetência do Estado na implementação de políticas públicas gera a necessidade da ampliação do âmbito de atuação do Judiciário na concretização de direitos e garantias,¹¹⁰ produzindo um cenário de engrandecimento da esfera decisória dos órgãos jurisdicionais.

No entanto, além do despreparo dos órgãos públicos em lidar com os litígios repetitivos, também o próprio complexo normativo não se mostra totalmente adaptado à massificação dos conflitos. O baixo grau de eficácia do processo coletivo e o fortalecimento apenas da tutela das demandas repetitivas no CPC são exemplos que demonstram que a legislação brasileira optou por continuar a conferir tratamento “atomizado” (ou “pulverizado”)¹¹¹ aos conflitos. Todavia, é nítido perceber que, cada vez mais, os litígios contemporâneos ocasionam amplas repercussões sociais, políticas, econômicas, jurídicas e culturais – os quais, portanto, deveriam ser tratados de maneira “molecular”.¹¹²

Humberto Theodoro Júnior ensina que existem três tipos de tutela jurídica de tratamento dos conflitos, a saber:

a) a tutela individual, isto é, aquela tida como a historicamente clássica e que produz efeitos limitados aos sujeitos em conflito individualmente considerados;

b) a tutela coletiva, a qual abrange o ajuizamento de ações coletivas cujo escopo é a proteção de direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos (artigo 81, parágrafo único, incisos I a III, da Lei n.º 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – CDC);¹¹³

CREMASCO, Suzana Santi (Org.). *Processo Civil Brasileiro: Novos Rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 253-254.

¹¹⁰ CORRÊA, Priscilla Pereira Costa. *Direito e desenvolvimento: aspectos relevantes do Judiciário brasileiro sob a ótica econômica*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 129.

¹¹¹ WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, v. 139, ano 31, p. 28-35, São Paulo: RT, set. 2006.

¹¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 87.

¹¹³ Neste trabalho será utilizada apenas a expressão “direitos”, e não “interesses”, quando houver referência aos direitos abrangidos pela tutela coletiva. Isso porque, conforme ensina Érico Andrade com fundamento na doutrina italiana, a expressão “interesse” foi importada da Itália de maneira inapropriada. Naquele país e especialmente no âmbito do direito administrativo, os conceitos de “direito subjetivo” e “interesse legítimo” são praticamente equiparados, sendo que este último está cada vez mais em desuso

c) a tutela plurindividual, a qual, colocada a meio termo entre a tutela individual e a tutela coletiva, oferece “mecanismos processuais que coletivizam efeitos de ações originariamente individuais”.

Segundo o citado autor, a finalidade precípua da tutela plurindividual é “estabelecer teses de direito aplicáveis, necessariamente, às causas que versem sobre a mesma questão jurídica”. Trata-se de “nova modalidade de tutela jurisdicional” que não tem o objetivo de criar ou regulamentar novas ações coletivas. Diferentemente, a tutela plurindividual visa a desenvolver “novas técnicas de enfrentamento judicial de conflitos massificados”, por meio da atribuição de tratamento jurídico diferenciado a uma pluralidade de demandas seriais que versem sobre idêntica matéria de direito.¹¹⁴

Nesse sentido, Bruno Dantas afirma que a tutela plurindividual (ou pluri-individual) envolve a composição de conflitos atinentes a direitos individuais homogêneos “que se multiplicam em diversas demandas judiciais nas quais haja controvérsia, preponderantemente, sobre as mesmas questões de direito”. O objetivo da tutela plurindividual é atingir um ponto de equilíbrio por intermédio do qual se atribua racionalização e eficiência ao funcionamento dos órgãos judiciários, ao mesmo tempo em que se concretize razoável duração do processo e igualdade na solução de demandas repetitivas sobre idêntica questão de direito.¹¹⁵

Também Rita Dias Nolasco e Luis Felipe Freind dos Santos classificam as demandas individuais repetitivas – também chamadas de demandas “pluri-individuais”, ou “pseudoindividuais”,¹¹⁶ ou “pseudocoletivas”,¹¹⁷ ou “individuais com efeitos coletivos”¹¹⁸ – como “um *tertium genus* de demanda, distinto das puramente individuais ou das difusas e coletivas em sentido estrito”. Segundo os autores, esse tipo de demanda ostenta um “espectro público” caracterizado pela “repetição de teses”, e está

(ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 151 *et seq.*).

¹¹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. Demandas repetitivas. Direito jurisprudencial. Tutela plurindividual, segundo o novo Código de Processo Civil: incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes; LANNA, Helena (Coord.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 471-472.

¹¹⁵ DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ* (arts. 543-B e 543-C do CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69.

¹¹⁶ WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, v. 139, ano 31, p. 28-35, São Paulo: RT, set. 2006.

¹¹⁷ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 200.

¹¹⁸ ALVES, Lucélia de Sena; RETES, Tiago Augusto Leite. *Judicialização da saúde*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 113-114.

direcionado para o tratamento de conflitos envolvendo os direitos individuais homogêneos.¹¹⁹

Por sua vez, Rodolfo de Camargo Mancuso entende que a tutela judicial plurindividual consiste em uma “terceira via”, situada em um “ponto equidistante” entre as tradicionais “jurisdição singular” – que trata os conflitos unicamente sob a ótica individualizada – e “jurisdição coletiva” – que lida com as controvérsias sob a perspectiva difusa e coletiva, e muitas vezes com sujeitos indeterminados.

De acordo com o autor, o CPC, ao instituir e reforçar as técnicas de tratamento dos conflitos massificados, acolhe a tendência de contínuo crescimento da tutela plurindividual, sobretudo quando possibilita que a fixação das teses jurídicas em torno das questões repetitivas se expanda em três dimensões, quais sejam:

a) “pan-processual”, no sentido de que a tese jurídica fixada se aplique a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica controvérsia jurídica (v.g., artigos 927, III; 985, I; e 1.040, III, do CPC);

b) “atemporal”, uma vez que a tese jurídica fixada se estende aos casos e processos futuros que versem sobre a mesma questão de direito (v.g., artigos 927, III; e 985, II, do CPC);

c) de “larga amplitude territorial”, tendo em vista que a tese jurídica fixada abrange a área de jurisdição do respectivo tribunal, como também pode ser difundida para todo o território nacional, caso o STJ ou o STF pronunciarem-se sobre a questão de direito repetitiva (v.g., artigos 927, III; 987, §2º, do CPC).¹²⁰

Não há dúvidas de que o CPC – ao instituir uma teoria de elaboração, interpretação e aplicação dos precedentes judiciais (*rules of precedent*) (artigos 926 a 928), criar o incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR (artigos 976 a 987), regulamentar a técnica do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos (artigos 1.036 a 1.041) e desconsiderar por completo a disciplina legal do processo coletivo – assume a sua opção expressa de privilegiar a tutela plurindividual.

O dimensionamento das questões repetitivas dentro de um “microsistema de padronização decisória”¹²¹ e a previsão da observância obrigatória dos precedentes

¹¹⁹ NOLASCO, Rita Dias; SANTOS, Luis Felipe Freind dos. Demandas Repetitivas e a Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 440-441.

¹²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 25-43.

¹²¹ JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Recursos extraordinário e especial repetitivos. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto (Coord.). JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES,

judiciais (artigo 927 do CPC) deixam clara a escolha do legislador brasileiro pelo combate ao padrão de litigiosidade massificada por meio da previsão de mecanismos de fixação de teses jurídicas aplicáveis a uma multiplicidade de demandas seriais.

Nessa seara, Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha questionam “em que medida o volume de ações decorre da repetição de demandas e da opção pelo seu tratamento individual (e não coletivo de conflitos)”, considerando que os impactos negativos na prestação jurisdicional derivam da alta “representatividade da repetição no volume elevado de demandas”.¹²² Isso porque o aumento do acúmulo de demandas pendentes (*growing caseloads*) resulta da prevalência de uma litigância repetitiva individual (*individual repeated litigation*) usualmente perpetrada entre litigantes habituais e litigantes ocasionais.¹²³

Com efeito, é certo que a opção por litigar envolve uma gama de variáveis financeiras, comumente denominadas de custos da litigância (*costs of litigation*). Herbert M. Kritzer enumera quatro tipos de incentivos, econômicos ou não, que servem para subsidiar a decisão das partes e de seus advogados em judicializar, ou não, determinada controvérsia.

O primeiro incentivo se refere à probabilidade de êxito da demanda, isto é, à maior ou menor possibilidade de obtenção da pretendida reparação em face da violação ou ameaça ao direito. O segundo incentivo diz respeito à eficácia do “remédio” judicial, ou seja, se a provocação do órgão judicial será eficiente para satisfazer a pretensão. Já o terceiro incentivo está relacionado com o valor das despesas judiciais necessárias para judicializar o conflito, assim como com a possibilidade de obtenção dos benefícios da assistência judiciária gratuita. Por fim, o quarto incentivo, interligado com o terceiro, está ligado ao montante e à forma de pagamento dos honorários advocatícios, a saber, a que título a verba honorária será paga (*pro-labore*, êxito e em virtude de eventual sucumbência).¹²⁴

Gláucio Maciel; FARIA, Juliana Cordeiro de; FRANCO, Marcelo Veiga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho; CREMASCO, Suzana Santi (Org.). *Processo Civil Brasileiro: Novos Rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 254.

¹²² GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. Considerações gerais. In: GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

¹²³ GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. *SSRN English & Commonwealth Law eJournal*, University of Oxford Faculty of Law, Volume 1, p. 1, 2016, tradução nossa.

¹²⁴ KRITZER, Herbert M. Litigation. *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Elsevier Science, Volume 13, p. 8.991, 2001, tradução nossa.

No Brasil, percebe-se que o próprio sistema jurídico-processual estimula a prevalência das tutelas individualista e plurindividualista. Em grande medida, há um incentivo oficial, tanto aos litigantes habituais como aos litigantes ocasionais, para o enfrentamento das questões controversas sob um viés massificado e repetitivo. No mínimo três fatores podem ser apontados para demonstrar essa situação.

O primeiro deles diz respeito aos honorários advocatícios. O Brasil é um dos poucos países do mundo – senão o único – no qual é permitida a cobrança concomitante de honorários advocatícios nas modalidades contratual, de êxito e sucumbencial – este último calculado, por via de regra, sobre o valor da condenação ou proveito econômico obtido pelo litigante, independentemente do número de sujeitos envolvidos na ação, conforme o artigo 85, §2º, do CPC.

Essa realidade, certamente, contribui para a proliferação de ações individuais sobre a mesma controvérsia jurídica, as quais são comumente ajuizadas por advogados que, embora patrocinem partes sujeitas à mesma situação fática, preferem pulverizar as demandas na expectativa de maximizarem as suas verbas honorárias, em vez de concentrá-las em um único processo coletivo. Nesses casos, os próprios causídicos, e não as partes representadas, são aqueles que frequentemente estão presentes em juízo no âmbito de um número expressivo de demandas seriais, atuando estrategicamente como se fossem *repeat players*.

Melhor seria, portanto, se a legislação processual, ao contrário de estimular o patrocínio de ações individuais sobre a mesma questão jurídica – seja por litigantes habituais ou ocasionais –, estabelecesse que a fixação dos honorários advocatícios levasse em conta, também, o tipo de ação – individual ou coletiva – e o número de sujeitos presentes nos polos do processo. Seguramente, essa previsão incentivaria o agrupamento de demandas em processos coletivos ou, ao menos, em ações plúrimas, reduzindo o estoque de processos individuais sobre controvérsias jurídicas idênticas.

A propósito, a regulamentação e a forma de pagamento dos honorários advocatícios variam substancialmente entre os países. De acordo com levantamento realizado por Christopher Hodges *et al.*, a maioria dos países – à exceção, por exemplo, dos EUA (exceto o Estado do Alasca) e da Lituânia – possuem regras sobre distribuição dos ônus da sucumbência (*cost shifting*) em que a parte sucumbente arca com o pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais (*loser pays*).

Em outros países – tais como na França, China, Rússia e Japão –, a regra geral, com raras exceções, é a de que apenas o pagamento das despesas judiciais (*court*

fees) é atribuído ao sucumbente, mas não há condenação em honorários advocatícios (*lawyer's fees*) ao advogado vencedor (*success fees*).

Por seu turno, há países, como nos EUA, nos quais, embora não haja a cominação de honorários advocatícios sucumbenciais, é possível que o advogado contrate honorários de forma flexível (*flexible billing*), tanto para a remuneração do trabalho (*pro-labore*) – seja para abertura do caso (*file opening fee*) ou por hora trabalhada (*hourly rate billing*) –, como no caso de êxito da demanda (*contingency fees*).

Quanto aos honorários no caso de êxito da demanda (*contingency fees*), incidentes sobre percentual do valor ou direito recuperado (*pactum de quota litis*), há países que os proíbem (v.g., Austrália – salvo em casos de direito comercial –, Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Nova Zelândia, Noruega, Portugal, Reino Unido, República Checa, Romênia e Singapura) e há países que os permitem (v.g., Alemanha, Canadá, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, EUA, Finlândia, Hungria, Itália, Japão e Lituânia).¹²⁵

Um segundo fator que contribui para a consolidação das tutelas individual e plurindividual se refere à facilidade de obtenção, na prática forense, dos benefícios da assistência judiciária gratuita. Não obstante a legislação processual regulamente os requisitos e limites para a concessão do benefício (artigos 98 a 102 do CPC e Lei n.º 1.060/1950), é afirmação recorrente que, no Brasil, existe uma relativa inclinação dos órgãos judiciários em prol do deferimento do direito à gratuidade da justiça.

Essa situação, novamente, representa um estímulo para que partes que não se enquadram no conceito de hipossuficiência financeira proponham ações judiciais sem a obrigação prévia de pagamento de custas processuais, na expectativa de que serão contempladas com o direito à gratuidade da justiça – ou, caso o benefício seja indeferido, que não sofrerão penalidades em virtude da formulação do respectivo requerimento de concessão de assistência judiciária gratuita. Não há dúvidas de que essa prática forense igualmente encoraja a litigância repetitiva, conferindo vantagens econômicas seja em benefício de litigantes habituais ou ocasionais.

Já um terceiro fator que incentiva a litigância individual e plurindividual se relaciona à isenção do pagamento de custas, taxas ou despesas processuais para o ajuizamento de ações nos juizados especiais (artigo 54 da Lei n.º 9.099/1995), assim

¹²⁵ HODGES, Christopher; VOGENAUER, Stefan; TULIBACKA, Magdalena. *The Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 24-27, tradução nossa.

como à inexistência de condenação do vencido em custas processuais e honorários advocatícios no bojo da sentença de primeiro grau, salvo nos casos de litigância de má-fé (artigo 55 da Lei n.º 9.099/1995).

É certo que essas disposições legais são imprescindíveis para a concretização da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição) e para a ampliação do direito fundamental de acesso à justiça, sobretudo pelas camadas mais necessitadas da população. Por outro lado, elas dão margem para abusos do exercício do direito de ação por parte de litigantes – habituais ou ocasionais – que desejam se aproveitar da provocação gratuita dos órgãos judiciários ou do alto volume de demandas repetitivas.

No caso dos litigantes ocasionais, a gratuidade de acesso aos juizados especiais possibilita o ajuizamento de demandas sem qualquer custo, independentemente da existência ou não de respaldo fático, jurídico ou probatório para os pedidos. Com isso, abre-se a oportunidade para “aventuras” jurídicas de partes que, sob uma ótica estritamente econômica, optam por “tentar a sorte” no Judiciário, cientes de que o farão gratuitamente.

Já no caso dos litigantes habituais, a inexistência de condenação em custas processuais e honorários advocatícios no bojo de sentenças de primeiro grau oportuniza, com base em cálculos atuariais, a prática de comportamentos tendentes à violação sistemática e contínua de direitos de cidadãos em situação de vulnerabilidade econômica ou social. Em outras palavras, como não há o risco da sucumbência em primeiro grau, não é raro que sociedades empresárias ou a própria Administração Pública prefiram infringir direitos de pequena monta em larga escala, sabedoras de que apenas uma pequena parcela dos sujeitos lesados procurarão os juizados especiais para a respectiva reparação.

Aliás, pode-se dizer que o próprio sistema jurídico admite em certa medida essa realidade, tendo em vista a existência, em grandes cidades, de juizados especiais especializados em determinadas matérias (v.g., telefonia), assim como diante da previsão legal dos juizados especiais federais (Lei n.º 10.259/2001) e dos juizados especiais da Fazenda Pública (Lei n.º 12.153/2009).

Além dos três fatores acima mencionados, é cabível sustentar que o fortalecimento do tratamento plurindividual das questões repetitivas no CPC também é decorrência do baixo grau de eficácia e desenvolvimento pragmático da tutela coletiva

no Brasil, mormente para a defesa de direitos individuais homogêneos.¹²⁶ É justamente o campo restrito de utilização, as limitações normativas – v.g., impossibilidade de manejo de ação civil pública para discutir questões tributárias e previdenciárias (artigo 1º, parágrafo único, da Lei Federal n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 – e o vácuo de eficiência do processo coletivo, associados aos problemas da representatividade fictícia derivada do modelo das *class actions* americanas, que provocaram a necessidade de instituição de novas ferramentas processuais voltadas ao tratamento das questões repetitivas.

De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha, a tutela coletiva no Brasil, historicamente, vem se mostrando insuficiente para lidar de maneira eficaz e definitiva com as questões de massa, como é comprovado pelo excessivo acúmulo de demandas repetitivas nos órgãos judiciários.¹²⁷ Por esse motivo, a previsão de um regime processual próprio e diferenciado para o tratamento adequado das causas repetitivas é relevante para superar a concepção individualista de litígio, propiciando o acerto dos “casos judiciais massificados” com segurança jurídica, isonomia e previsibilidade.¹²⁸

¹²⁶ Em todas as passagens desta tese em que há menção sobre a tutela coletiva, inclusive neste tópico como no próximo, seja no Brasil ou no exterior, a análise é unicamente realizada sob a ótica da defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos (artigo 81, III, do CDC). Essa ressalva é necessária porque as controvérsias repetitivas geralmente se enquadram na categoria dos direitos individuais homogêneos, os quais são concebidos como direitos puramente individuais que, por conveniência processual, são tutelados coletivamente – por meio de litisconsórcio facultativo ou substituição processual – ou na esfera da litigância repetitiva – por meio da escolha de um caso por amostragem. Conforme ensinamento de Eduardo Talamini, os direitos individuais homogêneos possuem uma dimensão coletiva ou, melhor dizendo, são protegidos por meio de tutela de direitos individuais com “substrato jurídico-material coletivo” ou com “substrato jurídico-material difuso” (TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JR., Hermes (Org.). *Processo coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 117-125). Ademais, pretende-se deixar claro que o presente trabalho não possui como objeto discorrer sobre a proteção coletiva de direitos difusos (artigo 81, I, do CDC) e coletivos em sentido estrito (artigo 81, II, do CDC). Além disso, não é finalidade desta tese questionar a própria categorização dos direitos transindividuais prevista no CDC ou mesmo refletir sobre a própria extinção dos direitos individuais homogêneos como categoria autônoma. Ademais, não se desconhece a existência de outras tipologias conceituais, como aquela que defende o tratamento desses direitos como litígios coletivos, dividindo-os em *litígios transindividuais de difusão global*, *litígios transindividuais de difusão local* e *litígios transindividuais de difusão irradiada*. Para aprofundamento nesse assunto, conferir: VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 35 *et seq.*

¹²⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 193, ano 36, p. 258, São Paulo: RT, mar. 2011.

¹²⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, n. 2, p. 235-245, Pouso Alegre: jul./dez. 2009.

Humberto Theodoro Júnior igualmente entende que a tutela coletiva vem sendo incapaz de resolver os conflitos singulares típicos de uma sociedade massificada. O crescimento em projeção geométrica do “espiral das novas demandas individuais sobre questões massificadas” atesta que a “litigiosidade individual, diante das ações coletivas, não se arrefeceu”. Esse cenário, certamente, denota uma das causas do assoberbamento dos tribunais com um “gigantesco volume de demandas iguais”, o que é “capaz de inviabilizar o cumprimento da garantia da duração razoável do processo e do emprego de meios que acelerem a resolução do litígio”.¹²⁹

Contudo, a política legislativa de regulamentar e fortalecer primordialmente a tutela plurindividual é equivocada. É questionável se a intensificação do tratamento legal das questões repetitivas, sob o enfoque preponderante da plurindividualidade, tem o condão de resultar nos objetivos de redução da morosidade processual, de efetividade da tutela jurisdicional e de estabilização da jurisprudência.

É preciso refletir se apenas o alargamento da função decisória dos tribunais superiores na fixação de teses jurídicas com eficácia normativa, universal, abstrata e *pro futuro*, aliado à atribuição da função de “corte de precedentes” aos tribunais de segundo grau,¹³⁰ serão suficientes para assegurar uma melhor qualidade da prestação jurisdicional. O cenário de crise da justiça torna premente a necessidade de aperfeiçoamento também da tutela coletiva, inclusive para o melhoramento da proteção e concretização dos direitos individuais homogêneos.

O adequado tratamento das demandas de massa, dentro da ideia de um microssistema (ou microcosmo)¹³¹ de litigiosidade repetitiva, requer o aprimoramento simultâneo tanto das técnicas de fixação de teses jurídicas para causas que versem sobre questões jurídicas idênticas, como também das ferramentas de instrumentalização das

¹²⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Demandas repetitivas. Direito jurisprudencial. Tutela plurindividual, segundo o novo Código de Processo Civil: incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes; LANNA, Helena (Coord.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 472.

¹³⁰ MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 262-275.

¹³¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Demandas repetitivas. Direito jurisprudencial. Tutela plurindividual, segundo o novo Código de Processo Civil: incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes; LANNA, Helena (Coord.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 472.

ações coletivas para o acertamento de direitos metaindividuais, sobretudo aqueles enquadrados como individuais homogêneos.

Especialmente no caso dos chamados “megaconflitos” – isto é, conflitos nos quais há número expressivo de sujeitos, ou alta complexidade, ou potencial expansão dos seus efeitos a determinados segmentos sociais ou à própria coletividade –, a tutela coletiva parece se mostrar útil e desejada.¹³² Entretanto, é justamente em face desse tipo de controvérsia, em virtude da grande dimensão econômica envolvida, que o processo coletivo é comumente preterido pelo ajuizamento de uma série de demandas individuais, provavelmente para pulverizar as possíveis reparações e, por via de consequência, satisfazer os interesses de determinados tipos de litigantes.¹³³

Nessa perspectiva, o melhor desenvolvimento da legislação sobre processo coletivo – a partir de reforma da normatização já existente,¹³⁴ e não por meio de codificação própria¹³⁵ – é importante para o amadurecimento dos institutos e conceitos próprios da tutela coletiva, tornando a defesa dos direitos transindividuais mais

¹³² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 88.

¹³³ ZANETI JR., Hermes. Litigiosidade repetitiva? Avanços, desafios e perspectivas de futuro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes; LANNA, Helena (Coord.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 490.

¹³⁴ Dentre as alterações legislativas que já foram propostas a fim de modificar dispositivos legais aplicáveis à tutela coletiva, destaca-se o Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 5.139/2009 – que visa a conferir nova disciplina à ação civil pública para a tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos – e o Projeto de Lei do Senado Federal n.º 282/2012 – proposto com o objetivo de alterar o Código de Defesa do Consumidor a fim de “aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas”. Todavia, esses projetos de lei encontraram obstáculos na tramitação legislativa. O primeiro foi rejeitado no mérito, não obstante esteja aguardando o julgamento de recurso interposto em face da sua rejeição. Já o segundo foi arquivado ao final da respectiva legislatura (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485> e <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106771>. Acesso em: 05 nov. 2017).

¹³⁵ A ideia de um código próprio para regulamentação dos processos coletivos – derivada do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – foi defendida, dentre outros autores, por Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e Exposição de Motivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 449-450). Entretanto, a necessidade, e até mesmo a possibilidade, de codificação própria é alvo de sérios questionamentos. Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, cita que a proposta de um código de processos coletivos constitui “um esforço muito grande e legítimo no sentido de superar divergências”, mas que as desavenças sobre o tema são tão profundas que a unificação processual é apenas “utópica” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A função das Cortes Supremas na América Latina. Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000. v. II, p. 781). Por sua vez, Elton Venturi adverte que a eventual promulgação de um código próprio, apesar de consolidar o “microsistema de tutela coletiva”, poderia acarretar problemas de sistematização, engessamento jurisprudencial, revogação de conquistas já adquiridas, e desvirtuamento do papel instrumental do processo a partir da criação de uma bipolarização entre o individual e o coletivo (VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 35-41).

homogênea e eficaz.¹³⁶ A previsão na legislação processual de mecanismos de estímulo à coletivização da defesa jurídica de direitos – como o disposto no artigo 139, X, do CPC – é salutar para evitar a proliferação de diversas demandas individuais repetitivas que versem sobre a mesma controvérsia jurídica.

Por outro lado, também é inegável que a tutela coletiva não representa a panaceia apta a resolver as dificuldades geradas pela litigância massificada e repetitiva. Não se desconhecem os problemas advindos da substituição processual típica das ações coletivas,¹³⁷ especialmente no que se refere aos obstáculos práticos para a representatividade adequada dos membros da classe substituída e às possíveis desavenças entre a parte representante, advogados e próprios sujeitos substituídos.

Diante dos problemas advindos da insuficiência do processo coletivo, atualmente se verifica a tendência de desenvolvimento de “medidas estruturantes” (ou de “processos estruturantes”) para o tratamento de conflitos chamados de “policêntricos” (ou “multipolares”, ou “multifocais”) – isto é, disputas altamente complexas e que envolvem inúmeros sujeitos e objetos.¹³⁸ A formatação de “entidades de infraestrutura específica para dar cumprimento a negócios jurídicos e decisões judiciais”, a partir da adaptação ao Brasil das *claims resolution facilities* (infraestruturas de resolução de reclamações, em tradução livre) do direito americano, tem o potencial

¹³⁶ A defesa do aperfeiçoamento da normatização da tutela coletiva não significa que o “direito processual coletivo” consiste em um ramo autônomo e específico do direito processual, conforme posição defendida por Ada Pellegrini Grinover e Gregório Assagra de Almeida (GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da LACP e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 308; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45). Ainda que existam conceitos e institutos peculiares ao processo coletivo, o objeto de estudo é o próprio processo civil, porém sob a perspectiva de tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (artigo 81, parágrafo único, incisos I a III, da Lei n.º 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor), razão pela qual inexistente autonomia científica.

¹³⁷ Daniel Carneiro Machado sintetiza os “inconvenientes processuais” advindos da substituição processual característica das ações coletivas, tais como: a) “o de permitir que alguns sujeitos, legitimados pela lei, postulem em Juízo direitos de uma coletividade geograficamente dispersa, cujos indivíduos não são conhecidos na sua totalidade, e que, muitas vezes, não possuem sequer notícia da demanda coletiva e dos seus efeitos”; b) a existência de possíveis “conflitos internos na classe representada que não são considerados ou sequer conhecidos pelo legitimado quando da propositura da ação ou no julgamento do conflito coletivo”; c) o fato de que “alguns órgãos do Estado ou mesmo entidades representativas, legitimadas em caráter geral e abstrato, podem não estar tão próximos do conflito para melhor compreendê-lo, o que dificultará a busca da solução mais adequada” (MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 62-63).

¹³⁸ FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. 224 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 9-31.

de viabilizar uma solução mais adequada de conflitos coletivos de alta complexidade fática ou jurídica.¹³⁹

A tentativa de estruturação desses processos visa à organização, sistematização, combinação e efetivação de diversos institutos processuais – v.g., contraditório, *amicus curiae*, audiência pública, cooperação jurídica, gerenciamento de casos, adaptabilidade do procedimento – justamente para instrumentalizar uma participação mais adequada e ampla de todos os sujeitos que serão afetados pelas diversas decisões proferidas nessas controvérsias.¹⁴⁰

A reflexão crítica ora formulada, portanto, projeta-se em face da necessidade de evolução da tutela jurídica relativa ao enfrentamento das questões repetitivas e à proteção dos direitos individuais homogêneos, não como a solução apta a remediar todos os problemas da litigiosidade massificada, mas, sim, como alternativa de ampliação das formas de solução de conflitos em favor dos usuários do serviço público jurisdicional.

2.5 O enfrentamento da litigiosidade repetitiva no direito comparado: exemplos de instrumentos de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos

No direito comparado, o enfrentamento da grande quantidade de demandas individuais não ocorre apenas sob o enfoque da litigiosidade plurindividual repetitiva. As ações para a proteção coletiva de direitos individuais homogêneos possuem grande destaque no combate à massificação dos conflitos.

Na Alemanha, Antonio do Passo Cabral,¹⁴¹ Daniel Carneiro Machado¹⁴² e Hermes Zaneti Jr.¹⁴³ ensinam que o tratamento processual das questões repetitivas, sob

¹³⁹ CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. *Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil*, 2018, p. 1-5. Disponível em:

http://www.academia.edu/37368086/Entidades_de_infraestrutura_espec%C3%ADfica_para_a_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_coletivos_as_claims_resolution_facilities_e_sua_aplicabilidade_no_Brasil_Claims_resolution_facilities_and_their_applicability_in_Brazilian_Law_. Acesso em: 26 set. 2018.

¹⁴⁰ MARÇAL, Felipe Barreto. *Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro*. 2018. 212 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 3-25.

¹⁴¹ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 147, ano 32, p. 123-146, São Paulo: RT, maio 2007.

¹⁴² MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 68-76.

¹⁴³ ZANETI JR., Hermes. Litigiosidade repetitiva? Avanços, desafios e perspectivas de futuro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; NORATO REZENDE, Ester Camila

o enfoque da plurividualidade, consubstancia uma técnica de julgamento e gerenciamento de processos derivada da lei tedesca denominada de *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*. O mencionado diploma legislativo foi editado com o intuito de resolver os milhares de conflitos decorrentes do lançamento de ações da *Deutsche Telekom* na bolsa de valores de Frankfurt, na Alemanha.

De acordo com essa legislação, promulgada a título de teste e com vigência temporária (até 01/11/2020), a solução das demandas repetitivas envolvendo essas disputas no mercado de capitais seria obtida por meio da escolha de um procedimento-modelo ou procedimento-padrão (*Musterverfahren*).¹⁴⁴

Por meio dele, restariam definidos os pontos litigiosos (*Streitpunkte*) subjacentes aos mais de treze mil pedidos de indenizações “isomórficos” formulados pelos investidores que se sentiram lesados com a divulgação no mercado financeiro de informações patrimoniais alegadamente falsas, distorcidas, enganosas ou omissas. A partir de então, o tribunal recursal (*Oberlandesgericht – OLG*) aplicaria, mediante julgamento em bloco, o mesmo substrato jurídico à gama de processos individuais que envolvessem as mesmas circunstâncias fáticas e as idênticas pretensões.¹⁴⁵

Todavia, consoante acentua Artur César de Souza, a citada legislação germânica “não introduziu no sistema alemão uma *class action*, onde (*sic*) um autor

Gomes; LANNA, Helena (Coord.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 489-490.

¹⁴⁴ Leonardo Carneiro da Cunha esclarece a diferença entre dois tipos de “sistemas de resolução de causas repetitivas”: a) o sistema da “causa-modelo”, adotado na Alemanha, por meio do qual “instaura-se um incidente apenas para fixar a tese a ser seguida, não havendo a escolha de uma causa a ser julgada”; b) o sistema da “causa-piloto”, segundo o qual “o órgão jurisdicional seleciona um caso para julgar, fixando a tese a ser seguida nos demais” – de acordo com o autor, esse foi o sistema adotado no Brasil para o processamento e julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos, assim como do incidente de resolução de demandas repetitivas (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 215-220). Todavia, essa orientação não é pacífica, uma vez que existe amplo entendimento doutrinário no sentido de que o CPC adota o sistema da “causa-modelo” para o processamento e julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos e do incidente de resolução de demandas repetitivas. Por todos, Sofia Temer sustenta que o incidente de resolução de demandas repetitivas – e, por decorrência, os recursos especial e extraordinário repetitivos – formam um “modelo” do conflito repetitivo a partir de um ou mais processos, cujo fim é a fixação da tese jurídica, isto é, a resolução da questão comum de direito repetida em diversos casos (TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 3. ed., Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 65 *et seq.*).

¹⁴⁵ Conforme consta do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas no CPC – o qual produz a “identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta” – foi inspirada no instituto alemão do *Musterverfahren*, tendo em vista a sua aptidão para gerar “decisão que serve de modelo (= Muster) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu” (BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, 2010, p. 21. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2017).

representa uma pluralidade indeterminada de sujeitos”.¹⁴⁶ Nesse sentido, o procedimento-modelo (*Musterverfahren*) instaurado pela *KapMuG* nada mais é do que uma técnica processual de tutela plurindividual, por meio da qual há a prolação de uma “decisão em bloco que parte de um caso concreto (processo modelo) entre litigantes individuais, para resolver coletivamente questões comuns a inúmeros processos”.¹⁴⁷

Na Alemanha, portanto, é possível dizer que o ordenamento processual “não possui regulamentação extensa e genérica sobre tutela coletiva”, tendo em vista que o legislador germânico optou “por modificações normativas pontuais, havendo poucas leis preexistentes de qualquer tipo de tutela para direitos transindividuais”.¹⁴⁸

Entretanto, na Inglaterra e nos EUA o enfrentamento dos litígios em massa se mostra mais abrangente, tendo em vista a conjugação de instrumentos de tutela plurindividual de questões repetitivas e de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

No sistema jurídico inglês, o tratamento processual das disputas seriais, as quais envolvem litigância de múltiplas partes (*multi-party litigation*),¹⁴⁹ visa a atender às necessidades de uma sociedade de massas, na qual os conflitos massificados não podem ser tratados como um conjunto de casos individuais (*collection of individual cases*).¹⁵⁰

Esse tratamento é realizado principalmente com base no *group litigation order (GLO)* (ordem de litigância em grupo, em tradução livre) – concebido como ações deduzidas por grupos possuidores de pretensões semelhantes e com causa de pedir em comum ou semelhante substrato jurídico – e por meio das *representative actions* (ações representativas, em tradução livre) – entendidas genuinamente como ações coletivas.¹⁵¹

¹⁴⁶ SOUZA, Artur César de. *Resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 116-117.

¹⁴⁷ MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 70.

¹⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 147, ano 32, p. 130, São Paulo: RT, maio 2007.

¹⁴⁹ ANDREWS, Neil. Multi-Party Litigation in England. *Legal Studies Research Paper Series*, University of Cambridge Faculty of Law, Paper n. 39, p. 1, September 2013, tradução nossa.

¹⁵⁰ WOOLF, Harry. *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: The Stationery Office, July 1996, p. 223, tradução nossa.

¹⁵¹ Além do *group litigation order* e das *class representatives*, a litigância de múltiplas partes (*multi-party litigation*) também é tratada na Inglaterra sob as formas da *test case litigation* (litigância de casos testes, em tradução livre), quando é colocado em tese o julgamento de ações individuais previamente selecionadas e relacionadas com outras demandas semelhantes, e da *consolidated litigation or joinder* (litigância consolidada ou aglutinada, em tradução livre), quando várias reivindicações são reunidas em um único, porém potencialmente demorado, processo judicial (ANDREWS, Neil. Multi-Party Litigation in England. *Legal Studies Research Paper Series*, University of Cambridge Faculty of Law, Paper n. 39, p. 1-2, September 2013, tradução nossa).

O *group litigation order* tem como objetivo a “resolução coletiva de litígios de massa” e se instrumentaliza por meio da concessão, pelo tribunal, de uma ordem (*order*) permissiva de litigância em grupo (*group litigation*), na hipótese de identificação potencial ou real de multiplicidade de demandas sobre questões isomórficas.¹⁵² No *group litigation order*, não há propriamente a substituição processual (ou representatividade de classe) característica das ações coletivas representativas de classe, uma vez que cada membro do grupo é parte da demanda.¹⁵³

Trata-se de técnica que demanda um alto nível de gerenciamento judicial de casos (*judicial case management*) sobre idêntica ou similar matéria de fato ou de direito. O *group litigation order*, no entendimento de Neil Andrews, representa o principal instrumento processual existente na Inglaterra para lidar com reivindicações destinadas a reparações ou compensações envolvendo um número grande de vítimas afetadas por danos similares,¹⁵⁴ e é apto a possibilitar o julgamento, em bloco, de um elevado número de demandas repetitivas formadas por múltiplas partes.¹⁵⁵

A litigância em grupo não se confunde com as ações coletivas. No *group litigation order*, os efeitos da decisão proferida sobre as questões comuns incidem apenas sobre as ações e pretensões devidamente registradas no grupo, sendo facultado às partes das demandas individuais aderirem ou não aos grupos registrados. Tem-se, assim, a aplicação do modelo do *opt-in* (optar por entrar, em tradução livre), por meio do qual há o julgamento de pretensões agregadas e litígios isomórficos, exigindo-se uma postura ativa das partes na opção ou não pela inserção no grupo e, conseqüentemente, pela vinculação ou não à decisão proferida no âmbito do *group litigation order*.¹⁵⁶

Já nas ações representativas (*representative actions*) – também chamadas de procedimentos representativos (*representative proceedings*) – e entendidas como

¹⁵² CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 357-358.

¹⁵³ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 147, ano 32, p. 128, São Paulo: RT, maio 2007.

¹⁵⁴ ANDREWS, Neil. Multi-Party Litigation in England. *Legal Studies Research Paper Series*, University of Cambridge Faculty of Law, Paper n. 39, p. 1, September 2013, tradução nossa.

¹⁵⁵ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012; LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: exame à luz da *Group Litigation Order* britânica. *Revista de Processo*, v. 196, ano 36, p. 186-187, São Paulo: RT, jun. 2011.

¹⁵⁶ ZANETI JR., Hermes. Litigiosidade repetitiva? Avanços, desafios e perspectivas de futuro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes; LANNA, Helena (Coord.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 490-491; MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 80.

verdadeiras ações coletivas, o modelo prevalente é o do *opt-out* (opção por sair, em tradução livre), nos mesmos moldes das *class actions* americanas. Por intermédio dessas ações coletivas, a parte representante, como única autora da demanda, pleiteia em seu nome e no nome dos membros da classe representada.

Os membros da classe representada não são partes na ação, mas podem, se quiserem, exercer o direito de exclusão do processo (*opt-out*). Com isso, a partir do momento em que são retirados da ação, esses sujeitos adquirem a prerrogativa de não serem afetados por eventual decisão judicial desfavorável proferida na ação coletiva. Todavia, ao contrário do que ocorre nos EUA, os procedimentos representativos são relativamente incomuns na Inglaterra.¹⁵⁷

Por seu turno, nos EUA o tratamento dos litígios em massa igualmente abarca instrumentos processuais de tutela plurindividual e de tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, os quais, respectivamente, referem-se ao *multidistrict litigation* (*MDL*) (litigância multidistrital, em tradução livre) e às *class actions* (ações coletivas ou ações de classe, em tradução livre).

No *multidistrict litigation*, o modelo de litigância é pautado na existência de várias ações pendentes em diferentes distritos pertencentes à jurisdição de um tribunal federal. Nessa multiplicidade de processos, as questões de fato em discussão são comuns e, por essa razão, as ações são transferidas para a jurisdição de um órgão de um único distrito, o qual passará a ter a incumbência de coordenar os procedimentos pré-processuais (*pretrial proceedings*). Após essa fase pré-processual – na qual comumente são colhidas provas e realizadas tentativas de autocomposição –, as ações retornam para a jurisdição do tribunal distrital original, no qual será proferido o respectivo julgamento (*trial*).¹⁵⁸

Consoante lição de Edilson Vitorelli, o *multidistrict litigation* envolve “técnicas de processamento e julgamento de litígios coletivos globais simples”, sobretudo nas hipóteses de “lesões de massa, geralmente de baixo valor individual, no contexto do mercado consumidor”. O autor explica que o *multidistrict litigation* se fortaleceu a partir da década de 1990, por ocasião da sua utilização para solucionar demandas em massa de responsabilidade civil em virtude de contaminações por amianto. A partir de então, idealizou-se o procedimento de transferência da fase pré-

¹⁵⁷ ANDREWS, Neil. Multi-Party Litigation in England. *Legal Studies Research Paper Series*, University of Cambridge Faculty of Law, Paper n. 39, p. 3, September 2013, tradução nossa.

¹⁵⁸ GARNER, Bryan A. (Editor in Chief). *Black's Law Dictionary*. Second Pocket Edition. St. Paul: West Group, 2001, p. 462, tradução nossa.

processual para um único órgão jurisdicional, a fim de viabilizar o acerto probatório prévio e facilitar a possível celebração de acordos relativamente às múltiplas ações civis versando sobre questões de fato comuns.¹⁵⁹

Entretanto, não obstante a expansão do *multidistrict litigation*, é indubitável que as ações coletivas (*class actions*) representam, nos EUA, o mecanismo mais difundido para o tratamento da litigância massificada e para a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos.

Com efeito, o desenvolvimento da tutela coletiva no sistema jurídico americano,¹⁶⁰ sobretudo a partir da década de 1990, contribuiu fortemente para a diminuição do número de processos judiciais individuais repetitivos.¹⁶¹ A utilização em larga escala das ações coletivas – sobretudo das chamadas *class actions* – é considerada uma ferramenta extremamente útil para a obtenção de economia e eficiência em ampla proporção no âmbito da litigância repetitiva.¹⁶²

Em linhas gerais, a litigância coletiva (*collective litigation*) é vista como mais benéfica e efetiva em comparação com a litigância individual.¹⁶³ Ao propiciar a perseguição de direitos cuja tutela seria individualmente antieconômica,¹⁶⁴ as *class actions* possibilitam o reforço na aplicação das leis, o combate de condutas ilícitas e a ampla reparação de danos não apenas com menor necessidade de emprego de recursos financeiros, mas também com a concentração em uma única demanda de várias pretensões isoladamente consideradas.¹⁶⁵

Com isso, um número menor de processos individuais é dirigido aos tribunais americanos, os quais passam a ter a incumbência de resolver a ação coletiva com repercussão regional ou nacional. É direta a relação entre a utilização expandida

¹⁵⁹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 464-467.

¹⁶⁰ Ao longo de todo o trabalho, a utilização da palavra “americano(a)” se refere à sua acepção de natural, proveniente ou próprio dos Estados Unidos da América, e não do continente da América como um todo. Preferiu-se a locução “americano” em vez de “estadunidense” ou “norte-americano” unicamente em função de melhor sonoridade.

¹⁶¹ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 485, November 2004, tradução nossa.

¹⁶² EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues. *Vanderbilt Law Review*, Vanderbilt University Law School, Volume 57, p. 1.530, 2004, tradução nossa.

¹⁶³ YEAZELL, Stephen C. Collective Litigation as Collective Action. *University of Illinois Law Review*, University of Illinois College of Law, Volume 1989, Number 1, p. 43-44, 1989, tradução nossa.

¹⁶⁴ FREER, Richard D. *Civil Procedure*. Second Edition. New York: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 723-725, tradução nossa.

¹⁶⁵ MILLER, Geoffrey P. Overlapping Class Actions. *New York University Law Review*, New York University School of Law, Volume 71, p. 514-515, April-May 1996, tradução nossa.

das *class actions* e a diminuição do número de demandas individuais, exatamente porque boa parte das possíveis pretensões repetitivas para a defesa de direitos individuais homogêneos são substituídas pelo ajuizamento de ações coletivas com significativa potencialidade de extinção mediante autocomposição (*settlement*).¹⁶⁶

Nos EUA, as ações coletivas são extremamente importantes já que fornecem a oportunidade para a celebração de acordos que visem à compensação em massa de prejuízos. A propósito, é fato notório que boa parte das ações coletivas são resolvidas por intermédio de ajuste negociado, em vez de solução heterônoma, principalmente quando a discussão envolve seguros, relações laborais, direitos consumeristas, direitos civis e vínculos comerciais.¹⁶⁷ Assim como a maioria dos processos individuais, também a maioria das ações coletivas termina em virtude da celebração de acordo (*most cases settle, most class actions settle*).¹⁶⁸

A existência de julgamentos adjudicatórios (*trials*) nas *class actions* é uma situação extremamente rara. Geralmente, a eventual adjudicação tende a ocorrer em estágios pré-processuais (*pretrial stages*), tais como na etapa de certificação da ação coletiva (*certification of class action*), na fase de colheita preliminar de provas (*discovery*) ou por meio de moções de retirada (*motions to dismiss*). Todavia, o mais comum é que as ações coletivas sejam resolvidas mediante autocomposição (*settlement*), especialmente considerando que os réus (*defendants*) – usualmente litigantes habituais acostumados a lidar com o contencioso massificado – utilizam as *class actions* como instrumento de gerenciamento de risco de múltiplas pretensões.¹⁶⁹

A difusão das ações coletivas nos EUA é tamanha que Stephen Yeazell discute sobre a existência de uma “industrialização” da litigância coletiva (*industrialization of group litigation*),¹⁷⁰ enquanto Richard Epstein chega a sustentar a onipresença das *class actions* em demandas sobre direito antitruste (*antitrust*),

¹⁶⁶ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 487-488, November 2004, tradução nossa.

¹⁶⁷ FITZPATRICK, Brian T. An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 7, Issue 4, p. 818, December 2010, tradução nossa.

¹⁶⁸ FREER, Richard D. *Civil Procedure*. Second Edition. New York: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 761, tradução nossa.

¹⁶⁹ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 487, November 2004, tradução nossa.

¹⁷⁰ YEAZELL, Stephen C. From Group Litigation to Class Action – Part I: The Industrialization of Group Litigation. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 27, p. 514-564, 1980, tradução nossa.

empresarial (*corporations*), securitário (*securities*) ou que envolvam discussão sobre empréstimo (*lending*), propriedade (*real property*) e responsabilidade civil (*torts e liability*). Nessas hipóteses, a agregação de pretensões isoladas e homogêneas é vista como uma possibilidade ubíqua e versátil, ao permitir a reunião de uma grande quantidade de reclamações individuais em um único processo, tornando a litigância menos complexa, mais rápida e com melhor gestão dos custos envolvidos.¹⁷¹

De acordo com o *Class Action Fairness Act of 2005* (Lei de Justiça das Ações Coletivas de 2005, em tradução livre), publicado em 18 de fevereiro de 2005, as *class actions* representam uma importante e valiosa parte do sistema legal americano, as quais permitem uma justa e eficiente solução de pleitos legítimos de numerosas partes, por meio da agregação das pretensões similares em uma única demanda ajuizada contra o réu que alegadamente causou dano a todas elas.

O artigo 23(a) do *Federal Rules of Civil Procedure* (Regras Federais de Processo Civil, em tradução livre) prevê os cinco pré-requisitos (*prerequisites*) para a propositura de *class actions*,¹⁷² quais sejam:

a) numerosidade (*numerosity*), isto é, o grupo (*class*) a ser representado é tão numeroso que a união de todos os seus membros é impraticável;

b) comunhão (*commonality*), isto é, a existência de questões de direito ou de fato (*questions of law or fact*) comuns aos membros do grupo;

c) a predominância das questões comuns (*common questions predominate*), isto é, as questões de direito ou de fato comuns aos membros do grupo devem ser prevalentes em face das questões individuais de cada um dos membros, de modo que a utilização da ação coletiva seja o meio mais adequado para a solução da disputa;

d) tipicidade (*typicality*), isto é, as reivindicações ou argumentos de defesa das partes representantes (*representative parties*) são próprias e típicas do grupo;

e) a proteção dos interesses da classe (*protecting the class interests*), isto é, as partes representantes devem proteger os interesses dos membros do grupo de forma justa e adequada.¹⁷³

¹⁷¹ EPSTEIN, Richard A. Class Actions: Aggregation, Amplification, and Distortion. *The University of Chicago Legal Forum*, University of Chicago Law School, Volume 2003, p. 475, 2003, tradução nossa.

¹⁷² UNITED STATES OF AMERICA IN CONGRESS. *Federal Rules of Civil Procedure*, 2005. Disponível em: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/>. Acesso em: 27 jul. 2018, tradução nossa.

¹⁷³ FREER, Richard D. *Civil Procedure*. Second Edition. New York: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 737-746, tradução nossa.

A presença dos pré-requisitos acima apontados é imprescindível para que haja a certificação (*certification*) da *class action*, isto é, a admissão da demanda como uma ação de natureza coletiva. Nesse sentido, não basta a propositura de uma ação como se coletiva fosse. É necessário o juízo positivo acerca do preenchimento dos pré-requisitos que autorizam a provocação da proteção coletiva, a ser exercido pelo tribunal por meio de uma inquirição preliminar, a qual, conforme o precedente extraído do caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, de 1974, não adentra diretamente no mérito da pretensão.¹⁷⁴

Por seu turno, o artigo 23(b) do *Federal Rules of Civil Procedure* (Regras Federais de Processo Civil, em tradução livre) enumera os tipos de ações coletivas (*types of class actions*). Diferentemente do que ocorre no Brasil, nos EUA as possibilidades de ajuizamento de ações coletivas não são previstas de acordo com a natureza do direito material em discussão que atrai a necessidade da tutela coletiva – isto é, se direito difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo.

O primeiro tipo de *class action* é cabível se o ajuizamento de ações separadas por ou contra membros individuais da classe tenha o condão de criar dois tipos de risco, quais sejam: a) julgamentos inconsistentes ou conflitantes com relação a membros individuais da classe que poderiam estabelecer padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe à classe; b) julgamentos com respeito a membros individuais da classe que, na prática, poderiam implicar prejuízos aos interesses de outros membros que não sejam partes dos processos individuais, ou que poderiam prejudicar ou impedir substancialmente a capacidade de eles protegerem os seus interesses.

A finalidade desse tipo de *class action* consiste em inibir o ajuizamento de uma multiplicidade de ações individuais sobre a mesma controvérsia coletiva. Com isso, busca-se impedir a prolação de diversas decisões judiciais contraditórias ou incompatíveis entre si, como também evitar a ocorrência de danos ou dificuldades para os membros do grupo ou para a parte contrária à classe.¹⁷⁵

Já o segundo tipo de *class action* é possível se a parte que se opõe à classe agiu ou se recusou a agir com base em fundamentos aplicáveis genericamente à classe, de modo que a prolação de uma medida de natureza mandamental (*injunctive relief*) ou

¹⁷⁴ MILLER, Geoffrey P. Review of the merits in class action certification. *Hofstra Law Review*, Hofstra University School of Law, Volume 33, p. 51-55, 2004, tradução nossa.

¹⁷⁵ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 146.

uma correspondente medida declaratória (*declaratory relief*) se torne apropriada para respeitar os interesses e direitos da classe como um todo. Esse tipo de *class action* visa a assegurar uma ordem de natureza mandamental ou declaratória em benefício de toda a classe, a fim de corrigir a ilegalidade de uma conduta particular adotada por algum membro pertencente à classe, mas que seja a ela contrário.¹⁷⁶

Por fim, o terceiro tipo de *class action* tem cabimento se o tribunal considera que as questões de direito ou de fato comuns aos membros da classe predominam sobre quaisquer questões que afetem apenas os membros individuais, bem como que a ação coletiva é superior a outros métodos disponíveis para julgar a controvérsia com justiça e eficiência. Nesses casos, as matérias pertinentes à ação coletiva incluem as seguintes hipóteses: a) os interesses dos membros da classe em controlar individualmente a perseguição (*prosecution*) ou a defesa (*defense*) em ações individuais separadas; b) a extensão e a natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada por ou contra os membros da classe; c) a conveniência ou inconveniência de concentrar a postulação em um único e determinado juízo; d) as prováveis dificuldades no processamento e gerenciamento da ação coletiva.¹⁷⁷

Nesse tipo de *class action*, é necessário que haja a predominância das questões comuns (*common question class action*) e a constatação da superioridade da tutela coletiva em face da tutela individual. Por meio desse terceiro tipo de ação coletiva, viabiliza-se a apresentação de pleitos de natureza indenizatória, com vistas à reparação ou ressarcimento de danos comuns causados isoladamente a membros da classe (*class action for damages*).¹⁷⁸ Por essa razão, Ada Pellegrini Grinover entende que é justamente esse tipo de *class action* que guarda correspondência, no Brasil, à ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, quando há a formulação de pretensão reparatória de prejuízos de massa individualmente sofridos.¹⁷⁹

Um dos objetivos das *class actions* é viabilizar a representação adequada (*representative adequacy*) de membros de um grupo (*members of a class* ou *class members*), por meio da presença de uma ou mais partes representantes (*representative*

¹⁷⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 87.

¹⁷⁷ UNITED STATES OF AMERICA IN CONGRESS. *Federal Rules of Civil Procedure*, 2005. Disponível em: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/>. Acesso em: 27 jul. 2018, tradução nossa.

¹⁷⁸ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 161-162.

¹⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. *Revista de Processo*, v. 101, ano 26, p. 14, São Paulo: RT, jan.-mar./2001.

parties) que atuarão na ação coletiva em nome de todos os membros do grupo, com a devida assistência jurídica por parte de advogados (*class counsels*). A ideia é concentrar, em uma única entidade litigante (*single litigative entity*), uma coletividade de pessoas – presentes e ausentes –, as quais terão os seus interesses comuns protegidos por meio da atuação de um representante que consente em agir em nome delas.¹⁸⁰

No âmbito da litigância coletiva, ocorre, em tese, o sacrifício de interesses individuais em prol do bem comum do grupo. Os indivíduos representados aceitam a perda da prerrogativa de controle da condução de um processo judicial e a transferência dessa responsabilidade a um representante. Em troca, eles adquirem a potencial oportunidade de obter outras vantagens advindas da litigância coletiva ou de grupo (*group litigation*), tais como a desoneração de custas processuais, a exoneração do pagamento de ônus sucumbenciais, o compartilhamento dos riscos processuais com todos os outros membros da classe, e o gozo de eventual êxito da ação coletiva sem dispêndio de recursos financeiros ou desgaste de qualquer natureza.¹⁸¹

O maior debate acerca do emprego das *class actions* diz respeito, justamente, à questão acerca da representação dos membros ausentes da classe (*absentee class members*), e de que forma ela poderia violar a garantia constitucional do devido processo legal.¹⁸² Isso porque, por intermédio das *class actions*, os membros ausentes dos grupos representados podem ser vinculados à decisão proferida na ação coletiva sem que sejam formalmente partes, sem que tenham exercido os direitos à ampla defesa e ao contraditório, e muitas vezes discordando da pretensão deduzida na demanda ou da própria existência de uma ação coletiva.¹⁸³

A controvérsia, portanto, gira em torno das seguintes indagações: de que maneira a cláusula do devido processo legal permite que direitos de pessoas ausentes (*absentees' rights*) sejam discutidos, tutelados e validamente adjudicados por meio da atuação vinculante de representantes que agem em nome de todos os membros do grupo representado? É possível que uma decisão judicial proferida em *class action* vincule

¹⁸⁰ YEAZELL, Stephen C. From Group Litigation to Class Action – Part II: Interest, Class, and Representation. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 27, p. 1.067-1.068, 1980, tradução nossa.

¹⁸¹ YEAZELL, Stephen C. Collective Litigation as Collective Action. *University of Illinois Law Review*, University of Illinois College of Law, Volume 1989, Number 1, p. 68, 1989, tradução nossa.

¹⁸² YEAZELL, Stephen C. *Civil Procedure*. Seventh Edition. New York: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 814-821, tradução nossa.

¹⁸³ EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues. *Vanderbilt Law Review*, Vanderbilt University Law School, Volume 57, p. 1.530-1.531, 2004, tradução nossa.

alguém que não foi tecnicamente parte de um processo judicial? A resposta a essas indagações se baseia na noção da representatividade adequada (*representative adequacy*).

Para o fim de aferir se o representante protege adequadamente os interesses dos membros do grupo, na hipótese de vinculação de julgamento de *class action* (*class judgment*) em face de *class members* que não foram partes da ação coletiva, o precedente mais importante a ser considerado pode ser extraído do caso *Hansberry v. Lee*, de 1940. O mencionado caso versou sobre restrições raciais previstas em um pacto firmado em Chicago, EUA, que proibia o aluguel ou a venda de propriedades a pessoas que não fossem da raça branca – tais restrições foram, posteriormente, declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte, por ocasião do julgamento do caso *Shelley v. Kraemer*, de 1948.

Ao julgar o caso *Hansberry v. Lee*, a Suprema Corte decidiu que os membros do grupo que não foram partes do processo apenas podem ser vinculados pela decisão proferida na ação coletiva se eles realmente pertencem à mesma classe e possuem o mesmo entendimento do representante quanto à causa. Melhor dizendo, se o representante e os membros do grupo divergem do objeto primário, da causa de pedir central ou do pedido principal apresentados na *class action*, eles não são considerados da mesma classe e, portanto, não há a caracterização da representatividade adequada.

Para que não se configure a representação adequada, é necessário que a discordância entre os *class members* e o *representative* ocorra em face do próprio objeto ou ponto-chave (*key issue*) da demanda. A decisão proferida na ação coletiva pode vincular os membros ausentes do grupo caso haja divergência apenas sobre a estratégia contenciosa a ser adotada, ou sobre a forma de atuação processual do representante.¹⁸⁴

Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral adverte que, para a certificação (*certification*) de uma demanda como *class action*, são necessárias as presenças dos requisitos da ausência de conflitos internos entre o representante e os representados, do comprometimento do representante com a classe representada, e do conhecimento do representante acerca das particularidades do litígio. Por essa razão, cabe ao tribunal examinar “a intensidade da proximidade do postulante com o direito pugnado”.¹⁸⁵

¹⁸⁴ FREER, Richard D. *Civil Procedure*. Second Edition. New York: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 722; 729-734, tradução nossa.

¹⁸⁵ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 147, ano 32, p. 126, São Paulo: RT, maio 2007.

O mecanismo mais importante previsto na legislação americana, cujo fim é permitir que um membro manifeste o seu inconformismo quanto ao objeto da ação coletiva, é denominado de *opting out*. O seu objetivo é, sem dúvidas, proteger os direitos individuais dos membros do grupo.

Por meio do *opting out*, um ou mais membros do grupo representado, após terem sido notificados (*notice*) da pendência da ação coletiva ou da possível celebração de um acordo para colocar fim à *class action*, podem requerer a sua exclusão da representação conduzida na demanda. Após o deferimento da sua exclusão, a parte tem duas alternativas, a saber: ou permanece vinculada à *class action*, porém representada por advogado por ela constituído; ou afasta-se por completo da ação coletiva, com a possibilidade de manejar a mesma pretensão em ação individual.¹⁸⁶

Outra ferramenta relevante que permite a tutela dos direitos individuais consiste na possibilidade de qualquer membro do grupo exercer a sua objeção em face de uma proposta de acordo que vise a resolver a ação coletiva (*objecting to a proposed settlement*). Nessa hipótese, cabe à parte manifestar o seu inconformismo demonstrando que o acordo proposto não é justo (*fair*), adequado (*adequate*) ou razoável (*reasonable*) para os interesses da classe, ou que atende apenas às pretensões do representante (*representative*) ou do advogado que atua na ação coletiva (*class counsel*).¹⁸⁷

Aliás, um dos problemas mais sérios derivados do emprego maciço das *class actions* diz respeito aos abusos cometidos por meio da atuação dos representantes e respectivos advogados.¹⁸⁸ No já citado *Class Action Fairness Act of 2005*, tais abusos são exemplificados pela ausência de efetivos benefícios aos *class members* com os resultados das *class actions*, pelo recebimento injustificado de altos honorários pelos advogados (*class counsel*) em comparação com as vantagens auferidas pelos *class members*, pela propositura de ações coletivas desprovidas de fundamento apenas com o objetivo de forçar a celebração de acordos vantajosos aos representantes e advogados,

¹⁸⁶ FREER, Richard D. *Civil Procedure*. Second Edition. New York: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 757-758, tradução nossa.

¹⁸⁷ EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues. *Vanderbilt Law Review*, Vanderbilt University Law School, Volume 57, p. 1.530-1.534, 2004, tradução nossa. Embora a utilização dos instrumentos do *opting-out* e da objeção à proposta de acordo sejam imprescindíveis para a defesa dos interesses e direitos individuais dos membros do grupo representado, o seu emprego, na prática forense, é praticamente inexistente. Para tanto, Theodore Eisenberg e Geoffrey Miller, ao analisarem centenas de *class actions* entre os anos de 1993 a 2003, demonstraram que tais mecanismos foram utilizados em apenas 1% (um por cento) dos casos, o que atesta a inércia dos membros representados em manifestar o seu eventual inconformismo quanto à *class action* (p. 1.532).

¹⁸⁸ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 216-219; 273 et seq.

ou pela falta de uma criteriosa divulgação do mérito das ações coletivas que permita uma adequada compreensão dos direitos em discussão por parte dos *class members*.

Para Theodore Eisenberg e Geoffrey Miller, o formato atual das *class actions* faz com que, de fato, sejam os representantes e advogados aqueles que realmente possuem o domínio e o controle da litigância coletiva e de todas as questões importantes em discussão.¹⁸⁹ Para os autores, em boa parte das vezes, os advogados atuam como empreendedores que buscam acordos que lhes gerem altos honorários, enquanto os representantes não passam de mera fachada.

Nesse sentido, os representantes não se apresentam como efetivos porta-vozes dos *class members*. A representação, em um número considerável de *class actions*, não passa de simples ficção.¹⁹⁰

Ademais, o grande número de pessoas que são representadas nas *class actions* – as quais sequer se conhecem e estão espalhadas em larga extensão territorial – resulta na falta de organização e no alto nível de dispersão entre elas. Como consequência, inexiste um adequado controle, fiscalização ou monitoramento da atuação dos representantes e advogados por parte dos *class members*, o que aumenta as chances de que as *class actions* sejam comumente conduzidas com o fim escuso de atender a interesses particulares ou alheios à pretensão comum – muitas vezes sem que os representados sejam devidamente consultados.¹⁹¹

Esse cenário produz, inevitavelmente, uma situação de conflito entre os interesses dos membros do grupo representado e as pretensões do advogado ou do representante da classe, ou entre os próprios interesses dos *class members* entre si.¹⁹²

¹⁸⁹ EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. Attorney Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 1, p. 29, March 2004, tradução nossa.

¹⁹⁰ EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. Incentive Awards to Class Action Plaintiffs: An Empirical Study. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 53, p. 1.304, 2006, tradução nossa.

¹⁹¹ MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform. *The University of Chicago Law Review*, University of Chicago Law School, Volume 58, Number 1, p. 3-4, Winter 1991, tradução nossa; MILLER, Geoffrey P. Overlapping Class Actions. *New York University Law Review*, New York University School of Law, Volume 71, p. 514-517, April-May 1996, tradução nossa.

¹⁹² MILLER, Geoffrey P. Conflicts of Interest in Class Action Litigation: An Inquiry into the Appropriate Standard. *The University of Chicago Legal Forum*, University of Chicago Law School, Volume 2003, Issue 1, p. 581-583, 2003, tradução nossa; MILLER, Geoffrey P.; SINGER, Lori S. Nonpecuniary Class Action Settlements. *Law and Contemporary Problems*, Duke University School of Law, Volume 60, Number 4, p. 98, Autumn 1997, tradução nossa.

Essa situação gera a necessidade de um maior controle da legitimidade dos acordos firmados nas *class actions*, a fim de melhor proteger os interesses dos *class members*.¹⁹³

É por essa razão que Jonathan Macey e Geoffrey Miller ressaltam que o controle judicial do andamento, do conteúdo dos acordos e das conclusões das *class actions* é a garantia mais importante dos *class members* para a obtenção de um resultado final que seja, ao mesmo tempo: justo – isto é, alcançado em paridade de armas e sem discriminação entre os membros da classe; adequado – ou seja, que forneça uma efetiva reparação aos membros representados condizente com a magnitude do dano; e razoável – a saber, obtido de forma fundamentada e sem nenhum juízo de arbitrariedade.¹⁹⁴

Em que pesem os pontos negativos acima apontados, é inegável que as *class actions* exercem, nos EUA, um papel vital de reparação de danos em massa que geram prejuízos simultâneos a um grande número de pessoas.¹⁹⁵ A difusão das ações coletivas implica uma série de vantagens, tais como: a economia de recursos sociais e financeiros ao concentrar múltiplas pretensões em uma só demanda; o exercício de várias pretensões de baixo valor que seriam inviáveis por meio de reparação individual; a facilitação da compensação simultânea de um grande número de pessoas; e o desestímulo à produção de danos em massa por sociedades de grande poderio econômico ou por litigantes habituais, em virtude dos altos valores indenizatórios e punitivos comumente fixados nas *class actions*.¹⁹⁶

A maior complexidade das relações humanas e as significativas mudanças na sociedade contemporânea exigem que as lesões comuns, as quais afetem uma variedade de pessoas, sejam objeto de tratamento e reparação de forma coletiva.¹⁹⁷ Nessa perspectiva, as *class actions* possuem um importante papel de transformação social e de instrumentalização da tutela jurídica de massa, o que não é visualizável no

¹⁹³ MILLER, Geoffrey P. Competing Bids in Class Action Settlements. *Hofstra Law Review*, Hofstra University School of Law, Volume 31, Number 3, p. 633-636, Spring 2003, tradução nossa.

¹⁹⁴ MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. Judicial Review of Class Action Settlements. *Journal of Legal Analysis*, University of Oxford, Oxford University Press, Volume 1, Number 1, p. 167-169, Winter 2009, tradução nossa.

¹⁹⁵ EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. Attorneys' Fees and Expenses in Class Action Settlements: 1993-2008. *Law & Economics Research Paper Series*, New York University School of Law, NYU Center for Law, Economics and Organization, Working Paper n. 09-50, p. 2, November 2009, tradução nossa.

¹⁹⁶ MILLER, Geoffrey P.; SINGER, Lori S. Nonpecuniary Class Action Settlements. *Law and Contemporary Problems*, Duke University School of Law, Volume 60, Number 4, p. 98, Autumn 1997, tradução nossa.

¹⁹⁷ HENSLER, Deborah R. Of Groups, Class Actions, and Social Change: Reflections on From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 61, p. 134, 2013, tradução nossa.

Brasil, em virtude do baixo grau de eficácia, desenvolvimento, regulamentação legal e utilização da proteção coletiva dos direitos individuais homogêneos.

A rigor, os três tipos de tutela judicial – individual, plurindividual e coletiva – possuem a sua própria importância e são adequados a depender das particularidades do conflito ou dos conflitos em discussão. Há controvérsias que serão solucionadas de forma mais apropriada no âmbito da tutela plurindividual, enquanto outras serão resolvidas com maior propriedade na esfera da tutela coletiva. É imprescindível, pois, que a legislação, o Judiciário, o Estado e as partes estejam preparados para assimilar e aplicar as vantagens de todo e qualquer tipo de tutela judicial, empregando no caso concreto o meio de solução que lhe seja o mais adequado.

A melhor adequação dos meios de solução dos conflitos – sejam repetitivos ou singulares, de baixa complexidade ou os “megaconflitos” – perpassa pelo aperfeiçoamento das tutelas individual, plurindividual e coletiva, assim como pelo aprimoramento dos meios autocompositivos e extrajudiciais e pela estruturação de ferramentas específicas para enfrentar os casos conforme as suas complexidades.

Todavia, o padrão de litigiosidade brasileiro é calcado primordialmente no alto demandismo e na valorização da tutela individual e plurindividual, tendo em vista a alta repetitividade das demandas que são levadas aos órgãos judiciários. Lamentavelmente, esse cenário propicia abusos no exercício da garantia constitucional do acesso à justiça, tanto por parte de litigantes habitualmente frequentes no âmbito da litigância que se beneficiam estrategicamente da morosidade processual, como também por litigantes e advogados que, embora ocasionalmente estejam presentes em processos judiciais, utilizam-se de instrumentos processuais que lhes conferem a possibilidade de reiteradamente formular pedidos sem o necessário embasamento fático, jurídico ou probatório.

Nessa ótica, o próximo capítulo é destinado a examinar, com profundidade, a forma com que o sistema jurídico americano vem enfrentando a litigiosidade repetitiva a partir de um marcante movimento histórico de declínio de julgamentos. Como já ressaltado, o estudo do sistema jurídico dos EUA não visa a propor a sua importação para a ordem jurídica brasileira, mas, diferentemente, tem o escopo de ampliar as fronteiras científicas a fim de analisar a maneira com que outros modelos processuais apresentam respostas à massificação dos litígios.

3 UMA EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO: A CULTURA JURÍDICA DE TRATAMENTO DOS CONFLITOS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

3.1 Uma necessária ressalva: a inexistência de proposta de importação acrítica do modelo americano de tratamento das disputas

Este capítulo é destinado unicamente ao estudo do direito comparado. Contudo, antes de iniciá-lo, faz-se necessária uma ressalva para explicar as razões pelas quais se propõe examinar modelos jurídico-processuais estrangeiros de enfrentamento do excesso de litigiosidade – principalmente com base no direito americano.

Não se desconhece, é certo, que os sistemas jurídicos dos EUA e do Brasil são essencialmente distintos, assim como são oriundos de tradições históricas também diversas. É possível encontrar diferenças em vários aspectos, tais como na forma de aplicação e interpretação das leis, no nível de valorização da jurisprudência, na educação jurídica, enfim, na própria metodologia e no modo de pensar o direito.

É comum a afirmação de que o sistema jurídico americano é fortemente influenciado pelo *common law* proveniente do sistema jurídico inglês clássico, o qual possui, como uma de suas características principais, a maior abertura para a interpretação judicial da legislação e para o exercício de uma atividade criativa por parte dos juízes (*judge-make law*).¹⁹⁸ Por seu turno, também é usual aduzir que o modelo jurídico brasileiro, cujas raízes remontam ao sistema jurídico romano-germânico denominado de *civil law*, é originalmente fundado na diferenciação básica entre o direito público e o direito privado, o que resulta na atribuição de grande importância às leis escritas, códigos e ao direito posto (*statute law*).¹⁹⁹

Todavia, a existência dessas diferenças não impede o estudo de princípios jurídicos, conceitos legais, estatutos, institutos e fenômenos típicos do *common law*, com a finalidade de examinar de que forma é possível – e se é possível – adaptá-los a um modelo tradicionalmente de *civil law* (e vice-versa). Na verdade, o estudo do direito comparado é importante, até mesmo, para provocar a reflexão acerca da própria

¹⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 21 *et seq.*; 97-99.

¹⁹⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 83-100; 357-396.

existência apartada dos sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, ou questionar até que ponto é possível, atualmente, diferenciar essas duas tradições jurídicas.

A investigação de experiências estrangeiras é recomendável para o aprimoramento de qualquer sistema jurídico, ao permitir o juízo crítico do *status quo* e, conseqüentemente, abrir a possibilidade de absorção de novidades até então desconhecidas. A análise de exemplos do direito comparado é um fator de extrema relevância para a modernização de procedimentos legais e de institutos jurídicos, independentemente do sistema jurídico vigente.

No caso do Brasil, as recentes alterações legislativas e na prática jurídica atestam a ocorrência de um movimento de aproximação entre os sistemas do *civil law* e do *common law*.²⁰⁰ A previsão da força vinculativa e da aplicação obrigatória dos precedentes judiciais permite que alguns autores sustentem que, também no sistema jurídico brasileiro, o direito jurisprudencial (*case law*) pode ser considerado como uma fonte primária e formal do ordenamento jurídico.²⁰¹

Não há dúvidas de que o Brasil, embora originário do *civil law*, conecta-se cada vez mais às características do *common law*. Verdadeiramente, percebe-se que, diante do atual estágio evolutivo de internacionalização do direito, nenhum dos dois sistemas jurídicos é considerado puro. Não é possível aferir, nem mesmo nos países que os fundaram, a aplicação exclusiva – ou genuinamente autêntica – de apenas institutos e conceitos do *common law*, ou do *civil law*. A conexão, a convergência e a interpenetração entre essas duas tradições jurídicas são inerentes aos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Por essa razão, o exame de experiências verificadas em sistemas jurídicos estrangeiros – como nos EUA – é pertinente para compreender que existem outros modelos processuais que encaram a litigiosidade de forma completamente diferente da brasileira. Não se trata, pura e simplesmente, de querer aplicar institutos americanos para o direito nacional. Diversamente, pretende-se investigar conceitos jurídicos e institutos legais estrangeiros a fim de expandir os horizontes científicos, de sorte a possibilitar uma abordagem mais ampla sobre o contexto brasileiro de crise da justiça.

O estudo de fenômenos e institutos americanos voltados ao combate à explosão de litigiosidade lá verificada em meados do século XX – tais como o

²⁰⁰ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Precedentes no Código de Processo Civil de 2015: somos ainda *civil law*? *Revista de Processo*, v. 258, ano 41, p. 387-418, São Paulo: RT, ago. 2016.

²⁰¹ Por todos, conferir: ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 3. ed., Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 191-194.

vanishing trial, a reforma da educação jurídica (*legal education*), o desenvolvimento das técnicas pré-processuais (*pretrial techniques*), o estímulo aos meios adequados de solução de disputas (*alternative dispute resolution*) e o desenvolvimento do gerenciamento judicial de casos (*judicial case management*) – se mostra oportuno para que seja possível entender a existência de outras culturas jurídicas de tratamento do excesso de disputas.

Nos EUA, é possível apontar diversos fatores que desestimulam a judicialização das disputas, tais como:

a) a prática de um sistema de ensino destinado a inculcar nas pessoas, desde a infância, os benefícios da consensualidade;

b) uma fase pré-processual bem desenvolvida de incentivo à solução consensual das controvérsias antes da prolação do julgamento;

c) a possibilidade de produção de provas em fóruns extrajudiciais, sobretudo por meio da técnica do *discovery* (descoberta, em tradução livre);

d) a utilização em larga escala dos meios adequados de solução de disputas (*alternative dispute resolution*), inclusive com a possibilidade de imposição do emprego da arbitragem em contratos cíveis;

e) a existência de várias agências administrativas e organizações não-estatais de intermediação de conflitos;

f) a previsão de altos custos processuais para ingressar na justiça, o que tem o condão de inibir a provocação dos órgãos judiciários;

g) a inexistência de honorários advocatícios sucumbenciais, fazendo com que os advogados, na maioria das vezes, busquem antecipar ao máximo a resolução do conflito, em vez de contar com a sucumbência processual.

No entanto, boa parte desses fatores não podem ser aplicados no Brasil – e nem tampouco se recomenda essa aplicação. O estudo do direito comparado desenvolvido nesta tese não tem o objetivo de propor a transposição desmedida de institutos americanos ou do próprio sistema do *common law* para o Brasil.

De igual maneira, não é finalidade deste trabalho sugerir que o sistema jurídico americano consiste no modelo ideal que deve ser seguido por outros países, de modo que a função jurisdicional passe a ostentar, no Brasil, uma posição secundária como meio adequado de solução de disputas – como aparentemente ocorre nos EUA. Outrossim, não se defende a privatização do sistema de justiça civil, e nem tampouco a

substituição da jurisdição pública pelos meios autocompositivos e extrajurisdicionais de resolução de controvérsias.

O escopo da pesquisa não é propor um modelo processual que revolucione por completo a forma de tratamento dos conflitos no Brasil, e muito menos é incorporar, ao sistema jurídico nacional, uma metodologia estrangeira de enfrentamento do excesso de disputas que desconsidere os fundamentos e princípios consagrados na Constituição.

A título exemplificativo, a imposição de dificuldades econômicas contundentes à judicialização de disputas – como ocorre nos EUA, em virtude dos altíssimos custos necessários para o acesso aos órgãos judiciários – poderia implicar um efeito deletério no Brasil. Os elevados níveis brasileiros de desigualdade social requerem uma atuação expansiva do Judiciário na concretização de direitos e garantias fundamentais, e não o fechamento de uma das “portas” de acesso à justiça.

Nesse cenário, a adoção de políticas públicas de inibição de acesso ao Judiciário merece cautela, principalmente em países nos quais a população em geral carece de ferramentas adequadas para a solução de seus conflitos.

Por outro lado, em países cujo nível de desenvolvimento cultural e social é mais avançado, as políticas públicas de desestímulo à judicialização desnecessária de controvérsias já são uma realidade vivenciada há décadas. Nesses lugares, o fechamento parcial da “porta” do Judiciário, por meio da previsão de obstáculos econômicos e jurídicos para abri-la e de incentivos ao emprego de outras instâncias de resolução de disputas, não acarreta, ao menos aparentemente, prejuízos consideráveis ao adequado tratamento dos conflitos sociais.

Assim sendo, o estudo do direito americano não significa, de forma alguma, que se está recomendando uma importação acrítica e automática do modelo jurídico estrangeiro para o direito nacional, sem a necessária adequação à realidade nacional. O enfoque comparativo não despreza e nem desconsidera as experiências históricas, tradições, particularidades e as diferenças profundas existentes entre os dois países – não apenas no âmbito jurídico, mas também nas esferas social, econômica e cultural.

A proposta é outra. O objetivo de investigar fenômenos culturais e institutos jurídicos dos EUA é possibilitar o entendimento das nuances e peculiaridades de um sistema jurídico estrangeiro que, historicamente, também enfrentou uma explosão de litigiosidade. Com isso, acredita-se que seja possível aprimorar a qualidade desta pesquisa a ponto de promover uma contribuição *original* para o direito – como, aliás, é requisito para uma tese de doutoramento.

Ademais, o exame do direito comparado se justifica considerando que a internacionalização das pesquisas jurídicas é uma tendência fortemente incentivada pelos programas de pós-graduação existentes nas universidades brasileiras. Nesse particular, o autor desta tese teve a oportunidade de atuar como *visiting scholar* da *University of Wisconsin*, sob a supervisão do Professor Marc Galanter, no ano de 2016.

Enfim, a finalidade do estudo do direito comparado é compreender as características de outras culturas jurídicas de tratamento dos conflitos que estimulam a prevenção, a antecipação e a solução consensual e extrajudicial das disputas – como, aliás, é um dos objetivos das recentes reformas na legislação brasileira.

As experiências estrangeiras que serão examinadas contribuíram sobremaneira para a consolidação, sobretudo nos EUA, de um modelo de solução de disputas de caráter “desjudicializado”, no qual prepondera uma cultura jurídica de desestímulo à busca pela sentença jurisdicional adjudicatória, assim como de incentivo à expansão do emprego de meios extrajudiciais para a solução dos conflitos cíveis.

3.2 O movimento americano do *vanishing trial* (desaparecimento dos julgamentos)

Nos EUA, a prestação da atividade jurisdicional caminha em um sentido que lhe é próprio. Enquanto no Brasil é possível verificar um alto nível de procura por soluções adjudicatórias de caráter judicial para os conflitos de interesses, na cultura jurídica americana vigora uma tendência de enfraquecimento da ideia de que os órgãos judiciários devem ser tratados como a principal instância resolutive das disputas.

Ao modelo brasileiro da *judicialização em excesso*, contrapõe-se o movimento americano do *vanishing trial* (desaparecimento dos julgamentos, em tradução livre) – entendido, basicamente, como o fenômeno histórico de declínio do número de processos judiciais e de queda na proporção dos conflitos de interesses que são resolvidos por meio de um julgamento adjudicatório de caráter judiciário.

Patricia Lee Refo explica que o movimento do *vanishing trial* foi estudado com base em um projeto da *American Bar Association Litigation Section* (Seção de Litigância da Ordem dos Advogados dos EUA, em tradução livre), o qual teve como objetivo responder às seguintes perguntas: o método do julgamento adjudicatório é uma “espécie em extinção” nos tribunais americanos? (*Is the trial an endangered species in our courts?*); O número de julgamentos adjudicatórios está em declínio e, se sim, por

qual razão? (*Are the number of trials declining and, if so, why?*); Esse é um motivo para preocupação? (*And should we care?*).

O projeto foi desenvolvido sob a liderança da *Sections's Civil Justice Initiative* (Seção de Iniciativa da Justiça Civil, em tradução livre) e presidido pelos Professores JoAnne Epps, da *Temple University* (Universidade Temple, em tradução livre), Steve Landsman, da *DePaul University* (Universidade DePaul, em tradução livre), e Bob Sayler, da *University of Virginia* (Universidade de Virginia, em tradução livre).

Por seu turno, o Professor Marc Galanter, da *University of Wisconsin Law School* (Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin, em tradução livre), teve a incumbência de coletar e analisar o maior número possível de dados estatísticos quanto ao número de processos judiciais e julgamentos adjudicatórios, especialmente nos tribunais federais (*federal courts*). Também foram importantes as participações dos Professores Robert Clifford, Scott Atlas e Patricia Refo, na condição de presidentes em ordem sucessiva da *American Bar Association Litigation Section* (Seção de Litigância da Ordem dos Advogados dos EUA, em tradução livre).

Os dados colhidos serviram como fundamento para diversos artigos sobre o tema, escritos pelos mais respeitados acadêmicos dos EUA, tais como Marc Galanter, Stephen Yeazell, Theodore Eisenberg, Herbert Kritzer, Thomas Stipanowich, Carrie Menkel-Meadow, Judith Resnik, Gillian Hadfield, Stephen Burbank, John Lande, Lawrence Friedman, dentre outros. Além disso, em dezembro de 2003, foi realizado um simpósio na cidade de San Francisco, Califórnia, para discussão do assunto.²⁰²

O *vanishing trial* consiste em um movimento histórico cujo surgimento, características, causas e consequências merecem uma análise pormenorizada para os objetivos do presente trabalho. O intuito é examinar de que forma uma cultura jurídica tendente à desjudicialização de conflitos implicaria efeitos benéficos e modificações positivas para os atuais padrões de litigiosidade praticados no Brasil, principalmente considerando o fato de que a Administração Pública consiste na maior *repeat player* do sistema jurídico nacional.

3.2.1 O contexto de surgimento

²⁰² REFO, Patricia Lee. The Vanishing Trial. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. v, November 2004, tradução nossa.

No início do século XX até meados da década de 1970, não havia no sistema legal americano um esforço em desenvolver e difundir métodos direcionados a estimular a adoção de técnicas autocompositivas e extrajurisdicionais de solução de conflitos.

Em paralelo, as fronteiras da legislação que estimulavam a judicialização eram ampliadas e o conceito de devido processo (*due process*) ganhava importância. Ao mesmo tempo, era criada uma vasta gama de instrumentos jurídicos utilizados para perseguir direitos, principalmente em áreas como responsabilidade civil (*liability* ou *tort law*), direitos civis (*civil rights*) e direitos da personalidade, tais como a privacidade (*right of privacy*).

Contudo, os resultados desse estímulo pela busca por direitos na seara jurisdicional foram no mínimo contraditórios. Não obstante o incentivo ao acesso à justiça represente uma política pública positiva, republicana e democrática, ela pode – se não formatada adequadamente – acarretar consequências prejudiciais ao próprio objetivo de tutela jurídica de direitos.

É por essa razão que, segundo Marc Galanter, John Lande e Boaventura de Sousa Santos *et al.*, a flexibilização da legislação americana quanto aos limites de provocação da jurisdição culminou em um efeito inesperado: uma “explosão de litigiosidade” (*litigation explosion*) e uma “tempestade de litígios” (*firestorm of litigation*) maléfica ao tecido social e capazes de minar a economia, causadas por litigantes oportunistas, advogados gananciosos, juízes ativistas e júris tendenciosos.²⁰³

Vivia-se, na expressão de Lawrence Friedman, a “era de ouro” dos julgamentos e processos judiciais (*golden age of trials*).²⁰⁴

Marc Galanter aduz que, por volta da segunda metade do século XX, era comum que os atores do sistema legal demonstrassem uma vigorosa preocupação com o sistema de justiça civil. Falava-se, dentre outros termos, em uma “inundação” de litígios (*flood of litigation*) fruto de uma “poluição” legal (*legal pollution*), a qual fazia com que a sociedade americana, tida como excessivamente litigiosa (*excessive litigiousness*) e

²⁰³ GALANTER, Marc. A World Without Trials? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 20, 2006, tradução nossa; LANDE, John. How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts' Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and Other Elements Needed to Administer Justice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 216-217, 2006, tradução nossa.

²⁰⁴ FRIEDMAN, Lawrence M. The Day Before Trials Vanished. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 690, 703, November 2004, tradução nossa.

demasiadamente regulada por leis (*over-legalized*), fosse vista como um “atoleiro” de adversidades (*adversary morass*).

Os EUA eram considerados a nação mais litigiosa do mundo, repleta de conflitos sociais desnecessários, com altas taxas de disputas instauradas e vítima de uma “síndrome” ocasionada pelo grande número de leis (*hyperlexis syndrome*). Os cidadãos americanos, classificados como intolerantes a frustrações, estavam acometidos por uma “febre” para processar (*fever to sue*). A crescente contenciosidade desvirtuava o sentido de cidadania e de acesso à justiça.

A lei era invocada e os tribunais eram chamados para resolver problemas sociais insignificantes que iam além do próprio alcance do Judiciário. A sociedade sofria pelo excesso de leis, pelo abundante número de advogados e pela extrema facilidade de provocar a jurisdição para responder por conflitos que deveriam ser solucionados fora da esfera jurisdicional. Qualquer insatisfação, por menor que fosse, acionava o “gatilho do processo” (*trigger suing*). A situação se tornara epidêmica.

A tutela jurídica de uma vasta gama de lesões pessoais e direitos subjetivos (*entitlements*), que antes era considerada como de responsabilidade de outras instituições, passou a ser reclamada perante os tribunais. A sociedade adquiriu a expectativa de que o Judiciário preenchesse o vazio deixado pelo enfraquecimento do Estado, pela desorganização de entidades públicas, pela desvalorização da unidade familiar, pelo declínio da igreja e pela desintegração de comunidades e vizinhanças.

O resultado não poderia ser diferente: a “explosão de litigiosidade” (*explosion of litigation*) e a “avalanche” de processos judiciais (*avalanche of lawsuits*) tornaram o Judiciário incapaz de dar uma resposta em tempo hábil, de forma econômica e efetiva, e com respeito aos limites de suas competências e aos parâmetros de legitimidade.²⁰⁵ Por algum tempo, a insatisfação da população com o sistema legal fez com que o grande número de processos judiciais e julgamentos fosse visto como a pior característica do procedimento civil americano.²⁰⁶

Nessa mesma linha, Austin Sarat relata que vigorava nos EUA, em meados da década de 1980, uma sensação geral na população de convivência em uma sociedade adversarial em que havia excessiva litigiosidade e um número explosivo de leis (*law*

²⁰⁵ GALANTER, Marc. Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 31, p. 5-9, 1983, tradução nossa.

²⁰⁶ YEAZELL, Stephen C. Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 943-944, November 2004, tradução nossa.

explosion). A quantidade expressiva de litígios resultava em um cenário paradoxal: enquanto os tribunais recebiam cada vez mais demandas, eles se mostravam simultaneamente inacessíveis para vários tipos de controvérsias.

A “explosão de litigiosidade” (*litigation explosion*), a “explosão de processos judiciais” (*explosion of lawsuits*) e uma sociedade inchada de leis (*hyperlexis*) eram apontadas como os principais fatores responsáveis por tornar o Judiciário institucionalmente incapaz de absorver o alto volume de demandas. O aumento das custas judiciárias e a morosidade na tramitação dos processos eram reflexos de tribunais abarrotados de trabalho.

Nesse cenário de crise dos tribunais e de ruína do sistema legal, a garantia de acesso à justiça era suprimida pelo esgotamento dos limitados recursos do poder judiciário. À época, o sistema judiciário americano se tornara caro, lento, inacessível e incapacitado de funcionar de acordo com os altos padrões de correção (*accuracy*), deliberação (*deliberation*) e competência (*competence*).

Era necessária a realização de um urgente programa de reforma judiciária que atribuísse novamente aos tribunais a aptidão para buscar justiça, concretizar direitos humanos e aplicar as normas do Estado de Direito (*rule of law*).²⁰⁷

Essa situação foi corroborada com a divulgação do relatório final da *American Bar Association Action Commission to Reduce Court Costs and Delay* (Comissão de Ação para a Redução dos Custos e da Demora nos Tribunais da Associação Americana de Advogados, em tradução livre), em 1979, cujo objetivo era atacar os custos e a demora no âmbito da litigância.

De acordo com esse documento, a realidade verificada nos EUA nas décadas de 1970 e 1980 era a de ameaça à garantia dos cidadãos de acesso à justiça, tendo em vista que a provocação dos órgãos jurisdicionais era cara e com um resultado muito demorado. Ficou demonstrado que boa parte dos processos judiciais não foram levados a julgamento dentro de cinco anos depois de ajuizados. Os altos custos e a morosidade processual foram considerados como o maior problema do sistema jurídico americano.²⁰⁸

²⁰⁷ SARAT, Austin. The litigation explosion, access to justice, and court reform: examining the critical assumptions. *Rutgers Law Review*, Rutgers University Law School, Volume 37, p. 319-327, 1985, tradução nossa.

²⁰⁸ AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Attacking Litigation Costs and Delay: Final Report of the Action Commission to Reduce Court Costs and Delay*. Chicago, 1984, p. 1, tradução nossa.

Nesse contexto, o movimento do *vanishing trial*, a reforma na educação jurídica, a expansão do gerenciamento judicial de casos (*judicial case management*) e a difusão dos meios adequados de solução de disputas (*alternative dispute resolution*) aparecem como alguns dos pilares representativos dos esforços empreendidos nos EUA para a melhora da prestação jurisdicional e para a superação do contexto de alta litigiosidade verificado em meados do século XX.

É verdade, todavia, que alguns autores questionam que tenha havido realmente uma explosão de litigiosidade nos EUA. Lawrence Friedman, por exemplo, aduz que o julgamento nunca foi, por um bom tempo, a real peça central do sistema legal, não obstante a crença da média da população quanto a um número significativo de processos judiciais. Segundo o citado autor, o *trial* nunca foi a norma (*norm*) geral ou prevalente para resolver disputas na história do sistema legal americano, razão pela qual não há tanto para desaparecer ou diminuir.²⁰⁹

Já Robert Ackerman sugere que faltam dados científicos robustos para sustentar a existência de uma explosão de litigiosidade, em que pese o fato de ele mesmo admitir que haja uma percepção de que os americanos são excessivamente litigiosos.²¹⁰ Até mesmo Marc Galanter, em outro artigo sobre o tema, sustenta que existem lendas sobre a explosão de litigiosidade (*'litigation explosion' legends*), dando a entender que a mídia sensacionalista contribuiu fortemente para uma estimativa acima da realidade acerca do número de processos judiciais efetivamente em tramitação.²¹¹

Fato é que – seja a explosão de litigiosidade um fato histórico ocorrido ou uma mera sensação da população – tornou-se necessário o emprego de ações concretas para impedir práticas processuais abusivas, coibir a litigância temerária (*frivolous litigation*) e evitar processos destituídos de fundamento (“*junk lawsuits*”).²¹² A finalidade era impor limitações ao ajuizamento desregrado de ações judiciais direcionadas à obtenção de reparações sem um respaldo fático idôneo.

²⁰⁹ FRIEDMAN, Lawrence M. The Day Before Trials Vanished. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 689, 694-696, 703, November 2004, tradução nossa.

²¹⁰ ACKERMAN, Robert M. Vanishing Trial, Vanishing Community? The Potential Effect of the Vanishing Trial on America's Social Capital. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 165-166, 2006, tradução nossa.

²¹¹ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 518, November 2004, tradução nossa.

²¹² YEAZELL, Stephen C. Unspoken Truths and Misaligned Interests: Political Parties and the Two Cultures of Civil Litigation. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 60, p. 1.782, 2013, tradução nossa.

A solução encontrada foi radical: a população americana passou a ser incentivada a evitar o processo judicial e a resolver boa parte das suas disputas civis por mecanismos alheios à jurisdição estatal. É nesse sentido que o movimento do *vanishing trial* denota uma resposta ao contexto de explosão de uma litigiosidade desenfreada e sem critérios aparentemente ocorrida nos EUA em meados do século XX.

3.2.2 Conceito e características gerais

Antes do estudo da definição e das características gerais do *vanishing trial*, é importante delimitar algumas premissas conceituais necessárias ao entendimento do real significado de *trial* no direito americano. Embora a sua tradução livre para o português seja *juízo*, a compreensão sobre o que é o *trial* requer o seu delineamento nos sentidos técnico e jurídico que lhe correspondem.

Com efeito, o *trial* consiste em um instituto tipicamente americano, o qual não se equipara com a noção brasileira de julgamento. Não é correto simplesmente entender ou traduzir o *trial* como o ato de julgar ou de proferir a sentença. Não obstante, tendo em vista a dificuldade na sua tradução para o português, no presente trabalho a expressão *trial* será traduzida tanto para *juízo* como para *processo judicial*, a depender da abordagem do texto.

Na verdade, o conceito técnico de *trial* mais se assemelha à fase do processo judicial que resulta em um provimento adjudicatório de caráter jurisdicional, o qual decide a controvérsia com base no accertamento dos fatos envolvidos no conflito. O *trial*, nessa perspectiva, pressupõe o exercício de juízo de cognição exauriente.

De acordo com o *Administrative Office of the U.S. Courts* (Escritório Administrativo dos Tribunais dos EUA, em tradução livre), o conceito de *trial* está atrelado a um procedimento contestado perante um júri ou tribunal em que a prova é introduzida (*a contested proceeding before a jury or court at which evidence is introduced*).

O *trial* ocorre quando se faz imprescindível o debate sobre a definição e a veracidade dos fatos controvertidos da causa, com base na discussão acerca do acervo probatório produzido pelas partes e seus advogados.²¹³ Por esse motivo, o *trial* é mais recorrente nos casos que não se enquadram como repetitivos ou como demandas de

²¹³ GALANTER, Marc. A World Without Trials? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 7-12, 2006, tradução nossa.

massa, bem como nas causas de alto risco (*highrisk*), nas que requerem uma solução “tudo ou nada” (*all-or-nothing cases*), nas que versam sobre fatos incomuns (*unusual facts*), nas que possuem partes intransigentes para o acordo (*intransigent parties*), ou nas que desafiam o compromisso de falar a verdade (*defy compromise*).²¹⁴

Na definição de *trial* não está incluída a hipótese em que o magistrado profere a decisão se baseando exclusivamente em questões de direito (tais como no *summary judgment*, ou julgamento sumário, em tradução livre), sem que haja a necessidade de discussão probatória acerca das circunstâncias fáticas particulares do caso concreto. Nesses casos, a decisão judicial pouco se parece com um julgamento (*less trial-like*), na medida em que o *trial* pressupõe uma fase probatória antecedente que permite a formação de um procedimento amplo, completo e exaustivo que resulta na prolação de um veredito final escrito (*full-blown civil procedure ending with a written verdict*).²¹⁵

Portanto, o *trial* é verificado quando o serviço público jurisdicional é oferecido por completo (*full blown*)²¹⁶ aos litigantes que se encontram perante uma situação adversarial. A noção do *trial* está atrelada a um *processo* usualmente longo de resolução de controvérsias entre pelo menos duas partes e que se desenvolve em várias etapas, sendo que em uma delas, necessariamente, há a introdução da prova (*evidence*) sobre os fatos em discussão. O resultado consiste em uma decisão adjudicatória proferida pelo júri (*trial by jury*)²¹⁷ ou pelo magistrado (*trial by judge* ou *bench trial*).

Firmadas essas premissas conceituais, torna-se possível estudar o movimento do *vanishing trial*, o qual, basicamente, retrata o fenômeno verificado no sistema jurídico americano nas últimas décadas no sentido de que há uma tendência histórica ao desaparecimento – ou ao menos ao declínio – da ideia de que o julgamento

²¹⁴ GROSS, Samuel R.; SYVERUD, Kent D. Don't Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 44, p. 63, 1996, tradução nossa.

²¹⁵ HAARHUIS, Carolien Klein; NIEMEIJER, Bert. Vanishing or Increasing Trials in the Netherlands? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 71-72, 2006, tradução nossa.

²¹⁶ GALANTER, Marc. A World Without Trials? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 33, 2006, tradução nossa.

²¹⁷ Nos EUA, diferentemente do Brasil, é possível que jurados também profiram vereditos em causas cíveis. Marc Galanter explica que o júri cível (*civil jury*), como instituição tipicamente americana, exerce um papel central no sistema de justiça civil, atuando em casos de danos civis (*tort*), responsabilidade civil (*liability*) por danos pessoais (*personal injury*), erro médico (*medical malpractice*), legalidade de cláusulas contratuais (*contracts dispositions*), direitos civis (*civil rights*), antitruste (*antitrust*), dentre outros. Para aprofundamento no tema, conferir: GALANTER, Marc. The Civil Jury as Regulator of the Litigation Process. *The University of Chicago Legal Forum*, University of Chicago, Volume 1990, Issue 1, p. 201 *et seq.*, 1990, tradução nossa.

adjudicatório advindo do processo judicial (*trial*) consiste no método principal de pacificação social e de solução das disputas de interesses. Trata-se, no entendimento de John H. Langbein, de um abandono virtual do julgamento (*trial*) como o método mais usual para a resolução de disputas civis.²¹⁸

Marc Galanter define o movimento do *vanishing trial* como a tendência historicamente verificada, sobretudo a partir do final da década de 1980, de consolidação de um padrão recente, agudo e contínuo de encolhimento do *percentual* de casos que chegam na fase de julgamento, como também da diminuição do *número absoluto* de controvérsias que são extintas por meio de uma decisão jurisdicional adjudicatória.

O citado autor verifica que há um notável declínio não apenas na proporção e nas taxas percentuais, como também na quantidade e nos números absolutos de conflitos que são resolvidos por meio da via jurisdicional clássica – isto é, por meio da prolação de uma sentença heterônoma. A queda é mais significativa a partir de 1985, quando houve a redução de mais de 60% (sessenta por cento) da quantidade de *trials*, tanto nas cortes federais como nos tribunais estaduais, e tanto nas causas cíveis como nas demandas criminais.²¹⁹

Nos EUA, é comum a afirmativa de que apenas 5% (cinco por cento) dos casos chegam à fase de julgamento (*five percent of cases go to trial*), sendo que os outros 95% (noventa e cinco por cento) são resolvidos mediante composição entre as partes (*ninety five percent settle*). Todavia, os dados coletados no projeto do *vanishing trial* demonstram que esses números são superestimados. Não apenas as taxas de julgamento são menores daquelas convencionalmente divulgadas, mas também a sua ocorrência vem diminuindo ao longo do tempo.

Na verdade, as estatísticas do *Administrative Office of the U.S. Courts* (Escritório Administrativo dos Tribunais dos EUA, em tradução livre) demonstram que entre 98% (noventa e oito por cento) a 99,5% (noventa e nove vírgula cinco por cento) dos conflitos de interesses – contabilizados aqueles que são judicializados – são resolvidos (*case disposition*) sem a necessidade de um julgamento.²²⁰

²¹⁸ LANGBEIN, John H. The Disappearance of Civil Trials in the United States. *The Yale Law Journal*, Yale Law School, Volume 122, p. 524, 2012, tradução nossa.

²¹⁹ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 459-460, 516, November 2004, tradução nossa.

²²⁰ HADFIELD, Gillian K. Where Have All the Trials Gone? Settlements, Nontrial Adjudications, and Statistical Artifacts in the Changing Disposition of Federal Civil Cases. *Journal of Empirical Legal*

Isso quer dizer que, na esmagadora maioria das vezes, as controvérsias são resolvidas pelas próprias partes mediante consenso, negociação, acordos, ajustes extrajurisdicionais ou decisões prolatadas por meio da via arbitral, isto é, são solucionadas por intermédio de técnicas e métodos diversos de uma sentença judicial adjudicatória – o que, comumente, é chamado de *settlement*.²²¹

De fato, o *settlement* retrata qualquer tipo de resultado advindo de um procedimento acordado entre as partes em disputa que ponha termo à controvérsia, seja de natureza autocompositiva (como na mediação) ou heterocompositiva (como na arbitragem). Nesse cenário, a maior parte dos conflitos nos EUA são resolvidos por intermédio de composição convencionalizada entre as partes, sendo geralmente dispensável a prolação de uma solução adjudicatória jurisdicional.

Embora não haja uma coleta estatística precisa acerca das taxas de solução negociada – conforme advertência feita por Theodore Eisenberg e Charlotte Lanvers – não restam dúvidas de que a solução da controvérsia sem o proferimento de um julgamento é o resultado mais comum e que domina o sistema de litigância civil dos EUA.²²²

Verdadeiramente, o sistema jurídico americano prevê uma série de incentivos para que as partes cheguem à resolução da contenda por meios próprios, sendo possível enumerar, dentre eles, o alto valor das custas judiciais, a demora na

Studies, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 705-706, November 2004, tradução nossa; LANDE, John. How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts' Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and Other Elements Needed to Administer Justice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 251, 2006, tradução nossa.

²²¹ Nesse ponto, é preciso ressaltar uma observação importante feita por Marc Galanter e Mia Cahill: o fato de apenas 2% (dois por cento) dos casos, aproximadamente, ir para julgamento (*trial*) não significa concluir que os restantes 98% (noventa e oito por cento) das controvérsias são resolvidas por meio de acordo (*agreement*) ou solução negociada (*settlement*) sem a prolação de decisão por um sujeito revestido de autoridade decisória (*decision by an authoritative decisionmaker*). Isso porque um número significativo de conflitos é resolvido por outras formas de solução adjudicatória distinta do *trial* e sem a atuação de magistrado (*bench trial*) ou jurados (*trial by jury*), como, por exemplo, por meio da arbitragem (GALANTER, Marc; CAHILL, Mia. "Most Cases Settle": Judicial Promotion and Regulation of Settlements. *Stanford Law Review*, Stanford University, Volume 46, p. 1.339-1.340, July 1994, tradução nossa). A mesma ressalva já havia sido feita anteriormente pelo mesmo Marc Galanter em: GALANTER, Marc. The quality of settlements. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 1988, p. 55-56, 1988, tradução nossa.

²²² EISENBERG, Theodore; LANVERS, Charlotte. What is the Settlement Rate and Why Should We Care? *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 6, Issue 1, p. 112, March 2009, tradução nossa.

duração do processo judicial até a fase de julgamento, e a alta exposição pública que as partes são submetidas, sobretudo quando o caso é levado ao júri.²²³

A prolação de uma decisão jurisdicional heterônoma que ponha fim ao litígio é a técnica mais incomum – e também a menos desejada – de resolução das controvérsias no sistema jurídico americano. Apenas 0,5% (zero vírgula cinco por cento) a 2% (dois por cento) das causas são extintas por meio de *trial by jury* – quando há a prolação de um veredito final (*veredict*) por jurados – ou por meio de *bench trial* (ou *trial by judge*) – quando a decisão final (*finding* ou *ruling*) é proferida exclusivamente pelo juiz togado, sem a participação ou votos de jurados.

Ademais, uma parcela substancial das causas que chegam na fase de julgamento (*trial stage*) é extinta antes mesmo que a etapa de julgar seja finalizada. De acordo com Marc Galanter, no ano de 2002, por exemplo, apenas cerca de 11% (onze por cento) a 18% (dezoito por cento) dos casos que alcançaram esse estágio foram objeto de extinção durante o julgamento, com pequena diferença nesse percentual entre o *trial by jury* e o *bench trial*.

Por outro lado, ainda conforme Marc Galanter, o número de causas extintas antes mesmo da fase de julgamento, mas mediante alguma forma de estimulação pela via judicial, aumentou de 20% (vinte por cento) no ano de 1963 para 68% (sessenta e oito por cento) em 2002.²²⁴ Já segundo John Lande, do total de casos terminados com algum tipo de atuação jurisdicional, 74,1% (setenta e quatro vírgula um por cento) são extintos em fase pré-processual (*before pretrial*), 8,0% (oito por cento) durante ou após a fase pré-processual (*during or after pretrial*) e 1,8% (um vírgula oito por cento) durante ou após a instauração do processo e início da fase probatória que resultará em julgamento (*during or after trial*).²²⁵

É por essa razão que se diz que, nos EUA, vigora um movimento de declínio ou até mesmo de desaparecimento da adjudicação (*adjudication*) como o método mais adequado e mais recorrente para a solução das disputas intersubjetivas, das controvérsias sociais e dos conflitos de interesses em geral. No sistema judicial americano, verifica-se a ocorrência de um padrão contínuo de decréscimo das taxas de

²²³ KAUTZ, Barbara; ROWCLIFFE, Stacey A. *Civil litigation for the new millennium: a guide for paralegals*. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 337, tradução nossa.

²²⁴ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: What the numbers tell us, what they may mean. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association, Volume Summer 2004, p. 3, 2004, tradução nossa.

²²⁵ LANDE, John. How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts' Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and Other Elements Needed to Administer Justice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 223, 2006, tradução nossa.

juízos de meados do século passado até os dias de hoje, com uma aceleração dessa queda nas últimas três ou quatro décadas.²²⁶

Nesse sentido, o fenômeno do *vanishing trial* retrata justamente o movimento que o sistema judicial americano vem experimentando em direção à redução significativa – e tendente ao desaparecimento – dos registros históricos de julgamentos ocorridos (*trial dockets*) no bojo de processos judiciais, bem como daqueles pendentes de ocorrer.²²⁷

Essa tendência, ao que tudo indica, já está incorporada na cultura legal dos EUA e está subjacente ao próprio processo histórico de desenvolvimento em longo prazo do sistema americano de resolução de conflitos.²²⁸ Especialmente na esfera cível, a concepção de que o julgamento é a via “normal” para lidar com os conflitos foi suplantada pela ideia de que as partes devem administrar (*manage*) o problema, com vistas à obtenção de um acerto negociado (*settle*) do direito material o tanto quanto necessário antes do julgamento.

Caso o imbróglio seja judicializado, por sua vez, são conferidos ao juiz uma ampla margem de discricionariedade (*discretion*) e um vasto leque de competências para gerir o caso (*manage the case*) em prol da solução consensual (*settlement*). O declínio – e talvez até o desaparecimento quase por completo – da figura do julgamento adjudicatório (*trial*) parece consistir em um fenômeno irreversível e independente de flutuações políticas, variações econômicas ou contingências sociais.²²⁹

A opção por judicializar é vista como cara, arriscada, demorada,²³⁰ estressante e frustrante²³¹ – soando até mesmo como um desperdício²³² –, além de

²²⁶ LANDE, John. Introduction to Vanishing Trial Symposium. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 2, 2006, tradução nossa.

²²⁷ DRASCO, Dennis J. Public Access to Information in Civil Litigation vs. Litigant's Demand for Privacy: Is the “Vanishing Trial” an Avoidable Consequence? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 155, 2006, tradução nossa.

²²⁸ BINGHAM, Lisa Blomgren. When We Hold No Truths to be Self-Evident: Truth, Belief, Trust, and the Decline in Trials. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 131, 2006, tradução nossa.

²²⁹ FRIEDMAN, Lawrence M. The Day Before Trials Vanished. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 698; 703, November 2004, tradução nossa.

²³⁰ YEAZELL, Stephen C. Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 943 *et seq.*, November 2004, tradução nossa.

²³¹ HEDEEN, Timothy. Remodeling the Multi-Door Courthouse to “fit the forum to the folks”: how screening and preparation will enhance ADR. *Marquette Law Review*, Marquette University Law School, Volume 95, p. 941, 2012, tradução nossa.

²³² DRASCO, Dennis J. Public Access to Information in Civil Litigation vs. Litigant's Demand for Privacy: Is the “Vanishing Trial” an Avoidable Consequence? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 156, 2006, tradução nossa.

causar transtornos psicológicos e desgastes aos relacionamentos humanos, bem como prejuízos econômicos para as partes.

Há uma preferência aberta pela solução negociada do conflito, a ser buscada tanto em audiências ocorridas antes do julgamento ou da judicialização da controvérsia (*pretrial conferences*) – inclusive em fóruns privados –, como também em audiências de conciliação (*settlement conferences*) designadas pelos tribunais o quanto antes após a propositura da ação judicial.²³³ A partir do momento em que as partes obtêm outras oportunidades para resolver as suas disputas, um número menor de conflitos é levado para adjudicação na esfera pública jurisdicional.²³⁴

Nesse contexto, o artigo dezesseis do *Federal Rules of Civil Procedure* (Regras Federais de Processo Civil, em tradução livre), com a redação modificada pelas emendas de 1983, atribui aos juízes os deveres de agendar audiências pré-processuais (*schedule pretrial conferences*), de conduzir o processo levando em consideração a possibilidade do acordo e de adotar procedimentos extrajudiciais e negociados de solução da disputa.

Posteriormente, no ano de 1993, a edição de nova emenda ao citado artigo dezesseis detalhou ainda mais o papel dos juízes no gerenciamento pré-processual dos casos, além de instituir ferramentas de controle do *discovery*, estruturar julgamentos, fortalecer o emprego dos *alternative dispute resolution* dentro dos tribunais judiciários e possibilitar a intimação dos advogados e das partes, a qualquer momento, para o fim de celebração de acordos, seja por meio da participação em audiências ou negociação pelo telefone.²³⁵

Há ainda recomendação expressa do comitê legislativo (*Rules Advisory Committee*) no sentido de que a realização de audiências de conciliação (*settlement conferences*) em qualquer etapa do processo constitui uma iniciativa a ser louvada.²³⁶ Boa parte dos litigantes não trata a sentença como um objetivo final do processo de

²³³ DORÉ, Laurie Kratky. Secrecy by Consent: The Use and Limits of Confidentiality in the Pursuit of Settlement. *Notre Dame Law Review*, University of Notre Dame, Volume 74, Issue 2, p. 290-292, 1999, tradução nossa.

²³⁴ ACKERMAN, Robert M. Vanishing Trial, Vanishing Community? The Potential Effect of the Vanishing Trial on America's Social Capital. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 167, 2006, tradução nossa.

²³⁵ RESNIK, Judith. Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 10, Number 2, p. 230, 1995, tradução nossa.

²³⁶ GALANTER, Marc; CAHILL, Mia. "Most Cases Settle": Judicial Promotion and Regulation of Settlements. *Stanford Law Review*, Stanford University, Volume 46, p. 1.340-1.341, July 1994, tradução nossa.

solução da controvérsia, e nem encara a via adjudicatória como a preferida ou a mais apropriada para o acerto dos fatos e do direito material.

Paralelamente, a ausência de estímulos ao uso de habilidades atreladas ao contencioso judicial enfraquece a confiança nos mecanismos de julgamento, propiciando uma maior inclinação por parte dos juízes para inutilizar a via da solução heterônoma da causa.²³⁷

Com uma boa dose de exagero, preponderam as concepções de que a resolução da controvérsia por meio de uma decisão judicial adjudicatória é uma falha do advogado (*a trial is a lawyer's failure*) e a de que um acordo ruim é quase sempre melhor do que um bom julgamento (*a bad settlement is almost always better than a good trial*).

Parece estar disseminada até mesmo uma hostilidade judicial ao julgamento (*judicial hostility to trial*) ou um movimento contrário ao julgamento (*anti-trial movement*). É comum que os tribunais evitem a prolação de decisões judiciais e criem obstáculos para que a causa vá a julgamento, como se houvesse um movimento adverso à adjudicação (*anti-adjudication movement*).²³⁸ Fala-se, inclusive, na existência de uma campanha de aversão à litigiosidade (*anti-litigation campaign*).²³⁹

Embora aparentemente o processo judicial apareça como o ponto central do sistema legal americano, é recorrente o entendimento segundo o qual a adoção de métodos de resolução negociada é quase sempre mais barata, mais rápida e melhor em comparação com a solução adjudicatória. O processo civil americano se baseia nos objetivos de evitar o julgamento e promover o consenso.²⁴⁰

A livre e justa negociação é tida como a técnica de solução de controvérsia mais apropriada, a qual é capaz de produzir a melhor conclusão do caso com o nível mais alto de qualidade de justiça para as partes. Justamente por se situar em uma área

²³⁷ LANDSMAN, Stephan. So What? Possible Implications of the Vanishing Trial Phenomenon. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 973-974, November 2004, tradução nossa.

²³⁸ RESNIK, Judith. Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 789, 811-812, November 2004, tradução nossa.

²³⁹ YEAZELL, Stephen C. Unspoken Truths and Misaligned Interests: Political Parties and the Two Cultures of Civil Litigation. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 60, p. 1.784, 2013, tradução nossa.

²⁴⁰ YEAZELL, Stephen C. Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 948, November 2004, tradução nossa.

cinzenta (*grey area*) típica dos resultados advindos das barganhas, o processo de negociação tende a produzir resultados de forma mais rápida e com um custo menor.²⁴¹

De modo geral, entende-se que os meios “alternativos” de solução de conflitos são capazes de gerar uma variedade de benefícios, tais como: economia de tempo e dinheiro; utilização da *expertise* de um terceiro neutro; maior possibilidade de manutenção do relacionamento harmônico entre os disputantes; preservação da confidencialidade da disputa; oportunidade de evitar a aplicação de precedentes judiciais desfavoráveis; e maior satisfação das partes com o procedimento e com os resultados da solução do conflito.²⁴²

A autocomposição entre as partes (*settlement*) é vista como aquela apta a fornecer a solução que mais se aproxima do ideal de justiça que a sociedade é capaz de produzir ou imaginar.²⁴³ Segundo o entendimento de Stephen Yeazell, enquanto a autocomposição (*settlement*) é um meio de redução de riscos pelas partes, o julgamento (*trial*) é um meio de assunção de riscos, especialmente quando são consideradas as variadas possibilidades e incertezas quanto aos seus resultados.²⁴⁴

O processo judicial, ao gerar resultados “tudo ou nada” (*all or nothing*) e “preto ou branco” (*black or white*), é concebido como um procedimento cujo desfecho é radical, uma vez que o seu vencedor leva todo o benefício (*winner-take-all*) sem a possibilidade das trocas e barganhas.²⁴⁵ O ambiente competitivo que lhe é típico transforma o processo judicial em um “jogo de soma zero” (*zero-sum game*), por meio do qual os ganhos da parte exitosa correspondem exatamente às perdas da parte sucumbente.²⁴⁶

Por esse motivo, o *trial* é comumente tido como desfavorável, mais oneroso, mais demorado e com um resultado incerto e imprevisível, o qual, portanto, deve ser

²⁴¹ GALANTER, Marc. The quality of settlements. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 1988, p. 56-58, 1988, tradução nossa.

²⁴² STIPANOWICH, Thomas J. ADR and the “Vanishing Trial”: The Growth and Impact of “Alternative Dispute Resolution”. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 883, November 2004, tradução nossa.

²⁴³ GALANTER, Marc. The emergence of the judge as a mediator in civil cases. *Judicature*, Duke University School of Law – Duke Law Center for Judicial Studies, Volume 69, Number 5, p. 261, February-March, 1986, tradução nossa.

²⁴⁴ YEAZELL, Stephen C. Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 968-969, November 2004, tradução nossa.

²⁴⁵ GALANTER, Marc. A settlement judge, not a trial judge: judicial mediation in the United States. *Journal of Law and Society*, Cardiff University Law School, Volume 12, Number 1, p. 2-4, Spring 1985, tradução nossa.

²⁴⁶ BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 43, tradução nossa.

evitado. Apenas quando, e de vez em quando, as tratativas para a negociação do conflito não alcançam êxito, é que o caso será levado a julgamento.²⁴⁷

Segundo Melvin Eisenberg, quando ocorre uma negociação livre que produz um acordo justo, as partes e os advogados levam em consideração uma rica gama de princípios normativos que possibilita a aplicação, de maneira variada e equilibrada, de um amplo conjunto de normas envolvidas no caso concreto. Na negociação há um processo de acomodação de normas colidentes, a fim de possibilitar que elas convivam entre si.

Por outro lado, na adjudicação ocorre, tipicamente, a exclusão de uma ou mais normas que os disputantes consideram como relevantes. Por essa razão, o modelo adjudicatório estatal é classificado como “menos principiológico” (*less principled*), no sentido de que ele despreza com maior facilidade as necessidades subjacentes em jogo, tendo em vista que há um processo de escolha de normas colidentes com a respectiva eliminação de pelo menos uma delas. Como consequência, a decisão produzida é mais rígida, formal e unicamente baseada em regras e precedentes invocados pelas partes.²⁴⁸

Por seu turno, Carrie Menkel-Meadow entende que a resolução negociada de conflitos (*settlement*), ao se mostrar mais sensível às necessidades das partes em cotejo com a adjudicação, é capaz de proporcionar um grau mais adequado de justiça substancial (*substantive justice*). A autocomposição das controvérsias oferece aos disputantes a possibilidade de uma solução particularizada e mais atenta aos seus interesses e pretensões, disponibilizando-os de instrumentos de participação, comunicação e de legitimação de um procedimento flexível por meio do consenso.

Já no modelo adversarial litigioso, a maior rigidez do procedimento gera, normalmente, resultados binários em que uma das partes ganha e a outra perde (*binary win or lose results*), com menor possibilidade de harmonização das necessidades em disputa.²⁴⁹ É essa uma das razões pelas quais nos EUA há um incentivo expresso para se

²⁴⁷ GROSS, Samuel R.; SYVERUD, Kent D. Getting to No: A Study of Settlement Negotiations and the Selection of Cases for Trial. *Michigan Law Review*, University of Michigan Law School, Volume 90, p. 320, 1991, tradução nossa.

²⁴⁸ EISENBERG, Melvin Aron. Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking. *Harvard Law Review*, Harvard Law School, Volume 89, Number 4, p. 640 *et seq.*, February 1976, tradução nossa.

²⁴⁹ MENKEL-MEADOW, Carrie. For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 33, p. 504-505, 1985, tradução nossa.

compreender e realizar o sistema de resolução de disputas para além do modelo adversarial.²⁵⁰

De maneira semelhante, Marc Galanter destaca que o sistema legal americano se impulsiona para substituir o modelo adversarial de tratamento dos conflitos por um processo permanente de conciliação, o qual vise a produzir acordos mútuos e um senso de comunidade entre as partes. É prevalente a ideia nos EUA de que o modelo conciliatório, ao evitar a litigiosidade adversarial, propicia um acesso à justiça mais amplo, menos oneroso e com melhores resultados em termos de satisfação para as partes. Além disso, ele tende a contribuir para aliviar a sobrecarga de trabalho dos órgãos judiciais por meio da diminuição do estoque de processos judiciais pendentes e da redução da morosidade processual.²⁵¹

Em resumo, o *vanishing trial* produz a concepção de que as partes devem evitar a adjudicação estatal, acionando-a apenas quando ela se mostrar estritamente necessária.²⁵² Cabe às partes esgotar as tentativas de resolver as suas diferenças antes de provocar o sistema judiciário.

A alternativa de encerrar a controvérsia por meio de procedimentos distintos de uma decisão judicial heterônoma – como, por exemplo, mediante a celebração de um acordo – é entendida como a mais adequada e desejada. Isso não apenas porque o processo judicial é caro, demorado e arriscado, mas, sim, porque administrar a controvérsia visando ao acertamento por uma via negociada é geralmente capaz de minimizar as consequências adversas decorrentes do conflito social.²⁵³

3.2.3 Estatísticas oficiais

De acordo com Marc Galanter, apenas uma pequena parcela dos problemas sociais e danos pessoais verificados nos EUA se tornam disputas e, dessa quantidade,

²⁵⁰ MENKEL-MEADOW, Carrie J.; LOVE, Lela Porter; SCHNEIDER, Andrea Kupfer; STERNLIGHT, Jean R. *Dispute Resolution Beyond the Adversarial Model*. New York: Aspen Publishers, 2005, p. 3-7, tradução nossa.

²⁵¹ GALANTER, Marc. The emergence of the judge as a mediator in civil cases. *Judicature*, Duke University School of Law – Duke Law Center for Judicial Studies, Volume 69, Number 5, p. 257-258, February-March, 1986, tradução nossa.

²⁵² LANDE, John. Judging judges and dispute resolution processes. *Nevada Law Journal*, William S. Boyd School of Law at the University of Nevada, Volume 7, p. 463, Spring 2007, tradução nossa.

²⁵³ LANDE, John. How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts' Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and Other Elements Needed to Administer Justice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 214, 2006, tradução nossa.

apenas a minoria é objeto de processos judiciais (*lawsuits*). Dentre o número de processos judiciais, a grande maioria é solucionada por acordo (*settled*), desistência (*abandoned*), retirada (*withdrawal*) ou por qualquer outro método que não demande uma completa atividade probatória que resulte em um julgamento.²⁵⁴

Nesse cenário, o processo judicial que resulta em uma solução heterônoma (*trial*) não é tido como o principal método de solução das controvérsias nos EUA, considerando que, na maioria dos casos, as partes chegam a uma solução negociada (*most cases settle*).²⁵⁵

Os advogados, os juízes e a legislação americana estimulam as partes a discutirem sobre a possibilidade do consenso e a negociarem uma solução desde o início da controvérsia, seja antes, durante ou depois da instauração do processo judicial. Essa é a regra geral; a exceção é ir a juízo na expectativa e na intenção de litigar até a prolação de um julgamento final.²⁵⁶

Os números e dados estatísticos extraídos dos relatórios anuais do *Administrative Office of the U.S. Courts* (Escritório Administrativo dos Tribunais dos EUA, em tradução livre) são elucidativos para comprovar que o modelo da judicialização dos conflitos está em franca decadência nos EUA.

Marc Galanter relata que, no ano de 1938, aproximadamente 18% (dezoito por cento) das causas cíveis nas cortes federais americanas foram resolvidas por intermédio de uma decisão judicial adjudicatória.²⁵⁷

Já nos anos de 1962 e 1972, ocorreram nas cortes federais americanas, respectivamente, os números de 5.802 (cinco mil oitocentos e dois) e de 8.168 (oito mil

²⁵⁴ GALANTER, Marc. Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 31, p. 5, 26, 1983, tradução nossa.

²⁵⁵ GALANTER, Marc; CAHILL, Mia. "Most Cases Settle": Judicial Promotion and Regulation of Settlements. *Stanford Law Review*, Stanford University, Volume 46, p. 1.339, July 1994, tradução nossa; GALANTER, Marc. The quality of settlements. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 1988, p. 55, 1988, tradução nossa; REFO, Patricia Lee. The Vanishing Trial. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. v-vi, November 2004, tradução nossa.

²⁵⁶ HERMAN, G. Nicholas; CARY, Jean M. *Legal counseling, negotiating, and mediating: a practical approach*. Second Edition. New Providence: LexisNexis, 2009, p. 285, tradução nossa; MACFARLANE, Julie. Culture Change – A Tale of Two Cities and Mandatory Court-Connected Mediation. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2002, Issue 2, p. 241-325, 2002, tradução nossa.

²⁵⁷ Stephen Burbank relata dado semelhante, ao dizer que, no ano de 1936, 18,16% (dezoito vírgula dezesseis por cento) das causas cíveis nas cortes federais americanas foram resolvidas por meio de *bench trial* ou *jury trial* (BURBANK, Stephen B. Keeping Our Ambition Under Control: The Limits of Data and Inference in Searching for the Causes and Consequences of Vanishing Trials in Federal Court. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 574, November 2004, tradução nossa).

cento e sessenta e oito) julgamentos em causas cíveis, o que representou o percentual de 11,5% (onze vírgula cinco por cento) e de 9,1% (nove vírgula um por cento) do total das extinções dos processos judiciais.

No ano de 1982, foram verificados 11.280 (onze mil duzentos e oitenta) julgamentos em causas cíveis, representando 6,1% (seis vírgula um por cento) do número de extinções de processos judiciais.

O ano de 1985 marca o pico no número de decisões judiciais adjudicatórias nas cortes federais americanas, quando houve 12.529 (doze mil quinhentos e vinte e nove) causas resolvidas por meio de *trials*, expressando o percentual de 4,7% (quatro vírgula sete por cento) da quantidade de extinções dos processos judiciais. A partir de então, todavia, o número absoluto de *trials* passa a despencar de forma abrupta e constante.²⁵⁸

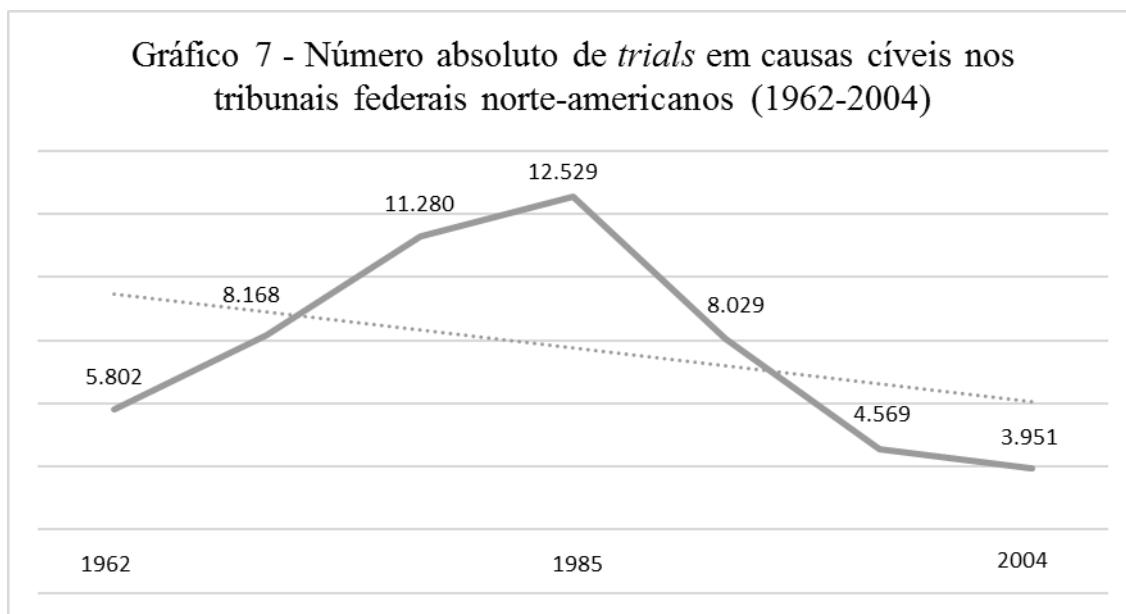
Em 1992, houve 8.029 (oito mil e vinte e nove) *trials*, isto é, 3,5% (três vírgula cinco por cento) de julgamentos em relação ao número total de extinções dos processos judiciais.

Nos anos de 2002 e 2004, a quantidade absoluta de *trials* nas cortes federais americanas atinge, respectivamente, os números de 4.569 (quatro mil quinhentos e sessenta e nove)²⁵⁹ e de 3.951 (três mil novecentos e cinquenta e um) *trials*, correspondendo ao percentual de 1,8% (um vírgula oito por cento) e de 1,7% (um vírgula sete por cento) do número de extinções dos processos judiciais em causas cíveis.

O gráfico abaixo ilustra a linha de tendência verificada nos EUA no período entre 1962 a 2004, conforme os dados divulgados pelo *Administrative Office of the U.S. Courts* (Escritório Administrativo dos Tribunais dos EUA, em tradução livre) e coletados no projeto do *vanishing trial*:

²⁵⁸ BURBANK, Stephen B. Keeping Our Ambition Under Control: The Limits of Data and Inference in Searching for the Causes and Consequences of Vanishing Trials in Federal Court. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 576, November 2004, tradução nossa.

²⁵⁹ DIAMOND, Shari Seidman; BINA, Jessica. Puzzles about Supply-Side Explanations for Vanishing Trials: A New Look at Fundamentals. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 637-638, November 2004, tradução nossa; MOOG, Robert. Piercing the Veil of Statewide Data: The Case of Vanishing Trials in North Carolina. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 6, Issue 1, p. 151, March 2009, tradução nossa.



Fonte: relatórios anuais do *Administrative Office of the U.S. Courts*²⁶⁰

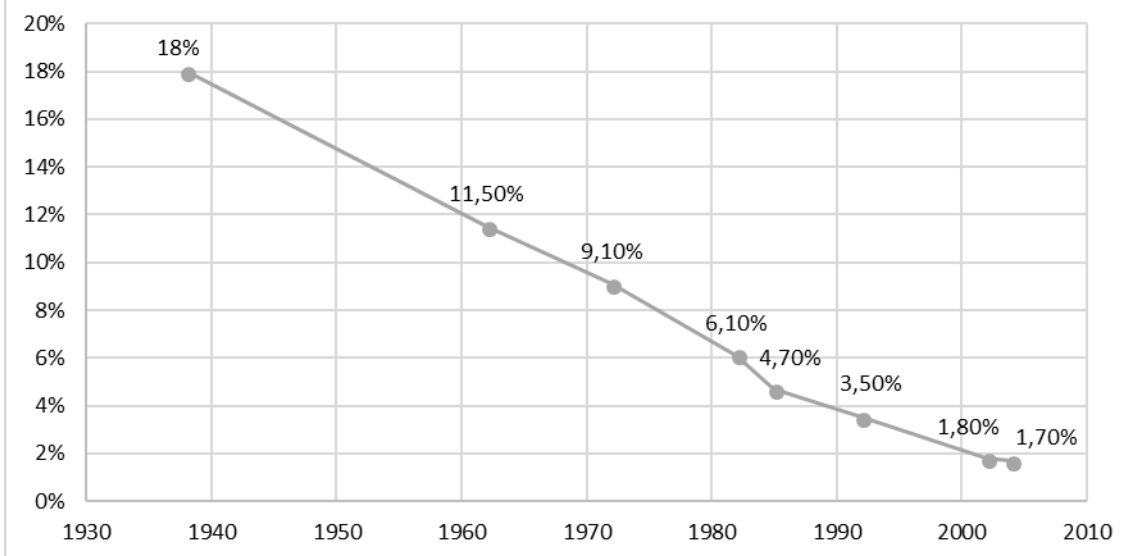
Nesse interstício de quarenta e dois anos (1962-2004), percebe-se a formação de um padrão de litigiosidade tendente ao declínio da proporção e do número de casos extintos por um julgamento, não obstante tenha ocorrido cinco vezes mais casos ingressados no final do período em comparação com o início.

O número total de causas cíveis extintas aumentou 400% (quatrocentos por cento), enquanto o número de julgamentos adjudicatórios em matéria cível (*civil trials*) diminuiu 32% (trinta e dois por cento). Proporcionalmente à população americana, a quantidade de julgamentos adjudicatórios nas cortes federais, calculados por milhão de habitantes, caiu aproximadamente 70% (setenta por cento) desde o ano de 1985.

É interessante notar como a proporção do número de casos cíveis que são resolvidos por meio de sentença jurisdicional adjudicatória, em termos percentuais, segue um padrão constante de decréscimo no período entre 1938 a 2004:

²⁶⁰ *apud* GALANTER, Marc. A World Without Trials? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 7-33, 2006, tradução nossa; GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 459-570, November 2004, tradução nossa; GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: What the numbers tell us, what they may mean. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association, Volume Summer 2004, p. 3-6, 2004, tradução nossa.

Gráfico 8 - Porcentagem das causas cíveis resolvidas por meio de *trials* nos tribunais federais norte-americanos (1938-2004)



Fonte: relatórios anuais do *Administrative Office of the U.S. Courts*²⁶¹

Na esfera criminal, a situação é semelhante.²⁶² Em 1962, houve 5.097 (cinco mil e noventa e sete) julgamentos em causas criminais nas cortes federais americanas, ao passo que, em 2003, apenas 3.463 (três mil quatrocentos e sessenta e três) réus foram submetidos a julgamento. Novamente, enquanto houve um aumento de 152% (cento e cinquenta e dois por cento) no número de extinções de processos criminais, ocorreu

²⁶¹ *apud* GALANTER, Marc. A World Without Trials? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 7-33, 2006, tradução nossa; GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 459-570, November 2004, tradução nossa; GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: What the numbers tell us, what they may mean. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association, Volume Summer 2004, p. 3-6, 2004, tradução nossa.

²⁶² A situação é semelhante na esfera criminal tendo em vista que, nos EUA, é difundida a possibilidade de transações penais (*plea bargaining* ou *plea bargain agreement*), o que possibilita a extinção de causas criminais (*felony cases*) por uma técnica diferente do julgamento. No campo penal, a porcentagem dos casos que são resolvidos por julgamento vem diminuindo desde 1800, tendo em vista a possibilidade, desde o século XIX, de o réu (*defendant*), constatando a existência de provas suficientes para a sua condenação, optar por negociar a gradação da sua pena por meio da admissão de culpa (*guilty plea*). Embora seja uma prática questionável entre vários dos estudiosos sobre o assunto, fato é que o *plea bargaining*, já no começo do século XX, era adotado pela maioria dos réus, sendo que, em 1926, quase 80% (oitenta por cento) dos réus acusados na cidade de Chicago, Illinois, EUA, buscaram algum tipo de acordo penal (FRIEDMAN, Lawrence M. The Day Before Trials Vanished. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 691, November 2004, tradução nossa).

paralelamente um decréscimo de 32% (trinta e dois por cento) no total de julgamentos.²⁶³

É preciso ressaltar, contudo, que o número de causas cíveis ou criminais nas cortes federais consiste em uma ínfima parcela do total de processos judiciais nos EUA. Aproximadamente 98% (noventa e oito por cento) dos casos são processados e resolvidos nos tribunais estaduais. Ainda assim, Brian Ostrom, Shauna Strickland e Paula Hannaford-Agor, do *National Center for State Courts* (Centro Nacional de Tribunais Estaduais, em tradução livre), mostram que a tendência nas cortes estaduais é semelhante.

A título exemplificativo, nas vinte e duas cortes estaduais e no tribunal do Distrito de Columbia – os quais, somados, representam 58% (cinquenta e oito por cento) do total da população americana – houve um declínio, entre 1976 a 2002, de aproximadamente 60% (sessenta por cento) do número absoluto de júris (*jury trials*) em causas cíveis, assim como ocorreu uma diminuição de mais de 50% (cinquenta por cento) do número absoluto de sentenças judiciais (*bench trials*). Também na esfera criminal, houve no mesmo período um decréscimo de 15% (quinze por cento) no número absoluto de júris (*jury trials*) e de 10% (dez por cento) no número absoluto de sentenças judiciais (*bench trials*), não obstante o número de casos criminais resolvidos tenha aumentado 127% (cento e vinte e sete por cento) nas citadas cortes estaduais.²⁶⁴

Por seu turno, outros dados estatísticos sugerem que, nos últimos vinte e cinco anos, as taxas de *jury trials* caíram menos em comparação com as taxas de *bench trials*. De 1979 até 2004, o percentual de resoluções de casos por meio de *jury trials* caiu de 2,5% (dois vírgula cinco por cento) para menos de 1% (um por cento), o que representa uma diminuição da quantidade absoluta de júris de 3.526 (três mil quinhentos e vinte e seis) para 2.529 (dois mil quinhentos e vinte e nove).

Já o número de *bench trials* foi ainda mais afetado, decrescendo, no mesmo período, de 4,5% (quarto vírgula cinco por cento) para 0,5% (zero vírgula cinco por cento), ou seja, de 5.852 (cinco mil oitocentos e cinquenta e dois) para 1.422 (um mil quatrocentos e vinte e dois) casos, incluindo a diminuição das demandas de

²⁶³ GALANTER, Marc. A World Without Trials? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 7-18, 2006, tradução nossa; GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: What the numbers tell us, what they may mean. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association, Volume Summer 2004, p. 3, 2004, tradução nossa.

²⁶⁴ OSTROM, Brian J.; STRICKLAND, Shauna M.; HANNAFORD-AGOR, Paula L. Examining Trial Trends in the State Courts: 1976-2002. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 755-764, November 2004, tradução nossa.

responsabilidade civil (*tort cases* ou *liability cases*) e de disputas contratuais (*contract disputes*). É possível dizer, assim, que a quantidade de *jury trials* vem encolhendo (*shrinking*), enquanto o número de *bench trials* tende ao próprio desaparecimento (*vanishing*).²⁶⁵

Os dados também indicam que os julgamentos das causas envolvendo falência, concordata e recuperação de empresário e sociedade empresária (*bankruptcy disputes*) vem diminuindo, enquanto que a quantidade de petições iniciais de processos judiciais vem aumentando. Em um período de vinte e três anos, o número total de casos ajuizados sobre falência teve significativa evolução, passando de 331.264 (trezentos e trinta e um mil duzentos e sessenta e quatro), em 1980, para 1.625.208 (um milhão seiscentos e vinte e cinco mil duzentos e oito), em 2003.

Por outro lado, aproximadamente no mesmo período, houve uma diminuição considerável do número de disputas sobre falência que foram extintas durante ou após o julgamento, passando de aproximadamente 10.000 (dez mil) casos, em 1985, para cerca de 3.000 (três mil) casos, em 2002. As estatísticas demonstram que os conflitos entre devedores e credores, comumente versando sobre responsabilidade (*liability*) ou sobre o montante devido, vêm sendo solucionados de forma rápida, sem a necessidade de uma decisão adjudicatória na maioria das vezes.²⁶⁶

À evidência, os dados estatísticos acima colacionados mostram que houve nos EUA, no último meio século, uma diminuição considerável na porcentagem e no número absoluto de casos cíveis e criminais que foram extintos por meio de julgamentos proferidos em processos judiciais – seja por meio de júris com a participação de jurados (*jury trials*), seja por intermédio da prolação de sentenças por juízes togados (*bench trials*). Outrossim, também foi constatado um aumento substancial na porcentagem e no número absoluto de casos cíveis e criminais iniciados, bem como daqueles que foram extintos ou arquivados.

Por decorrência lógica, pode-se concluir que ocorreu uma ampliação da porcentagem e do número absoluto de casos que foram resolvidos por técnicas ou formas diferentes de um julgamento adjudicatório proferido por vereditos de jurados ou

²⁶⁵ SCHLANGER, Margo. What We Know and What We Should Know about American Trial Trends. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 36-37, 2006, tradução nossa.

²⁶⁶ WARREN, Elizabeth. Vanishing Trials: The Bankruptcy Experience. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 913-942, November 2004, tradução nossa.

por sentenças de magistrados.²⁶⁷ Os números não deixam dúvidas de que a escolha pelo *settlement* prevalece sobre a opção cara, demorada e arriscada do *trial*.

É cabível afirmar que a solução negociada da controvérsia consiste no ponto central do sistema legal americano e representa, na maioria absoluta das vezes, a forma mais adequada e desejada para a resolução das disputas de interesses.²⁶⁸ Judith Resnik aponta, até mesmo, a existência de um movimento de “privatização” dos processos de solução de disputas (*privatization of disputing processes*).²⁶⁹

Marc Galanter ressalta que o declínio do número de julgamentos em processos judiciais não foi observado – ou demorou a ser observado – pela maior parte dos estudiosos do sistema legal americano. O *vanishing trial*, não obstante seja hoje uma realidade, é o resultado de um longo, lento e constante movimento histórico de mudança na forma de tratamento das causas cíveis e criminais, cujo efeito mais notável é a superação da ideia de que a decisão adjudicatória formal (*formal adjudication*) proveniente da jurisdição é o meio mais apropriado para a solução das disputas.

Por esse motivo, nos últimos sessenta anos houve uma alteração significativa nos padrões de litigância (*litigation patterns*) verificados nos EUA: enquanto em meados do século XX o número de julgamentos era estável ou até mesmo crescente, a partir da década de 1980 ocorreu uma aceleração no declínio da quantidade absoluta de julgamentos.²⁷⁰ O movimento do *vanishing trial* acabou por desmascarar os mitos de que a sociedade americana segue um padrão de excessiva judicialização e de adoção do julgamento adjudicatório como o principal método de pacificação social.²⁷¹

De fato, há apenas uma suposta centralidade do processo judicial, proveniente muitas vezes da atração da população, dos advogados, dos juízes e da mídia

²⁶⁷ O declínio do quantitativo de julgamentos (*trials*) também acarreta a diminuição do número de apelações (*appeals*). De acordo com pesquisa divulgada por Theodore Eisenberg, a quantidade de recursos nos tribunais federais em face de decisões adjudicatórias é quatro vezes maior em comparação com o número de apelações em casos que são resolvidos sem julgamento (EISENBERG, Theodore. *Appeal Rates and Outcomes in Tried and Nontried Cases: Further Exploration of Anti-Plaintiff Appellate Outcomes*. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 659 *et seq.*, November 2004, tradução nossa).

²⁶⁸ DRASCO, Dennis J. Public Access to Information in Civil Litigation vs. Litigant's Demand for Privacy: Is the “Vanishing Trial” an Avoidable Consequence? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 155, 2006, tradução nossa.

²⁶⁹ RESNIK, Judith. Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 783-784, November 2004, tradução nossa.

²⁷⁰ GALANTER, Marc. A World Without Trials? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 7-33, 2006, tradução nossa.

²⁷¹ ACKERMAN, Robert M. Vanishing Trial, Vanishing Community? The Potential Effect of the Vanishing Trial on America's Social Capital. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 165, 2006, tradução nossa.

pelo “*glamour* cinematográfico” dos júris²⁷² ou pelo “entretenimento dramático” dos veredictos. As ideias do *trial* como o símbolo do sistema de justiça e do júri como uma parte importante da cultura popular americana criam uma imagem mitológica de litigiosidade excessiva nos EUA,²⁷³ ao mesmo tempo em que causa espanto e descrença na necessidade de uma melhor gestão dos padrões de litigiosidade. Ao que parece, o esforço e a tentativa de menor utilização dos *trials* vêm se mostrando capazes de mitigar a reputação dos EUA como um país particularmente litigioso.²⁷⁴

O declínio do número de julgamentos no sistema legal americano parece ser um “segredo bem guardado” e praticamente invisível aos olhos da população e de grande parcela dos operadores jurídicos.²⁷⁵ A realidade, todavia, demonstra que os padrões de litigância nos EUA estão calcados no estímulo para que as partes – autor (*plaintiff*) e réu (*defendant*) – resolvam e terminem as suas controvérsias por meios próprios. O julgamento, na maioria das vezes, é prescindível e evitável.

É curioso notar que, nos últimos sessenta anos, o número absoluto de *trials* nos EUA diminuiu a despeito do aumento de todos os outros aspectos que envolvem a litigiosidade – maior quantidade de advogados e juízes, ampliação do número de leis, aumento do orçamento do poder judiciário, fortalecimento da literatura jurídica, crescimento populacional, desenvolvimento da economia, maior compreensão jurídica pela população, dentre outros.²⁷⁶ Com isso, a potencialidade do número de conflitos

²⁷² Lawrence Friedman descreve o que seria uma imagem cinematográfica de julgamento citando o emblemático caso de acusação de homicídio de O. J. Simpson – o qual, inclusive, foi objeto de exposição na temporada *The People vs. O. J. Simpson* do seriado de televisão denominado *American Crime Story*, da emissora FX. Nesse julgamento, houve a presença de todos os elementos “dramáticos”, tais como: os jurados sentados que proferirão o veredito final; o juiz que preside o júri vestido com uma toga e sentado ao centro e à frente de uma bandeira dos EUA; os advogados com debates, alegações e objeções retóricas; o réu algemado; as testemunhas com o compromisso de dizer a verdade; dentre outros. Todavia, o autor adverte que essa ideia glamourosa do sistema de justiça, derivada de julgamentos criminais, não passa de ilusão popular e raramente é aplicada em causas cíveis (FRIEDMAN, Lawrence M. *The Day Before Trials Vanished. Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 690-691, November 2004, tradução nossa).

²⁷³ ACKERMAN, Robert M. *Vanishing Trial, Vanishing Community? The Potential Effect of the Vanishing Trial on America’s Social Capital. Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 169, 2006, tradução nossa.

²⁷⁴ KRITZER, Herbert M. *Litigation. International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Elsevier Science, Volume 13, p. 8.992, 2001, tradução nossa.

²⁷⁵ GALANTER, Marc. *A World Without Trials? Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 12, 2006, tradução nossa.

²⁷⁶ GALANTER, Marc. *The Vanishing Trial: What the numbers tell us, what they may mean. Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association, Volume Summer 2004, p. 3, 2004, tradução nossa; MACFARLANE, Julie; MANWARING, John. *Reconciling Professional Legal Education with the Evolving (Trialless) Reality of Legal Practice. Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 253, 2006, tradução nossa.

também aumentou, especialmente em uma sociedade cada vez mais complexa, heterogênea e plural.

Como exemplo, entre 1970 a 2015, a população nos EUA aumentou de 290.485.807 (duzentos e noventa milhões quatrocentos e oitenta e cinco mil oitocentos e sete) para 321.773.631 (trezentos e vinte e um milhões setecentos e setenta e três mil seiscentos e trinta e uma) pessoas.²⁷⁷

Também o número de advogados nos EUA passou de 385.933 (trezentos e oitenta e cinco mil novecentos e trinta e três), em 1960, para 1.066.328 (um milhão sessenta e seis mil trezentos e vinte e oito), no ano 2000 – isto é, houve um aumento da proporção de 01 (um) advogado para 627 (seiscentos e vinte e sete) cidadãos, em 1960, para 01 (um advogado) para 264 (duzentos e sessenta e quatro) cidadãos, em 2000.²⁷⁸

Aliás, até mesmo o número de reclamações (*filings*) teve aumento, o que significa que o decréscimo nas taxas de julgamento não deriva de uma queda nas taxas de litigiosidade.²⁷⁹ Scott Atlas e Nancy Atlas relatam que, entre 1984 a 2000, o número de causas cíveis aumentou 21% (vinte e um por cento) nos tribunais estaduais. Já nas cortes federais, houve um aumento do número de causas cíveis, entre 1976 e 2003, na ordem de 93,7% (noventa e três vírgula sete por cento), enquanto o número de julgamentos cíveis (*civil trials*) diminuiu aproximadamente 50% (cinquenta por cento) no mesmo período.²⁸⁰

Nessa perspectiva, o aumento da quantidade de causas extintas e arquivadas nos EUA, em contrapartida a uma diminuição da quantidade de julgamentos, consiste em uma situação intrigante que não pode ser desprezada e que impressiona pela sua

²⁷⁷ Disponível em: <http://www.worldometers.info/world-population/us-population/>. Acesso em: 22 jan. 2017.

²⁷⁸ CARSON, Clara N. *The lawyer statistical report: the U.S. legal profession in 2000*. Chicago: American Bar Foundation, 2004, tradução nossa. Sobre o tema, Stephen Yeazell menciona que o ex-presidente americano Jimmy Carter, já no ano de 1978, discursava que nos EUA havia a maior concentração de advogados no mundo – 01 (um) para cada 500 (quinhentos) cidadãos –, o que representava uma proporção, respectivamente, 03 (três), 04 (quatro) e 21 (vinte e uma) vezes maior do que na Inglaterra, na Alemanha Ocidental e no Japão. Entretanto, para o citado ex-presidente, o fato de existir mais litigiosidade não significava mais justiça, sobretudo porque, considerando que 90% (noventa por cento) dos advogados atuava em prol de 10% (dez por cento) da população, a sociedade se mostrava com excesso de advogados (*over-lawyered*) e, paradoxalmente, com déficit de representatividade jurídica (*under-represented*) (YEAZELL, Stephen C. *Unspoken Truths and Misaligned Interests: Political Parties and the Two Cultures of Civil Litigation*. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 60, p. 1.774, 2013, tradução nossa).

²⁷⁹ YEAZELL, Stephen C. *Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial*. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 946-947, November 2004, tradução nossa.

²⁸⁰ ATLAS, Scott; ATLAS, Nancy. *Potential ADR Backlash: Where have all the trials gone? To mediation or arbitration*. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association Section of Dispute Resolution, Volume The Vanishing Trial, p. 14, Summer 2004, tradução nossa.

aparente contradição. Parece ocorrer um padrão inverso em que, simultaneamente, há o fortalecimento do sistema de justiça e o enfraquecimento da via jurisdicional como a mais adequada para a solução dos litígios.²⁸¹

3.2.4 Principais causas

Não é possível apontar um único e exclusivo motivo que justifique a ocorrência do movimento do *vanishing trial*. O declínio do número absoluto de processos judiciais e a diminuição da quantidade de casos que são resolvidos por meio de uma sentença jurisdicional adjudicatória são o resultado de uma série de fatores de diferentes espécies, sejam de natureza jurídica, cultural, social, econômica ou política.

Dessa forma, é cabível enumerar várias *causas* que contribuíram e que contribuem para a redução da utilização do *trial* nas últimas décadas. Dentre elas, Marc Galanter indica as seguintes:

a) o atraso histórico na construção de instalações para julgamentos nos tribunais aptas a responder à crescente demanda;

b) o aumento exponencial do número absoluto de habitantes, de advogados e o acréscimo da fatia da população que ganhou acesso aos tribunais (tais como mulheres, minorias raciais e prisioneiros), em contraposição à ausência ou à restrição no fornecimento de recursos de infraestrutura adequada que permita julgamentos em todos os casos;

c) o alargamento das potenciais lesões que podem ser objeto de pleitos e reparações nas cortes, bem como a maior complexidade e heterogeneidade das disputas em face da proliferação de novos direitos (tais como a proteção do consumidor, do meio ambiente e de direitos metaindividuais), de novos *players* na arena judicial (tais como entidades coletivas) e de novas formas de tutela jurídica, o que gera uma maior demora na tramitação dos procedimentos e na prolação dos julgamentos;

d) a elevação dos custos e despesas nos órgãos judiciários e o aumento do valor dos honorários advocatícios, o que impede um acesso universal à jurisdição;

e) a necessidade de maior espera para conseguir um julgamento, o que estimula a adoção de melhores técnicas de incentivo e facilitação de acordos, bem como

²⁸¹ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 460, November 2004, tradução nossa.

possibilita a proliferação e o desenvolvimento de *alternative dispute resolution* e de técnicas de resolução de controvérsias nas etapas anteriores ao julgamento (*pretrial techniques*), inclusive na fase pré-processual e extrajudicial;

f) a adoção nas cortes do *judicial management*, o qual fornece incentivos e oportunidades para os juízes dissuadirem as partes para buscar o julgamento em prol de outras formas de solução das disputas;

g) a mudança de concepção do papel social dos magistrados, passando de uma simples atribuição de presidir o julgamento para uma função complexa de viabilizar a resolução da controvérsia, especialmente mediante uma maior percepção por parte dos órgãos judiciários dos benefícios advindos da adoção de métodos extrajudiciais de solução de disputas.²⁸²

Por sua vez, Margo Schlanger, na busca por entender as razões pelas quais houve um declínio da quantidade de julgamentos nas últimas décadas, reflete sobre quatro pontos que ainda não se encontram totalmente esclarecidos.

O primeiro deles, o qual o citado autor denomina de confirmação (*confirmation*), visa a questionar a real magnitude do decréscimo do número de julgamentos.

Já o segundo, chamado de desagregação (*disaggregation*), indica que não se sabe, ao certo, sobre as experiências concretas vivenciadas em diferentes tribunais, o que pode implicar compreensões equivocadas sobre as variáveis envolvidas nas taxas de julgamentos em cada corte.

No que se refere aos resultados advindos de técnicas diferentes do julgamento, o autor indaga para onde foram todos os julgamentos, inferindo que a resposta para essa pergunta pressupõe uma melhora na coleta dos dados estatísticos dos tribunais.

Por fim, no cotejo entre disputas e julgamentos (*disputes vs. trials*), o autor conclui que é necessária uma melhor compreensão sobre a natureza das controvérsias a partir das quais os litígios se desenvolvem, bem como acerca das mudanças que se

²⁸² GALANTER, Marc. The Hundred-Year Decline of Trials and the Thirty Years War. *Stanford Law Review*, Vol. 57, Number 05, Stanford Law Review Symposium: The Civil Trial: Adaptation and Alternatives, p. 1.262-1.263, April, 2005, tradução nossa; GALANTER, Marc. A World Without Trials? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 13, 2006, tradução nossa.

encontram subjacentes aos contextos das disputas, a fim de aprimorar o estudo das tendências e padrões de litigância no espaço e no tempo.²⁸³

Diante dessas reflexões, Margo Schlanger indica, dentre outras, as seguintes hipóteses como as causas plausíveis aptas a justificar o declínio do número de julgamentos:

a) a maior complexidade dos casos, o que implica aumento dos custos judiciários, além de tornar-se necessária uma maior diversidade nas técnicas de solução dos conflitos;

b) o decréscimo da proporção de casos sobre matérias importantes (tais como sobre responsabilidade civil e contratos) com menor propensão a serem resolvidos mediante a prolação de um julgamento;

c) o alargamento do uso das ações coletivas;

d) a ocorrência de mudanças nas habilidades, necessidades e objetivos envolvidos nos padrões de litigância, o que faz com que advogados e juízes tenham menos experiências com julgamentos;

e) a adoção de estratégias pelas partes, especialmente pelas organizações habituadas com o sistema judiciário, de evitar julgamentos por entender que há um aumento do risco de sucumbência na resolução das disputas;

f) a percepção pelas partes, sobretudo pelas sociedades empresárias e entidades governamentais, de que a utilização de métodos alternativos de solução de disputas (*alternative dispute resolution*) pode trazer resultados positivos;

g) o investimento de partes detentoras de condições econômicas favoráveis em técnicas que estimulam – ou até mesmo forçam – a outra parte a negociar e a celebrar acordos;

h) a melhora do treinamento das habilidades que capacitam os advogados a realizar barganhas e a melhorar as perspectivas de acordos;

i) a diminuição da capacidade dos tribunais de proferir um grande número de julgamentos, seja em virtude de limitações de recursos, seja pelo aumento da proporção de casos por magistrado;

j) a tendência de maior julgamento de casos criminais em detrimento de casos cíveis;

²⁸³ SCHLANGER, Margo. What We Know and What We Should Know about American Trial Trends. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 38-39, 2006, tradução nossa.

k) a atribuição de tarefas de gerenciamento judicial para os magistrados, o que reduz o tempo disponível para a prolação de julgamentos;

l) a difusão de técnicas de julgamentos baseadas em questões de direito (tais como o *dismissal* e o *summary judgment*), diminuindo a necessidade de análise dos fatos e das circunstâncias particulares do caso concreto;

m) a existência de reformas processuais que forneceram técnicas inovadoras, alternativas e mais atrativas em comparação com os julgamentos, tais como: a celebração de um único acordo para pôr fim a várias ações coletivas (*class actions*); o incentivo à celebração de acordo mediante técnicas de aceleração de resolução de casos complexos, tais como a *multi-district litigation*; a propagação do uso das técnicas extrajudiciais de solução das controvérsias; a expansão das técnicas probatórias, tais como a *pretrial discovery*, que possibilitam a ampla investigação de fatos e a obtenção de informações sobre o caso sem a necessidade de intervenção jurisdicional.²⁸⁴

É certo que todos os fatores acima apontados são extremamente relevantes para a compreensão do fenômeno em estudo. Todavia, as principais causas do fenômeno do *vanishing trial* que serão estudadas nesta tese, considerando os objetivos do trabalho, são as abaixo enumeradas:

a) a prática de uma educação jurídica (*legal education*), tanto nas escolas como nas universidades, pautada no fomento à adoção de meios de prevenção, gestão e solução consensual de conflitos sociais;

b) o incentivo oficial ao emprego dos meios “alternativos” (ou, melhor dizendo, “adequados”) de solução de disputas (*alternative dispute resolution*), a partir da concepção do Sistema de Múltiplas Portas (*Multi-Door Courthouse System*);

c) a utilização disseminada de técnicas de prevenção e solução pré-processual e pré-julgamento de conflitos (*pretrial techniques*);

d) o desenvolvimento do *judicial case management* e a mudança do papel do juiz como gestor de conflitos;

e) a imposição de elevados custos de litigância, inclusive aos litigantes habituais (*repeat players*), como mecanismo de balizamento das estratégias processuais das partes;

²⁸⁴ SCHLANGER, Margo. What We Know and What We Should Know about American Trial Trends. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 39-41, 2006, tradução nossa.

f) a utilização em larga escala das ações coletivas (*class actions*) e a superação da ideia de tratamento individualizado dos conflitos, dentro de uma perspectiva de respeito aos precedentes judiciais.

O estudo comparativo e aprofundado dessas causas permeará todo o trabalho desenvolvido nesta tese. Em vez de examiná-las de forma estanque e separada, propõe-se analisá-las em cotejo com o sistema jurídico brasileiro, a fim de investigar de que forma é possível a absorção de institutos legais e conceitos jurídicos americanos no cenário nacional de crise da justiça.

3.3 A importância da prática de uma educação jurídica (*legal education*) voltada à solução dos conflitos

Um dos fatores que contribui fortemente para a consolidação de uma cultura jurídica de menor utilização da sentença jurisdicional adjudicatória, como o método mais adequado de solução de controvérsias, diz respeito à educação jurídica (*legal education*) praticada nos EUA, especialmente após o período recente de reforma das bases educacionais.

Historicamente, o sistema americano de educação jurídica é o resultado da transformação de cultura (*cultural transformation*) ocorrida para combater os excessos de uma sociedade litigiosa estabelecida em meados do século passado. A recente reforma no ensino legal – ocorrida especialmente a partir do final do século XX – aparece como uma resposta à cultura de adversidade (*culture of adversariness*) então prevalente até a década de 1980, e representa uma tentativa de conter os sinais de insatisfação da população em face da lentidão na tramitação dos processos perante os órgãos judiciários.²⁸⁵

Com acerto, o novo sistema de educação jurídica americano passou a tratar a “explosão de litigiosidade” como um problema social.²⁸⁶ Com isso, foi possível reformular as bases educacionais ensinadas aos estudantes de direito, a fim de eliminar a imagem tradicional do advogado como um “gestor de guerra” (*manager of war*).

²⁸⁵ SARAT, Austin. The litigation explosion, access to justice, and court reform: examining the critical assumptions. *Rutgers Law Review*, Rutgers University Law School, Volume 37, p. 321-322, 1985, tradução nossa.

²⁸⁶ GALANTER, Marc. Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 31, p. 61, 1983, tradução nossa.

Um grande desafio da reforma do ensino jurídico era implementar uma política pública de facilitação estratégica da pacificação social, por meio da realização de mudanças nos processos de resolução das disputas, com o enfoque no emprego, sempre que possível, dos meios consensuais. Com isso, entendia-se ser possível instituir um nível de profissionalismo (*professionalism*) capaz de formar profissionais imbuídos de altos padrões éticos (*high ethical standards*) e de valores como competência (*competence*), civilidade (*civility*), colegialidade (*collegiality*) e compromisso com o serviço público (*commitment to public service*).²⁸⁷

Por essa razão, a *American Bar Association* (Ordem de Advogados dos EUA, em tradução livre), ao revisar os padrões do ensino jurídico, definiu a necessidade de que cada estudante “receba instrução substancial em (...) solução de problemas, e comunicação oral (...) e em outras habilidades profissionais geralmente consideradas como necessárias para uma efetiva e responsável participação na profissão jurídica”.²⁸⁸

A partir do relatório desenvolvido por Robert MacCrate (*MacCrate Report*) em 1992, a *American Bar Association* (Ordem dos Advogados dos EUA, em tradução livre) identificou as dez habilidades fundamentais da advocacia (*ten fundamental lawyering skills*), a saber: a) resolução de problemas (*problem solving*); b) análise e raciocínio jurídico (*legal analysis and reasoning*); c) pesquisa jurídica (*legal research*); d) investigação de fatos (*factual investigation*); e) comunicação (*communication*); f) aconselhamento (*counseling*); g) negociação (*negotiation*); h) litigância e procedimentos em meios alternativos de solução de conflitos (*litigation and ADR procedures*); i) organização e gerenciamento do trabalho jurídico (*organization and management of legal work*); j) reconhecimento e resolução de dilemas éticos (*recognizing and resolving ethical dilemmas*).²⁸⁹

As mudanças nos padrões de litigância verificadas nos EUA nas últimas décadas demonstraram a necessidade de implantação de um sistema de ensino jurídico que conjugasse o treinamento de habilidades contenciosas com outras aptidões dirigidas à negociação e ao consenso. O decréscimo verificado das taxas de processos judiciais e

²⁸⁷ MACFARLANE, Julie; MANWARING, John. Reconciling Professional Legal Education with the Evolving (Trialless) Reality of Legal Practice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 254-257, 2006, tradução nossa.

²⁸⁸ Disponível em: http://www.americanbar.org/groups/legal_education/resources/standards.html. Acesso em: 25 jan. 2017, tradução nossa.

²⁸⁹ LANDE, John. How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts' Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and Other Elements Needed to Administer Justice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 240, 2006, tradução nossa.

juízos denota o crescimento da importância do trabalho jurídico na fase preventiva e pré-processual, além daquele desenvolvido na atividade processual.

Não há dúvidas de que boa parte do trabalho jurídico dos advogados americanos envolve tarefas extrajurisdicionais, tais como entrevista e aconselhamento jurídico aos clientes (*client interviewing and counseling*), apresentação de moções (*motion practice*), colheitas de provas em escritório de advocacia (v.g., com o auxílio do *discovery*), negociação (*negotiation*), prevenção (*prevention*), dentre outras.²⁹⁰ É comum que os causídicos utilizem boa parte do seu tempo no esforço de “educar” os seus clientes acerca das vantagens da celebração de acordos e soluções negociadas, em comparação com os altos custos, a imprevisibilidade e a heteronomia do julgamento.²⁹¹

Nesse cenário, há nos EUA uma forte preocupação em desenvolver um paradigma de prática legal e de ensino jurídico – tanto nas escolas primárias como nas universidades de direito – que valorize a busca pela pacificação social. A utilização dos meios consensuais de prevenção, gestão e solução de conflitos – sobretudo a mediação e a conciliação – é oficialmente incentivada pelo sistema educacional. A solução não-adjudicatória do conflito é tida como o método mais atrativo, desejado e adequado, sendo que a sua inutilização é justificável apenas em situações excepcionais ou se as circunstâncias particulares do caso concreto a desautorizarem.

Verdadeiramente, está institucionalizada nos EUA uma política pública educacional de estímulo à adoção de técnicas de evitação, antecipação e, se for o caso, de composição consensual das contendas, inclusive em momento anterior à eventual propositura de ação judicial.

Esse modelo de educação jurídica é o resultado dos esforços empreendidos nos EUA nas últimas décadas, no sentido da implementação de uma mudança na cultura jurídica de tratamento dos conflitos. A iniciativa séria e a atuação comprometida de diversos órgãos e agentes públicos e privados – tais como tribunais judiciários, agências administrativas e entidades particulares promotoras de conciliação, mediação e arbitragem – possibilitaram o desenvolvimento de novos campos profissionais no âmbito do direito e a formação e treinamento de estudantes sob um novo enfoque de gestão de conflitos.

²⁹⁰ LANDE, John. How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts' Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and Other Elements Needed to Administer Justice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 239-240, 2006, tradução nossa.

²⁹¹ GALANTER, Marc; CAHILL, Mia. “Most Cases Settle”: Judicial Promotion and Regulation of Settlements. *Stanford Law Review*, Stanford University, Volume 46, p. 1.352, July 1994, tradução nossa.

A reforma na educação jurídica proporcionou a transformação da experiência da litigiosidade das partes, advogados e juízes,²⁹² migrando de uma ótica com ênfase na adjudicação (*adjudication*) para uma ideologia focada na resolução (*resolution*) do problema.²⁹³ A construção da solução da controvérsia por meios consensuais e a superação da ideia do método litigioso como o único capaz de compor litígios são identificadas dentro de uma perspectiva de advocacia de interesse público (*public interest lawyering*)²⁹⁴ e de ampliação dos mecanismos de acesso à justiça e realização de direitos e garantias fundamentais.

Stephen Yeazell relata que, no ano de 1900, a referência ao termo *trial lawyer* (“advogado de tribunal”, em tradução livre) – atualmente utilizada – soaria um tanto quanto redundante, ou seja, o mesmo que dizer *lawyer lawyer* (“advogado advogado”, em tradução livre). Isso porque, àquela época, prevalecia a presunção de que a maioria absoluta das controvérsias, em algum momento, seria levada a julgamento. Por outro lado, no decorrer do século XXI, a tendência é a de que apenas uma pequena parcela dos advogados americanos efetivamente participará de um julgamento civil durante as suas carreiras.²⁹⁵

De maneira similar, Owen Fiss relata que foi instituída na *Harvard University* (Universidade de Harvard, em tradução livre), a partir da presidência do advogado e educador Derek Bok no ano de 1983, a orientação para que os alunos da faculdade de direito estudassem e adotassem “práticas amigáveis da conciliação e do acordo” e “novos mecanismos voluntários” de resolução de controvérsias. O propósito era superar “a comum inclinação do currículo jurídico com vistas a preparar os estudantes para o combate jurídico”.²⁹⁶

Por seu turno, Julie Macfarlane e John Manwaring, ao examinarem os impactos do *vanishing trial* na educação jurídica profissional (*professional legal*

²⁹² STIPANOWICH, Thomas J. ADR and ‘The Vanishing Trial’: What we know – and what we don’t. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association, Volume Summer 2004, p. 7, 2004, tradução nossa.

²⁹³ RESNIK, Judith. Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 10, Number 2, p. 265, 1995, tradução nossa.

²⁹⁴ MENKEL-MEADOW, Carrie. When Litigation is Not the Only Way: Consensus Building and Mediation As Public Interest Lawyering. *Journal of Law & Policy*, Washington University, p. 37 *et seq.*, 2002, tradução nossa.

²⁹⁵ YEAZELL, Stephen C. Unspoken Truths and Misaligned Interests: Political Parties and the Two Cultures of Civil Litigation. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 60, p. 1.782-1.783, 2013, tradução nossa.

²⁹⁶ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos estadunidenses sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 121-122.

education) praticada nos tribunais e nas universidades de direito dos EUA, destacam que é inegável que os advogados e os juízes estão cada vez mais envolvidos com atribuições legais não relacionadas à busca pela solução adjudicatória do caso.

Para os citados autores, a constatação dessa realidade não significa apenas que a prática jurídica (*practice of law*) está focada na adoção e difusão de atividades de composição negociada ou consensual, sobretudo na fase preventiva – tais como moções (*motions*), descoberta (*discovery*) e audiências de conciliação obrigatórias (*mandatory settlement conferences*). Mais do que isso, a diminuição do número de processos judiciais e decisões heterônomas é reflexo também da implantação de uma educação jurídica que estimula os advogados a oferecerem aos seus clientes diversas formas de solução da controvérsia, assim como incentiva os juízes a evitar a adjudicação em prol da negociação.

As faculdades de direito foram encorajadas a criar e a desenvolver programas de instrução profissional que ensinem habilidades relacionadas às diversas situações judiciais ou extrajudiciais nas quais o profissional pode se deparar futuramente. As técnicas estritamente contenciosas lecionadas nas universidades perderam espaço.

Paralelamente, houve um reforço do ensino de matérias relativas à prevenção, gestão e negociação do conflito, inclusive com enfoque na oralidade (*oral advocacy*). Nos últimos vinte anos, verificou-se um aumento substancial do número de disciplinas relacionadas ao ensino de habilidades de prevenção de conflitos, incluindo métodos alternativos de resolução de disputas, entrevista e aconselhamento jurídico.

No ano de 2002, as disciplinas sobre os métodos alternativos de resolução de disputas (*alternative dispute resolution*) foram as mais frequentes nos cursos de direito.²⁹⁷ Comumente, os novos bacharéis de direito preferem uma formação educacional que os ensine como esgotar as tentativas extrajudiciais de solução da controvérsia, em vez de simplesmente levar o caso ao tribunal para julgamento.

Por outro lado, para que o estudante de direito adquira conhecimento, habilidades e experiência na esfera contenciosa, é necessário que ele opte por uma grade curricular específica que o formará como um *trial lawyer* (“advogado de tribunal”, em tradução livre). Esse contexto resulta no fato de que, em boa parte das vezes, não há

²⁹⁷ LANDE, John. How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts’ Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and Other Elements Needed to Administer Justice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 240, 2006, tradução nossa.

uma formação jurídica adequada para a atuação na esfera adversarial. Como consequência, a falta de conhecimento e experiência nas salas de audiências e nos tribunais faz com que os advogados e juízes se deparem com julgamentos sem que tenham tido a oportunidade de aprimorarem anteriormente as suas habilidades e técnicas contenciosas.²⁹⁸

Portanto, um dos motivos que ocasionaram o movimento do *vanishing trial* é o esforço histórico de mudança da cultura de resolução dos conflitos, abrangendo tribunais federais e estaduais, agências administrativas e órgãos públicos, os quais passaram a adotar institucionalmente iniciativas de promoção da consensualidade. As reformas na educação jurídica e o treinamento de estudantes de direito para a mediação e conciliação formam advogados e juízes que transformam o litígio em uma experiência de negociação.²⁹⁹

A implantação de uma educação jurídica com enfoque no planejamento (*planning*), na prevenção (*prevention*) e na negociação (*settlement*) dos conflitos cria o ambiente propício para o declínio da adjudicação, com o respectivo incentivo à adoção dos meios alternativos de solução de disputas (*alternative dispute resolution*). A migração da gestão dos conflitos para outros fóruns, por meio do emprego de técnicas extrajurisdicionais e preferencialmente não-adjudicatórias, representa um dos motivos mais relevantes para a diminuição do número e das taxas de julgamentos observada nos EUA nas últimas décadas.³⁰⁰

Todavia, é certo que uma educação jurídica voltada exclusivamente para a negociação retira do estudante de direito – e futuro advogado ou juiz – a oportunidade de adquirir experiência na prática contenciosa. Por outro lado, o ensino jurídico focado unicamente no litígio também é prejudicial ao deixar de valorizar os efeitos benéficos advindos da adoção de técnicas extrajudiciais de solução das controvérsias.

Na linha do entendimento de Carrie Menkel-Meadow, é necessário estabelecer uma educação jurídica (*legal education*) que seja capaz de treinar o futuro profissional para a prática de uma moderna advocacia de interesse público (*modern public interest lawyer*). Para tanto, torna-se imprescindível o ensino conjugado de

²⁹⁸ LANDSMAN, Stephan. So What? Possible Implications of the Vanishing Trial Phenomenon. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 973, November 2004, tradução nossa.

²⁹⁹ STIPANOWICH, Thomas J. ADR and the “Vanishing Trial”: The Growth and Impact of “Alternative Dispute Resolution”. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 844, November 2004, tradução nossa.

³⁰⁰ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: What the numbers tell us, what they may mean. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association, Volume Summer 2004, p. 4, 2004, tradução nossa.

habilidades voltadas não somente à argumentação, ao julgamento adversarial e à compreensão dos precedentes judiciais, mas também direcionadas à formação psicológica e sociológica que permita ao futuro profissional atuar em processos de facilitação de negociação e construção consensual de solução de disputas.

Considerando uma realidade em que os conflitos são cada vez mais complexos, multifacetados e com várias partes envolvidas, é necessário transmitir, ao moderno advogado e juiz, uma variedade de habilidades e amplo conhecimento que os permita pensar e adotar formas criativas para resolver problemas que vão além da forma tradicional.

A criação de novas técnicas de prática jurídica é necessária para permitir que os estudantes e profissionais do direito sejam capazes de desenvolver diferentes habilidades, tais como compreender como as decisões são elaboradas, atuar adequadamente em audiências, conduzir negociações, produzir soluções criativas para as causas, entender o papel do mediador e conciliador, dentre outras.³⁰¹

Enfim, é preciso encontrar um ponto de equilíbrio, ou, nos dizeres de John Lande, implantar uma reforma da educação jurídica que reflita as realidades da prática jurídica.³⁰²

3.4 A difusão do emprego dos *alternative dispute resolution* (meios adequados de solução de disputas) a partir do *Multi-Door Courthouse System* (Sistema de Múltiplas Portas)

O movimento histórico do *vanishing trial* consagra a prevalência de uma cultura jurídica de incentivo à adoção de técnicas não-jurisdicionais de solução de disputas na experiência jurídica americana. Nesse cenário, é oportuno examinar de que maneira o emprego difundido dos *alternative dispute resolution* é essencial para consolidar, naquele país, um esquema de tratamento de conflitos que não dependa da função judiciária como a via principal de pacificação social.

³⁰¹ MENKEL-MEADOW, Carrie. When Litigation is Not the Only Way: Consensus Building and Mediation As Public Interest Lawyering. *Journal of Law & Policy*, Washington University, p. 58-61, 2002, tradução nossa.

³⁰² LANDE, John. How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts' Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and Other Elements Needed to Administer Justice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 239-242, 2006, tradução nossa.

Andrea Schneider relata que uma série de fatores ocorridos nos EUA entre as décadas de 1960 e 1970 contribuiu para o surgimento dos *alternative dispute resolution*. Primeiramente, a criação e ampliação de novos direitos – tais como os das minorias, das mulheres, dos consumidores, do meio ambiente, dentre outros – demandou a operacionalização de novas técnicas de tutela jurídica pelos tribunais.

Também o aumento significativo de casos criminais exigiu que as cortes se esforçassem com vistas à diminuição do estoque de causas cíveis. Ademais, o estudo nas universidades acerca de outras formas de solução de disputas, além da adjudicatória, colocou pressão para que os tribunais revisassem as suas técnicas de julgamento, sobretudo em causas complexas envolvendo várias partes.³⁰³

Concomitantemente a esses fatores, merece registro, como uma iniciativa inovadora sobre o tema, a instituição e proposta de implantação do projeto intitulado de *Multi-Door Courthouse System* (Sistema de Múltiplas Portas ou Sistema Multiportas, em tradução livre), idealizado pelo Professor Frank Ernest Arnold Sander, da *Harvard Law School* (Faculdade de Direito de Harvard, em tradução livre).

O referido projeto foi apresentado na conferência organizada pelo *Chief Justice* (Presidente da Suprema Corte, em tradução livre) Warren Burger, intitulada *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (Conferência Nacional sobre as Causas da Insatisfação Popular com a Administração da Justiça, em tradução livre), realizada em homenagem ao professor Roscoe Pound, entre os dias 7 a 9 de abril de 1976, na cidade de St. Paul, no Estado de Minnesota, EUA.³⁰⁴

De acordo com o Sistema de Múltiplas Portas, cabe aos tribunais judiciários fornecer aos seus usuários uma série de métodos “alternativos” de solução de conflitos,³⁰⁵ além do método heterocompositivo clássico por meio do qual o juiz impõe a decisão adjudicatória que põe termo à controvérsia. O modelo do *Multi-Door Courthouse* representa um centro de solução de disputas (*dispute resolution center*) no qual é oferecida às partes uma ampla gama de opções e técnicas de resolução de disputas.

³⁰³ SCHNEIDER, Andrea Kupfer. Not Quite a World Without Trials: Why International Dispute Resolution is Increasingly Judicialized. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 125, 2006, tradução nossa.

³⁰⁴ SANDER, Frank E. A. *Varieties of Dispute Processing*. Eagan: West Publishing Company, 1976, tradução nossa.

³⁰⁵ SMITH, Roger. Access to justice: innovation in North America. In: SMITH, Roger (Ed.). *Achieving Civil Justice: Appropriate Dispute Resolution for the 1990s*. London: Legal Action Group, 1996, p. 42, tradução nossa.

O método convencional da litigância é apenas uma dentre as várias opções que são postas à disposição dos sujeitos em conflito, tais como a conciliação, mediação e arbitragem.³⁰⁶ O *Multi-Door Courthouse System* pressupõe a ideia de que é necessário explorar outros mecanismos de resolução de disputas, inclusive fora dos tribunais, a fim de superar a presunção de que as cortes judiciárias são o *locus* natural e óbvio de solução de conflitos.

Para Frank Sander, existe uma variedade significativa de outros processos que podem fornecer uma composição mais efetiva da controvérsia – em termos de custo, rapidez, precisão, credibilidade (para o público e para as partes), funcionabilidade e previsibilidade.³⁰⁷ A incorporação de uma fase alternativa (*alternative phase*) ao processo de solução de disputas amplia o acesso dos cidadãos ao leque de “portas” disponíveis, sem a necessidade de criação de tribunais especializados.³⁰⁸

Para a implementação do *Multi-Door Courthouse System*, é necessária a reestruturação física e administrativa dos órgãos judiciários, isto é, a completa substituição do modelo tradicional e estático de tribunal (*courthouse*) por um centro de solução de disputas (*dispute resolution center* ou *comprehensive justice center*) que forneça, de forma coordenada, integrada, dinâmica, flexível e centralizada, as múltiplas vias e portas de solução de disputas (*multi-door*).³⁰⁹ Não é suficiente que os tribunais apenas disponibilizem outras técnicas de solução às partes em conflito, sem que haja a alteração da metodologia de prestação do serviço público jurisdicional.

Como exemplo, no sistema do *Multi-Door Courthouse* é imprescindível que haja, no momento inicial em que a demanda é instaurada perante o órgão jurisdicional, uma orientação pedagógica, uma avaliação psicossocial dos usuários e um exame técnico da causa por profissionais devidamente treinados e especializados – chamados de *screening clerks*³¹⁰ – os quais, além de formação jurídica, devem possuir

³⁰⁶ KESSLER, Gladys; FINKELSTEIN, Linda J. The Evolution of a Multi-Door Courthouse. *Catholic University Law Review*, The Catholic University of America, Columbus School of Law, Volume 37, Issue 3, p. 577, Spring 1988, tradução nossa.

³⁰⁷ SANDER, Frank E. A. *Varieties of Dispute Processing*. Eagan: West Publishing Company, 1976, p. 112-113, tradução nossa.

³⁰⁸ RESNIK, Judith. Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 10, Number 2, p. 217, 1995, tradução nossa.

³⁰⁹ GRAY, Ericka B. Creating History: The Impact of Frank Sander on ADR in the Courts. *Negotiation Journal*, Harvard Law School, Volume 22, Issue 4, p. 446, April 2006, tradução nossa.

³¹⁰ HEDEEN, Timothy. Remodeling the Multi-Door Courthouse to “fit the forum to the folks”: how screening and preparation will enhance ADR. *Marquette Law Review*, Marquette University Law School, Volume 95, p. 942, 2012, tradução nossa.

conhecimento em áreas como psicologia, medicina, gestão de conflitos ou outro campo científico que tenha relação com o litígio.

Assim sendo, no Sistema de Múltiplas Portas há a presença e atuação de um ou mais profissionais que recebem as partes no início do conflito, realizam a triagem do caso (*screening*), oferecem conselhos sobre as técnicas mais apropriadas para a causa e, finalmente, sugerem o direcionamento para o fórum adequado (*proper forum*) dentre as várias opções do sistema de justiça (*multi-option justice system*).³¹¹

A finalidade é que, após a realização de uma investigação específica da causa que trace um diagnóstico minucioso acerca das vantagens e desvantagens dos métodos oferecidos, seja possível encaminhar as partes para a “porta” mais adequada para a solução do caso concreto de acordo com as suas singularidades. O encontro entre as necessidades da causa e a “porta” adequada – isto é, o método de solução de disputa mais apropriado – consiste no ponto nuclear do *Multi-Door Courthouse System*.³¹²

Prevalece a ideia de que cada caso, em virtude das suas idiossincrasias, deve receber tratamento particularizado. As disputas não devem ser solucionadas, todas elas, com base no mesmo método. Cada controvérsia se submete a um exame individualizado, que torna possível o seu encaminhamento ao método de solução que lhe seja mais adequado. Por exemplo, algumas causas serão resolvidas de forma mais apropriada por meio da mediação, enquanto outras se amoldam melhor à arbitragem.³¹³ O que importa é que o Sistema de Múltiplas Portas seja capaz não apenas de realizar esse diagnóstico particularizado do caso, como também de fornecer todos os métodos e técnicas possíveis para a sua solução adequada, justa e eficiente.

Nesse sentido, o sistema do *Multi-Door Courthouse* está em consonância com a concepção atualmente em voga do chamado *Dispute System Design* – DSD (Desenho de Sistema de Solução de Disputa, em tradução livre). Por meio do *Dispute System Design*, busca-se maximizar os resultados advindos do emprego dos *alternative dispute resolution*, sobretudo a partir da noção de que os diversos meios adequados de

³¹¹ RUHLIN, Charles; SCHEIBER, Harry N. Umpiring the Multi-Option Justice System. *Judicature*, Duke University School of Law – Duke Law Center for Judicial Studies, Volume 80, Number 2, p. 58, September-October, 1996, tradução nossa.

³¹² STEDMAN, Barbara Epstein. Multi-option justice at the Middlesex Multi-Door Courthouse. In: SMITH, Roger (edit.). *Achieving Civil Justice: Appropriate dispute resolution for the 1990s*. London: Legal Action Group, 1996, p. 120, tradução nossa.

³¹³ KESTNER, Prudence B.; HYDE, Richard D.; JOHNSON, John M.; COLLINS, Becky; SMILEY, Alison. *Court and Community: Partners in Justice – The Multi-Door Experience*. Washington: The American Bar Association, Standing Committee on Dispute Resolution, 1991, p. 3, tradução nossa.

solução de disputas podem ser customizados e adaptados com base nas particularidades e necessidades únicas de cada caso concreto.

O objetivo é que as partes, principalmente em controvérsias complexas ou recorrentes, possam adquirir recursos e condições propícias para resolver os seus próprios conflitos de forma adequada, eficiente e sustentável, inclusive por meio do incentivo à criatividade na busca por novas ferramentas aptas a auxiliá-las na melhor solução da disputa em consonância com as suas pretensões e interesses. Com isso, possibilita-se que os sujeitos criem mecanismos inovadores que fujam do padrão convencional dos já conhecidos *alternative dispute resolution*, sempre com o escopo de pacificação do conflito com um alto nível de participação e satisfação.³¹⁴

De forma semelhante, no modelo do Sistema Multiportas a alocação das controvérsias em um dos múltiplos mecanismos se baseia em diversos critérios aferidos no caso concreto, tais como a natureza do direito material em conflito, o tipo de relacionamento existente entre os disputantes, o valor em disputa, os custos envolvidos, a potencial rapidez da solução do caso, a urgência da situação e os riscos decorrentes da demora na solução da controvérsia.³¹⁵ Com isso, busca-se a instituição de procedimentos e ferramentas dinâmicas e flexíveis que permitam a sua adaptação às especificidades da controvérsia, a fim de proporcionar às partes o emprego das técnicas e métodos que se mostrem como os mais apropriados à resolução da disputa.³¹⁶

Realmente, o sistema do *Multi-Door Courthouse* propõe como resultado a adoção do método mais adaptado à solução do caso concreto. Consequentemente, o Sistema de Múltiplas Portas contempla uma série de objetivos, tais como:

a) economizar recursos desnecessários na escolha do método não-adequado à solução da causa, inclusive como medida de controle de despesas e aumento de

³¹⁴ Para aprofundamento no estudo do *Dispute System Design* – DSD (Desenho de Sistema de Solução de Disputa, em tradução livre), sugere-se: FALECK, Diego. Introdução ao *Design* de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 23, p. 7-32, São Paulo, 2009; OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de Sistema de Solução de Conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. 2014. 202 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Departamento de Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

³¹⁵ SANDER, Frank E. A. *Varieties of Dispute Processing*. Eagan: West Publishing Company, 1976, p. 118 *et seq.*, tradução nossa.

³¹⁶ STIPANOWICH, Thomas J. The Multi-Door Contract and Other Possibilities. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 13, Number 2, p. 303-304, 1998, tradução nossa.

eficiência em contexto de elevado volume de processos judiciais, diminuição de receitas e restrição orçamentária nos tribunais;³¹⁷

b) aperfeiçoar o sistema de administração da justiça, inclusive com uma melhor gestão do estoque de processos em tramitação e dos calendários dos tribunais (*court calendars*);

c) diminuir o número de julgamentos, tanto os *bench trials* como os *jury trials*;

d) racionalizar a gestão do tempo do processo, a fim de torná-lo mais célere, assim como oferecer vias de solução de conflitos mais baratas às partes;

e) diminuir o ambiente hostil entre as partes fruto da utilização de técnicas estritamente adversariais.³¹⁸

O sistema do *Multi-Door Courthouse* visa a eliminar o prolongamento do estado de animosidade entre as partes, a fim de resolver o conflito social de forma efetiva e definitiva, e não apenas colocar termo ao procedimento de solução da disputa. Por conseguinte, há uma maior probabilidade de manutenção minimamente harmoniosa do relacionamento previamente existente entre os sujeitos.

Em sua essência, o Sistema Multiportas, ao possibilitar que seja conferido ao usuário o direito de escolha por quaisquer das vias de resolução de controvérsias, possui um caráter social que lhe é intrínseco. Isso porque ele propõe uma concepção inclusiva de acesso à justiça para o tratamento dos problemas sociais, por meio da possibilidade de construção de soluções diversas para as controvérsias, muitas vezes de natureza consensual. Nessa perspectiva, Carrie Menkel-Meadow identifica os diversos processos de resolução de conflitos como ferramentas para alcançar justiça social.³¹⁹

Nessa perspectiva, o Sistema de Múltiplas Portas pode implicar, em última instância, o aumento do nível de confiabilidade da população em face de um sistema público de justiça responsável e preocupado com o tratamento mais adequado aos

³¹⁷ EDWARDS, Barry. Renovating the Multi-Door Courthouse: Designing Trial Court Dispute Resolution Systems to Improve Results and Control Costs. *Harvard Negotiation Law Review*, Harvard Law School, Volume 18, p. 281-282, Spring 2013, tradução nossa.

³¹⁸ KESSLER, Gladys; FINKELSTEIN, Linda J. The Evolution of a Multi-Door Courthouse. *Catholic University Law Review*, The Catholic University of America, Columbus School of Law, Volume 37, Issue 3, p. 578, Spring 1988, tradução nossa.

³¹⁹ MENKEL-MEADOW, Carrie. When Litigation is Not the Only Way: Consensus Building and Mediation As Public Interest Lawyering. *Journal of Law & Policy*, Washington University, p. 42, 2002, tradução nossa.

diversos tipos de conflito que chegam aos órgãos judiciários.³²⁰ Trata-se, assim, de modelo que visa ao aperfeiçoamento da administração da justiça, propondo a entrega da prestação jurisdicional de maneira mais efetiva, em tempo mais rápido, com melhor relação de custo-benefício e com aumento do grau de satisfação pública com o processo e com os resultados da atuação judiciária.³²¹

No entanto, o projeto do *Multi-Door Courthouse* mostrou-se de difícil ou impossível implantação prática, em virtude, por exemplo, dos altos custos financeiros envolvidos para a reestruturação física e administrativa dos tribunais, da necessidade de mobilização de amplo corpo de recursos humanos e da inviabilidade de fornecer na prática um exame individualizado das causas, sobretudo em um cenário de ampliação da litigiosidade repetitiva.³²² Todavia, ainda assim, é inegável que a sua concepção contribuiu para a difusão dos *alternative dispute resolution*, inclusive para o seu aperfeiçoamento e expansão nas cortes judiciárias.³²³

Igualmente, a idealização do modelo do Sistema de Múltiplas Portas foi extremamente importante para difundir a ideia de que cada conflito deve ser processado e solucionado de acordo com o método que lhe seja mais apropriado (*appropriate*), considerando as peculiaridades do caso concreto e as pretensões, necessidades e interesses dos sujeitos envolvidos.

No campo legislativo, cumpre destacar a importância do *Civil Justice Reform Act* (Lei de Reforma da Justiça Civil, em tradução livre), de 1990, e do *Alternative Dispute Resolution Act* (Lei dos Métodos Alternativos de Solução de

³²⁰ STIPANOWICH, Thomas J. The Multi-Door Contract and Other Possibilities. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 13, Number 2, p. 308, 1998, tradução nossa.

³²¹ STEDMAN, Barbara Epstein. Multi-option justice at the Middlesex Multi-Door Courthouse. In: SMITH, Roger (edit.). *Achieving Civil Justice: Appropriate dispute resolution for the 1990s*. London: Legal Action Group, 1996, p. 120, tradução nossa.

³²² Ao discorrer sobre essas dificuldades, Barbara Epstein Stedman relata que, na década de 1990, o *Middlesex Multi-Door Courthouse*, localizado em Cambridge e vinculado ao tribunal de Massachusetts (*court-annexed ADR programme*), nos EUA, era um dos únicos – senão o único – programa de *alternative dispute resolution* que fornecia às partes uma investigação realmente individualizada da causa, com a possibilidade de encaminhamento do caso para uma das “portas” de acordo com as suas particularidades – tais como número de partes, complexidade do mérito, tipo de relacionamento prévio entre os sujeitos, dentre outros critérios. A autora narra ainda, em tom crítico, que a maioria dos programas existentes dividiam os casos em matérias e, então, previam o encaminhamento *in abstracto* para uma das “portas” – *v.g.*, todos os casos que envolviam construção civil seriam desde logo direcionados para a mediação (STEDMAN, Barbara Epstein. Multi-option justice at the Middlesex Multi-Door Courthouse. In: SMITH, Roger (edit.). *Achieving Civil Justice: Appropriate dispute resolution for the 1990s*. London: Legal Action Group, 1996, p. 120, tradução nossa).

³²³ LITTLE, Anderson J. *The Multi-Door Courthouse Has Finally Arrived: New Settlement Procedures are Now Available in Superior Court*, 2009. Disponível em: <http://www.mediationincnc.com/2009/05/the-multi-door-courthouse-has-finally-arrived-new-settlement-procedures-are-now-available-in-superior-court/>. Acesso em: 08 abr. 2017, tradução nossa.

Disputas, em tradução livre), de 1998. Esses dois diplomas legais instituíram oficialmente nos EUA o incentivo ao desenvolvimento de programas de utilização de *alternative dispute resolution* nos tribunais, bem como institucionalizaram o fomento às soluções não-adjudicatórias dos conflitos (*nontrial dispositions*), o combate aos altos custos judiciais (*judicial cost*) e a busca pela redução da morosidade processual (*delay reduction*).³²⁴

De acordo com o *Alternative Dispute Resolution Act*, os meios alternativos de solução de disputas, quando realizados oficialmente pelos órgãos judiciários e pela Ordem dos Advogados, e se empregados por terceiros neutros treinados em programas adequadamente administrados pelos tribunais, possuem o potencial de fornecer uma variedade de benefícios. Dentre essas vantagens, incluem-se a maior satisfação para as partes, a inovação nos métodos de solução das controvérsias, a maior eficiência na celebração de acordos e negociações, a diminuição do estoque de casos pendentes de julgamento e a possibilidade de que as cortes processem os casos remanescentes de forma mais eficiente.³²⁵

Portanto, todos os motivos acima enumerados contribuem para que a adoção dos *alternative dispute resolution* tenha sido institucionalizada, nos EUA, como uma questão de política pública (*policy*) direcionada à redução do estoque de causas pendentes de julgamento, à diminuição da morosidade, à aplicação mais efetiva das leis e à atribuição às partes de ampla participação no processo de solução das suas disputas com maior controle sobre os resultados.³²⁶

3.4.1 Os principais tipos de *alternative dispute resolution* (meios adequados de solução de disputas) utilizados nos EUA

Conforme previsto nas seções 2 e 3 do *Alternative Dispute Resolution Act*, de 1998, na expressão *alternative dispute resolution* estão incluídos qualquer processo ou procedimento, diferente da adjudicação presidida por um juiz, por meio do qual uma

³²⁴ LUDWIG, Edmund V. A Judge's View: The trial/ADR interface. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association Section of Dispute Resolution, Volume The Vanishing Trial, p. 11, Summer 2004, tradução nossa.

³²⁵ UNITED STATES OF AMERICA IN CONGRESS. *Alternative Dispute Resolution Act*. Public Law, 105-315, October 1998. Disponível em: <https://www.adr.gov/ADR%20ACT%201998.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2017, tradução nossa.

³²⁶ SCHNEIDER, Andrea Kupfer. Not Quite a World Without Trials: Why International Dispute Resolution is Increasingly Judicialized. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 125, 2006, tradução nossa.

terceira parte neutra participa para auxiliar na resolução de questões controversas.³²⁷ Já na definição do *New York State Unified Court System* (Sistema de Tribunal Unificado do Estado de Nova York, em tradução livre), os *alternative dispute resolution* se referem a uma variedade de processos, geralmente confidenciais, mais informais e menos estressantes em comparação com os procedimentos tradicionalmente adotados pelos tribunais judiciários, os quais são destinados a auxiliar as partes a resolver as suas controvérsias sem a necessidade de um julgamento adjudicatório (*trial*).³²⁸

Segundo Rosemary O'Leary e Susan Raines, os *alternative dispute resolution* se caracterizam quando estão presentes os cinco elementos a seguir descritos: a) as partes livremente aceitam participar do processo; b) as partes ou seus representantes participam do processo de forma ativa e direta; c) há a presença de uma terceira parte neutra, desprovida de poder ou autoridade para impor a decisão final, que auxilia as partes a alcançar uma composição; d) as partes possuem plenas condições de convencionar o resultado final; e) qualquer parte pode, a qualquer momento, retirar-se do processo e buscar outra forma de solução da controvérsia.³²⁹

Dessa maneira, o número de possíveis processos, métodos e técnicas de resolução de disputas é virtualmente infinito, uma vez que, na medida em que as controvérsias diferem entre si, também são múltiplas as possibilidades de novas alternativas para solucioná-las. Nesse sentido, o maior benefício dos *alternative dispute resolution* é justamente a sua aptidão para amoldar-se às específicas necessidades do caso concreto.³³⁰

Os *alternative dispute resolution* podem ser adotados pelas partes e advogados dentro dos tribunais, como, por exemplo, por meio da realização de audiências com a participação de magistrados. Nesses casos, os programas de incentivo e adoção dos meios alternativos de solução de disputas são vinculados às cortes judiciárias (*court-connected alternative dispute resolution* ou *court-annexed alternative*

³²⁷ UNITED STATES OF AMERICA IN CONGRESS. Alternative Dispute Resolution Act. *Public Law*, 105-315, October 1998. Disponível em: <https://www.adr.gov/ADR%20ACT%201998.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2017, tradução nossa.

³²⁸ NEW YORK STATE UNIFIED COURT SYSTEM. *What is Alternative Dispute Resolution (ADR)?* Disponível em: http://www.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml. Acesso em: 14 abr. 2017, tradução nossa.

³²⁹ O'LEARY, Rosemary; RAINES, Susan Summers. Lessons Learned from Two Decades of Alternative Dispute Resolution Programs and Processes at the U.S. Environmental Protection Agency. *Public Administration Review*, American Society for Public Administration, Volume 61, Issue 6, p. 682-692, November/December 2001, tradução nossa.

³³⁰ PATTERSON, Roger J. Dispute Resolution in a World of Alternatives. *Catholic University Law Review*, The Catholic University of America, Columbus School of Law, Volume 37, Issue 3, p. 592, Spring 1988, tradução nossa.

dispute resolution), e por elas são institucionalmente organizados, financiados, operacionalizados, promovidos e aplicados.³³¹

Também os *alternative dispute resolution* são empregados pelas partes e advogados em fóruns independentes fora dos órgãos judiciários, por meio da adoção de procedimentos internos (*internal dispute resolution – IDR*) em organizações particulares que organizam, promovem e estimulam o encontro presencial e as audiências orais (*meet and confer*).³³² Nessas hipóteses, os serviços são oferecidos às partes e advogados por pessoas jurídicas de direito privado cujo objeto social é a intermediação neutra (*neutral*) da solução das disputas, como é o caso, a título exemplificativo, da *American Arbitration Association* (Associação de Arbitragem dos EUA, em tradução livre), do *Center for Public Resources* (Centro de Recursos Públicos, em tradução livre) e do *JAMS Mediation, Arbitration, ADR Services* (JAMS Mediação, Arbitragem e Serviços em ADR, em tradução livre).³³³

O processo de solução de controvérsias pode ocorrer tanto presencialmente como por meio da utilização de meios eletrônicos (*eletronic dispute resolution – EDR*). Nesse último caso, há diversas maneiras de utilização de ferramentas digitais e tecnologias informáticas para a instrumentalização do processo de resolução do conflito, dentre as quais se destacam:

- a) videoconferência (*videoconferencing*), por meio da qual as partes participam de reuniões, conferências e audiências nas quais a transmissão de dados e mídias de áudio e vídeo ocorre com a utilização de redes de informática;
- b) utilização do telefone para a realização de negociação, mediação, arbitragem, depoimentos, dentre outros atos (*telephonic dispute resolution – TDR*);
- c) emprego de ferramentas digitais para a prática de atos processuais, tais como o fax-símile, transmissão digital de voz (*voice mail*), correio eletrônico (*e-mail*), uso de internet em computadores e televisões (*webTV*), comunicação em tempo real e *on-line* entre diversos usuários de computadores (*chat room*), discussões e negociações por linhas digitais (*threaded discussions*) e utilização de aplicativos de celulares que transmitem mensagens de texto e voz de forma instantânea e em tempo real.

³³¹ BOYARIN, Yishai. Court-Connected ADR – A time of crisis, a time of change. *Marquette Law Review*, Marquette University Law School, Volume 95, p. 993-1.041, 2012, tradução nossa.

³³² GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: What the numbers tell us, what they may mean. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association, Volume Summer 2004, p. 4, 2004, tradução nossa.

³³³ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 514, November 2004, tradução nossa.

A utilização de ferramentas digitais e eletrônicas de solução de disputas (*eletronic dispute resolution – EDR*) não se confunde com os métodos de resolução de controvérsias que visam a resolver disputas oriundas de transações comerciais realizadas em *sites* de comércio eletrônico, decorrentes de contratos firmados *on-line* ou surgidas entre usuários dos serviços de *internet* – também chamadas de *e-disputes*. Nessas hipóteses, os métodos *on-line* de solução de disputas (*online dispute resolution – ODR*),³³⁴ inseridos no espaço cibernético (*cyberspace*), incluem a negociação cibernética (*cybernegotiation*), a mediação cibernética (*cybermediation*) e arbitragem cibernética (*cyberarbitration*).³³⁵

Há várias modalidades de meios alternativos de resolução de controvérsias nos EUA. Ann Woodley sintetiza o sistema de gestão e classifica os processos de solução de disputas em seis formas (*ways*), mecanismos (*mechanisms*), técnicas (*techniques*) ou métodos (*methods*).

A primeira forma é a prevenção ou evitação (*avoidance*), e ocorre quando as partes evitam prosseguir no litígio e optam por deixar as coisas como estão (*status quo*). Nos EUA, apenas uma pequena porcentagem dos conflitos é efetivamente levada aos órgãos judiciários ou até mesmo é objeto de consulta a advogados – tanto porque boa parte das pessoas evita prosseguir no problema,³³⁶ como porque, em algumas ocasiões, a parte ofendida não sabe que o seu direito subjetivo (*entitlement*) foi violado; não consegue identificar o ofensor; desconhece qual o instrumento jurídico poderia reparar a lesão sofrida; ou opta por abandonar o problema ao concluir que o possível ganho seria muito baixo considerando os altos custos envolvidos, inclusive o desgaste psicológico de insistir na perseguição do direito.³³⁷

O segundo mecanismo é a negociação (*negotiation*), a qual consiste na comunicação com idas e vindas (*communication back and forth*) entre as partes, sem o auxílio ou intervenção de terceiros, na tentativa de resolução do problema. Trata-se do único meio de solução de conflitos em que as partes e seus advogados buscam compor a

³³⁴ STIPANOWICH, Thomas J. ADR and the “Vanishing Trial”: The Growth and Impact of “Alternative Dispute Resolution”. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 897, November 2004, tradução nossa.

³³⁵ COOLEY, John W. *Mediation Advocacy*. Second Edition, Boulder: National Institute for Trial Advocacy, 2002, p. 237-241, tradução nossa.

³³⁶ LANDE, John. Judging judges and dispute resolution processes. *Nevada Law Journal*, William S. Boyd School of Law at the University of Nevada, Volume 7, p. 462, Spring 2007, tradução nossa.

³³⁷ GALANTER, Marc. Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 31, p. 13-15, 1983, tradução nossa.

controvérsia já instaurada sem a ajuda ou assistência de uma pessoa neutra e alheia ao conflito. No ensinamento de Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, a negociação retrata uma “mediação sem mediador”, dentro da ideia de resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*).³³⁸

A terceira técnica é a conciliação (*conciliation*), por meio da qual uma terceira pessoa tem o papel de aproximar as partes e, a partir de então, deixá-las resolver a questão conflituosa por seus próprios meios.

O quarto método é a mediação (*mediation*), por meio do qual uma terceira pessoa, desprovida do poder de proferir uma decisão, atua na tentativa de ajudar as partes a resolver a disputa por seus próprios meios. A atribuição do mediador é a de facilitar a negociação.

Uma quinta forma se refere aos processos híbridos de solução de conflitos (*hybrid dispute resolution process*), os quais abrangem aspectos comuns entre o estímulo à composição autônoma pelas partes e a adjudicação heterônoma, se assim for necessária. Eles se subdividem em: audiências de conciliação (*settlement conferences*); mediação-arbitragem (*mediation-arbitration* ou *med-arb*); julgamentos privados (*private judging*); juris sumários (*summary jury trials*); julgamentos simplificados (*mini-trials*); utilização de terceiros neutros para a investigação de fatos (*neutral expert fact-finding*) ou para a avaliação da pertinência de questões jurídicas suscitadas entre as partes, sobretudo na fase pré-processual (*early neutral evaluation*); ombudsman (*ombudsman*).

Por fim, há a adjudicação (*adjudication*) propriamente dita, quando um terceiro neutro profere a decisão adjudicatória e heterônoma que define e resolve a controvérsia, a qual se subdivide em: julgamento pelos órgãos judiciários (*court trials*); arbitragem (*arbitration*); e decisão administrativa (*administrative proceedings*).³³⁹

Resumidamente, é possível enumerar os seguintes métodos alternativos de solução de conflitos existentes nos EUA, com as suas principais características apontadas no âmbito da doutrina americana:

³³⁸ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de Disputas (*Collaborative Law*): “Mediação sem Mediador”. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 714-719.

³³⁹ WOODLEY, Ann E. *Litigating in Federal Court: a guide to the rules*. Second Edition, Durham: Carolina Academic Press, 2014, p. 77-79, tradução nossa.

a) *Conciliation* (conciliação, em tradução livre): a conciliação é um dos métodos alternativos de solução de controvérsias mais utilizado e conhecido nos EUA, e retrata a técnica segundo a qual um terceiro neutro (*neutral*) tem o objetivo de facilitar o diálogo, propor soluções e estimular a comunicação entre as partes visando a uma composição amigável.³⁴⁰ Basicamente, a conciliação é o processo que traz as partes para a negociação (“*getting the parties to the table*”), induzindo-as a se envolverem ativamente na busca pela solução do problema.³⁴¹

Um dos objetivos da conciliação é servir como alternativa à mentalidade “ganha-perde” (“*win-lose*”) típica da litigiosidade, isto é, o raciocínio de que a sentença judicial faz com que uma das partes seja exitosa e a outra seja sucumbente. A ideia é que todas elas fiquem suficientemente satisfeitas com a avença, prevalecendo a mentalidade do “ganha-ganha” (“*win-win*”),³⁴²

b) *Mediation* (mediação, em tradução livre): a mediação também é um dos métodos mais conhecido e utilizado nos EUA em diversos tipos de conflitos, especialmente em questões sucessórias, familiares, comunitárias, laborais e comerciais. Ela consiste no processo em que as partes trabalham em conjunto na solução do conflito, com a ajuda de um terceiro que atua como facilitador neutro (*neutral facilitator*) para auxiliar as partes a chegarem a uma autocomposição (*settlement*).³⁴³

A função do mediador é a de aconselhamento, na medida em que atua como um intermediário (“*go-between*”) que assiste as partes a solucionar o litígio por elas próprias.³⁴⁴ A grande vantagem da mediação é o empoderamento das partes (*empower the parties*), atribuindo-lhes a liberdade para criar a solução do caso da maneira que mais se adéque às particularidades da causa;³⁴⁵

³⁴⁰ WOODLEY, Ann E. *Litigating in Federal Court: a guide to the rules*. Second Edition, Durham: Carolina Academic Press, 2014, p. 78, tradução nossa; KAUTZ, Barbara; ROWCLIFFE, Stacey A. *Civil litigation for the new millennium: a guide for paralegals*. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 326, tradução nossa.

³⁴¹ COOLEY, John W. *Mediation Advocacy*. Second Edition, Boulder: National Institute for Trial Advocacy, 2002, p. 3, tradução nossa.

³⁴² FRIEDENTHAL, Jack H.; MILLER, Arthur R.; SEXTON, John E.; HERSHKOFF, Helen. *Civil Procedure: cases and materials*. Eleventh Edition, St. Paul: West Academic Publishing, 2013, p. 1.331, tradução nossa.

³⁴³ STIPANOWICH, Thomas J. ADR and the “Vanishing Trial”: The Growth and Impact of “Alternative Dispute Resolution”. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 844, November 2004, tradução nossa.

³⁴⁴ FRIEDENTHAL, Jack H.; MILLER, Arthur R.; SEXTON, John E.; HERSHKOFF, Helen. *Civil Procedure: cases and materials*. Eleventh Edition, St. Paul: West Academic Publishing, 2013, p. 1.332-1.333, tradução nossa.

³⁴⁵ STEMPEL, Jeffrey W.; BAICKER-MCKEE, Steven; COLEMAN, Brooke D.; HERR, David F.; KAUFMAN, Michael J. *Learning Civil Procedure*. St. Paul: West Academic Publishing, 2013, p. 464, tradução nossa.

c) *Arbitration* (arbitragem, em tradução livre): a arbitragem igualmente é um método alternativo de solução de conflitos amplamente conhecido, desenvolvido e difundido nos EUA. Ela é considerada um mecanismo altamente eficiente de resolução de controvérsias, a qual possui o condão de fornecer um provimento adjudicatório e heterônomo de forma segura, com respeito à privacidade das partes, com alto grau de especialidade técnica (*expertise*), e por meio de um procedimento mais rápido, mais flexível e menos formal em comparação com o processo judicial (*trial*).

A arbitragem consiste em uma forma de adjudicação de natureza privada (*private adjudication*)³⁴⁶ e adversarial (*adversarial adjudication*) conduzida fora dos tribunais judiciários, a qual difere do modelo tradicional de adjudicação concebido como uma função pública (*governmental function*) exercida por juízes na condição de agentes estatais (*judges as public officials*).³⁴⁷ A via arbitral se refere ao método ou processo por meio do qual as partes voluntariamente submetem as suas disputas à solução vinculativa (*binding resolution*) proferida por um terceiro particular e imparcial – um árbitro privado – escolhido por elas.³⁴⁸

Ela é considerada um processo célere (usualmente concluído dentro de alguns meses), de natureza privada e heterocompositiva, e com regras flexíveis e dinâmicas de produção probatória.³⁴⁹ A figura do árbitro pressupõe a escolha de um profissional com experiência e conhecimento na área técnica em discussão, bem como portador de habilidades para atuar como terceiro imparcial. A sua decisão final é geralmente vinculativa (*binding*), judicialmente exequível (*enforceable in court*) e virtualmente impassível de modificação, já que apenas pode ser objeto de apelação para as cortes judiciárias nos casos de fraude, corrupção ou abuso processual.³⁵⁰

A arbitragem possui origem contratual, isto é, as partes podem convencionar a utilização da arbitragem tanto mediante um acordo escrito firmado antes do

³⁴⁶ ACKERMAN, Robert M. Vanishing Trial, Vanishing Community? The Potential Effect of the Vanishing Trial on America's Social Capital. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 167, 2006, tradução nossa.

³⁴⁷ RAU, Alan Scott; SHERMAN, Edward F.; PEPPE, Scott R. *Arbitration*. Second Edition, New York: Foundation Press, 2002, p. 1, tradução nossa.

³⁴⁸ MAUGHAN, Ellen B. Compulsory Automobile Arbitration: New Jersey's Road to Reducing Court Congestion, Delay, and Costs. *Rutgers Law Review*, Rutgers Law School, Volume 37, p. 404, 1985, tradução nossa.

³⁴⁹ KRITZER, Herbert. Arbitration and the pace of litigation. In: ADLER, Jane W.; WILLIAM, Felstiner F.; HENSLER, Deborah R.; PETERSON, Mark A. *The Pace of Litigation: Conference Proceedings*. The Institute for Civil Justice, Santa Monica: Rand, 1982, p. 121, tradução nossa.

³⁵⁰ KAUTZ, Barbara; ROWCLIFFE, Stacey A. *Civil litigation for the new millennium: a guide for paralegals*. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 332-333, tradução nossa.

surgimento da possível controvérsia, como também por intermédio da celebração de uma avença cujo objetivo é submeter um conflito já instaurado à arbitragem.

As audiências arbitrais são consideradas como um procedimento de natureza adversarial, ocasião em que as partes e seus advogados apresentam as suas alegações e provas com ampla oportunidade de inquirições, interrogatórios (*cross-examination*) e réplicas (*rebuttals*). A decisão do árbitro (*award*) é de cumprimento obrigatório por ambas as partes, embora, em casos excepcionais, ela pode ser objeto de desafio (*challenge*) ou de tentativa de reforma (*modify*) pela parte prejudicada.

A estrutura do procedimento arbitral é flexível e a sua condução está sujeita à relativa liberdade do árbitro de amoldar o rito às características do caso concreto.³⁵¹ Cabe ao árbitro, no entanto, observar três fases, quais sejam, a fase pré-audiência (*pre-hearing phase*), a fase da audiência (*hearing*) e a fase da prolação da decisão final (*award*).

Às partes e advogados competem observar o procedimento adotado pelo árbitro. Por exemplo, o árbitro pode ou não solicitar a apresentação de memoriais escritos (*written briefs*), como pode ou não intimar (*subpoena*) as partes para apresentação de documentos ou condução de testemunhas para a oitiva em audiências.

Pode-se dizer que o árbitro possui ampla margem de discricionariedade para admitir ou negar a produção de provas durante o procedimento arbitral. O seu poder para investigar fatos e decidir sobre questões jurídicas controversas é virtualmente ilimitado.

O árbitro possui a prerrogativa unilateral de definir sobre a relevância e a materialidade das provas apresentadas pelas partes, e pode inclusive decidir acerca da aplicação das evidências em desconformidade com as regras gerais sobre direito probatório previstas na legislação processual (*legal rules of evidence*). A sua decisão

³⁵¹ PATTERSON, Roger J. Dispute Resolution in a World of Alternatives. *Catholic University Law Review*, The Catholic University of America, Columbus School of Law, Volume 37, Issue 3, p. 592-593, Spring 1988, tradução nossa. Ressalte-se que a possibilidade de ampla flexibilização do procedimento arbitral não é possível no âmbito do processo jurisdicional. A título exemplificativo, as chamadas “convenções de procedimento” (ou “negócios jurídicos processuais”), embora possibilitem que as partes estabeleçam alterações no procedimento jurisdicional, sujeitam-se a limites impostos pelas regras de direito público e pelas garantias processuais da natureza constitucional. No Brasil, é permitido ao juiz controlar a validade das convenções processuais e recusar-lhes aplicação em determinadas situações, tais como, por exemplo: quando há nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão; quando uma das partes se encontra em manifesta situação de vulnerabilidade (artigo 190, parágrafo único, do CPC); quando as partes convencionam uma violação a garantias fundamentais; quando as partes convencionam uma interferência abusiva no funcionamento dos órgãos judiciários. Sobre a regulamentação e aplicação dos negócios jurídicos processuais conforme o CPC, conferir, dentre outros: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2017.

final (*award*) não precisa conter mais do que uma simples declaração (*statement*) sobre os direitos e obrigações das partes em conflito.³⁵²

Na arbitragem, o processo de resolução do conflito é encerrado quando o árbitro (*arbitrator*) ou painel de árbitros (*panel of arbitrators*), na condição de terceira(s) pessoa(s) neutra(s) (*neutral third party*), exara(m) uma decisão (*render a decision*) após a condução de audiências (*hearings*) nas quais ambas as partes apresentaram os seus argumentos (*arguments*) e provas (*evidences*) sobre o caso.³⁵³

A decisão do árbitro ou painel de árbitros é usualmente de caráter final e, por isso, não desafia apelação (*appeal*) quanto ao mérito. É possível, todavia, provocar a jurisdição para o fim de executar a decisão arbitral, em virtude da sua força executória (*arbitration award's enforceability*), caso uma das partes se recuse a cumprir a sentença proferida pelo árbitro.³⁵⁴

Em suma, a arbitragem, se utilizada adequadamente, tem o condão de fornecer às partes um fórum alternativo ao método adjudicatório tradicional que seja mais apropriado, eficiente, célere e econômico.³⁵⁵ Em boa parte das vezes, a arbitragem se revela como um processo mais rápido, relativamente informal e que produz uma decisão realmente final, a qual usualmente não sofrerá atrasos na sua execução tendo em vista a ausência de previsão de apelação e as rígidas restrições à revisão do mérito da sentença arbitral pelas cortes judiciárias;³⁵⁶

d) *Mediation-arbitration (med-arb)* (mediação-arbitragem, em tradução livre): Os *alternative dispute resolution* são geralmente empregados pelas partes de forma isolada, isto é, utiliza-se tão somente uma das técnicas para a tentativa de composição da controvérsia. No entanto, verifica-se a tendência de, cada vez mais, promover a integração e fusão dos mecanismos alternativos de solução de disputas.³⁵⁷

³⁵² FRIEDENTHAL, Jack H.; MILLER, Arthur R.; SEXTON, John E.; HERSHKOFF, Helen. *Civil Procedure: cases and materials*. Eleventh Edition, St. Paul: West Academic Publishing, 2013, p. 1.333-1.335, tradução nossa.

³⁵³ KAUTZ, Barbara; ROWCLIFFE, Stacey A. *Civil litigation for the new millennium: a guide for paralegals*. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 326, tradução nossa.

³⁵⁴ PATTERSON, Roger J. Dispute Resolution in a World of Alternatives. *Catholic University Law Review*, The Catholic University of America, Columbus School of Law, Volume 37, Issue 3, p. 593, Spring 1988, tradução nossa.

³⁵⁵ KRITZER, Herbert M.; ANDERSON, Jill K. The arbitration alternative: a comparative analysis of case processing time, disposition mode, and cost in the American Arbitration Association and the courts. *The Justice System Journal*, Taylor & Francis Group, Volume 8, Number 1, p. 6-7, 1983, tradução nossa.

³⁵⁶ RAU, Alan Scott; SHERMAN, Edward F.; PEPPE, Scott R. *Arbitration*. Second Edition, New York: Foundation Press, 2002, p. 4-5, tradução nossa.

³⁵⁷ RESNIK, Judith. Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 10, Number 2, p. 214, 1995, tradução nossa.

A chamada *mediation-arbitration*, também conhecida como *med-arb*, é um exemplo.³⁵⁸ O objetivo é que os benefícios e objetivos dos diferentes métodos (mediação e arbitragem) sejam combinados para que seja possível extrair deles o processo mais adequado para a resolução do caso concreto.³⁵⁹

Na *med-arb*, as partes acordam previamente que iniciarão o processo de resolução da controvérsia com a assistência da mediação e então, se não alcançarem a composição, irão prosseguir para a arbitragem.³⁶⁰ Há, portanto, um prévio acordo entre as partes. Primeiramente, o terceiro neutro (*neutral*) conduz um processo de mediação e empreende esforços para que as partes cheguem a um acordo por meios próprios. Se assim não ocorrer, as questões controvertidas ainda pendentes passam a se submeter ao procedimento arbitral e, por conseguinte, à resolução mediante decisão adjudicatória;

e) *Private judging* (julgamento privado, em tradução livre): o *private judging* depende de permissão normativa e regulamentação pelo respectivo tribunal judiciário.³⁶¹ Por meio dele, as partes convencionam, após a controvérsia já ter sido judicializada, em contratar um juiz particular (*to hire a private judge*) para decidir o caso. Nessa hipótese, cabe ao tribunal encaminhar o caso para o juiz particular contratado pelas partes.

O juiz particular, usualmente um magistrado togado aposentado, possui a incumbência de processar e julgar o caso. Ao contrário da sentença arbitral, a decisão do juiz particular é considerada como um julgamento do tribunal e, por via de consequência, pode ser objeto de apelação nos mesmos moldes de uma decisão proferida por um magistrado togado;³⁶²

f) *Summary jury trials* (júris sumários, em tradução livre): os *summary jury trials* consistem em um processo sem eficácia vinculante (*nonbinding process*) de solução de casos que já estão prontos ou maduros para serem julgados perante o júri.

³⁵⁸ No Brasil, a *med-arb* é usualmente conhecida como “cláusula arbitral escalonada”, com base na qual “as partes avençam que se submeterão a procedimento de mediação (ou de conciliação, conforme seja o caso) e, não chegando a um acordo, instaurarão desde logo a arbitragem” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 34).

³⁵⁹ MENKEL-MEADOW, Carrie. When Litigation is Not the Only Way: Consensus Building and Mediation As Public Interest Lawyering. *Journal of Law & Policy*, Washington University, p. 43, 2002, tradução nossa.

³⁶⁰ WOODLEY, Ann E. *Litigating in Federal Court: a guide to the rules*. Second Edition, Durham: Carolina Academic Press, 2014, p. 77, tradução nossa.

³⁶¹ STEMPEL, Jeffrey W.; BAICKER-MCKEE, Steven; COLEMAN, Brooke D.; HERR, David F.; KAUFMAN, Michael J. *Learning Civil Procedure*. St. Paul: West Academic Publishing, 2013, p. 472-473, tradução nossa.

³⁶² WOODLEY, Ann E. *Litigating in Federal Court: a guide to the rules*. Second Edition, Durham: Carolina Academic Press, 2014, p. 78, tradução nossa.

Nessas hipóteses, já houve o esgotamento da fase de dilação probatória e as partes já debateram as suas alegações e provas em contraditório.

Todavia, os advogados, como uma tentativa derradeira de alcançarem uma composição, optam por apresentar um resumo do caso para um grupo de seis jurados (*panel of six jurors*), em vez de levarem-no formalmente ao grupo completo de jurados (*full jury panel*) indicado no processo judicial – o qual, nas cortes federais, é formado por doze jurados, enquanto nos tribunais estaduais pode variar entre seis a doze jurados.

Durante a apresentação do caso, os advogados debatem os seus argumentos, inquirir testemunhas, discutem sobre provas e tentam convencer os jurados sobre a procedência da pretensão de seu cliente.³⁶³ O objetivo dos advogados é obter um veredito rápido e sem a possibilidade de novos interrogatórios de testemunhas (*witnesses and cross-examination*).

O veredito obtido, embora não vinculante, tem o efeito de sinalizar o posicionamento futuro dos jurados e indicar o resultado mais provável do caso. Com isso, o veredito “fictício” fornece as bases para as discussões de um possível acordo entre as partes;

g) *Mini-trials* (julgamentos simplificados, em tradução livre): os *mini-trials* consistem em um processo estruturado (*structured process*) por meio do qual as partes, representadas por advogado, voluntariamente submetem um relatório conciso do caso, das questões controvertidas (*issues*) e das provas (*evidences*) para um grupo (*panel*) de terceiros com conhecimento na área em discussão. Não há a apreciação da causa por um juiz togado, razão pela qual os *mini-trials* geram julgamentos não vinculantes (*nonbinding trial*).³⁶⁴

No *mini-trial* há uma demonstração formal e resumida das provas e argumentos pelos representantes de ambas as partes, geralmente sem a presença de testemunhas, a qual tem como objetivo apresentar a um terceiro conselheiro neutro (*neutral advisor*) as questões controvertidas mais importantes. A partir do momento em que os lados em disputa adquirem acesso aos melhores argumentos e provas do outro disputante e conhecem o provável resultado da disputa, o *mini-trial* comumente produz

³⁶³ STEMPEL, Jeffrey W.; BAICKER-MCKEE, Steven; COLEMAN, Brooke D.; HERR, David F.; KAUFMAN, Michael J. *Learning Civil Procedure*. St. Paul: West Academic Publishing, 2013, p. 928, tradução nossa.

³⁶⁴ KAUTZ, Barbara; ROWCLIFFE, Stacey A. *Civil litigation for the new millennium: a guide for paralegals*. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 327, tradução nossa.

os efeitos de estimular a negociação e de evoluir as tratativas para a celebração de um acordo (*settlement*) entre as partes,³⁶⁵

h) *Early neutral evaluation* (avaliação neutral inicial, em tradução livre): por meio do *early neutral evaluation*, as partes apresentam os fatos e fundamentos jurídicos da disputa perante um terceiro neutro (*neutral*) selecionado por elas ou pelo tribunal, geralmente um advogado experiente, um árbitro renomado ou um juiz aposentado. A incumbência do terceiro neutro é realizar uma avaliação adequada do caso no seu estágio inicial com o fim de oferecer às partes um parecer aberto e transparente sobre as suas respectivas posições e possíveis chances de êxito.³⁶⁶

Há, portanto, uma avaliação imparcial do mérito da causa, a qual é realizada por ocasião do seu surgimento, em virtude de consulta a um terceiro que fornece às partes uma opinião juridicamente fundamentada acerca do possível desfecho do caso. O papel do terceiro neutro é apresentar às partes os seus pontos fortes e fracos, assim como os prováveis resultados do caso, a fim de ajudá-las a identificar as questões controvertidas, as provas deficitárias, os fatos que merecem melhor elucidação e a margem passível de negociação na celebração de eventual acordo.³⁶⁷

A partir do momento em que as partes ficam reciprocamente cientes dos fundamentos favoráveis e desfavoráveis de suas pretensões, o *early neutral evaluation* produz o efeito de encorajar o acordo e de desestimular o prolongamento do litígio,³⁶⁸

i) *Neutral expert fact-finding* (descoberta de fatos por perito neutro, em tradução livre): Por meio do *neutral expert fact-finding*, as partes designam um terceiro neutro para fins de promover um auxílio técnico imparcial na descoberta, investigação, sistematização e reunião dos fatos controvertidos. O objetivo é auxiliá-las em negociações ou até mesmo na participação em eventual processo que culmine em julgamento adjudicatório futuro,³⁶⁹

³⁶⁵ PATTERSON, Roger J. Dispute Resolution in a World of Alternatives. *Catholic University Law Review*, The Catholic University of America, Columbus School of Law, Volume 37, Issue 3, p. 596, Spring 1988, tradução nossa.

³⁶⁶ STEMPEL, Jeffrey W.; BAICKER-MCKEE, Steven; COLEMAN, Brooke D.; HERR, David F.; KAUFMAN, Michael J. *Learning Civil Procedure*. St. Paul: West Academic Publishing, 2013, p. 926, tradução nossa.

³⁶⁷ RIBEIRO, Wilson Fontes. *Alternative Dispute Resolution in the Public Sector: The American Experience*. Institute of Brazilian Business and Public Management Issues. Washington: The George Washington University, 2005, p. 8-9, tradução nossa.

³⁶⁸ FRIEDENTHAL, Jack H.; MILLER, Arthur R.; SEXTON, John E.; HERSHKOFF, Helen. *Civil Procedure: cases and materials*. Eleventh Edition, St. Paul: West Academic Publishing, 2013, p. 1.336-1.337, tradução nossa.

³⁶⁹ WOODLEY, Ann E. *Litigating in Federal Court: a guide to the rules*. Second Edition, Durham: Carolina Academic Press, 2014, p. 78, tradução nossa.

j) *Ombudsman*: o *ombudsman* retrata uma terceira pessoa, alheia ao conflito, a qual recebe a incumbência de investigar reclamações e pleitos institucionais deduzidos por usuários do serviço prestado pela instituição, por clientes em geral ou por empregados. Ao *ombudsman* compete levar denúncias e queixas ao superior hierárquico responsável, aconselhar e propor mudanças sistêmicas no funcionamento da instituição, e propor acordos para controvérsias eventualmente surgidas.³⁷⁰

Em certa medida, o *ombudsman* se assemelha às ouvidorias existentes no Brasil. Isso porque cabe a ele receber e investigar queixas, denúncias, críticas, sugestões, pedidos e reclamações apresentados por usuários, clientes, consumidores e cidadãos em geral, usualmente acerca de má prestação de serviço ou abusos praticados em instituições públicas e privadas. O *ombudsman* atua como um representante institucional ou agente oficial da entidade, cuja atribuição é investigar reclamações, prevenir litígios, intermediar negociações e resolver o conflito internamente.³⁷¹

Como se percebe, no sistema jurídico americano é extenso o leque de métodos que não envolvem o julgamento, os quais são empregados pelas partes e advogados para uma solução mais apropriada do conflito de acordo com as suas particularidades. Existem várias formas para a sua utilização, a depender da escolha das partes e sempre com o propósito de melhor adequar o método de solução às peculiaridades da disputa.

3.5 A relevância do emprego dos instrumentos pré-processuais e pré-julgamento (*pretrial*) de solução de conflitos para o declínio da adjudicação

Além da prática de uma educação jurídica (*legal education*) voltada à solução das controvérsias, a utilização disseminada de técnicas pré-processuais e pré-julgamento (*pretrial techniques*) também contribui para o declínio de soluções que põem fim às disputas por meio da adjudicação. Nesse sentido, a tendência de declínio do número de julgamentos adjudicatórios também é reflexo do aperfeiçoamento, maior

³⁷⁰ FRIEDENTHAL, Jack H.; MILLER, Arthur R.; SEXTON, John E.; HERSHKOFF, Helen. *Civil Procedure: cases and materials*. Eleventh Edition, St. Paul: West Academic Publishing, 2013, p. 1.336, tradução nossa.

³⁷¹ WOODLEY, Ann E. *Litigating in Federal Court: a guide to the rules*. Second Edition, Durham: Carolina Academic Press, 2014, p. 78, tradução nossa.

emprego e aumento da importância da atividade pré-processual (*pretrial activity*) e das técnicas de adjudicação pública sem julgamento (*public nontrial adjudication*).³⁷²

A relação entre a expansão da fase pré-processual e o fenômeno do *vanishing trial* é direta e imediata. As técnicas *pretrial*, cabíveis em momento anterior à fase de julgamento (*trial*) ou à própria judicialização da controvérsia, geram o efeito de incentivar a autocomposição entre as partes ou, até mesmo, estimulam a renúncia ou a desistência da pretensão em virtude dos riscos advindos de um julgamento – como quando, por exemplo, uma das partes, após a colheita preliminar e extrajudicial de provas, percebe que a sua pretensão possui menor robustez probatória do que ela anteriormente supunha ou imaginava.

Com efeito, as técnicas de negociação e acertamento de interesses em conflito na fase pré-processual do litígio (*pretrial disposition*) são fortemente valorizadas e, por isso, são mais frequentes do que a solução mediante decisão adjudicatória. Por meio do exame de dados estatísticos, Marc Galanter estima que, no início dos anos 2000, aproximadamente 70% (setenta por cento) dos casos foram resolvidos em estágio pré-julgamento e sem a necessidade de intervenção judicial, enquanto, na década de 1960, esse percentual girava em torno de 20% (vinte por cento).³⁷³ Nesse contexto, Lawrence Friedman afirma que, sobretudo a partir do desenvolvimento da técnica da *discovery*, o “centro de gravidade” do sistema jurídico americano migrou da fase do julgamento para o estágio pré-julgamento.³⁷⁴

Na mesma linha, John Lande ressalta que os tribunais estão vigorosamente empenhados no gerenciamento pré-processual dos casos (*pretrial management*), com vistas a alcançar, sempre que possível, uma solução mais rápida para o conflito e necessariamente anterior ao julgamento. Para tanto, as cortes vêm se dedicando a realizar audiências pré-processuais (*pretrial conferences*), a precisar os limites da colheita preliminar de provas por meio do *discovery*, a ampliar as possibilidades de decisões em moções de retirada (*motions to dismiss*) e a aperfeiçoar as técnicas de julgamento sumário (*summary judgment*) e julgamento padrão (*default judgment*).³⁷⁵

³⁷² HADFIELD, Gillian K. Where Have All the Trials Gone? Settlements, Nontrial Adjudications, and Statistical Artifacts in the Changing Disposition of Federal Civil Cases. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 705, November 2004, tradução nossa.

³⁷³ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: What the numbers tell us, what they may mean. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association, Volume Summer 2004, p. 3-4, 2004, tradução nossa.

³⁷⁴ FRIEDMAN, Lawrence M. The Day Before Trials Vanished. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 698, November 2004, tradução nossa.

³⁷⁵ LANDE, John. How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts' Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and Other Elements Needed to Administer Justice.

Basicamente, os objetivos das técnicas *pretrial* são os de oportunizar a solução do litígio na fase inicial de seu surgimento (*early stages of litigation*) ou, ao menos, de possibilitar que a resolução ocorra por meio de ajuste (*settlement*) e sem a necessidade de um julgamento adjudicatório (*non-trial*).³⁷⁶ Além do estímulo ao acordo, as técnicas *pretrial* também servem ao propósito de simplificar o eventual procedimento judicial que ensejará um julgamento adjudicatório (*trial*) – caso as partes não alcancem uma autocomposição prévia –, o que ocorre, por exemplo, por intermédio da delimitação das questões de direito controvertidas, da fixação dos fatos em discussão e da inquirição de testemunhas.³⁷⁷

Nessa perspectiva, é possível obter uma melhor gestão do tempo de duração dos processos judiciais por meio do aperfeiçoamento dos estágios pré-julgamento. O aprimoramento da condução da fase anterior à prolação da decisão adjudicatória representa a conquista de um controle maior do próprio andamento do ritmo da litigiosidade (*pace of litigation*) e dos calendários de julgamento, inclusive com o encurtamento do período necessário para a solução das disputas.³⁷⁸

A técnica *pretrial* mais importante e conhecida é denominada de *discovery* (descoberta, em tradução livre). Por intermédio dela, os advogados e partes, por meios próprios, promovem a investigação dos fatos envolvidos na causa. Trata-se de um procedimento formal que permite acesso a informações e dados que se encontram de posse da outra parte.³⁷⁹

A *discovery* pode ser entendida como uma técnica de produção preliminar de provas, a qual possibilita a atuação estratégica de advogados e partes na descoberta de fatos. A sua finalidade é viabilizar a prévia revelação (*disclosure*) das circunstâncias fáticas que poderão embasar a conveniência (*advisability*) sobre a manutenção da situação conflituosa, possibilitando que as partes obtenham informações recíprocas

Journal of Dispute Resolution, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 219-220, 2006, tradução nossa.

³⁷⁶ BURBANK, Stephen B. Vanishing Trials and Summary Judgment in Federal Civil Cases: Drifting Toward Bethlehem or Gomorrah? *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 592-594, November 2004, tradução nossa.

³⁷⁷ REED, John W. Review of Pre-Trial. *Michigan Law Review*, University of Michigan Law School, Volume 49, p. 924, 1951, tradução nossa.

³⁷⁸ SIPES, Larry L. Reducing delay in State Courts: a march against folly. *Rutgers Law Review*, Rutgers Law School, Volume 37, p. 311-312, 1985, tradução nossa.

³⁷⁹ BINGHAM, Lisa Blomgren. When We Hold No Truths to be Self-Evident: Truth, Belief, Trust, and the Decline in Trials. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 152, 2006, tradução nossa.

sobre o caso.³⁸⁰ Há uma antecipação da colheita de elementos probatórios, em etapa anterior à apreciação judicial das questões controvertidas do caso (*case*) cabível na fase do julgamento (*trial*).³⁸¹

Um dos efeitos mais notáveis da *discovery* é acelerar a divulgação de dados, fatos e informações, permitindo que as partes e advogados possam reavaliar as suas posições e definir a melhor estratégia a ser adotada para o caso. A utilização da *discovery* implica a necessidade de que os sujeitos em conflito façam uma análise do custo-benefício de eventual propositura ou manutenção de uma ação judicial, comparando os custos da litigância com as vantagens que seriam obtidas na eventual celebração de um acordo, especialmente em termos de maior economia, rapidez e previsibilidade.

Como consequência, a *discovery* produz informações recíprocas e, com isso, resulta no aumento das chances de autocomposição imediata entre as partes – o que contribui para explicar o declínio no número de conflitos que chegam à fase do julgamento.³⁸² Quando menos, a produção probatória preliminar acarreta uma tramitação mais rápida e simples do processo judicial (*lawsuit*).³⁸³

A legislação americana permite que vários meios de prova (*discovery devices*) sejam empregados nesta fase pré-julgamento, tais como: interrogatórios (*interrogatories*) de partes; inquirição de testemunhas (*witness depositions*); solicitação de documentos (*document requests*); pedidos de divulgação de informações armazenadas eletronicamente (*electronically stored information*); realização de perícias físicas e mentais (*physical and mental examination*); requisição para confissão de fatos (*requests to admit facts*).³⁸⁴

³⁸⁰ CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery* no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. *Revista de Processo*, v. 245, ano 40, p. 431, São Paulo: RT, jul. 2015.

³⁸⁰ Por todos, conferir: ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. 3. ed., Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 191-194.

³⁸¹ GLASER, William A. *Pretrial Discovery and the Adversary System*. New York: Russell Sage Foundation, 1968, p. 9, tradução nossa.

³⁸² YEAZELL, Stephen C. Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 950-951, November 2004, tradução nossa.

³⁸³ DRASCO, Dennis J. Public Access to Information in Civil Litigation vs. Litigant's Demand for Privacy: Is the "Vanishing Trial" an Avoidable Consequence? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 156, 2006, tradução nossa.

³⁸⁴ MAUET, Thomas A. *Pretrial*. Seventh Edition. New York: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, p. 185 *et seq.*, tradução nossa; WEINSTEIN, Mark. *Introduction to Civil Litigation*. Third Edition. St. Paul: West Publishing Company, 1993, p. 185 *et seq.*, tradução nossa; STEMPEL, Jeffrey W.; BAICKER-MCKEE, Steven; COLEMAN, Brooke D.; HERR, David F.; KAUFMAN, Michael J. *Learning Civil Procedure*. St. Paul: West Academic Publishing, 2013, p. 912, tradução nossa.

Para que haja uma real eficácia na utilização desses meios probatórios, é autorizado que a colheita de provas ocorra em ambientes privados e fora dos órgãos jurisdicionais. Comumente, a *discovery* é conduzida em escritórios de advocacia, nos quais as partes, advogados e testemunhas promovem a produção probatória na presença de um representante oficial do Estado. Aos advogados é conferida a prerrogativa de encaminhar intimações (*subpoenas*) e moções (*discovery motions*) cujo cumprimento pode ser declarado como obrigatório por solicitação ao tribunal (*motion to compel*).

A ideia subjacente à técnica da *discovery* é oportunizar que as partes e advogados antecipem a produção probatória independentemente da necessidade de atuação jurisdicional. A concepção que vigora nos EUA é a de que as provas pertencem às partes e, por essa razão, cabe a elas o esforço na revelação dos fatos, dados e informações relevantes à causa. Por essa razão, Stephen Yeazell entende que a técnica da *discovery* representa a própria privatização da investigação dos fatos (*privatization of fact investigation*).^{385 386}

Além da *discovery*, outra técnica pré-julgamento amplamente difundida nos EUA é a realização, inclusive em fóruns privados, de audiências prévias de tentativa de autocomposição entre as partes (*pretrial settlement conferences*), conduzidas por advogados ou conciliadores e mediadores profissionais. Novamente, a premissa é encorajar a celebração de acordo, por meio da utilização de algum dos métodos adequados de solução de controvérsias.

Por fim, outras técnicas consideradas como anteriores ao julgamento (*pretrial*) merecem explanação. Para tanto, é necessário lembrar que o conceito de *trial* envolve, necessariamente, o esgotamento da fase de dilação probatória e o acerto não apenas das questões de direito controvertidas, mas também das circunstâncias fáticas em discussão.

Considerando que o *trial* requer o exercício de juízo de cognição exauriente, algumas técnicas de solução de controvérsias são consideradas como pré-julgamento,

³⁸⁵ YEAZELL, Stephen C. Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 944, November 2004, tradução nossa.

³⁸⁶ Em certa medida, as novas modalidades de produção antecipada da prova criadas pelos incisos II e III do artigo 381 do CPC foram inspiradas no *discovery* e a ele se assemelham. Para aprofundamento no assunto, conferir: GONÇALVES, Gláucio Maciel; FRANCO, Marcelo Veiga. As novas modalidades de produção antecipada da prova do Código de Processo Civil de 2015: o *discovery* “à brasileira”. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes (Org.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 367 *et seq.*

embora requeiram a prolação de uma decisão jurisdicional. Essas técnicas são usualmente empregadas quando não há a necessidade de produção de provas, especialmente em demandas que envolvem apenas questões de direito, inclusive repetitivas.

Assim sendo, nos EUA as técnicas de julgamento que são baseadas unicamente na resolução de questões de direito são consideradas como *pretrial*. As 03 (três) principais delas são o *summary judgment*, o *default judgment* e o *motion to dismiss* (ou *dismissal*), e todas elas – sobretudo o *summary judgment* – são importantes para explicar o declínio do número de casos que chegam à fase do julgamento decorrente do movimento do *vanishing trial*.³⁸⁷

O *summary judgment* (julgamento sumário, em tradução livre) é considerado uma técnica de adjudicação sem a necessidade de julgamento (*adjudication without trial*).³⁸⁸ Por meio dele, o tribunal fornece uma solução adjudicatória para os casos em que não há matéria fática controvertida. A decisão judicial se resume à definição das questões de direito envolvidas no caso concreto (*judgment as a matter of law*).³⁸⁹ O maior propósito do *summary judgment* é conferir eficiência e economia ao exercício da atividade jurisdicional, sendo desnecessária a atuação do júri tendo em vista que não há fatos controvertidos em discussão.

Já o *default judgment* (julgamento padrão, em tradução livre) consiste na extinção de uma ação judicial, também antes do *trial*, na hipótese em que o réu já

³⁸⁷ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 481-483, November 2004, tradução nossa; RESNIK, Judith. Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 834, November 2004, tradução nossa; BURBANK, Stephen B. Vanishing Trials and Summary Judgment in Federal Civil Cases: Drifting Toward Bethlehem or Gomorrah? *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 591 *et seq.*, November 2004, tradução nossa.

³⁸⁸ FRIEDENTHAL, Jack H.; MILLER, Arthur R.; SEXTON, John E.; HERSHKOFF, Helen. *Civil Procedure: cases and materials*. Eleventh Edition, St. Paul: West Academic Publishing, 2013, p. 947, tradução nossa.

³⁸⁹ Percebe-se que o *summary judgment* guarda semelhança, em certa medida, com o instituto brasileiro da *improcedência liminar do pedido*, previsto no artigo 332 do Código de Processo Civil. É que no *summary judgment* não há uma disputa genuína sobre matéria de fato (*no genuine dispute as to any material fact*). Por seu turno, a improcedência liminar do pedido é cabível nas “causas que dispensem a fase instrutória” (artigo 332, *caput*, CPC). Em ambos os casos, portanto, a decisão judicial é fruto unicamente da apreciação de questões de direito. Todavia, enquanto no Brasil a declaração da improcedência liminar do pedido é considerada um julgamento e causa de extinção do processo com resolução de mérito (artigo 487, I, CPC), nos EUA o *summary judgment* é uma técnica decisória considerada como pré-julgamento (*pretrial*) ou antes do julgamento (*before trial*), na qual o *trial* não é necessário (YEAZELL, Stephen C. *Civil Procedure*. Eighth Edition. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 35-36, tradução nossa). Esse exemplo serve para ilustrar como o *trial* é um conceito peculiar, tipicamente americano e diferente do conceito brasileiro de julgamento.

convocado mediante citação (*summon*) não aparece para se defender. Nesse caso, o tribunal profere uma decisão adjudicatória contra o réu ausente, de caráter vinculante, como se ele estivesse se defendendo.³⁹⁰

Por fim, o *motion to dismiss* (ou *dismissal*) ocorre quando o requerente voluntariamente retira um requerimento (*pleading*) ou uma ação judicial (*lawsuit*) contra o réu (*voluntary dismissal*) – o que pode ocorrer com ou sem a possibilidade de nova propositura da mesma demanda –, ou na hipótese em que a ação é extinta por ato involuntário do autor (*involuntary dismissal*) – seja porque ele falha em dar andamento regular ao processo ou porque não comprova o cumprimento das formalidades ou regras necessárias ao prosseguimento da ação.³⁹¹

Em todas essas situações, a resolução da demanda ocorre sem a necessidade de acerto dos fatos controvertidos em discussão, razão pela qual elas são considerados como técnicas pré-julgamento (*pretrial*)³⁹² ou como técnicas de adjudicação sem julgamento (*non-trial adjudications*),³⁹³ as quais contribuem sobremaneira para a superação da cultura da decisão jurisdicional adjudicatória como a via principal de solução de disputas.

Portanto, o melhor gerenciamento e a maior simplificação da fase pré-processual e dos procedimentos de prevenção de conflitos são relevantes para permitir a solução antecipada da maioria das disputas cíveis. O desenvolvimento de uma etapa anterior à judicialização da controvérsia ou à fase do julgamento gera os efeitos de estimular a autocomposição entre as partes e de solidificar uma cultura de prevalência de meios consensuais e extrajudiciais de resolução de disputas.

³⁹⁰ O *default judgment* gera efeitos similares em comparação com o instituto brasileiro da *revelia* (artigo 344, CPC), na hipótese em que se presumem verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor contra o réu citado que não contesta a ação.

³⁹¹ Os tipos de *dismissals* correspondem a algumas das hipóteses brasileiras de extinção do processo, tais como nos casos de: a) homologação de desistência da ação (artigo 485, VIII, CPC), quando o processo é extinto sem resolução do mérito, mas com possibilidade de nova propositura da demanda (artigo 486, CPC); b) homologação de renúncia da pretensão formulada pelo autor (artigo 487, III, c, CPC), quando o processo é extinto com resolução do mérito, sem a possibilidade de nova propositura da demanda em virtude da formação de coisa julgada material; c) extinção do processo sem resolução do mérito em virtude do reconhecimento de perempção ou abandono da causa (artigo 485, V, CPC); d) extinção do processo sem resolução do mérito em virtude de ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (artigo 485, IV, CPC).

³⁹² MULLENIX, Linda S. *Civil Procedure*. Eagan: Thomson West, 2004, p. 377-379, tradução nossa.

³⁹³ ACKERMAN, Robert M. Vanishing Trial, Vanishing Community? The Potential Effect of the Vanishing Trial on America's Social Capital. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 167, 2006, tradução nossa.

3.6 O gerenciamento judicial de casos (*judicial case management*) como uma das técnicas de implantação dos meios adequados de solução de disputas: a necessária reformulação do papel dos advogados e juízes

A implantação dos meios adequados de solução de disputas requer o desenvolvimento de diversas técnicas jurisdicionais e extrajurisdicionais. Nesse contexto, o gerenciamento judicial de casos (*judicial case management*) aparece como uma das principais ferramentas de administração de demandas com vistas ao emprego e difusão dos *alternative dispute resolution*, especialmente em países como nos EUA e na Inglaterra.

Paulo Eduardo Alves da Silva explica que o gerenciamento judicial de casos (*judicial case management*) significa o “planejamento da condução de demandas judiciais em direção à resolução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e custos”, e requer, para a sua consecução, “uma postura ativa do juiz no controle do andamento dos feitos e organização da unidade judiciária”.³⁹⁴

Por sua vez, Gláucio Maciel Gonçalves e Thiago de Souza Brito ensinam que o *judicial case management* se concentra no estudo do “planejamento, elaboração e depuração das técnicas responsáveis pela otimização e racionalização dos instrumentos processuais mais eficazes para a resolução das controvérsias”, e tem como “pressuposto a potencialização dos recursos disponíveis, de tal modo que se aproveite o sistema em funcionamento, com vistas a reduzir a demora na prestação jurisdicional”.³⁹⁵

Nessa ótica, o gerenciamento judicial de casos se expressa de diversas maneiras, tais como:

a) na preparação, estruturação e organização eficiente de unidades judiciárias, por meio da adoção de técnicas diferenciadas de gestão de passivos judiciais e de triagem de demandas, de controle do fluxo de rotinas internas das secretarias judiciárias e de divisão de trabalho entre os serventuários e o juiz;³⁹⁶

b) na instituição e profissionalização de funções de apoio ao magistrado na consecução de atividades não-jurisdicionais e na realização de atos processuais

³⁹⁴ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

³⁹⁵ GONÇALVES, Gláucio Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 66, p. 296, jan./jun. 2015.

³⁹⁶ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141.

ordinários, a fim de reduzir os “tempos mortos” dos processos judiciais, liberar o juiz de atribuições burocráticas e permitir que ele se concentre na análise detida dos casos concretos – é o que já ocorre, por exemplo, em países como Espanha, onde a antiga “secretaria judicial” foi substituída pelo chamado “escritório judicial” (*oficina judicial*); Alemanha, onde houve a criação de funções de administração judicial (*Rechtspfleger*);³⁹⁷ e EUA, onde os assessores de determinados juizes, chamados de *clerks*, auxiliam na realização de pesquisas jurídicas, na redação de minutas e peças decisórias, e exercem o papel de liderança no desenvolvimento e na implementação de planos estratégicos para o alcance de objetivos institucionais dos tribunais.³⁹⁸

c) na utilização de técnicas de planejamento e gerenciamento da tramitação, do custo e do tempo dos processos judiciais;

d) no emprego de métodos de profissionalização da gestão e do aproveitamento dos recursos humanos, materiais e tecnológicos já existentes nos órgãos judiciários;

e) na simplificação de burocracias internas e flexibilização das solenidades e formalidades para a prática de atos processuais;

f) na possibilidade de escolha de procedimentos específicos de condução de processos judiciais (chamados de “circuitos processuais”), com vistas a uma melhor adequação do rito à natureza do direito material em discussão, assim como para autorizar mudança e readequação do procedimento caso se perceba que o rito escolhido não foi o mais adequado (previsão de “pontes de passagem” de um circuito processual para outro);³⁹⁹

g) na previsão de instrumentos jurídicos de direção e condução compartilhada do procedimento entre as partes e o juiz, a partir de uma concepção cooperativa, colaborativa, policêntrica e comunitária de processo – no Brasil, o CPC abarca essa ideia, ao prever, dentre outros, a cláusula geral de atipicidade dos negócios jurídicos processuais (ou convenções de procedimento) (artigo 190), o calendário

³⁹⁷ NUNES, Dierle José Coelho; FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. Por um paradigma democrático de processo. In: DIDIER JR., Fredie. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Segunda série. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 175.

³⁹⁸ LANDE, John. How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts' Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and Other Elements Needed to Administer Justice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 215-216, 2006, tradução nossa.

³⁹⁹ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 153-155.

processual (artigo 191) e o despacho do saneamento e da organização do processo em conjunto com as partes (artigo 357);

h) na ampliação da utilização nos órgãos judiciários de métodos extrajurisdicionais e de meios adequados de solução de controvérsias (*alternative dispute resolution*) – tais como a mediação, conciliação e arbitragem –, bem como de técnicas de antecipação, prevenção e desjudicialização de conflitos.

Assim sendo, na perspectiva do *judicial case management*, o magistrado assume a tarefa de gerir o conflito em regime de cooperação com as partes, cujo objetivo é distribuir a prestação jurisdicional de forma mais eficiente, mais planejada, menos morosa e com menor custo.

O papel do juiz e dos advogados é cooperar na condução dos litígios para que se alcance a solução mais adequada, por meio do incentivo ao emprego de ferramentas “alternativas” de solução de disputas pelas partes. Preferencialmente, é recomendável que a direção do processo de acerto do direito material ocorra pela flexibilização do procedimento e pela adequação de institutos processuais à complexidade do conflito e às necessidades do caso concreto. O escopo é assegurar, para cada causa, um rito específico que seja capaz de fornecer a solução mais adequada.

No caso do magistrado, o desafio é atuar como um administrador e conciliador dos interesses e pretensões múltiplos envolvidos no caso concreto,⁴⁰⁰ a fim de, em conjunto com as partes, equilibrar as nuances fáticas e aplicar o direito de modo com que a resolução da controvérsia seja mais planejada, eficiente, tempestiva e menos onerosa econômica e psicologicamente para os sujeitos em conflito.

Todavia, para os objetivos do presente trabalho, importa estudar mais detidamente de que maneira a implantação e a difusão do *judicial case management* estão correlacionadas com a transformação e a ampliação das funções dos atores processuais – advogados e juízes – que intermedeiam a composição das controvérsias.

Em outras palavras, a finalidade é examinar de que forma o gerenciamento judicial de casos consiste em uma técnica de implantação dos meios adequados de solução de disputas.

3.6.1 A experiência do *judicial case management* nos EUA e no Canadá

⁴⁰⁰ LANDE, John. How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts' Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and Other Elements Needed to Administer Justice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 215-216, 2006, tradução nossa.

Nos EUA, Julie Macfarlane e John Manwaring ressaltam que os advogados estão seriamente envolvidos na prática de atividades como planejamento (*planning*), prevenção (*prevention*) e negociação (*settlement*) de conflitos. Para tanto, eles procuram estruturar e organizar racionalmente a escolha sobre qual será a forma adotada para a solução da controvérsia, dentre as várias possíveis, com o objetivo, inclusive, de reduzir os custos dos serviços judiciários para os seus clientes.⁴⁰¹

Na mesma linha, Thomas Stipanowich aduz que, nos últimos vinte e cinco anos, é possível verificar mudanças significativas na forma com que os advogados americanos lidam com os conflitos, por meio do desenvolvimento de estratégias e ferramentas aptas a fornecer aos seus clientes uma opção de solução mais eficiente, mais rápida, mais barata e mais satisfatória aos seus interesses.⁴⁰²

No contexto atual, cabe aos advogados não apenas determinar a estratégia que melhor serve para atender aos interesses dos seus clientes, como também definir qual o método ou procedimento se conforma às necessidades dos seus constituídos – inclusive com a possibilidade de criar mecanismos de solução de disputas a depender das exigências do caso concreto.⁴⁰³

Marc Galanter afirma que a prevalência da solução negociada (*settlement*) em vez da adjudicação (*adjudication*) é o reflexo da preferência das partes pela possibilidade de assegurar, por intermédio de acordos ou convenções, os resultados que lhes sejam mais previsíveis, evitando os custos e os riscos de prosseguir com o caso até o julgamento.⁴⁰⁴

A opção pela judicialização da contenda não é a única e nem tampouco a preferencial, pois a finalidade do advogado é buscar o meio mais adequado e menos oneroso para as partes envolvidas – o que, na maioria das vezes, significa antecipar, prevenir, negociar e resolver a controvérsia de forma extrajudicial, se possível por meio

⁴⁰¹ MACFARLANE, Julie; MANWARING, John. Reconciling Professional Legal Education with the Evolving (Trialless) Reality of Legal Practice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 254, 267, 2006, tradução nossa.

⁴⁰² STIPANOWICH, Thomas J. ADR and the “Vanishing Trial”: The Growth and Impact of “Alternative Dispute Resolution”. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 843-844, November 2004, tradução nossa.

⁴⁰³ PATTERSON, Roger J. Dispute Resolution in a World of Alternatives. *Catholic University Law Review*, The Catholic University of America, Columbus School of Law, Volume 37, Issue 3, p. 591, Spring 1988, tradução nossa.

⁴⁰⁴ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 515-516, November 2004, tradução nossa.

do consenso. A antiga cultura da prevalência da “advocacia de tribunal” (*trial advocacy*) é substituída por uma postura de fortalecimento da prática jurídica focada na consensualidade.

Paralelamente, Marc Galanter constata também a ocorrência de uma mudança do padrão de comportamento dos magistrados americanos, os quais, de uma concepção anacrônica de meros prolores de decisões heterônomas e condutores solitários dos *trials*, passaram a exercer o papel dinâmico de incentivadores permanentes do consenso e de participantes ativos na busca pela autocomposição das partes. Verifica-se um contexto no qual emerge a figura do juiz como mediador (*mediator*) de causas cíveis,⁴⁰⁵ ou, em outras palavras, o “juiz de tribunal” (*trial judge*) é preterido em favor do “juiz negociador” (*settlement judge*).⁴⁰⁶

Ao contrário do que ocorria no passado, o papel do juiz não se resume ao enquadramento de disputas (*frame disputes*) e à solução dos conflitos com base em padrões legais fechados (*legal standards*). Atualmente, é desejável que o magistrado não se coloque em uma posição passiva, mas, diferentemente, exerça uma postura ativa na intermediação do consenso e no gerenciamento dos casos, inclusive na fase preventiva (*pretrial case management*).⁴⁰⁷

É comum que juízes, conjuntamente com advogados, estimulem o accertamento dos interesses e o ajuste das pretensões como uma forma de gestão do conflito pelas próprias partes, celebrando abertamente os resultados advindos de uma composição negociada.⁴⁰⁸ Não por outra razão, o compromisso assumido pelo juiz de buscar a solução negociada do conflito e de utilizar as formas alternativas de solução de disputas, em colaboração com as partes, é classificado por Judith Resnik como um gerenciamento criativo de processos judiciais (*creative judicial management*).⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ GALANTER, Marc. The emergence of the judge as a mediator in civil cases. *Judicature*, Duke University School of Law – Duke Law Center for Judicial Studies, Volume 69, Number 5, p. 257-262, February-March, 1986, tradução nossa.

⁴⁰⁶ GALANTER, Marc. A settlement judge, not a trial judge: judicial mediation in the United States. *Journal of Law and Society*, Cardiff University Law School, Volume 12, Number I, p. 1-18, Spring 1985, tradução nossa.

⁴⁰⁷ MOLOT, Jonathan T. An old judicial role for a new litigation era. *The Yale Law Journal*, Yale Law School, Volume 113, p. 29, 2003, tradução nossa.

⁴⁰⁸ RESNIK, Judith. Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 821, November 2004, tradução nossa.

⁴⁰⁹ RESNIK, Judith. Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 10, Number 2, p. 221, 1995, tradução nossa.

Nesse cenário, os processos de negociação e litigância são tão próximos que Marc Galanter chega a utilizar o neologismo *litigotiation* (*litigation* + *negotiation*) para identificar a estratégia dos magistrados de resolver as disputas com o auxílio de soluções negociadas (*negotiated settlement*), em detrimento da utilização do *trial* e da decisão adjudicatória precedida de ampla instrução probatória na esfera judicial (*full-blown adjudication*).⁴¹⁰

A *litigotiation* descreve a estratégia de buscar o acordo por meio da mobilização da estrutura judiciária.⁴¹¹ A negociação e o consenso são encorajados pelos tribunais como uma condição de eficiência na administração judicial.⁴¹²

A presunção é a de que as partes possuem as condições e informações necessárias e suficientes para a composição da controvérsia e, por essa razão, podem alcançar por seus próprios meios a solução mais apropriada, mais rápida e menos onerosa de acordo com as particularidades do caso concreto. A ideia é empoderar as partes para decidir o imbróglio por meio da negociação.⁴¹³

Edmund Ludwig, com certo exagero, chega a afirmar que o julgamento adjudicatório (*trial*) tornou-se um “luxo social” (*societal luxury*). Segundo o autor, os juízes americanos estão sujeitos a um treinamento especializado que visa a ensiná-los a maneira de atuar como facilitadores de acordos a serem celebrados o mais rápido possível, e também como gestores de casos (*case managers*) que direcionam as partes para uma solução não-adjudicatória (*non-trial resolution*).⁴¹⁴

Com efeito, essa transformação do papel do juiz é o resultado da ascensão de uma ideologia judicial que estimula o gerenciamento ativo de processos judiciais, incentiva a promoção constante de acordos e questiona a adjudicação como o método que produzirá o resultado mais adequado para a controvérsia. A função primária dos

⁴¹⁰ GALANTER, Marc. A settlement judge, not a trial judge: judicial mediation in the United States. *Journal of Law and Society*, Cardiff University Law School, Volume 12, Number I, p. 1, Spring 1985, tradução nossa.

⁴¹¹ GALANTER, Marc. Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach about Legal Process. *Journal of Legal Education*, Association of American Law Schools, Volume 34, Number 2, p. 268, 1984, tradução nossa.

⁴¹² GALANTER, Marc. The emergence of the judge as a mediator in civil cases. *Judicature*, Duke University School of Law – Duke Law Center for Judicial Studies, Volume 69, Number 5, p. 256, February-March, 1986, tradução nossa.

⁴¹³ HOGAN, Michael R. Judicial settlement conferences: empowering the parties to decide through negotiation. *Willamette Law Review*, Willamette University College of Law, Volume 27, p. 429-462, Summer 1991, tradução nossa.

⁴¹⁴ LUDWIG, Edmund V. The Changing Role of the Trial Judge. *Judicature*, Duke University School of Law – Duke Law Center for Judicial Studies, Volume 85, Number 5, p. 253, March-April, 2002, tradução nossa.

tribunais não é tanto a enunciação e aplicação de normas públicas, mas sim a facilitação da resolução das disputas.

Uma boa parte dos juízes americanos absorveu a alteração ideológica, compreendendo que o seu trabalho principal é atuar como um sujeito intermediador da solução do conflito, e não apenas como um condutor da causa para o julgamento.

Com isso, os órgãos judiciários pluralizaram as formas de solução das controvérsias, implantando a noção de que existe mais de uma maneira de tratar as disputas – além da jurisdicional.⁴¹⁵ Nessa perspectiva, os *alternative dispute resolution* são utilizados como um mecanismo de auxílio no gerenciamento do estoque de casos em tramitação e pendentes de solução.⁴¹⁶

De acordo com Marc Galanter, essa é a visão dominante desde a década de 1970, tendo sido ideologicamente implantada como uma política pública institucional de administração das cortes federais americanas, independentemente de opiniões isoladas, crenças subjetivas ou preferências de juízes, advogados, litigantes, políticos, acadêmicos ou meios de comunicação.

A assunção pelos magistrados do papel de promotores de acordos (*promoters of settlement*), solucionadores de problemas (*problem-solvers*) e gestores de casos (*case managers*), além de prolores de decisões adjudicatórias (*adjudicators*), foi fruto de pressão institucional dos tribunais ocorrida em meados do século XX, como decorrência da fiscalização do desempenho abaixo do esperado dos órgãos judiciários no gerenciamento do passivo de processos judiciais (*caseload*).

O incentivo à realização de acordos, a ênfase do papel do juiz como mediador, a consolidação do *judicial case management* e o estímulo ao emprego de técnicas de prevenção e de solução extrajudicial de conflitos consistem em aspectos de uma política pública que visa a tornar o Judiciário americano mais eficiente e menos moroso. Essa política pública está consolidada, dentre outros diplomas legais, no artigo dezesseis do *Federal Rules of Civil Procedure* (Regras Federais de Processo Civil, em

⁴¹⁵ GALANTER, Marc. A World Without Trials? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 16-21, 2006, tradução nossa; GALANTER, Marc. A settlement judge, not a trial judge: judicial mediation in the United States. *Journal of Law and Society*, Cardiff University Law School, Volume 12, Number I, p. 14, Spring 1985, tradução nossa.

⁴¹⁶ LUDWIG, Edmund V. A Judge's View: The trial/ADR interface. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association Section of Dispute Resolution, Volume The Vanishing Trial, p. 11-12, Summer 2004, tradução nossa.

tradução livre), com as emendas de 1983 e 1993,⁴¹⁷ e no *Civil Justice Reform Act* (Lei de Reforma da Justiça Civil, em tradução livre), de 1990.⁴¹⁸

Na América do Norte, essa realidade não se limita às fronteiras dos EUA. Julie Macfarlane e John Manwaring relatam que, também no Canadá, as reformas recentes do sistema de justiça civil impactaram na prática legal (*legal practice*) e na educação jurídica (*professional legal education*), criando uma estrutura extensa de métodos e técnicas judiciais e extrajudiciais de solução de disputas. Em Ontário, desde o relatório *Ontario Civil Review* de 1994-1995 sobre os custos e atrasos do sistema de justiça civil, e em Toronto e Ottawa, foram implantados programas de mediação obrigatória (*mandatory mediation*) em causas cíveis e de família.

De forma geral, no Canadá estão consolidadas determinações políticas e programas judiciais de gerenciamento de casos destinados a atribuir aos juízes um importante papel de gestores e de facilitadores de consenso. Acredita-se que é possível ampliar a acessibilidade dos cidadãos ao sistema de justiça civil, ao mesmo tempo em que se promove o aumento da eficiência e desempenho dos órgãos judiciários.⁴¹⁹

Enfim, a conjugação da ideia do “juiz gestor” (*managerial judge*) com a difusão do movimento de pluralidade das técnicas de solução de disputas implicou a

⁴¹⁷ Marc Galanter explica que, em 1983, o artigo 16 do *Federal Rules of Civil Procedure* (Regras Federais de Processo Civil, em tradução livre) foi objeto de emenda como uma resposta às críticas de que a audiência preliminar (*pretrial conference*) teria se tornado ineficiente e ineficaz. A regra foi revista para atribuir ao juiz um maior controle no gerenciamento da fase pré-processual (*pretrial management*), com o objetivo de conferir maior celeridade à tramitação e extinção das causas. Também foram expandidos os procedimentos de negociação extrajudicial e as técnicas de facilitação de acordos, incluindo a previsão de institutos como os “julgamentos simplificados” (*mini-trials*), os “julgamentos sumários” (*summary trials*), a mediação (*mediation*), a arbitragem não-vinculante (*nonbinding arbitration*) e a “avaliação neutra” (*neutral evaluation*) (GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 520, November 2004, tradução nossa).

⁴¹⁸ Conforme explica Marc Galanter, o *Civil Justice Reform Act* (Lei de Reforma da Justiça Civil, em tradução livre), de 1990, estabelece que as cortes devem adotar um planejamento tendente à redução dos custos e dos atrasos, como forma de aperfeiçoamento do processo de litigância. Dentre outros fatores, a cada tribunal compete o emprego de audiências de gerenciamento do processo (*case management conferences*), o estímulo às possibilidades de acordo e a utilização apropriada de métodos “alternativos” de solução de disputas, tais como a mediação (*mediation*), o “julgamento simplificado” (*mini-trial*) e o “julgamento sumário” (*summary trial*) (GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 520, November 2004, tradução nossa; GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: What the numbers tell us, what they may mean. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association, Volume Summer 2004, p. 5, 2004, tradução nossa).

⁴¹⁹ MACFARLANE, Julie; MANWARING, John. Reconciling Professional Legal Education with the Evolving (Trialless) Reality of Legal Practice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 257, 2006, tradução nossa.

transformação do papel do magistrado na condução das causas cíveis,⁴²⁰ sendo considerada como uma das causas do declínio histórico do número de *trials*.

Além da função precípua de julgar, o juiz passa a desempenhar um papel de gerenciamento do serviço público jurisdicional, em prol da concretização de uma justiça substancial (*substantive justice*) em prol de partes que necessitam mais de uma solução autônoma e menos de uma adjudicação heterônoma. A negociação e o consenso são capazes de produzir decisões mais justas e qualificadas, e não apenas eficientes.⁴²¹

Ao comentar sobre essa redefinição do trabalho do juiz, Judith Resnik, com enfoque no estudo sobre o gerenciamento e acertamento negociado de causas cíveis, destaca que a função judicial gerencial (*managerial judging*) resulta na diminuição da distância entre o juiz e as partes,⁴²² reforçando a cidadania e a democracia. Por esse motivo, Stuart Hampshire afirma que uma administração hábil de conflitos é considerada como uma das maiores habilidades humanas.⁴²³

3.6.2 A experiência do *judicial case management* na Inglaterra após as *Woolf Reforms* e as *Jackson Reforms*

Além dos EUA e do Canadá, também na Europa – sobretudo no âmbito do Reino Unido – é possível verificar uma ampla expansão do *judicial case management* em prol da adoção dos *alternative dispute resolution*.

De fato, foram na Inglaterra e no País de Gales, principalmente após as *Woolf Reforms* (Reformas Woolf, em tradução livre), que a ideia do *judicial case management* se propagou de forma notável. A necessidade de melhor gerenciamento da litigância – e da fase pré-litigância – foi, sem dúvidas, uma das maiores preocupações das *Woolf Reforms*.⁴²⁴

⁴²⁰ ROBINSON, Peter. Adding Judicial Mediation to the Debate about Judges Attempting to Settle Cases Assigned to Them for Trial. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Number 2, p. 352, 2006, tradução nossa.

⁴²¹ MENKEL-MEADOW, Carrie. For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 33, p. 504-512, 1985, tradução nossa.

⁴²² RESNIK, Judith. Managerial judges. *Harvard Law Review*, Harvard Law School, Volume 96, p. 374-448, 1982, tradução nossa.

⁴²³ HAMPSHIRE, Stuartigo. *Justice is conflict*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 35, tradução nossa.

⁴²⁴ FENN, Paul; RICKMAN, Neil; VENCAPPA, Dev. *The impact of the Woolf reforms on costs and delay*. Nottingham: Nottingham University Business School, Centre for Risk and Insurance Studies, March 2009, p. 2-4, tradução nossa.

De acordo com Neil Andrews, as *Woolf Reforms*, ao outorgarem amplos poderes de gerenciamento do desenvolvimento de causas cíveis aos juízes, ocasionaram uma alteração fundamental no sistema processual inglês.

Historicamente, vigorava na Inglaterra uma ideia de evitar o gerenciamento judicial da fase pré-julgamento (*pre-trial judicial management*). Por essa razão, as modificações provocadas pelas Reformas Woolfs pretenderam uma verdadeira mudança da cultura inglesa de litigância praticada nos tribunais, migrando de um estilo antagonista (*antagonistic style*) para uma ética mais cooperativa (*more co-operative ethos*) e conciliatória (*conciliatory*).⁴²⁵

A ideia era a de que a cultura de litigância (*litigation culture*) sofresse mudanças radicais direcionadas a substituir o tradicional modelo adversarial por um sistema de gerenciamento de litígios,⁴²⁶ na busca pela implantação de uma cultura de autocomposição (*culture of settlement*).⁴²⁷ A partir da superação da tradição do excessivo “adversarialismo” (*excessive adversarialness*)⁴²⁸ e da transformação da cultura adversarial (*transformation of the adversary culture*), tornava-se possível a materialização de um processo mais colaborativo (*colaborative*) e com menor grau de competitividade (*competitiveness*).⁴²⁹

As *Woolf Reforms*, ocorridas no final do século XX, consistem na mais importante reestruturação do sistema jurídico-processual civil inglês. Elas foram idealizadas pelo Lord Harry Woolf, após convocação do Lord Chancellor no dia 28 de março de 1994, e estão registradas em dois relatórios, a saber: o Relatório Interino (*Interim Report*), entregue em junho de 1995,⁴³⁰ e o Relatório Final (*Final Report*),

⁴²⁵ ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England*. Berlin: Springer, 2012, p. 1-2, tradução nossa.

⁴²⁶ WATSON, Garry D. From an adversarial to a managed system of litigation: a comparative critique of Lord Woolf's Interim Report. In: SMITH, Roger (Ed.). *Achieving Civil Justice: Appropriate Dispute Resolution for the 1990s*. London: Legal Action Group, 1996, p. 63-65, tradução nossa.

⁴²⁷ ANDREWS, Neil. The Modern Civil Process in England: Links Between Private and Public Forms of Dispute-Resolution. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 791, tradução nossa.

⁴²⁸ MARCUS, Richard L. ‘Déjà Vu All Over Again’? An American Reaction to the Woolf Report. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Ed.). *Reform of Civil Procedure: Essays on ‘Access to Justice’*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 222, tradução nossa.

⁴²⁹ MENKEL-MEADOW, Carrie. Will managed care give us access to justice? In: SMITH, Roger (Ed.). *Achieving Civil Justice: Appropriate Dispute Resolution for the 1990s*. London: Legal Action Group, 1996, p. 100, tradução nossa.

⁴³⁰ WOOLF, Harry. *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: Woolf Inquiry Team, June 1995, 266 p., tradução nossa.

entregue em julho de 1996.⁴³¹ As proposições formuladas nesses relatórios foram consolidadas na lei intitulada de *Civil Procedure Rules – CPR* (Normas de Procedimento Civil, em tradução livre), publicada no ano de 1998.

O escopo principal das reformas, nos moldes solicitados pelo *Lord Chancellor*, era a proposição de alterações substanciais nas normas e procedimentos cíveis dos tribunais da Inglaterra e do País de Gales. O objetivo geral era o aperfeiçoamento do acesso à justiça por meio da redução das desigualdades, custos, morosidade e complexidade da litigância civil, assim como do melhoramento da certeza e da previsibilidade dos prazos e dos custos da litigância.⁴³²

Os pilares das *Woolf Reforms* podem ser assim descritos:

- a) o aperfeiçoamento do acesso à justiça e a redução dos custos da litigância (*to improve access to justice and reduce the cost of litigation*);
- b) a redução da complexidade das regras e a modernização da terminologia (*to reduce the complexity of the rules and modernise terminology*);
- c) a remoção de distinções desnecessárias entre a prática e o procedimento (*to remove unnecessary distinctions of practice and procedure*).⁴³³

Um dos propósitos das *Woolf Reforms* era instituir uma alteração de cultura jurídica de tratamento de resolução de conflitos, por meio da qual as pessoas seriam encorajadas a provocar a jurisdição e os procedimentos nos tribunais apenas como um último recurso (*last resort*). A proposta é que a judicialização da controvérsia ocorra apenas depois de terem sido esgotados os outros meios disponíveis e mais apropriados de solução de disputas, de natureza preventiva, consensual e extrajudicial.⁴³⁴

Nesse contexto, o novo panorama jurídico-processual engendrado pelas reformas possuía as seguintes características:

- a) a litigância será evitada sempre que for possível (*litigation will be avoided wherever possible*);
- b) a litigância será menos adversarial e mais cooperativa (*litigation will be less adversarial and more co-operative*);
- c) a litigância será menos complexa (*litigation will be less complex*);

⁴³¹ WOOLF, Harry. *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: The Stationery Office, July 1996, 370 p., tradução nossa.

⁴³² WOOLF, Harry. *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: Woolf Inquiry Team, June 1995, p. 26-27, tradução nossa.

⁴³³ WOOLF, Harry. *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: Woolf Inquiry Team, June 1995, Introduction, tradução nossa.

⁴³⁴ WOOLF, Harry. *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: The Stationery Office, July 1996, p. 4, tradução nossa.

d) os prazos da litigância serão mais curtos e certos (*the timescale of litigation will be shorter and more certain*);

e) os custos da litigância serão mais acessíveis, mais previsíveis, e mais proporcionais ao valor e à complexidade dos casos individuais (*the cost of litigation will be more affordable, more predictable, and more proportionate to the value and complexity of individual cases*);

f) as partes com recursos financeiros limitados terão condições de participar da litigância com maiores igualdades de condições (*parties of limited financial means will be able to conduct litigation on a more equal footing*);

g) haverá um claro alinhamento acerca da responsabilidade judicial e administrativa no sistema da justiça civil (*there will be clear lines of judicial and administrative responsibility for the civil justice system*);

h) a estrutura dos tribunais e o desenvolvimento dos juízes serão designados para atender às necessidades dos litigantes (*the structure of the courts and the deployment of judges will be designed to meet the needs of litigants*);

i) os juízes serão desenvolvidos de forma efetiva a ponto de possibilitá-los o gerenciamento da litigância de acordo com as novas regras e protocolos (*judges will be deployed effectively so that they can manage litigation in accordance with the new rules and protocols*);

j) o sistema de justiça civil estará atento às necessidades dos litigantes (*the civil justice system will be responsive to the needs of litigants*).⁴³⁵

Lord Harry Woolf ressalta ainda que as mudanças sugeridas visavam a ampliar e a aprimorar a garantia do acesso à justiça, a fim de que a resposta jurisdicional fosse concomitantemente precisa (*just*); justa (*fair*); proporcional (*proportionate*) aos custos, procedimentos e à natureza das questões envolvidas; razoavelmente célere (*reasonable speed*); compreensível (*understandable*) aos usuários; responsiva às necessidades (*responsive to the needs*) dos usuários; capaz de gerar certeza e previsibilidade (*certainty*); e efetiva (*effective*), considerando uma organização adequada dos recursos disponíveis.⁴³⁶

Para a consecução dos seus escopos, as *Woolf Reforms* implantaram mudanças profundas no sistema de justiça civil inglês, englobando aspectos como: a) a

⁴³⁵ WOOLF, Harry. *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: The Stationery Office, July 1996, p. 4-9, tradução nossa.

⁴³⁶ WOOLF, Harry. *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: Woolf Inquiry Team, June 1995, p. 2-3, tradução nossa.

criação de “circuitos processuais” (*tracks*); b) o incentivo ao emprego dos meios adequados de solução de conflitos (*alternative dispute resolution*); c) o estímulo à utilização de mecanismos de prevenção e de antecipação da resolução da controvérsia antes da sua judicialização (*pre-litigation resolution*); d) a institucionalização de técnicas de gerenciamento judicial de casos (*judicial case management*); e) o reforço da fase de atividades pré-processuais (*pre-action phase*) de divulgação de documentos (*disclosure of documents*), de preparação de evidências fáticas pelas partes (*party preparation of factual evidence*) e de produção de provas em audiências preliminares (*evidence at pre-trial hearings*).⁴³⁷

No que importa aos objetivos deste trabalho, cumpre examinar de que maneira o sistema processual civil inglês, após as *Woolf Reforms*, criou alternativas de adequação das ferramentas de solução dos conflitos, particularmente por meio do gerenciamento judicial de casos.

De acordo com *Lord Harry Woolf*, o gerenciamento de casos (*case management*) é uma questão crucial para a efetiva implantação das reformas da legislação processual civil inglesa. Por intermédio dele, outorga-se ao juiz a prerrogativa de alocação das demandas em diferentes “circuitos processuais” (*tracks*), de acordo com as peculiaridades dos casos concretos.

Com isso, torna-se possível oferecer às partes a forma apropriada de resolução da disputa, não apenas a partir do estímulo à autocomposição em uma fase antecipada da instauração do litúgio, como também considerando a criação de ferramentas assecuratórias da razoável duração do processo, nas hipóteses em que o julgamento adjudicatório é inevitável.⁴³⁸

Érico Andrade explica que os “circuitos processuais” denotam a possibilidade de flexibilização do procedimento a fim de adequá-lo à natureza do direito material em discussão. Assim, os “circuitos processuais” são ritos específicos de condução de processos judiciais, os quais são escolhidos após a judicialização da controvérsia considerando as necessidades do caso concreto.⁴³⁹ A premissa é a de que os *tracks* possibilitam que diferentes casos sejam tratados de forma também diferente.⁴⁴⁰

⁴³⁷ ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England*. Berlin: Springer, 2012, p. 8-23, tradução nossa.

⁴³⁸ WOOLF, Harry. *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: Woolf Inquiry Team, June 1995, p. 12, 29-30, tradução nossa.

⁴³⁹ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FÁRIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey,

Na Inglaterra, as *Woolf Reforms* culminaram na criação de três circuitos processuais, denominados de *small claims track* (ou *small claims jurisdictions*), *fast track* e *multi-track*. Eles são definidos pelo juiz, com a colaboração das partes, por ocasião da realização de audiências de gerenciamento do caso (*management conferences*). Os critérios adotados para a escolha do rito são, basicamente, a complexidade da causa e o valor econômico envolvido no litígio.

A *small claims track* é o procedimento mais adequado para casos de baixa complexidade e valor econômico reduzido, e que estejam inseridos na competência de juízes próprios para lidar com “pequenas causas” (*small claims jurisdiction*).

Já a *fast track* retrata o rito apropriado para o tratamento de casos de valor baixo e simples, mas que não se enquadram nos limites da competência dos juízos de “pequenas causas” (*small claims*). A finalidade da *fast track* é proporcionar um procedimento rápido, simplificado, com custos fixos e com limites à produção probatória – sobretudo no que se refere ao *discovery* e à prova oral.

Por seu turno, o *multi-track* visa a abranger uma ampla gama de litígios que reclamam a adoção de variados métodos de gerenciamento judicial. Com isso, o *multi-track* é utilizado em uma grande quantidade de casos que possuem um nível elevado de complexidade, importância, valor financeiro em discussão ou significativo interesse público. Ele também é recomendável para as causas que demandam uma atuação gerencial mais completa, inclusive com a condução do procedimento por grupos de magistrados.⁴⁴¹

A escolha dos ritos (*tracks*) pelo juiz, em cooperação com as partes, é concebida como uma atribuição relevante dentro da esfera do gerenciamento do caso. É por esse motivo que, na visão de Lord Harry Woolf, o gerenciamento judicial de casos é uma ferramenta importante para fornecer às partes os meios apropriados para a solução de suas disputas, auxiliando-as a alcançar situações de acordo o mais rápido possível.

2011, p. 153-155. O autor acrescenta ainda que, também na França, existem os “circuitos processuais”, assim descritos: a) *circuit court*, apropriado para causas simples que permitam a prolação de uma sentença imediatamente após a apresentação da defesa do réu; b) *circuit moyen*, adequado para causas que não podem ser decididas de imediato depois de apresentada a defesa do réu, tendo em vista a necessidade de designação de uma segunda audiência; c) *circuit long*, recomendável para causas complexas que exijam dilação probatória testemunhal ou pericial.

⁴⁴⁰ ARMSTRONG, Nick. Making Tracks. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Ed.). *Reform of Civil Procedure: Essays on ‘Access to Justice’*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 97-98, tradução nossa.

⁴⁴¹ WOOLF, Harry. *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: Woolf Inquiry Team, June 1995, p. 34-53, tradução nossa; SMITH, Roger. The context. In: SMITH, Roger (Ed.). *Achieving Civil Justice: Appropriate Dispute Resolution for the 1990s*. London: Legal Action Group, 1996, p. 17-19, tradução nossa.

Ademais, o *case management* tem aptidão para estabelecer uma “igualdade de armas” (*equality of arms*) entre litigantes que possuem condições financeiras discrepantes.

Nessa seara, a finalidade precípua é que o *case management* seja um instrumento capaz de facilitar e encorajar uma autocomposição antecipada entre as partes, por meio da determinação prévia pelo juiz das questões controvertidas, da estipulação de prazos exíguos para a prática de atos processuais e do estímulo à negociação imediata considerando as ofertas do demandante.⁴⁴²

Segundo Lord Harry Woolf, os elementos essenciais do *case management* incluem, dentre outros, o estímulo ao emprego dos *alternative dispute resolution*; a assistência judicial para que as partes alcancem a autocomposição ou ao menos a concordância em algumas questões controvertidas; a identificação antecipada das questões passíveis de negociação e possível consenso; e a alocação do caso no circuito processual que lhe pareça o mais adequado.⁴⁴³

Em suma, o *case management* idealizado no âmbito das *Woolf Reforms* possui os seguintes objetivos específicos:

a) a obtenção de uma autocomposição antecipada (*early settlement*), nos casos em que isso seja possível;

b) o direcionamento de casos para métodos “alternativos” de resolução de disputas (*alternative methods for the resolution of the dispute*), quando isso se mostre provavelmente mais benéfico;

c) o encorajamento a uma postura de cooperação entre as partes (*spirit of co-operation between the parties*) e o combate a um alto nível de litigiosidade entre elas que seja capaz de produzir custos e demora adicionais desnecessários;

d) a identificação e a melhor delimitação das questões controvertidas (*issues*) para que se obtenha uma preparação do caso mais adequada;

e) a condução do caso para julgamento (*trial*) da forma mais célere e barata possíveis, nos casos em que a autocomposição não tenha sido alcançada.⁴⁴⁴

Além das *Woolf Reforms*, outro movimento de reforma do sistema processual civil inglês também teve importância significativa na reformulação do tratamento dos conflitos cíveis. Cuida-se das recentes reformas conhecidas como

⁴⁴² WOOLF, Harry. *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: Woolf Inquiry Team, June 1995, p. 13, 26-27, tradução nossa.

⁴⁴³ WOOLF, Harry. *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: The Stationery Office, July 1996, p. 18-19, tradução nossa.

⁴⁴⁴ WOOLF, Harry. *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: Woolf Inquiry Team, June 1995, p. 29-30, tradução nossa.

Jackson Reforms (Reformas Jackson, em tradução livre), propostas pelo Sir Rupert Jackson nos anos de 2009 e 2010.

Embora o foco maior das *Jackson Reforms* tenha se concentrado no combate aos altos custos da litigância, não há dúvidas de que elas foram importantes também para sistematizar as críticas relacionadas à complexidade dos procedimentos. Com os objetivos de assegurar maior celeridade, maior simplicidade e menor custos, as Reformas Jackson contribuíram para criar maiores oportunidades de acesso à justiça considerando a importância de melhor equacionamento dos custos da litigância.⁴⁴⁵

John Sorabji ressalta que as *Jackson Reforms*, na mesma linha das *Woolf Reforms*, tiveram o mérito de propor alternativas para a redução dos custos e da demora no âmbito da litigância, a fim de proporcionar melhores condições aos tribunais para o exercício das suas funções constitucionais de aplicação de direitos (*enforcing rights*) e proteção do Estado de Direito (*rule of law*). Com isso, essas reformas foram imprescindíveis para ampliar o acesso à justiça para aqueles que não reúnem os recursos ideais para a reivindicação judicial de seus direitos, de maneira a contribuir para a formação de um sistema de justiça mais distributivo (*distributive justice*).⁴⁴⁶

Portanto, tanto as *Jackson Reforms* como as *Woolf Reforms* favoreceram a implantação, na Inglaterra e no País de Gales, de um sistema judicial de resolução de conflitos mais racional e voltado para a concretização de uma justiça substantiva (*substantive justice*). O objetivo das reformas era claro: satisfazer a necessidade de uma completa mudança na cultura da litigância e na forma de gerenciamento dos conflitos,⁴⁴⁷ a partir da migração de um modelo adversarial para um sistema cooperativo.

Para tanto, as reformas visaram à consolidação de um sistema jurídico-processual comprometido com a prevenção, antecipação e emprego de meios autocompositivos de resolução de disputas cíveis, evitando que as suas soluções dependam da conclusão de longos, caros e demorados processos judiciais.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ WARD, Richard; AKHTAR, Amanda. *Walker & Walker's English Legal System*. 11th edition, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 480-486, tradução nossa.

⁴⁴⁶ SORABJI, John. *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms: A Critical Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 1-3, tradução nossa.

⁴⁴⁷ SORABJI, John. *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms: A Critical Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 1-3, 25-30, tradução nossa.

⁴⁴⁸ Embora a maioria dos autores ingleses considere que as *Woolfs Reforms* foram benéficas ao sistema de resolução de disputas, elas não estão imunes a críticas. Michael Zander, por exemplo, enumera diversos motivos pelos quais, segundo ele, as reformas deveriam ser rejeitadas, tais como: a) elas desconsideram que a maior parte dos casos se resolve por meio de acordo e, por isso, prescindem de intervenção judicial; b) é improvável que a atribuição de um papel de gerenciamento aos tribunais implique o aumento da eficiência do sistema processual; c) o gerenciamento de casos por grupo de juízes é ineficiente; d) há

4 A CARACTERIZAÇÃO DO PROBLEMA: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO A MAIOR *REPEAT PLAYER* DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 Uma necessária ressalva: o recorte metodológico e a necessária adaptação do marco teórico à realidade brasileira

O presente capítulo é destinado à caracterização do *problema* da tese, consistente na constatação, por meio de dados estatísticos oficiais, de que a Administração Pública, somadas todas as suas esferas e níveis, é a maior litigante habitual na esfera cível do sistema jurídico brasileiro.

Para o enfrentamento do problema, optou-se por adotar, como *marco teórico*, a “tipologia das partes” e a “teoria da capacidade das partes” idealizadas pelo Professor Marc Galanter, da Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin (*University of Wisconsin Law School*), nos EUA.

É certo que a utilização de um marco teórico fundado no direito estrangeiro não é imune a críticas, e comumente se revela como uma tarefa audaciosa e complicada. As profundas diferenças de ordem jurídica, social, política, econômica e cultural, geralmente encontradas no estudo de países com distintas realidades e origens históricas, suscitam inúmeros desafios a serem confrontados pelo pesquisador.

Por esses motivos, faz-se necessário o apontamento de algumas ressalvas neste tópico, a fim de deixar claro qual é o *recorte metodológico* da tese.

O escopo do trabalho consiste em propor uma mudança da *cultura jurídica* relativamente ao tratamento que é atualmente conferido aos conflitos cíveis envolvendo a Administração Pública e os administrados. Não por outra razão, o problema a ser enfrentado diz respeito a uma *reflexão crítica* acerca da atuação da Administração Pública como a maior *repeat player* do sistema jurídico brasileiro no âmbito cível.

Portanto, o recorte metodológico está bem definido, qual seja: refletir, questionar, criticar, propor mudanças, sugerir alternativas e apresentar soluções relacionadas à necessidade de alteração da cultura jurídica de resolução de conflitos dos entes que compõem a Administração Pública, especificamente quando eles se

declínio de eficiência se o juiz e o advogado da fase pré-julgamento são os mesmos da fase adjudicatória; e) a realização de várias audiências de gerenciamento nos casos sujeitos ao *multi-track* é financeiramente custosa; f) não é correto presumir que os litigantes desejam que os juízes e tribunais assumam o controle do gerenciamento dos casos (MICHAEL, Zander. Why Lord Woolf's Proposed Reforms of Civil Litigation should be Rejected. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Ed.). *Reform of Civil Procedure: Essays on 'Access to Justice'*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 84-95, tradução nossa).

comportam como litigantes habituais em situações que se mostram abusivas, indevidas, desnecessárias ou dissonantes do sistema jurídico-processual.

A delimitação do recorte metodológico é importante por vários motivos.

Primeiramente, ela é importante para deixar assente que a Administração Pública não está impedida, a depender do contexto, de atuar processualmente como um *repeat player*. O problema ocorre quando há abusos dessa possibilidade, isto é, quando o comportamento da Administração Pública como litigante habitual ultrapassa as fronteiras jurídicas ou contribui desnecessariamente para o agravamento do cenário de crise da justiça. Essas situações serão melhor exemplificadas nos capítulos 6 (seis) e 7 (sete).

Em segundo lugar, a definição do recorte metodológico é relevante para assinalar que nem sempre a Administração Pública se comporta como um típico litigante habitual, como também nem todos os entes que a compõem atuam regularmente como *repeat players* – considerando os reflexos advindos desse comportamento processual repetitivo.

Há ocasiões, geralmente motivadas por fatores de ordem política ou jurídica, nas quais os entes que compõem a Administração Pública preferem evitar a presença frequente nos órgãos judiciários no bojo de demandas repetitivas. Também é possível que, por falta de aparato físico ou estrutura de pessoal, as procuradorias públicas não reúnam condições para arquitetar atuações estratégicas de longo prazo. Igualmente é plausível que, em determinadas situações, a Administração Pública não se beneficie do prolongamento da tramitação de processos judiciais, optando pela utilização de vias consensuais ou extrajudiciais de solução de disputas.

Portanto, o problema da tese se caracteriza, precisamente, quando a Administração Pública se comporta como um litigante habitual, de forma específica nas situações que se mostram abusivas, indevidas, desnecessárias ou dissonantes do sistema jurídico-processual.

Como decorrência dessa especificidade, a demarcação do recorte metodológico também é apropriada para pontuar, em terceiro lugar, que a presente tese não visa a “demonizar” os litigantes habituais, e nem tampouco a “vangloriar” os litigantes ocasionais. Sobretudo em países que estimulam a excessiva judicialização de conflitos – como é o caso do Brasil –, é seguro afirmar que nem todos os litigantes habituais se valem da inefetividade da jurisdição, como também existem litigantes ocasionais que se aproveitam de um padrão de litigiosidade massificada e repetitiva.

Como bem ressalta Daniel Carneiro Machado, a existência de litigantes habituais em uma sociedade de massas é inevitável e, certamente, “não é, em si, um mal”.⁴⁴⁹ É absolutamente natural e compreensível que as partes frequentemente presentes nos órgãos judiciários se comportem como típicos *repeat players*, a fim de maximizarem os seus ganhos em demandas seriais.

A propósito, não há nada de ilícito na formatação e no emprego de estratégias processuais de contencioso repetitivo, as quais envolvam a obtenção de potenciais proveitos econômicos de longo prazo. O direito permite o agir estratégico dos litigantes, sejam os habituais ou ocasionais, desde que, é claro, sejam respeitados os limites normativos, éticos e principiológicos.

Aliás, é inerente à própria atuação profissional dos advogados pensar e agir estrategicamente em prol dos interesses e pretensões dos seus representados. Portanto, não há qualquer conotação negativa ou pejorativa na menção à litigância estratégica dos *repeat players* ou dos *one-shotters*. Litigar estrategicamente não equivale a infringir a legislação. Dito de outro modo, a litigância estratégica é diferente da litigância temerária.

Por conseguinte, a reflexão crítica empreendida nesta tese não se projeta sobre os *repeat players* em si, os quais estão naturalmente presentes em um contexto de litigiosidade massificada, e nem tampouco sobre as suas estratégias processuais de longo prazo lícitamente exercidas.

Diversamente, os questionamentos se referem às eventuais situações de abusos verificadas quando os litigantes habituais buscam se aproveitar ilegitimamente do contexto de crise da justiça, da ineficiência do serviço público jurisdicional, ou da presumida vulnerabilidade dos litigantes ocasionais, com o objetivo de violar direitos de forma sistemática, inadimplir débitos ou postergar excessivamente o cumprimento de obrigações ou o pagamento de dívidas já reconhecidas administrativa ou judicialmente.

Dessa maneira, quando se busca refletir, nesta tese, acerca das potenciais vantagens usufruídas pelos litigantes habituais, pretende-se criticar particularmente o comportamento processual daqueles *repeat players* que abusam do exercício do direito de ação, provocando reiteradamente os órgãos judiciários de forma indevida e desnecessária. A crítica desenvolvida em face dos litigantes habituais pressupõe uma

⁴⁴⁹ MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 48.

situação de abusividade na atuação processual repetitiva, mormente quando é a Administração Pública a responsável pela prática temerária da litigância serial.

Não se desconhece que existem litigantes habituais – tanto na esfera pública ou privada – que divergem da ideia aparentemente corrente de que o contexto de crise da justiça pode lhes trazer vantagens. Para determinados *repeat players* brasileiros, a morosidade processual e a judicialização excessiva de controvérsias repetitivas não estão inseridas nas suas estratégias processuais.

Tanto é assim que no capítulo 6 (seis) desta tese será demonstrado que a expansão do emprego dos meios adequados de solução de conflitos, inclusive na esfera extrajudicial, vem se mostrando mais benéfica para a Administração Pública, a depender das peculiaridades da situação concreta.

Também na esfera privada, é cada vez mais usual a realização, por parte de sociedades empresárias tidas como litigantes habituais, de investimentos vultosos em políticas institucionais de prevenção de conflitos, de controle dos custos da litigância serial, de resolução de disputas fora do Judiciário e de emprego de meios consensuais de solução de controvérsias.⁴⁵⁰ Embora esse ainda não seja o cenário preponderante, existem sociedades empresárias privadas que, de fato, não se enquadram no conceito clássico de *repeat player*, e não se aproveitam de uma litigância estratégica repetitiva de maneira abusiva.

Por outro lado, é verdadeiro afirmar também que o sistema jurídico nacional guarda particularidades que permitem que os litigantes ocasionais, em certas ocasiões, também se beneficiem de forma temerária de um padrão de litigiosidade massificada e repetitiva. Em função do modelo brasileiro de estímulo à excessiva judicialização de controvérsias, é possível que *one-shotters*, geralmente patrocinados por advogados tendenciosos, sejam incentivados a praticar uma litigância serial desmedida e oportunista, inclusive com base em fatores de ordem estritamente econômica.

⁴⁵⁰ Como exemplo do esforço de determinados segmentos empresariais privados no emprego de meios consensuais de solução de controvérsias, cite-se o Termo de Cooperação Técnica n.º 006/2017 celebrado, em dezembro de 2017, pelo CNJ, Banco Central do Brasil e Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN). O mencionado termo visa ao aperfeiçoamento e incentivo ao uso do Sistema de Mediação Digital, desenvolvido pelo CNJ, a fim de facilitar a resolução consensual de conflitos entre cidadãos e instituições financeiras. Na sua cláusula primeira, está previsto que o aludido termo tem por objeto, dentre outros escopos, “o estímulo à resolução de conflitos de forma amigável nas causas pré-processuais e judiciais, e a redução das demandas judiciais relacionadas à relação entre o consumidor de serviços financeiros e as instituições financeiras do Sistema Financeiro Nacional” (Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/transparencia/acordos-terminos-e-convenios/acordos-de-cooperacao-tecnica/86037-termino-de-cooperacao-tecnica-n-006-2017>. Acesso em: 21 jan. 2018).

Uma série de fatores podem ser enumerados para exemplificar essa situação, tais como:

a) a forma de regulamentação dos honorários advocatícios sucumbenciais (artigo 85 do CPC), a qual estimula o ajuizamento de diversas demandas individuais por um mesmo advogado sobre idêntica situação de fato ou de direito;

b) paralelamente, a inexistência de uma estrutura da verba honorária de sucumbência que incentive o ajuizamento de ações coletivas;

c) a falta de critérios e a conseqüente facilidade de obtenção dos benefícios da assistência judiciária gratuita;

d) a isenção do pagamento de custas, taxas ou despesas processuais para o ajuizamento de ações nos juizados especiais (artigo 54 da Lei n.º 9.099/1995), o que estimula a propositura de demandas, especialmente indenizatórias, com elevado custo-benefício;

e) a inexistência de condenação do vencido em custas processuais e honorários advocatícios no bojo de sentença de primeiro grau proferida em ações dos juizados especiais, salvo nos casos de litigância de má-fé (artigo 55 da Lei n.º 9.099/1995);

f) a inexistência de atribuição de séria responsabilidade ou de punições severas para a prática reiterada de litigância temerária;

g) o alto número de advogados formados no Brasil, o que pode instigar a judicialização de conflitos que poderiam ser solucionados na esfera extrajurisdicional;

h) um eventual interesse econômico latente de parcela da advocacia na excessiva judicialização de conflitos.

Finalmente, o delineamento do marco teórico serve para esclarecer que a tese não busca refletir, como objetivo principal, sobre a forma de atuação processual dos litigantes ocasionais, e nem a dos litigantes habituais da esfera privada. Embora haja expressa referência aos *one-shotters* e às sociedades empresárias que se enquadram como *repeat players* – até mesmo como uma exigência do desenvolvimento do próprio marco teórico –, o escopo precípua é a investigação crítica acerca do comportamento processual da Administração Pública, quando ela age como litigante habitual.

Por essa razão, a problematização do objeto da tese parte de uma abordagem ampla acerca dos padrões de litigância e busca promover uma análise que se direcione especialmente para a atuação processual dos *repeat players*, mas com enfoque na Administração Pública.

Enfim, os pontos acima explicitados alertam para a necessidade de que a aplicação do marco teórico estrangeiro requer a sua necessária adaptação à realidade nacional, assim como para a impossibilidade de generalizações inadequadas na atuação processual dos litigantes habituais e ocasionais.

Tanto no Brasil como no resto do mundo, há litigantes habituais que se beneficiam abusivamente do sistema jurídico-processual, como há aquelas partes que, embora estejam frequentemente presentes nos órgãos judiciários, não parecem querer usufruir de todas as potenciais vantagens dos típicos *repeat players*.

De maneira semelhante, existem litigantes ocasionais que confirmam a sua presumida vulnerabilidade, enquanto existem outras partes que, não obstante estejam apenas ocasionalmente presentes nos órgãos judiciários, ostentam condições de extrair benefícios da litigiosidade massificada e repetitiva.

Portanto, ressalvadas as situações pontuais e observada a necessária adequação à realidade nacional, é viável afirmar que o padrão de litigiosidade massificada e repetitiva prevalente no Brasil possibilita que as bases conceituais da “tipologia das partes” (*typology of parties*) e da “teoria da capacidade das partes” (*party capability theory*) criadas por Marc Galanter também sejam aplicadas ao sistema jurídico brasileiro.

Não obstante as diferenças entre os *repeat players* e os *one-shooters* tenham sido concebidas no âmbito do direito americano, é possível adotá-las como o *marco teórico* deste trabalho. O propósito é compreender as características dos litigantes habituais brasileiros, assim como refletir criticamente sobre as potenciais vantagens por eles obtidas em decorrência do contexto de crise da justiça nacional, especialmente no que se refere ao comportamento da Administração Pública.⁴⁵¹

4.2 O marco teórico: a “tipologia das partes” (*typology of parties*) e a “teoria da capacidade das partes” (*party capability theory*) de Marc Galanter

4.2.1 A finalidade redistributiva da tipologia das partes e da teoria da capacidade das partes

⁴⁵¹ Abordagem semelhante foi realizada por Daniela Monteiro Gabbay *et al.*, embora sem o foco na Administração Pública, no artigo: GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. *SSRN English & Commonwealth Law eJournal*, University of Oxford Faculty of Law, Volume 1, p. 1-26, 2016, tradução nossa.

A “tipologia das partes” criada por Marc Galanter institui a diferenciação entre os *repeat players* e os *one-shooters*. A partir dela, a “teoria da capacidade das partes” visa a uma finalidade redistributiva direcionada a equalizar as presumidas diferenças processuais, econômicas e estruturais existentes entre esses dois tipos de partes.

Com efeito, a distinção entre os *repeat players* (“jogadores repetitivos”, em tradução livre, ou “litigantes habituais” ou “litigantes repetitivos” ou “litigantes organizacionais”) e os *one-shooters* (“jogadores de ‘um tiro’”, em tradução livre, ou “litigantes ocasionais” ou “litigantes eventuais”) foi idealizada por Marc Galanter no artigo intitulado *Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change* (“Por que os que “têm” saem na frente: especulações sobre os limites da mudança legal”, em tradução livre), publicado originalmente na revista jurídica intitulada *Law and Society Review*, no ano de 1974.⁴⁵²

Marc Galanter ressalta que a questão central debatida no artigo foi pensada no outono de 1970, quando ele lecionava na Faculdade de Direito de Yale (*Yale Law School*), nos EUA. A inspiração adveio da sua experiência na Índia, particularmente da sua análise do estatuto nacional indiano de direitos civis denominado de *Untouchability Offences Act*. A sua intenção era demonstrar que o direito americano ocultava uma situação subjacente ocorrida também na Índia, qual seja, a contradição de um sistema jurídico e legal que, embora protetor de direitos e garantias, produzia uma generalizada percepção popular de desigualdade social, de limitação de acesso à justiça e de favorecimento sistemático dos ricos, fortes e poderosos.⁴⁵³

Após a publicação do artigo, no ano de 1974, inúmeros estudos em diversos países se debruçaram sobre a investigação das repercussões jurídicas, sociais, econômicas e políticas derivadas da separação entre os *repeat players* e os *one-shooters*. Nos EUA, o debate acerca dos tipos de partes que mais vencem e mais perdem nos tribunais se tornou uma das questões centrais de política judicial (*judicial politics*).⁴⁵⁴

⁴⁵² GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, p. 95-160, 1974, tradução nossa.

⁴⁵³ GALANTER, Marc. Farther Along. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 1.114-1.121, 1999, tradução nossa.

⁴⁵⁴ SONGER, Donald; KUERSTEN, Ashlyn; KAHENY, Erin. Why the Haves Don’t Always Come Out Ahead: Repeat Players Meet Amici Curiae for the Disadvantaged. *Political Research Quarterly*, The University of Utah, Volume 53, Number 3, p. 537, September 2000, tradução nossa; GLENN, Brian J. The Varied and Abundant Progeny of Marc Galanter’s “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead”. In:

Embora tenha sido escrito em uma época diferente – antes da ascensão do direito como um instrumento de concretização de garantias civis, de promoção do acesso à justiça e de operacionalização dos meios alternativos de solução de disputas (*alternative dispute resolution*) –,⁴⁵⁵ o trabalho de Marc Galanter é considerado um divisor de águas no estudo da litigância.

Tanto é assim que Joel B. Grossman *et al.* consideram-no como o artigo de maior influência já publicado no estudo da relação entre direito e sociedade. A obra é ainda classificada pela *Social Science Citation Index* – SSCI (Índice de Citações de Ciências Sociais, em tradução livre) como uma citação clássica (*citation classic*), a qual está presente no *ranking* dos 15 (quinze) artigos mais citados no mundo no campo da pesquisa jurídica.⁴⁵⁶

Brian J. Glenn ratifica que a obra escrita por Marc Galanter é uma das mais citadas em revistas e livros jurídicos, justamente porque fornece uma análise ampla dos mecanismos de solução de disputas com uma linguagem peculiar e uma abordagem inovadora. A importância é tamanha que o artigo foi capaz de criar uma terminologia própria até hoje utilizada para discutir o modo de comportamento dos atores envolvidos na ideia da redistribuição (*redistribution*) por meio do sistema judicial.⁴⁵⁷

Ao examinar o sistema legal a partir das diferentes características estruturais (*structural characteristics*) das partes, Marc Galanter propôs alternativas para a implantação de uma profunda mudança redistributiva (*redistributive change*) aplicável para todos os tipos de enfrentamentos entre sujeitos com discrepantes níveis de experiência e capacidade econômica. O seu objetivo explícito era questionar sobre quais condições a litigância pode ser redistributiva, considerando uma sociedade na qual os sujeitos com diferentes níveis de riqueza e poder estão constantemente posicionados em relações competitivas e pouco cooperativas na defesa de interesses antagônicos.⁴⁵⁸

KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. (Ed.). *In Litigation: Do the “Haves” Still Come Out Ahead?* Stanford, California: Stanford Law and Politics, Stanford University Press, 2003, p. 375, tradução nossa.

⁴⁵⁵ GALANTER, Marc. Farther Along. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 1.113-1.114, 1999, tradução nossa.

⁴⁵⁶ GROSSMAN, Joel B.; KRITZER, Herbert M.; MACAULAY, Stewartigo Do the “Haves” Still Come Out Ahead? *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 803, 1999, tradução nossa.

⁴⁵⁷ GLENN, Brian J. The Varied and Abundant Progeny of Marc Galanter’s “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead”. In: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. (Ed.). *In Litigation: Do the “Haves” Still Come Out Ahead?* Stanford, California: Stanford Law and Politics, Stanford University Press, 2003, p. 371-374, tradução nossa.

⁴⁵⁸ GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, p. 95-96, 1974, tradução nossa.

Nessa ótica, a distinção entre os *repeat players* e os *one-shotters* não é meramente terminológica ou acadêmica, pois envolve o debate sobre os efeitos distributivos dos processos judiciais.⁴⁵⁹ As desiguais aptidões financeiras, organizacionais e estruturais produzem comportamentos processuais díspares entre os *repeat players* e os *one-shotters*, os quais geram repercussões empíricas resultantes das diversas formas com que as partes “pensam” e “agem” diante de casos concretos.⁴⁶⁰

Usualmente, essa bipartição idealizada por Marc Galanter é denominada de “teoria da capacidade das partes” (*party capability theory*).⁴⁶¹ Por meio dela, sustenta-se que as variadas capacidades entre os tipos de partes geram uma presunção por meio da qual os sujeitos processuais mais capazes – sobretudo em termos econômicos – agregam condições de extrair maiores vantagens de um padrão de litigiosidade repetitiva e, com isso, possuem maiores chances de influenciar os resultados de demandas judiciais em seu favor.

De acordo com a teoria em comento, a manutenção de um estado de assimetria entre as partes⁴⁶² favorece àquelas possuidoras de maiores recursos (*resources*) e experiências (*experiences*) – os chamados “*haves*” – para que saiam na frente (*come out ahead*) em comparação com aquelas que não os possuem na mesma proporção – os chamados “*have-nots*”. Daí o sentido do título do artigo “*Why the ‘Haves’ Come out Ahead*”, o qual, em tradução livre, significa “Por que os que ‘têm’ saem na frente”.

Por conseguinte, a “teoria da capacidade das partes” sugere que as partes que ostentam mais recursos econômicos e estruturais (“*haves*”) possuem maiores chances de êxito em processos judiciais quando colocadas em comparação com as partes menos favorecidas (“*have-nots*”).

⁴⁵⁹ MENKEL-MEADOW, Carrie. Do the “Haves” Come Out Ahead in Alternative Justice Systems? Repeat Players in ADR. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 15, Number 1, p. 19, 1999, tradução nossa.

⁴⁶⁰ KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. Introduction. In: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. (Ed.). *In Litigation: Do the “Haves” Still Come Out Ahead?* Stanford, California: Stanford Law and Politics, Stanford University Press, 2003, p. 4-5, tradução nossa.

⁴⁶¹ SONGER, Donald; KUERSTEN, Ashlyn; KAHENY, Erin. Why the Haves Don’t Always Come Out Ahead: Repeat Players Meet Amici Curiae for the Disadvantaged. *Political Research Quarterly*, The University of Utah, Volume 53, Number 3, p. 538-539, September 2000, tradução nossa; CHEN, Kong-Pin; HUANG, Kuo-Chang; LIN, Chang-Ching. Party Capability versus Court Preference: Why Do the “Haves” Come Out Ahead? An Empirical Lesson from the Taiwan Supreme Court. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Oxford University Press, Volume 31, Number 1, p. 93, 2014, tradução nossa.

⁴⁶² CHEN, Kong-Pin; HUANG, Kuo-Chang; LIN, Chang-Ching. Party Capability versus Court Preference: Why Do the “Haves” Come Out Ahead? An Empirical Lesson from the Taiwan Supreme Court. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Oxford University Press, Volume 31, Number 1, p. 95, 2014, tradução nossa.

Essa situação é justificada, dentre outros fatores, porque as partes com melhores capacidades e recursos, ao menos presumidamente, reúnem condições mais propícias para mobilizar um aparato jurídico especializado para a concretização dos seus interesses e pretensões.⁴⁶³ Nesse sentido, as partes mais fortes organizacional e economicamente tendem a prevalecer porque, em tese, usufruem de vantagens estratégicas no campo da litigância, inclusive em termos de representação jurídica (*legal representation*)⁴⁶⁴ por meio da maior possibilidade de contratação de advogados com habilidades específicas em operações estruturadas de contencioso massificado.⁴⁶⁵

Segundo Marc Galanter, as características das partes (*players*) são mais decisivas do que os procedimentos (*procedures*) ou as regras legais (*rules*) para determinar o resultado de um processo judicial. Para ele, embora a maioria das pesquisas jurídicas tenha como enfoque o exame dos efeitos das regras legais sobre as partes, faz-se necessário enxergar a litigância pela outra “extremidade do telescópio” (*other end of the telescope*).

Nessa seara, Marc Galanter propõe que a tradicional visão “procedimental” do estudo da litigância seja substituída por uma perspectiva que analise como as diferenças entre os tipos de partes (*kinds of parties*) também podem causar impactos no funcionamento do sistema jurídico. Para o citado autor, as variações de tamanho e de recursos fazem com que alguns tipos de partes tenham muito mais motivos para frequentemente utilizarem os tribunais para reivindicar ou defender direitos, em cotejo com outras classes de sujeitos processuais que raramente o fazem.⁴⁶⁶

O grande *insight* tido por Marc Galanter foi a criação de uma *tipologia das partes* (*typology of parties*) que, ao diferenciar as características e comportamentos dos *repeat players* e dos *one-shotters*, chamou a atenção para a necessidade de melhor

⁴⁶³ CHEN, Kong-Pin; HUANG, Kuo-Chang; LIN, Chang-Ching. Party Capability versus Court Preference: Why Do the “Haves” Come Out Ahead? An Empirical Lesson from the Taiwan Supreme Court. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Oxford University Press, Volume 31, Number 1, p. 93-94, 2014, tradução nossa.

⁴⁶⁴ WHEELER, Stanton; CARTWRIGHT, Bliss; KAGAN, Robert A.; FRIEDMAN, Lawrence M. Do the “Haves” Come Out Ahead? Winning and Losing in State Supreme Courts, 1870-1970. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 21, Number 3, p. 403, 1987, tradução nossa; KINSEY, Karyl A.; STALANS, Loretta J. Which “Haves” Come Out Ahead and Why? Cultural Capital and Legal Mobilization in Frontline Law Enforcement. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 993, 1999, tradução nossa.

⁴⁶⁵ GROSSMAN, Joel B.; KRITZER, Herbert M.; MACAULAY, Stewartigo Do the “Haves” Still Come Out Ahead? *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 803-804, 1999, tradução nossa.

⁴⁶⁶ GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, p. 97, 1974, tradução nossa.

redistribuição do sistema de justiça no âmbito da litigância.⁴⁶⁷ Quando ele sugeriu uma distinção teórica entre os *repeat players* e os *one-shotters*, o seu objetivo não era, simplesmente, apresentar uma separação didática entre eles.

A sua finalidade central era, sem dúvidas, provocar o debate e alertar sobre os perigos advindos da presumida situação de desigualdade existente entre os litigantes habituais e os litigantes ocasionais, a fim de criar mecanismos próprios de equalização e balanceamento das potenciais desvantagens processuais oriundas das diferentes capacidades econômicas das partes.⁴⁶⁸ O foco de Marc Galanter era expor e criticar as consequências de um sistema jurídico virtualmente tendencioso que, ao criar eventuais vantagens estruturais aos litigantes habituais,⁴⁶⁹ tem o condão de causar um possível desequilíbrio na própria organização social regulamentada pelo direito.⁴⁷⁰

A teoria em comento destaca a necessidade de conferir maior proteção para os litigantes ocasionais, diante dos benefícios que potencialmente podem ser obtidos pelos litigantes habituais com a presença constante nos órgãos judiciários. A proposta visa a diminuir os virtuais efeitos da assimetria entre as partes por meio do

⁴⁶⁷ GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, p. 97 *et seq.*, 1974, tradução nossa.

⁴⁶⁸ Também estudando a necessidade de melhor equacionamento das diferenças entre os *repeat players* e os *one-shotters*, Donald Songer *et al.* apresentam dados dos tribunais estaduais da Carolina do Sul, Carolina do Norte e Geórgia, nos EUA, no período entre 1983 a 1990, no sentido de que a presença de grupos organizados de apoio aos litigantes ocasionais – sobretudo na condição de *amici curiae* – foi capaz de aumentar as suas taxas de êxito em demandas judiciais, neutralizando as vantagens comumente obtidas pelos litigantes habituais (SONGER, Donald; KUERSTEN, Ashlyn; KAHENY, Erin. Why the Haves Don’t Always Come Out Ahead: Repeat Players Meet Amici Curiae for the Disadvantaged. *Political Research Quarterly*, The University of Utah, Volume 53, Number 3, p. 537 *et seq.*, September 2000, tradução nossa). Por seu turno, Beth Harris ressalta a importância da função dos grupos de advogados de interesse público (*public interest lawyers*), os quais, na condição de agentes de mudança social (*agents for social change*), atuam no desenvolvimento de estratégias de longo prazo para os litigantes ocasionais, com o fim de equilibrar e redistribuir (*redistribution*) as vantagens dos *repeat players* (HARRIS, Beth. Representing Homeless Families: Repeat Player Implementation Strategies. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 911 *et seq.*, 1999, tradução nossa). De maneira semelhante, Yoav Dotan assevera que, na *Israeli High Court of Justice* (Alta Corte de Justiça de Israel, em tradução livre), a adequada representação jurídica (*represented by legal counsel*) dos *have-nots* tem o efeito de mitigar as vantagens dos *haves* quanto aos resultados da litigância (DOTAN, Yoav. Do the “Haves” Still Come Out Ahead? Resource Inequalities in Ideological Courts: The Case of the Israeli High Court of Justice. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 1.059, 1.077, 1999, tradução nossa).

⁴⁶⁹ KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. Introduction. In: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. (Ed.). *In Litigation: Do the “Haves” Still Come Out Ahead?* Stanford, California: Stanford Law and Politics, Stanford University Press, 2003, p. 6, tradução nossa.

⁴⁷⁰ LANDE, John. How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts’ Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and Other Elements Needed to Administer Justice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 213, 2006, tradução nossa.

“empoderamento” das capacidades contenciosas dos litigantes ocasionais, a fim de equilibrar os impactos redistributivos da litigância.⁴⁷¹

Carrie Menkel-Meadow adverte que a separação entre classes de litigantes evidencia a disfunção política (*political dysfunction*) de um sistema jurídico que pode gerar vantagens aos *repeat players* e, conseqüentemente, possibilitá-los, ainda que teoricamente, de praticar uma litigância repetitiva voltada à maximização de ganhos de longo prazo (*long-term gains*), em detrimento de litigantes ocasionais que, provavelmente, participam de processos judiciais com menos recursos e experiência.

A partir de uma abordagem de viés não apenas jurídico, mas também político e sociológico, a teoria de Marc Galanter questiona em que condições a litigância pode ser redistributiva (*redistributive*), em face da presumida necessidade de implantação de mudanças estruturais de caráter social destinadas a equalizar as posições e faculdades entre as partes.⁴⁷² A teoria da capacidade das partes pressupõe a necessidade do real empoderamento (*empowering*) dos litigantes ocasionais, como uma medida necessária para mitigar as presumidas vantagens dos *repeat players* no “jogo da litigância” (*litigation game*).⁴⁷³

A implementação de alterações legislativas que causem efetivas reformas sociais é uma preocupação premente do sistema de justiça. A proteção jurídica de partes manifestamente vulneráveis é um problema social, cuja solução perpassa pelo melhor equacionamento das vantagens institucionais potencialmente propícias de serem adquiridas por litigantes habituais que praticam uma atuação processual estratégica.⁴⁷⁴

Vislumbra-se um viés “social” de busca por maior isonomia e equidade no relacionamento processual entre os *repeat players* e os *one-shooters*, diante do desequilíbrio de poderes presumidamente existente no “jogo da litigância repetitiva”

⁴⁷¹ GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. *SSRN English & Commonwealth Law eJournal*, University of Oxford Faculty of Law, Volume 1, p. 18, 2016, tradução nossa.

⁴⁷² MENKEL-MEADOW, Carrie. Do the “Haves” Come Out Ahead in Alternative Justice Systems? Repeat Players in ADR. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 15, Number 1, p. 20-29, 1999, tradução nossa.

⁴⁷³ GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. *SSRN English & Commonwealth Law eJournal*, University of Oxford Faculty of Law, Volume 1, p. 21, 2016, tradução nossa.

⁴⁷⁴ TALES, Shauhin. How the “haves” come out ahead in the twenty-first century. *DePaul Law Review*, DePaul University College of Law, Volume 62, p. 526, 2013, tradução nossa.

(*repetitive litigation game*).⁴⁷⁵ O entendimento de Marc Galanter viabiliza uma crítica propositiva que tem o condão de eliminar ou ao menos mitigar as prováveis vantagens do litigante mais forte em face do litigante mais fraco.⁴⁷⁶

Enfim, a teoria de Marc Galanter tem o mérito de fornecer subsídios para a adequada compreensão das principais instituições, regras e atores do contexto de litigância, refletindo sobre os limites e potencialidades de uma abordagem redistributiva (*redistributive approach*) do sistema jurídico, considerando as teóricas vantagens dos litigantes habituais.⁴⁷⁷ A obra apresenta conjecturas sobre o modo com que a arquitetura básica do sistema jurídico restringe as possibilidades de equalização sistemática do “jogo da litigância” (*litigation game*), em face da necessidade de compreender o direito como um meio de transformação social de caráter redistributivo (*redistributive*).⁴⁷⁸

4.2.2 Bases conceituais de diferenciação e exemplos de *repeat players* e *one-shotters*

Uma das bases conceituais para a diferenciação entre os litigantes habituais e os litigantes eventuais consiste na “frequência de encontros com o sistema judicial”. Em escala ampla, a diferenciação “corresponde à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco freqüentes com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais extensa”.⁴⁷⁹

Segundo a tipologia das partes criada por Marc Galanter, é possível diferenciar os atores processuais em dois tipos, quais sejam, aqueles que apenas ocasionalmente se socorrem dos tribunais para vindicar direitos – chamados de *one-*

⁴⁷⁵ GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da. Are the Haves Getting Even More Ahead Than Ever? Reflections on the political choices concerning access to justice in Brazil in the search of a new agenda. *SSRN English & Commonwealth Law eJournal*, University of Oxford Faculty of Law, Volume 1, p. 3, 2017, tradução nossa.

⁴⁷⁶ WOOLF, Harry. *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: The Stationery Office, July 1996, p. 78, tradução nossa.

⁴⁷⁷ GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. *SSRN English & Commonwealth Law eJournal*, University of Oxford Faculty of Law, Volume 1, p. 1-3, 2016, tradução nossa.

⁴⁷⁸ GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, p. 95, 1974, tradução nossa.

⁴⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 25.

shotters – e aqueles que estão envolvidos em muitos litígios similares ao longo do tempo – denominados de *repeat players*.⁴⁸⁰

Os *one-shotters* são aqueles tipos de partes que lidam com o sistema jurídico de modo eventual e que, em teoria, possuem maior dificuldade no gerenciamento de recursos para a concretização (*enforcing*) de seus direitos. Exatamente porque os *one-shotters* estão presentes nos tribunais de modo infrequente, é possível inferir que as suas pretensões deduzidas judicialmente, na maior parte das vezes, não são passíveis de serem administradas rotineira e racionalmente.⁴⁸¹

Além disso, é comum que os *one-shotters* não possuam recursos suficientes para atuar estrategicamente, o que, teoricamente, pode diminuir a probabilidade de êxito em processos judiciais instaurados em face de *repeat players*. Há geralmente uma desproporção entre o tamanho e a capacidade econômica dos litigantes ocasionais, e os custos processuais e o montante pleiteado judicialmente, fazendo com que o grau de interesse dos *one-shotters* em ganhar um caso específico seja particularmente alto.⁴⁸²

Por via de consequência, os litigantes ocasionais, justamente porque litigam esporádica ou raramente, tendem a “apostar mais fichas” em um único ou poucos processos judiciais (*has more at stake in the case*).⁴⁸³ Os esforços empreendidos pelos litigantes eventuais são usualmente concentrados em uma ou algumas demandas individuais nas quais buscam resultados financeiros imediatos e de curto prazo.⁴⁸⁴

Portanto, os litigantes ocasionais não estão presentes em um número de casos similares durante um período de tempo considerável que seja o bastante para atribuir-lhes a possibilidade de atuar como um litigante habitual.⁴⁸⁵ É comum que as

⁴⁸⁰ GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, p. 97, 1974, tradução nossa.

⁴⁸¹ GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, p. 98, 1974, tradução nossa; GROSSMAN, Joel B.; KRITZER, Herbert M.; MACAULAY, Stewartigo Do the “Haves” Still Come Out Ahead? *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 803, 1999, tradução nossa.

⁴⁸² KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. Introduction. In: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. (Ed.). *In Litigation: Do the “Haves” Still Come Out Ahead?* Stanford, California: Stanford Law and Politics, Stanford University Press, 2003, p. 4-5, tradução nossa.

⁴⁸³ KOPCZYNSKI, Mary Helen Nuxoll. The Haves Coming Out Behind: Galanter’s Theory Tested on the WTO Dispute Settlement System. *Asper Review of International Business and Trade Law*, Faculty of Law at the University of Manitoba, Volume 8, p. 28, 2008, tradução nossa.

⁴⁸⁴ TALES, Shauhin. How the “haves” come out ahead in the twenty-first century. *DePaul Law Review*, DePaul University College of Law, Volume 62, p. 523, 2013, tradução nossa.

⁴⁸⁵ EPP, Charles R. The Two Motifs of “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead” and Its Heirs. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 1.090-1.091, 1999, tradução nossa.

pretensões dos *one-shotters* sejam muito grandes considerando o seu pequeno tamanho, ou muito pequenas considerando o baixo potencial econômico e os altos custos processuais, colocando-os em uma possível situação de desvantagem perante um litigante habitual.⁴⁸⁶

É cabível enumerar, como exemplos clássicos de *one-shotters*: os consumidores, quando demandam individualmente ou em grupo em face de grandes fornecedores para a tutela de direitos consumeristas; os contribuintes, quando litigam individualmente ou em grupo em face do fisco para a reparação de lesões tributárias;⁴⁸⁷ ou a vítima de acidente de trânsito, quando busca o ressarcimento de dano causado ao seu veículo em face de uma grande companhia prestadora de serviço de transporte rodoviário.⁴⁸⁸

Por seu turno, os *repeat players* são aqueles tipos de partes que regularmente estão reivindicando ou defendendo direitos nos tribunais e que, presumidamente, possuem melhores condições de antecipar os resultados advindos de um contexto de litigância repetitiva (*anticipates repeated litigation*).

Em virtude do alto grau de frequência nos órgãos judiciários, os litigantes habituais, teoricamente, têm a capacidade de diluir os encargos decorrentes de sucumbências em casos esparsos, considerando o valor global em discussão na totalidade das demandas seriais sobre o mesmo assunto.⁴⁸⁹ Isso faz com que os *repeat players* tenham boas condições de gerenciar os riscos advindos do contencioso massificado, atuando preventivamente por intermédio de práticas de antecipação da solução de problemas jurídicos (*anticipate legal problems*).⁴⁹⁰

De maneira geral, os litigantes habituais “apostam poucas fichas” (*low stakes*) em casos isolados, uma vez que a presença maciça em processos judiciais permite-lhes, em boa parte dos casos, arquitetar estratégias de longo prazo (*long-term*

⁴⁸⁶ GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, p. 98, 1974, tradução nossa.

⁴⁸⁷ BLACKWELL, Michael. Do the haves come out ahead in tax litigation? An empirical study of the dynamics of tax appeals in the UK. *Working Papers Series*, University of Oxford, Oxford University Centre for Business Taxation, p. 6-9, November 2013, tradução nossa.

⁴⁸⁸ KOPCZYNSKI, Mary Helen Nuxoll. The Haves Coming Out Behind: Galanter’s Theory Tested on the WTO Dispute Settlement System. *Asper Review of International Business and Trade Law*, Faculty of Law at the University of Manitoba, Volume 8, p. 28, 2008, tradução nossa.

⁴⁸⁹ GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, p. 98, 1974, tradução nossa.

⁴⁹⁰ GROSSMAN, Joel B.; KRITZER, Herbert M.; MACAULAY, Stewartigo Do the “Haves” Still Come Out Ahead? *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 803-804, 1999, tradução nossa.

strategies) a fim de usufruir de economia em larga escala (*economies of scale*).⁴⁹¹ Por meio do equacionamento dos ônus financeiros resultantes de custas processuais e de condenações judiciais em várias demandas similares, os *repeat players* ostentam condições virtualmente mais propícias para reunir os recursos suficientes para praticar uma litigância que persiga interesses de longo prazo, levando em conta um universo numericamente amplo de casos repetitivos.⁴⁹²

Dessa maneira, é possível pressupor que as estratégias processuais dos litigantes habituais não são definidas com base na avaliação particular de um determinado caso concreto. Diversamente, a litigância massificada pode ser enfrentada sob um ponto de vista ampliado, tendo em vista que os ganhos obtidos em um conjunto de demandas seriais produzem mais resultados favoráveis em comparação com eventuais vitórias em casos isolados. Nessa perspectiva, os *repeat players* são as entidades que litigam de forma regular e constante, e, com isso, podem seguir um típico padrão de estratégia jurídica pautado em economia de escala e baixo custo.⁴⁹³

Os *repeat players*, ao que tudo indica, congregam condições mais favoráveis para litigar estrategicamente, partindo da ideia de que podem assumir perdas de curto prazo (*short-term losses*) em troca da expectativa de receber ganhos de longo prazo (*long-term gains*).⁴⁹⁴ Trata-se da estratégia processual denominada de “perder para ganhar” (*losing by winning*), isto é, de admitir a possibilidade de derrotas pequenas e esparsas que serão compensadas por um resultado global exitoso diante da generalidade dos casos repetitivos.⁴⁹⁵

Em tese, esse cenário confere aos litigantes habituais a oportunidade de jogar com as probabilidades (*play the odds*) a fim de maximizar os ganhos considerando

⁴⁹¹ EDELMAN, Lauren B.; SUCHMAN, Mark C. When the “Haves” Hold Court: Speculations on the Organizational Internalization of Law. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 942, 1999, tradução nossa; RICKMAN, Neil. The Economics of Cost-shifting Rules. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Ed.). *Reform of Civil Procedure: Essays on ‘Access to Justice’*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 336-338, tradução nossa.

⁴⁹² GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, p. 98, 1974, tradução nossa.

⁴⁹³ KOPCZYNSKI, Mary Helen Nuxoll. The Haves Coming Out Behind: Galanter’s Theory Tested on the WTO Dispute Settlement System. *Asper Review of International Business and Trade Law*, Faculty of Law at the University of Manitoba, Volume 8, p. 28, 2008, tradução nossa.

⁴⁹⁴ GLENN, Brian J. The Varied and Abundant Progeny of Marc Galanter’s “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead?”. In: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. (Ed.). *In Litigation: Do the “Haves” Still Come Out Ahead?* Stanford, California: Stanford Law and Politics, Stanford University Press, 2003, p. 373-374, tradução nossa.

⁴⁹⁵ ALBISTON, Catherine. The Rule of Law and the Litigation Process: The Paradox of Losing by Winning. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 869, 1999, tradução nossa.

uma grande quantidade de casos, mesmo que haja sucumbência em algumas demandas isoladas.⁴⁹⁶ Teoricamente, os *repeat players* podem suportar derrotas simbólicas, trocando-as por uma perspectiva de êxito global em face de uma vasta gama de demandas similares.⁴⁹⁷

Os *repeat players* típicos são as entidades do governo, os bancos, as companhias securitárias, as companhias ferroviárias, a indústria manufatureira em geral, as organizações de prestação de serviços de saúde e os grandes empregadores.⁴⁹⁸

4.2.3 Os maiores litigantes habituais e os tipos de conflitos mais recorrentes no Brasil: a Administração Pública como a maior *repeat player*

Compreendida a finalidade redistributiva da teoria da capacidade das partes, assim como entendida a diferenciação pertinente à tipologia das partes criada por Marc Galanter, passa-se ao exame dos maiores litigantes habituais e dos tipos de conflitos mais recorrentes no Brasil.

Com isso, torna-se possível, por meio de dados estatísticos oficiais, caracterizar o *problema* da tese, qual seja: a Administração Pública, somadas todas as suas esferas e níveis, consiste na maior litigante habitual (*repeat player*) do sistema jurídico brasileiro no âmbito cível – o que, certamente, produz um cenário no qual o próprio Estado contribui para a manutenção e o agravamento das deficiências da prestação jurisdicional estatal.

De forma geral, Daniela Monteiro Gabbay *et al.* ressaltam que a porção mais significativa do contingente de demandas que sobrecarregam os órgãos judiciários brasileiros não se refere a conflitos interpessoais entre litigantes ocasionais. Diferentemente, a maioria dos processos judiciais em tramitação no Brasil versa sobre questões similares de fato e/ou de direito com a participação dos mesmos atores públicos e privados. Por conseguinte, o padrão de litigiosidade nacional não é apenas

⁴⁹⁶ KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. Introduction. In: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. (Ed.). *In Litigation: Do the “Haves” Still Come Out Ahead?* Stanford, California: Stanford Law and Politics, Stanford University Press, 2003, p. 4-5, tradução nossa.

⁴⁹⁷ GROSSMAN, Joel B.; KRITZER, Herbert M.; MACAULAY, Stewartigo Do the “Haves” Still Come Out Ahead? *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 803-804, 1999, tradução nossa.

⁴⁹⁸ GLENN, Brian J. The Varied and Abundant Progeny of Marc Galanter’s “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead”. In: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. (Ed.). *In Litigation: Do the “Haves” Still Come Out Ahead?* Stanford, California: Stanford Law and Politics, Stanford University Press, 2003, p. 376, tradução nossa; TALESH, Shauhin. How the “haves” come out ahead in the twenty-first century. *DePaul Law Review*, DePaul University College of Law, Volume 62, p. 525, 2013, tradução nossa.

massificado e repetitivo, como também tende a envolver determinados *repeat players* que frequentemente estão presentes em vários litígios semelhantes ao longo de um período considerável.⁴⁹⁹

Todavia, não é possível dizer que há, no Brasil, uma reunião de dados estatísticos que permita aferir, com absoluta precisão e sem equívocos, o número real de processos por categoria de litigante ou por tipo de conflito. Igualmente inexistente, no acervo estatístico nacional, a coleta de informações suficientemente conclusivas para demonstrar se os litigantes habituais brasileiros realmente levam vantagens processuais e/ou possuem maiores taxas de êxito em ações judiciais em face dos litigantes ocasionais – como é possível comprovar no direito comparado.

Ainda assim, a impressão que prevalece é a de que “o Estado é o maior usuário” de um serviço público estatal de prestação de justiça à beira do colapso. A “crescente judicialização das questões administrativas” e a “ausência de uma cultura administrativa de solução dos conflitos” internamente à Administração Pública, a qual prescindia da intervenção judicial, são fatores que sugerem que a Administração Pública figura como a maior litigante habitual do país.⁵⁰⁰

É importante, portanto, analisar as diversas pesquisas e estatísticas existentes sobre o tema, a fim de aferir os seus resultados comuns. As pesquisas empreendidas pelo CNJ – e por outros órgãos públicos e entidades privadas – são suficientes para traçar um diagnóstico fidedigno acerca do modelo de atuação contenciosa comumente praticada pelos litigantes habituais, assim como um mapeamento dos tipos de demandas repetitivas mais recorrentes.

As duas pesquisas mais importantes para identificar os *repeat players* brasileiros foram realizadas pelo Departamento de Pesquisas Jurídicas do CNJ, e divulgadas nos anos de 2011 e 2012 em duas edições, com o nome de “100 maiores litigantes”.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. *SSRN English & Commonwealth Law eJournal*, University of Oxford Faculty of Law, Volume 1, p. 5, 2016, tradução nossa.

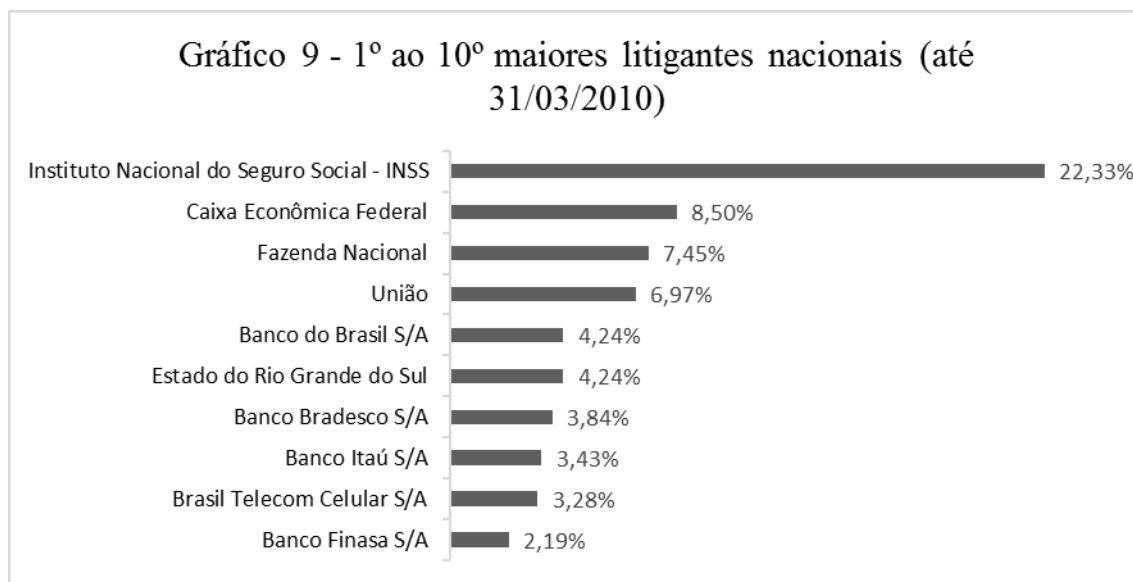
⁵⁰⁰ FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o Novo Código de Processo Civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 229-230, 246.

⁵⁰¹ BRASIL. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011, 25 p. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 03 ago. 2017; BRASIL. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012, 33 p.

Por meio delas, o CNJ recebeu dados estatísticos coletados sobre os maiores litigantes presentes nos tribunais estaduais, tribunais regionais federais e tribunais regionais do trabalho, relativamente a processos que não foram baixados definitivamente até 31 de março de 2010 (primeira edição) e entre 01/01/2011 até 31/10/2011 (segunda edição). As estatísticas levaram em consideração, como partes, as pessoas jurídicas e/ou entidades públicas e privadas, com referência aos processos que não tivessem natureza criminal, excluídos ainda os feitos de competência da Justiça Eleitoral, Justiça Militar e juízos da infância e juventude.

As citadas pesquisas possibilitam uma análise abrangente e confiável acerca dos maiores litigantes habituais no Brasil, em que pese a existência de falhas apontadas pelo próprio CNJ na coleta dos dados – tais como, por exemplo, a ausência de envio de estatísticas por alguns tribunais e a falta de padronização das informações.

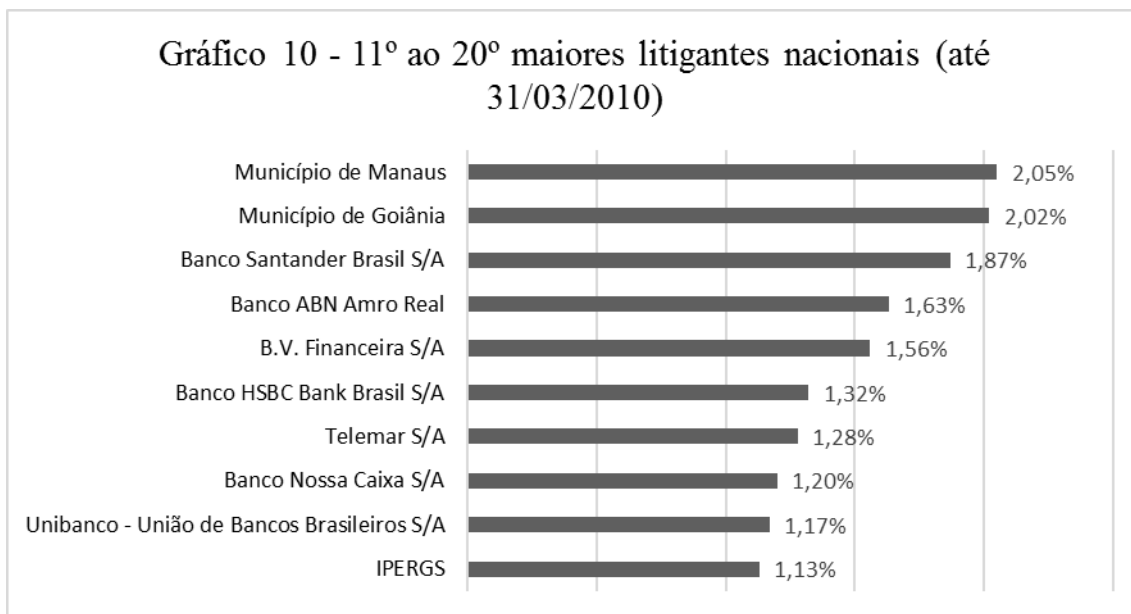
Na primeira edição da pesquisa, divulgada no ano de 2011 com referência aos processos não baixados até 31 de março de 2010, os dados consolidados no relatório demonstram que, dos 20 (vinte) maiores litigantes habituais no âmbito nacional, 10 (dez) pertencem à Administração Pública Direta ou Indireta, 08 (oito) são instituições bancárias ou financeiras de natureza privada, e 02 (duas) são companhias privadas de telefonia,⁵⁰² conforme abaixo demonstrado:



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (Relatório “100 maiores litigantes” – ano 2011)

Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 07 set. 2017.

⁵⁰² BRASIL. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011, p. 5-6. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 03 ago. 2017.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (Relatório “100 maiores litigantes” – ano 2011)

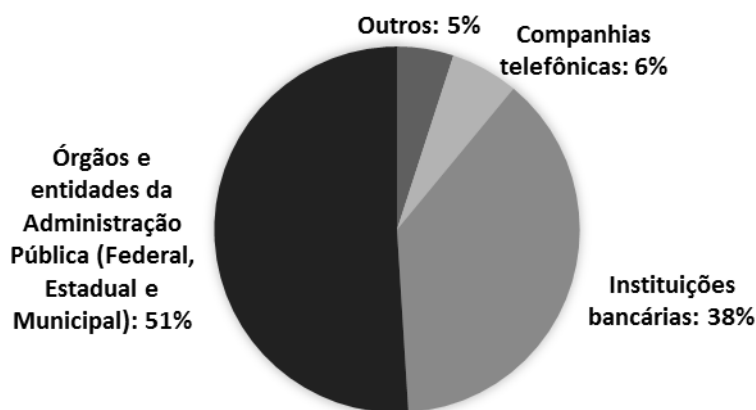
Caso se considere a soma dos percentuais de presença dos litigantes habituais nos tribunais nacionais, a situação permanece a mesma. Do total de processos analisados pelo CNJ na primeira edição da pesquisa, 51% (cinquenta e um por cento) – ou seja, mais da metade – tinham, como partes, algum órgão ou entidade da Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal.

Dos restantes 49% (quarenta e nove por cento), os bancos e as companhias telefônicas estiveram presentes, respectivamente, em 38% (trinta e oito por cento) e 6% (seis por cento) dos processos. Isso quer dizer que, do universo global de casos examinados pelo CNJ, apenas 5% (cinco por cento) possuíam, como partes, pessoas jurídicas ou entidades não pertencentes ao setor público ou com setor de atuação distinto das áreas bancária e de telefonia.⁵⁰³

O gráfico abaixo elucida a situação:

⁵⁰³ BRASIL. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011, p. 14-15. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 03 ago. 2017.

Gráfico 11 - Percentual de presença dos maiores litigantes nos tribunais - âmbito nacional (até 31/03/2010)



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (Relatório “100 maiores litigantes” – ano 2011)

É interessante notar ainda que, de acordo com a pesquisa divulgada pelo CNJ, a maior presença dos litigantes habituais ocorre no polo passivo do processo. Na Administração Pública Federal e Estadual, por exemplo, os órgãos públicos e entidades administrativas figuraram como réus, respectivamente, em 67% (sessenta e sete por cento) e 72% (setenta e dois por cento) dos casos. Na iniciativa privada, a situação é semelhante, tendo em vista que as instituições bancárias e as companhias telefônicas apareceram na condição de requeridas, respectivamente, em 55% (cinquenta e cinco por cento) e 78% (setenta e oito por cento) dos casos.

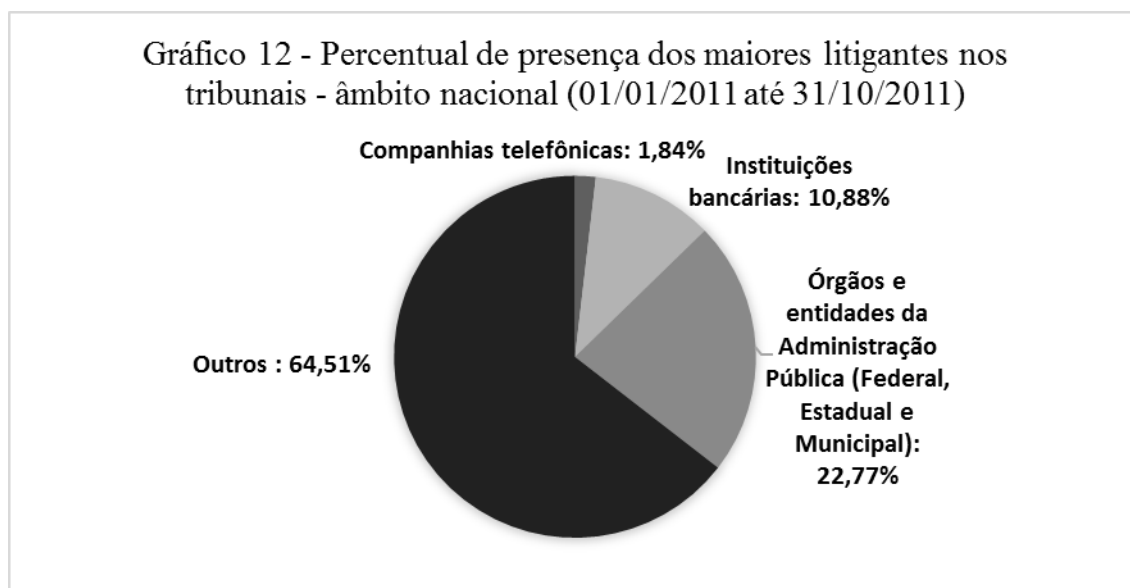
A exceção fica por conta apenas da Administração Pública Municipal, hipótese em que os órgãos públicos e entidades administrativas ocuparam o polo ativo em 97% (noventa e sete por cento) das demandas.⁵⁰⁴

Por seu turno, a segunda edição da pesquisa, divulgada no ano de 2012 com relação aos processos em tramitação no período entre 01/01/2011 até 31/10/2011, corrobora que os grandes litigantes habituais brasileiros estão concentrados no Poder Público e nos setores bancário e de telefonia – embora em proporção menor se comparado com a edição anterior da pesquisa.⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ BRASIL. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011, p. 15. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 03 ago. 2017.

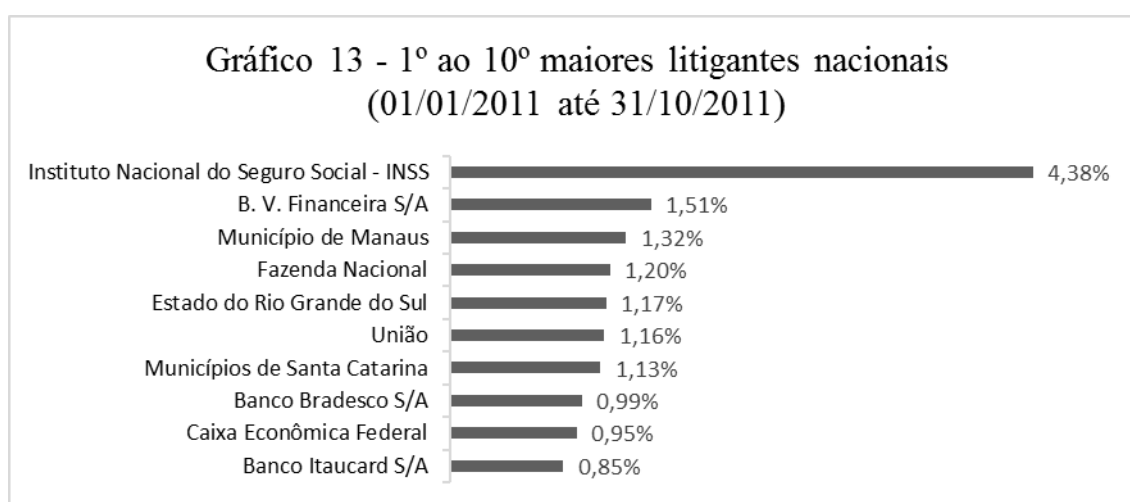
⁵⁰⁵ BRASIL. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012, p. 8. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 07 set. 2017.

O gráfico abaixo contém o percentual de presença dos maiores *repeat players* no âmbito nacional:



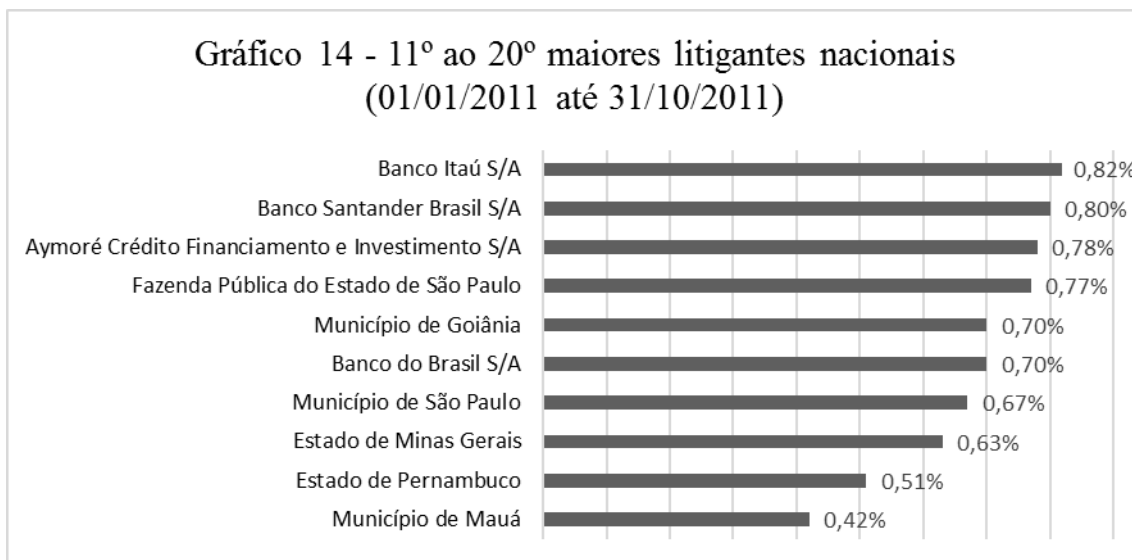
Fonte: Conselho Nacional de Justiça (Relatório “100 maiores litigantes” – ano 2012)

No que se refere aos dados consolidados acerca dos 20 (vinte) maiores litigantes habituais no âmbito nacional, a segunda edição da pesquisa atesta a existência de situação análoga àquela anteriormente verificada, uma vez que, no período entre 01/01/2011 até 31/10/2011, 14 (quatorze) pertencem à Administração Pública Direta ou Indireta e 06 (seis) são instituições bancárias ou financeiras de natureza privada:⁵⁰⁶



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (Relatório “100 maiores litigantes” – ano 2012)

⁵⁰⁶ BRASIL. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012, p. 15-16. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 07 set. 2017.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (Relatório “100 maiores litigantes” – ano 2012)

Após os impactos causados com a divulgação das duas edições do relatório intitulado “100 maiores litigantes”, o CNJ prosseguiu com a realização de pesquisas a fim de investigar o padrão de litigiosidade dos maiores litigantes habituais brasileiros.

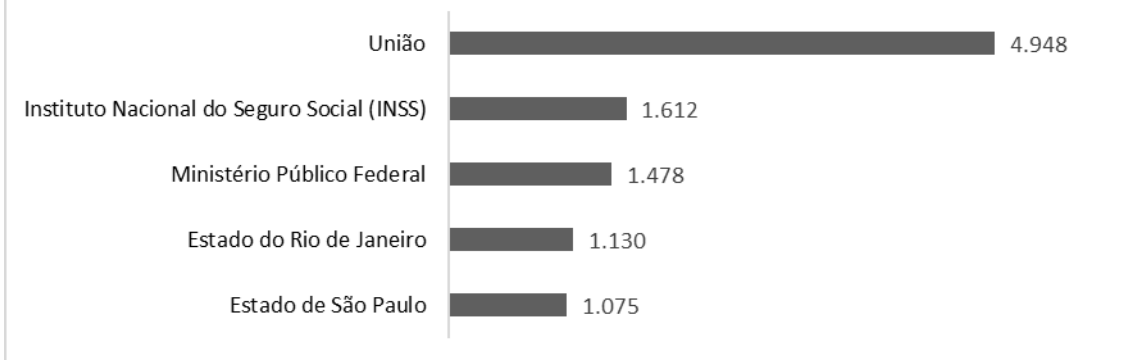
No relatório denominado “*Supremo em Ação*”,⁵⁰⁷ divulgado em junho de 2017 como resultado das pesquisas realizadas pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ acerca do padrão de litigiosidade no STF, ficou comprovado que os órgãos e entidades da Administração Pública são os maiores litigantes habituais também na esfera do STF.

Segundo esse relatório, a União e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) são as partes com maior presença nos processos em tramitação no STF, na condição de autor ou réu.⁵⁰⁸ Os gráficos abaixo demonstram os maiores litigantes no STF em 2016, com a respectiva quantidade de processos em que estiveram presentes:

⁵⁰⁷ BRASIL. *Supremo em Ação*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, junho 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/supremo-em-acao>. Acesso em: 04 ago. 2017.

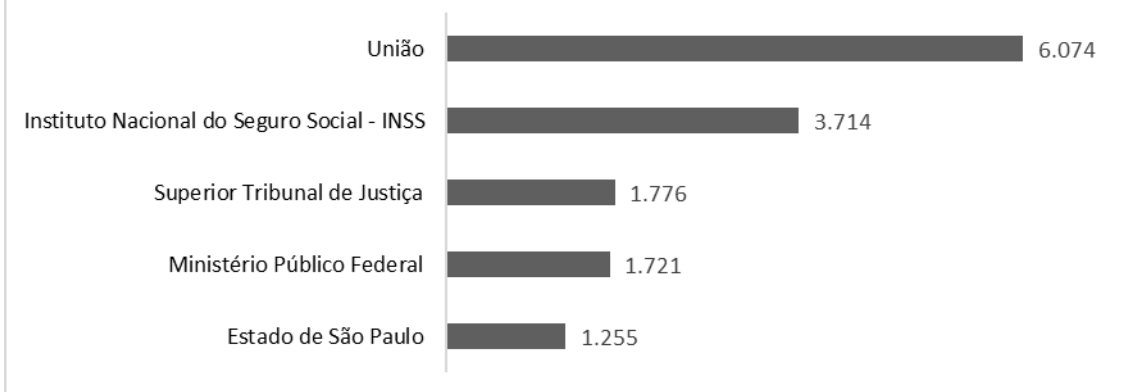
⁵⁰⁸ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85025-cnj-apresenta-o-primeiro-relatorio-analitico-do-supremo>. Acesso em: 04 ago. 2017.

Gráfico 15 - Maiores litigantes no STF como autores (2016)



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (Relatório “Supremo em Ação” – ano 2017 – ano-base 2016)

Gráfico 16 - Maiores litigantes no STF como réus (2016)



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (Relatório “Supremo em Ação” – ano 2017 – ano-base 2016)

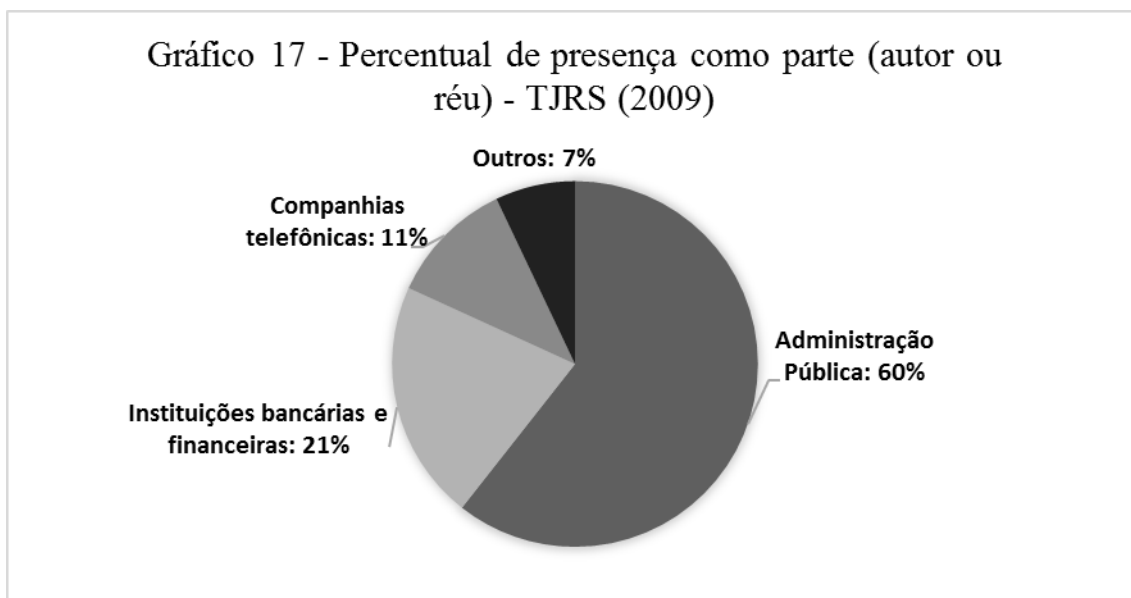
Além das investigações levadas a cabo no âmbito do CNJ, as pesquisas desenvolvidas pelo Observatório da Justiça Brasileira do Centro de Estudos Sociais da América Latina, com sede no Departamento de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (DCP-UFG) em parceria com o Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, também fornecem relevantes informações acerca de quem são os litigantes habituais mais recorrentes nos órgãos judiciários nacionais.⁵⁰⁹

De acordo com as estatísticas divulgadas no mês de junho de 2011 pelo projeto “*Para uma nova cartografia da justiça no Brasil*”, o qual teve como instituição proponente a Universidade Federal de Minas Gerais (UFG), é possível destacar, nos

⁵⁰⁹ AVRITZER, Leonardo *et al.* *Para uma nova cartografia da justiça no Brasil*. Observatório da Justiça Brasileira, Centro de Estudos Sociais da América Latina, Secretaria de Reforma do Judiciário, Ministério da Justiça. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais (UFG), 2010, 103 p. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/59078623/Relatorio-OJB-Para-uma-nova-cartografia-da-justica-no-Brasil>. Acesso em: 03 ago. 2017.

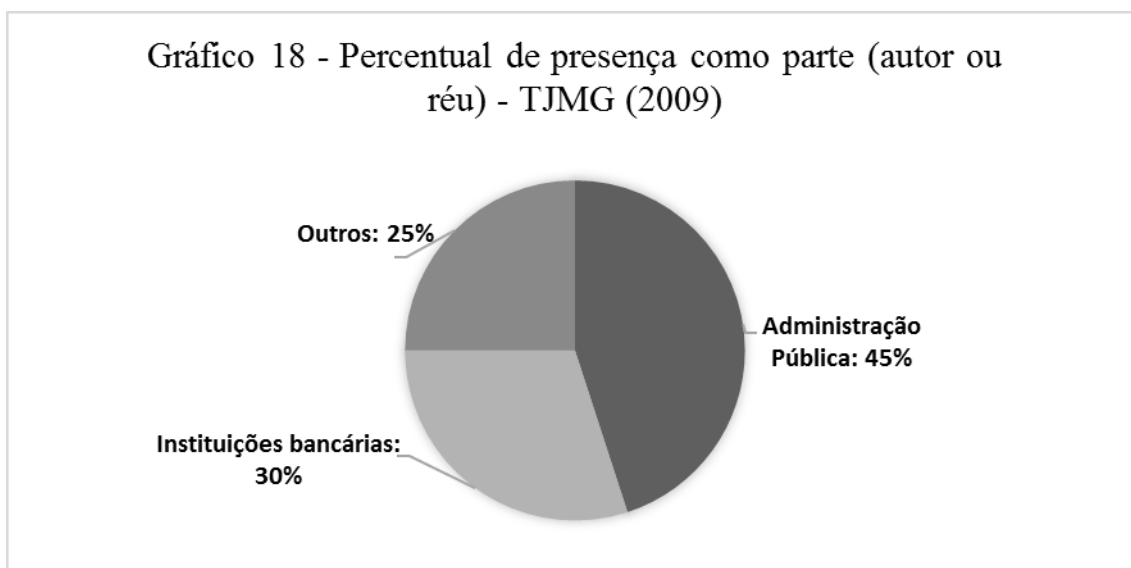
anos de 2009 e 2010, os maiores *players* em 03 (três) dos grandes Tribunais de Justiça da Justiça Comum Estadual – Estados do Rio Grande do Sul (TJRS), Minas Gerais (TJMG) e São Paulo (TJSP) –,⁵¹⁰ conforme os dados sintetizados nos gráficos abaixo:

TJRS (2009):



Fonte: Ministério da Justiça (Relatório “Para uma nova cartografia da justiça no Brasil”).

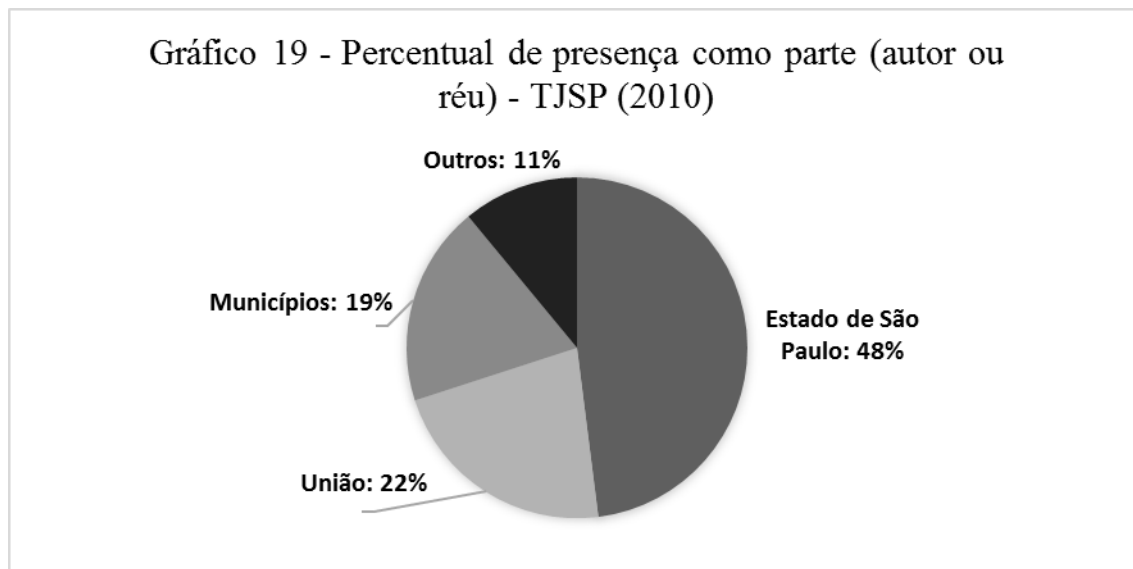
TJMG (2009):



Fonte: Ministério da Justiça (Relatório “Para uma nova cartografia da justiça no Brasil”).

⁵¹⁰ AVRITZER, Leonardo *et al.* *Para uma nova cartografia da justiça no Brasil*. Observatório da Justiça Brasileira, Centro de Estudos Sociais da América Latina, Secretaria de Reforma do Judiciário, Ministério da Justiça. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2010, p. 45 *et seq.* Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/59078623/Relatorio-OJB-Para-uma-nova-cartografia-da-justica-no-Brasil>. Acesso em: 03 ago. 2017.

TJSP (2010):



Fonte: Ministério da Justiça (Relatório “Para uma nova cartografia da justiça no Brasil”).

Em todos os casos examinados pelo projeto “*Para uma nova cartografia da justiça no Brasil*”, percebe-se que a Administração Pública aparece como a maior litigante habitual, alcançando patamares quantitativos de litigância acima de qualquer outro tipo de *repeat player*.

Essa conclusão foi semelhante àquela extraída de pesquisa organizada por Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha, no âmbito da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Entre os anos de 2008 a 2009, nos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e do Estado do Rio Grande do Sul, ficou constatado que os maiores litigantes habituais em demandas repetitivas, na condição de recorridos, foram as instituições financeiras, em primeiro lugar, e o Poder Público, em segundo lugar. Para tanto, a pesquisa utilizou como parâmetro de busca as decisões de segunda instância que empregaram a técnica do julgamento de demandas repetitivas com base na improcedência liminar do pedido, na forma do artigo 285-A do CPC/1973 (substituído pelo atual artigo 332 do CPC).⁵¹¹

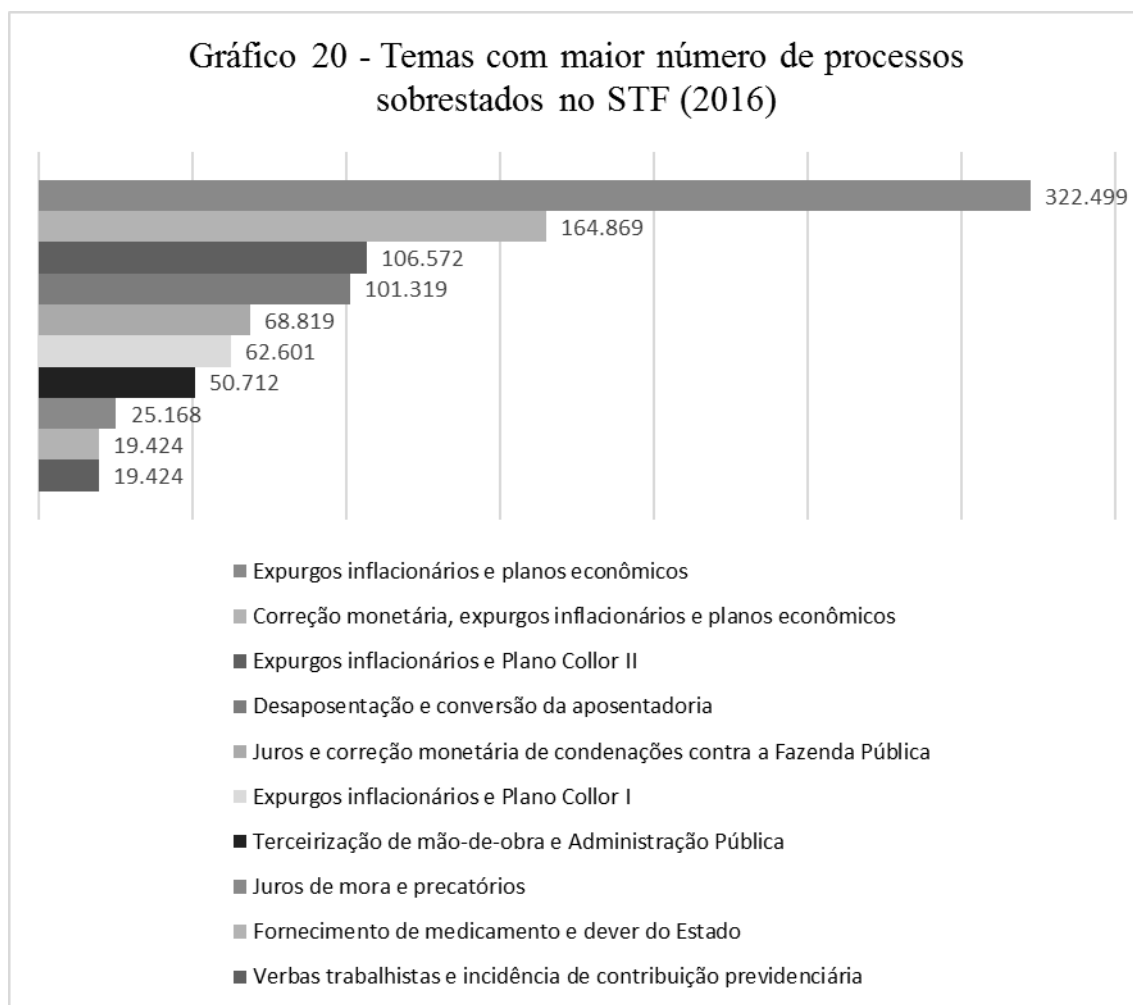
É interessante notar ainda que os tipos de conflitos mais recorrentes no Brasil igualmente variam de acordo com a natureza das demandas nas quais estão presentes os maiores litigantes habituais. Isso quer dizer que, além da constante

⁵¹¹ GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella; RAMOS, Luciana de Oliveira; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. In: GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 45.

presença como autores ou réus, o padrão de litigância dos *repeat players* também influencia diretamente nas matérias que serão objeto de atuação dos órgãos judiciários.

No já mencionado relatório “*Supremo em Ação*”, ficou demonstrado que, dentre os 10 (dez) temas com maior quantidade de recursos e processos sobrestados no ano de 2016 no âmbito do STF, 51% (cinquenta e um por cento) se referiram a planos econômicos e expurgos inflacionários.

Aliás, todos os 10 (dez) temas mais recorrentes no STF possuem algum tipo de relação com a Administração Pública,⁵¹² como se verifica no gráfico abaixo:



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (Relatório “*Supremo em Ação*” – ano 2017 – ano-base 2016)

De maneira similar, no já citado projeto “*Para uma nova cartografia da justiça no Brasil*” ficou comprovado que, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, entre os anos de 2005 a 2009, os tipos de causas mais discutidos versaram sobre

⁵¹² Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85025-cnj-apresenta-o-primeiro-relatorio-analitico-do-supremo>. Acesso em: 04 ago. 2017.

expurgos inflacionários, planos econômicos, empréstimos bancários, contas e poupanças, e linhas de crédito.⁵¹³

Também na mencionada pesquisa organizada por Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha, no âmbito da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, as temáticas mais presentes nos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e do Estado do Rio Grande do Sul e no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos anos de 2008 e 2009, se referiram a “Direito do Consumidor”, “Direito Previdenciário”, “Direito Administrativo”, “Direito Público” e “Direito Tributário” – ou seja, matérias com alto nível de participação dos litigantes habituais.

De modo específico, as temáticas mais presentes foram: no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a matéria de “Expurgos Inflacionários/Planos Econômicos (Contratos Bancários)”, com o percentual de ocorrência de 35,44% (trinta e cinco vírgula quarenta e quatro por cento); no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a matéria de “Financiamento de Produto (Contratos Bancários)”, com o percentual de ocorrência de 64,58% (sessenta e quatro vírgula cinquenta e oito por cento); e no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a matéria de “Renúncia ao Benefício Previdenciário (Desaposentação)”, com o percentual de ocorrência de 21,57% (vinte e um vírgula cinquenta e sete por cento).⁵¹⁴

Em suma, ainda que o acervo nacional de dados estatísticos seja falho em demonstrar se os *repeat players* brasileiros obtêm maiores vantagens em face dos *one-shotters* na esfera da litigância repetitiva, é tônica comum, entre todas as pesquisas citadas, que os maiores litigantes habituais brasileiros são, nessa ordem: os órgãos e entidades públicos; as instituições bancárias; e as companhias telefônicas.

Em todas as pesquisas analisadas, ficou constatado que a Administração Pública, considerando a conjugação da totalidade das suas esferas e níveis, consiste na maior litigante habitual no âmbito cível do sistema jurídico nacional.

⁵¹³ AVRITZER, Leonardo *et al.* *Para uma nova cartografia da justiça no Brasil*. Observatório da Justiça Brasileira, Centro de Estudos Sociais da América Latina, Secretaria de Reforma do Judiciário, Ministério da Justiça. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2010, p. 75 *et seq.* Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/59078623/Relatorio-OJB-Para-uma-nova-cartografia-da-justica-no-Brasil>. Acesso em: 03 ago. 2017.

⁵¹⁴ GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella; RAMOS, Luciana de Oliveira; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. In: GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46-51.

4.3 A relação entre a teoria da capacidade das partes e a análise econômica do direito: reflexão sobre a atuação processual dos litigantes habituais

4.3.1 Surgimento e conceitos básicos da análise econômica do direito

Com base na distinção entre os *repeat players* e os *one-shotters*, os doutrinadores – brasileiros e estrangeiros – costumam examinar, de modo crítico e reflexivo, a forma com que os litigantes – sobretudo os habituais – usualmente atuam em juízo no bojo de demandas repetitivas. Para tanto, sustenta-se que os litigantes habituais regularmente se valem do emprego de conceitos particulares da *análise econômica do direito* e da *teoria dos jogos*.

Com isso, é oportuno examinar, no presente tópico, o contexto de surgimento e os conceitos básicos da análise econômica do direito.

Historicamente, pode-se atribuir a Jeremy Bentham e a Adam Smith a condição de precursores do estudo da conexão entre economia e direito.⁵¹⁵

Jeremy Bentham, inspirado pela doutrina do *utilitarismo*, apregoava a busca da felicidade como o fim último do homem, a partir da relação entre a rejeição da dor e a maximização do prazer. A felicidade era vista sob a ótica da utilidade, a qual, por sua vez, era entendida como “a propriedade de qualquer objeto, pela qual ele tende a produzir benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto, no caso presente, é a mesma coisa) ou (o que de novo é a mesma coisa) a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse está sendo considerado”.⁵¹⁶ Assim é que o utilitarismo influenciou indiretamente no surgimento da análise econômica do direito, na medida em que propõe “substituir os valores éticos por soluções baseadas na utilidade (eficiência)”.⁵¹⁷

Por sua vez, Adam Smith, inserido no movimento da Escola Econômica Clássica do século XVIII, sustentava que a liberdade econômica, inclusive a de concorrência entre os agentes do mercado, era a base para a obtenção do melhor nível de alocação e dimensionamento dos recursos econômicos. Para ele, o mercado, por

⁵¹⁵ MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (Ed.). *Encyclopedia of Law and Economics: The History and Methodology of Law and Economics*. v. I, Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000, p. 65 *et seq.*, tradução nossa.

⁵¹⁶ BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os Grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 262.

⁵¹⁷ RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 55.

meio de sua “mão invisível”, possui as suas próprias condições de auto-regulamentação e de alcance do equilíbrio na livre formação dos preços, sendo prescindível a edição de normas jurídicas para intervir e regular a economia.⁵¹⁸ Nessa perspectiva, o liberalismo econômico clássico também foi importante, em certa medida, para a criação da análise econômica do direito, ao preconizar a não-intervenção do Estado na economia e a desnecessidade de regulamentação do setor econômico pelo direito.

Entretanto, os pilares iniciais para o surgimento do movimento denominado de “análise econômica do direito” ocorreram com a publicação, em 1937, do artigo *The Nature of the Firm* (“A Natureza da Empresa”, em tradução livre), do inglês Ronald Coase, da *London School of Economics and Political Science* (“Faculdade de Economia e Ciência Política de Londres”, em tradução livre), bem como com a edição do *Journal of Law and Economics* (“Revista de Direito e Economia”, em tradução livre), no Departamento de Economia da Universidade de Chicago, nos EUA, por iniciativa dos professores Aaron Director, Frank Knight, George Stigler e Milton Friedman. Nessa época, a principal meta era “chamar a atenção dos juristas para os benefícios de uma análise do Direito a partir de critérios econômicos”, considerando os estudos sobre as vantagens e desvantagens da intervenção estatal na economia e no mercado.⁵¹⁹

Por meio do artigo *The Nature of the Firm* (“A Natureza da Empresa”, em tradução livre), o inglês Ronald Coase realçou a necessidade de uma nova abordagem econômica para as sociedades empresárias, baseada no conceito de “custos de mercado” (*marketing costs*) ou “custos de transação”. Para o autor, a utilidade empresarial é mensurada pelo nível de maximização de operações dentro de uma mesma organização econômica, considerando os objetivos de evitar custos desnecessários e conter despesas.

Para a aferição do tamanho de uma sociedade empresária e para a determinação da quantidade de produtos a serem produzidos por cada uma delas, é necessário cotejar os custos de mercado (*marketing costs*) necessários para utilizar o mecanismo de preços (*price mechanism*) e os custos de organização de diferentes empresários. Assim sendo, as sociedades empresárias consistem em organizações econômicas voltadas para a redução dos custos de transação.⁵²⁰

⁵¹⁸ SMITH, Adam. *Riqueza das Nações*. Tradução de Luis Cristóvão de Aguiar. 5. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

⁵¹⁹ RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 56-58.

⁵²⁰ COASE, Ronald. *The Nature of the Firm*. *Economica*, New Series, Volume 4, Issue 16, p. 403, London: The London School of Economics and Political Science, 1937, tradução nossa.

Todavia, o marco fundante da análise econômica do direito ocorreu com a publicação do artigo *The Problem of Social Cost* (“O Problema do Custo Social”, em tradução livre), também de Ronald Coase, em 1960. Nesse artigo, Ronald Coase novamente defendeu a necessidade de uma mudança de abordagem acerca do tratamento dos problemas da economia.

De acordo com o autor, o exame dos problemas econômicos não pode se limitar à abordagem dos custos de oportunidade (*opportunity costs*), como usualmente é realizado pelos economistas. Além disso, é importante que os fatores de produção sejam pensados como direitos, a fim de tornar possível a compreensão de que o direito de fazer algo que gere um efeito prejudicial também é um fator de produção. Com isso, o custo do exercício de um direito (*cost of exercising a right*) – ou seja, o custo de usar um fator de produção – leva em consideração a perda suportada em outra esfera como consequência do exercício desse direito.⁵²¹

Posteriormente à publicação desse artigo, outras obras e eventos igualmente contribuíram para a difusão da análise econômica do direito, destacando-se: a) a publicação do artigo *Economic Analysis of Law* (“Análise Econômica do Direito”, em tradução livre), de Richard Posner; b) a criação, em 1972, do *Journal of Legal Studies* (“Revista de Estudos Legais”, em tradução livre); c) a publicação do artigo intitulado *Some thoughts on risk distribution and the law of torts* (“Alguns pensamentos sobre a distribuição de risco e a lei de danos em responsabilidade civil”, em tradução livre), de Guido Calabresi; d) a criação por Henry Manne, em 1971, do *Economics Institute for Law Professors* (“Instituto de Economia para Professores de Direito”, em tradução livre).⁵²²

Nesse contexto, é crucial ressaltar a importância de Richard Posner, o qual, na condição de juiz do Tribunal de Apelação da 7ª Região dos Estados Unidos da América (*U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit*) e professor de direito da Universidade de Chicago, é considerado um dos expoentes da análise econômica do direito. Ele se destacou mundialmente como um jurista que empregava métodos e institutos econômicos na esfera hermenêutica e linguística pertencente ao direito, além de propagar a necessidade de aplicação prática da análise econômica do direito a casos concretos. Não se tratava, assim, de mais um economista que tentava convencer os

⁵²¹ COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. *Journal of Law and Economics*, University of Chicago, Volume 3, p. 42-44, Chicago: The University of Chicago Press, 1960, tradução nossa.

⁵²² RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 60-61.

estudiosos do direito a compreender as normas jurídicas sob um viés econômico, mas de um magistrado que foi capaz de demonstrar a possibilidade de exercício da função jurisdicional levando em consideração a abordagem econômica.

Com o desenvolvimento e a afirmação da análise econômica do direito, houve o surgimento de gradativas críticas ao movimento, notadamente entre os anos de 1976 a 1983. Um dos maiores idealizadores dessa oposição foi Duncan Kennedy, da Universidade de Harvard, o qual entendia que o critério da *eficiência* na aplicação do direito é insuficiente para assegurar decisões justas e respaldadas na segurança jurídica.

Para ele, a adoção da eficiência como o principal critério de aplicação das normas jurídicas, tal como proclamado pela análise econômica do direito, incentiva a prolação de decisões com ampla utilidade econômica, porém causadoras de violação a direitos. Duncan Kennedy foi um dos principais protagonistas do movimento de contracultura (*counterculture*) denominado de *Critical Legal Studies* (“Estudos Legais Críticos”, em tradução livre), o qual combatia a análise econômica do direito preconizada na Universidade de Chicago com base na redescoberta dos potenciais de uma crítica política do direito (*political critique of law*) fundada no *realismo jurídico* (*legal realism*).⁵²³

No Brasil, a análise econômica do direito também é alvo de críticas por parte dos estudiosos. Por todos, Alexandre Morais da Rosa e Júlio César Marcellino Jr. alertam que a “instrumentalização econômica do direito” e a “perspectiva de custos” podem levar a um rebaixamento dos direitos fundamentais à categoria de meros “direitos patrimoniais, renunciáveis e principalmente negociáveis, lançados no mercado de ofertas e trocas”.⁵²⁴

Todavia, independentemente da procedência das críticas, fato é que o estudo da *análise econômica do direito* vem ganhando considerável relevância nas atuais sociedades de massas, fortemente influenciadas pela globalização e por uma crescente integração econômica, política, social e cultural. A consolidação do capitalismo no mundo ocidental demanda o suprimento de necessidades econômicas em larga escala, para atender a uma gama de consumidores exigentes e cada vez mais engajados e informados de seus direitos. Com uma economia em contínua expansão mundial para

⁵²³ MINDA, Gary. *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*. New York: New York University Press, 1995, p. 110, tradução nossa.

⁵²⁴ ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JR., Júlio César. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, p. 15-22, Curitiba, ago./dez. 2009.

além de fronteiras nacionais, exige-se do direito um processo de adaptação que possibilite a criação, interpretação e aplicação de conceitos e normas jurídicas com base em métodos e institutos econômicos.

É nesse cenário que a análise econômica do direito aparece para proporcionar uma compreensão do fenômeno jurídico a partir de uma lógica essencialmente econômica. Por meio dela, busca-se articular direito e economia, a fim de oportunizar a análise dos impactos econômicos decorrentes das normas jurídicas e dos processos judiciais, compreendendo de que forma o direito influencia e é influenciado pela ciência econômica.

Em linhas gerais, o problema central da análise econômica do direito se refere à avaliação de como a sociedade e o Estado podem fazer uso dos seus escassos recursos de maneira a alcançar o maior nível possível de satisfação das suas necessidades. Trata-se de uma perspectiva voltada a atribuir *eficiência* às disposições legais. A premissa básica é a de que a interpretação e a aplicação das normas jurídicas devem ocorrer com base em critérios que evitem o desperdício de ativos e viabilizem o emprego eficiente dos recursos econômicos.⁵²⁵

De acordo com Pedro Mercado Pacheco, a análise econômica do direito consiste em uma reformulação da abordagem do direito que coloca os problemas relativos à *eficiência* no centro dos estudos jurídicos. Nessa redefinição, é importante investigar os custos dos instrumentos jurídicos na persecução dos seus fins e as consequências econômicas das intervenções jurídicas, autorizando a aplicação de uma metodologia econômica peculiar à forma de trabalho dos economistas em face dos diversos setores do ordenamento jurídico.⁵²⁶

Por seu turno, Ejan Mackaay define a análise econômica do direito como a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos para examinar a formação, estrutura, processos e impactos das leis e instituições jurídicas. Já Márcia Carla Ribeiro e Irineu Galeski Junior conceituam a análise econômica do direito como um “movimento interdisciplinar, que traz para o sistema jurídico as influências da ciência social econômica, especialmente os elementos *valor, utilidade e eficiência*”.⁵²⁷

⁵²⁵ SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Tradução do alemão para o inglês de Matthew Braham. Cheltenham: Edward Elgar, 2004, p. 3, tradução nossa.

⁵²⁶ PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 34-35, tradução nossa.

⁵²⁷ RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 69, destaques no original.

Destarte, a análise econômica do direito busca uma compreensão do fenômeno jurídico à luz de métodos e institutos econômicos, visando a examinar as repercussões econômicas resultantes da edição de normas jurídicas e da prolação de decisões judiciais. Ao propor a redução dos impactos econômicos negativos advindos da aplicação dos institutos jurídicos, a análise econômica do direito é de grande valia na formatação da atuação processual estratégica das partes em demandas judiciais, sobretudo naquelas repetitivas nas quais os maiores litigantes habituais estão comumente presentes.

4.3.2 A aplicação da análise econômica do direito à esfera da litigância: o equacionamento dos custos da litigância e o emprego de conceitos da teoria dos jogos pelos litigantes habituais

A produção bibliográfica, tanto no Brasil como no exterior, cada vez mais está envolvida com o estudo da aplicação de institutos da *análise econômica do direito* e da *teoria dos jogos* à esfera da litigância.

Nesse sentido, o presente tópico é destinado a examinar a maneira com que a litigância, a análise econômica do direito e a teoria dos jogos podem se relacionar e interagir entre si. Partindo de um juízo reflexivo, pretende-se investigar o possível emprego por parte dos litigantes – sobretudo os habituais – de conceitos particulares da *análise econômica do direito* e da *teoria dos jogos*, para o fim de litigar estrategicamente em demandas repetitivas.

Com efeito, a análise econômica do direito, quando aplicada à esfera da litigância, pode ser encarada sob dois ângulos: uma primeira abordagem, que leva em conta o equacionamento dos *custos da litigância*; e uma segunda ótica, a qual possibilita que os litigantes, especialmente os habituais, empreguem conceitos da *teoria dos jogos* nas suas atuações processuais.

Quanto à primeira abordagem, o equacionamento dos custos da litigância (*litigation costs*) pode ser definido considerando as perspectivas dos provedores do sistema (governo e tribunais), dos intermediários (advogados, peritos, auxiliares da justiça e outros) e dos litigantes (autor e réu).

Na perspectiva dos chamados provedores do sistema (governo e tribunais), as variáveis envolvidas na análise do custo da litigância englobam uma série de fatores, tais como, por exemplo, o cumprimento do mister constitucional de prestação da

jurisdição da forma mais adequada e condizente com os princípios do Estado de Direito (*rule of law*). Na ótica do Estado, a avaliação é realizada com base na necessidade de oferecer o serviço público jurisdicional de maneira suficientemente acessível, como premissa para a estabilidade social e econômica da comunidade.

Dessa forma, às cortes judiciárias cabe equilibrar os custos da litigância, a fim de que seja possível, simultaneamente, a fixação de despesas judiciárias baixas o suficiente para permitir que indivíduos de todas as classes sociais reivindiquem direitos perante os tribunais, assim como altas o bastante para coibir abusos no direito de ação e para estimular a resolução das disputas sem a necessidade da adjudicação estatal.

Além disso, aos tribunais compete estipular valores de despesas judiciárias que dotarão o orçamento de modo a contrabalançar o montante de gastos públicos utilizados para a execução do serviço público jurisdicional, em face da receita adquirida com o pagamento das custas processuais pelos litigantes particulares.

Já na perspectiva dos chamados intermediários (advogados, peritos, auxiliares da justiça e outros), o exame do custo da litigância é realizado, principalmente, em face do possível montante remuneratório que pode advir do seu trabalho na causa, bem como das despesas que serão efetuadas para a prestação dos respectivos serviços – salvo nas hipóteses em que, por exemplo, o advogado atua com serviços gratuitos e *pro bono*.⁵²⁸

Por sua vez, na perspectiva dos litigantes, a análise econômica do custo-benefício do ajuizamento e da participação em demandas judiciais depende de uma série de variáveis. É que a atuação dos litigantes – sejam os habituais ou ocasionais – pode ser determinada de acordo com as suas diferenças em relação ao nível de preparação técnico-jurídica, à grandeza do porte econômico ou aos potenciais benefícios ou malefícios financeiros decorrentes da opção por litigar.

O processo judicial, o qual consiste em um ambiente tecnicamente competitivo – embora principiologicamente cooperativo (artigos 5º e 6º do CPC) – concentra os diversos interesses das partes e os vários instrumentos de defesa de suas pretensões. Nesse cenário, sob a perspectiva dos litigantes, é possível diferenciar a aplicação da análise econômica do direito tanto em face das suas posições no polo do processo (autor ou réu), como também em virtude do enquadramento como litigante habitual ou litigante ocasional.

⁵²⁸ HODGES, Christopher; VOGENAUER, Stefan; TULIBACKA, Magdalena. *The Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 4-5, tradução nossa.

Na visão do autor da demanda, o montante e a previsibilidade dos custos da disputa são avaliados sob a ótica do risco e benefício de acionamento da jurisdição para perseguir um direito controvertido ou buscar a reparação do direito ameaçado ou lesado. Nessa análise, cabe ao requerente aferir se a judicialização da controvérsia é economicamente mais vantajosa em comparação com o eventual emprego de outro método de solução da disputa, para o fim de obtenção do mesmo ou similar resultado.

Se o custo ou risco é extremamente elevado, e não há outra técnica adequada ou possível, é comum que o suposto ofendido aceite a alegada violação ao seu direito, deixando de arcar com os ônus de provocação da via jurisdicional. O resultado, nesse caso, é a própria denegação da garantia de acesso à justiça – ou, melhor dizendo, de acesso aos órgãos judiciários.

Já na visão do réu, o cálculo do risco-benefício segue um raciocínio semelhante, na medida em que cabe a ele analisar se prefere aceitar a pretensão, ou contestar a demanda, ou celebrar um acordo, considerando a pertinência do mérito da causa e os possíveis resultados do processo. Geralmente, a preocupação do requerido é evitar o pagamento de uma quantia pecuniária a título de indenização, ou impedir a cominação de uma obrigação de qualquer natureza em seu desfavor, ou reduzir eventuais ônus sucumbenciais.

No que tange aos ônus sucumbenciais, é possível constatar, sobretudo nos casos em que já há orientação jurisprudencial assentada, que os honorários advocatícios de sucumbência atuam como “elemento de barganha para que as pessoas afetadas pelo precedente, mas que não tenham judicializado seus conflitos, entrem em solução consensual para prevenção do litígio”. Nessa situação, a verba honorária sucumbencial pode ser entendida como um “custo processual”, o qual será considerado pelas partes, na esfera das possibilidades de ganhos e perdas recíprocos, no momento da avaliação entre celebrar um acordo ou propor uma ação judicial.⁵²⁹

Portanto, para as partes em conflito, os custos da litigância não se resumem apenas às despesas processuais. Aos disputantes, em conjunto com os seus advogados, cabe examinar as potenciais consequências financeiras derivadas de suas estratégias processuais de gestão contenciosa, por meio da avaliação do orçamento disponível para a eventual judicialização do litígio (*litigation budget*) e dos riscos advindos da possível

⁵²⁹ FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo. O Novo CPC, a estrutura de incentivos do Advogado Público e a racionalização da Justiça na sindicabilidade das condutas estatais. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 22.

manutenção do estado litigioso.⁵³⁰ Nesse sentido, o processo judicial e a litigância são encarados como um investimento (*litigation as an investment*),⁵³¹ e a opção por litigar ou celebrar um acordo se insere no âmbito de um controle estratégico de risco (*strategy of litigation risk control*).⁵³²

Na análise econômica e estratégica de custo-benefício relativamente à busca pela solução adversarial do conflito, há um leque de variáveis envolvidas, tais como: a) o valor dos honorários advocatícios; b) o custo do tempo e das diligências despendidos na produção preliminar e extrajudicial de provas e em tentativas de acordo na fase pré-processual; c) o custo da perda da oportunidade comercial ou econômica em face da relação de direito material travada com a outra parte; d) o custo de eventual destruição de vínculos comerciais ou econômicos; e) a preferência pela maioria dos litigantes habituais por procrastinar a resolução do problema, com base em um exame das vantagens atuariais advindas de uma postura contenciosa; f) o custo da imprevisibilidade consistente na assunção do risco de sofrer uma decisão jurisdicional condenatória desfavorável; g) o custo do tempo da provável demora na tramitação e julgamento da causa na esfera jurisdicional; h) o custo do desgaste psicológico advindo da litigiosidade.⁵³³

Realmente, a abordagem econômica do direito, quando aplicada aos padrões de litigância, possibilita o desenvolvimento pelas partes de uma perspectiva de “custo-benefício” na análise dos resultados de negociações levadas a cabo em processos judiciais. As estratégias dos litigantes são sensivelmente afetadas de acordo com as suas percepções sobre os custos envolvidos, em cotejo com a probabilidade dos resultados que lhes sejam favoráveis ou desfavoráveis.⁵³⁴

A parte decide ou não ir a juízo, ou prosseguir em uma rodada de tratativas e barganhas, com base nas expectativas de auferir ganhos econômicos advindos daquela

⁵³⁰ FINE, Erika S.; PLAPINGER, Elizabeth S. *Containing Legal Costs: ADR Strategies for Corporations, Law Firms, and Government: Innovative Strategies for Case Management, Early Settlement, and Dispute Resolution*. New York: Butterworth Legal Publishers, Center for Public Resources, CPR Legal Program, 1988, p. 11-13, tradução nossa.

⁵³¹ TRUBEK, David M.; SARAT, Austin; FELSTINER, William L. F.; KRITZER, Herbert M.; GROSSMAN, Joel B. The costs of ordinary litigation. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 31, p. 75-80, 1983, tradução nossa.

⁵³² YEAZELL, Stephen C. *Contemporary Civil Litigation*. New York: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 281-282, tradução nossa.

⁵³³ HODGES, Christopher; VOGENAUER, Stefan; TULIBACKA, Magdalena. *The Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 4-5, tradução nossa.

⁵³⁴ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 517, November 2004, tradução nossa.

situação conflituosa. Em um contexto de divergência, a maior probabilidade de consenso na solução do conflito depende do quanto a parte calcula ou entende que lhe é vantajoso alcançar por meio da negociação, em comparação com os ônus e custos de resolver a controvérsia por meio do processo judicial. A dinâmica da litigância envolve um controle de risco de ambas as partes na busca pela maximização dos potenciais benefícios advindos da solução do conflito.⁵³⁵

Os “limites de resistência” (*resistance points*) que os sujeitos podem negociar são aferidos considerando que o mínimo que o autor espera ou estima receber é menor do que o máximo que o réu entende devido ou está disposto a pagar.⁵³⁶ O equilíbrio é obtido quando se chega ao valor máximo que cada parte está disposta a aceitar sem que haja redução substancial na esfera jurídica ou econômica de nenhuma delas. Nesse caso, a controvérsia é resolvida do modo *mais eficiente*, ou no “ó(p)timo de Pareto” (*Pareto Optimal Frontier*).⁵³⁷

Por seu turno, uma segunda abordagem possibilita a aplicação da análise econômica do direito à esfera da litigância repetitiva considerando o enquadramento da parte como litigante habitual ou litigante ocasional. A perspectiva econômica do direito é capaz de demonstrar que, na maior parte das vezes, os *repeat players* e os *one-shotters* conduzem de forma distinta a análise do risco dos potenciais custos e benefícios da litigância.⁵³⁸ Nesse caso, é possível concluir que é justamente o padrão de litigiosidade

⁵³⁵ YEAZELL, Stephen C. *Contemporary Civil Litigation*. New York: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 281, tradução nossa.

⁵³⁶ HERMAN, G. Nicholas; CARY, Jean M. *Legal counseling, negotiating, and mediating: a practical approach*. Second Edition. New Providence: LexisNexis, 2009, p. 135-136, tradução nossa. Os autores alertam, no entanto, que essa análise não é e não pode ser meramente financeira, já que outros aspectos podem estar envolvidos na maior propensão ou não à negociação. Por exemplo, é possível que a parte tenha uma maior inclinação psicológica ou preferência pessoal para ir a juízo, de modo a criar uma “aversão ao risco” (*risk aversion*) de ter que fazer concessões mútuas para celebrar um acordo. Nesse sentido, a análise econômica do direito tem se esforçado para incorporar essas variáveis externas nos intrincados modelos matemáticos que utiliza para entender e incorporar os diferentes tipos de negociação e seus respectivos resultados (p. 136).

⁵³⁷ O “ó(p)timo de Pareto” é um conceito das ciências econômicas formulado pelo economista italiano Vilfredo Pareto, segundo o qual, em um cenário de barganha, a eficiência ótima é encontrada quando uma parte chega ao máximo de valor para si sem que haja redução ou degradação de valor para a outra (*Pareto Optimal Curve* ou *Efficient Frontier*) (HERMAN, G. Nicholas; CARY, Jean M. *Legal counseling, negotiating, and mediating: a practical approach*. Second Edition. New Providence: LexisNexis, 2009, p. 137-138, tradução nossa; RAIFFA, Howard. *The art and science of negotiation: how to resolve conflicts and get the best out of bargaining*. Cambridge: Belknap Press, 1982, p. 138-142, 148-165, tradução nossa).

⁵³⁸ GLENN, Brian J. The Varied and Abundant Progeny of Marc Galanter’s “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead?”. In: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. (Ed.). *In Litigation: Do the “Haves” Still Come Out Ahead?* Stanford, California: Stanford Law and Politics, Stanford University Press, 2003, p. 374, tradução nossa.

massificada que viabiliza uma gestão estratégica mais eficiente de tratamento das demandas seriais por parte dos litigantes habituais.

Naturalmente, a escolha ou não pela judicialização de controvérsias envolve uma análise econômica (*economic analysis*) acerca do equacionamento dos custos da litigância. A maior disponibilidade de recursos por parte dos *repeat players* gera um cenário de presumida assimetria dos custos da litigância incidentes sobre as partes, uma vez que a maior capacidade econômica possibilita, de modo geral, que os litigantes habituais extraiam maiores vantagens da dinâmica do processo de solução das disputas.

Essa realidade pode produzir eventuais efeitos no equilíbrio do “jogo da litigância” (*equilibrium of the ‘litigation game’*), tendo em vista que as partes que possuem melhor aptidão para suportar os encargos processuais, teoricamente, saem na frente (*come out ahead*) no processo de adjudicação.⁵³⁹ Como consequência, os litigantes habituais portadores de mais recursos e experiências usufruem, pelo menos em tese, da oportunidade de contar com uma assistência jurídica mais qualificada.

Por intermédio do emprego de conceitos da *teoria dos jogos* nas suas atuações processuais, os litigantes habituais geralmente possuem melhores vantagens potenciais em planejamento estratégico de contencioso repetitivo e, presumidamente, ostentam maiores chances de êxito em processos judiciais seriais – ou de uma melhor avaliação estruturada dos riscos de sucumbência em ações judiciais, inclusive por meio da realização de cálculos atuariais.

Nessa ótica, não é difícil pressupor que os litigantes habituais possuem, teoricamente, maiores condições e recursos (econômicos ou não) de perseguir os seus interesses em juízo considerando uma perspectiva de longo prazo, a fim de diminuir os riscos de resultados negativos advindos dos seus comportamentos processuais. A repetitividade das demandas em um amplo espaço de tempo permite que os *repeat players* tenham uma capacidade mais provável de melhor administrar, gerenciar e prever, de forma racional e rotineira, os resultados porventura decorrentes da sua frequente atuação no ambiente jurisdicional.

A rigor, aquelas partes que estão em contato constante com os órgãos judiciários e que detêm amplo poder econômico “para fazer experimentos em vários desses casos”, possuem teoricamente uma maior quantidade de “informações relevantes sobre as práticas judiciárias que lhe favoreçam ou prejudiquem, bem como sobre linhas

⁵³⁹ ZHOU, Jun. In *Litigation: How Far Do The “Haves” Come Out Ahead? A Game Theoretical Study. CentER Discussion Paper*, Tilburg University, Volume 2007, p. 1-3, January 2007, tradução nossa.

de argumentação que sejam mais ou menos aceitas”, o que lhes dá aptidão para “tomar decisões mais estratégicas”. Com isso, pode-se deduzir que o comportamento processual dos litigantes habituais no âmbito da litigiosidade repetitiva é fruto de um “agir estratégico”, o qual faz com que as suas escolhas sejam “opções estratégicas conscientes, que levam em conta não apenas fatores jurídicos ou processuais, mas, sobretudo elementos de cunho econômico”.⁵⁴⁰

Realmente, a percepção global dos possíveis impactos financeiros advindos de um grande volume de demandas seriais proporciona a adoção de técnicas de racionalização do passivo contencioso e de contingenciamento de eventuais riscos de sucumbência por parte dos litigantes habituais. Como consequência, “os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos”.⁵⁴¹

Os litigantes habituais, exatamente em virtude da litigiosidade repetitiva que praticam, possuem uma virtual aptidão para obter, em boa parte das vezes, maiores vantagens processuais em face dos litigantes ocasionais. É nesse ponto que se torna possível relacionar alguns conceitos da *teoria dos jogos* com a atuação processual dos *repeat players*.

Segundo os estudos de Scott Bierman e Luis Fernandez, os jogos são todas as “situações nas quais um tomador de decisões tem de levar em conta a ação de outros”, ou seja, o “modo como indivíduos tomam decisões quando estão cientes de que suas ações afetam uns aos outros e quando cada indivíduo leva isso em conta”.⁵⁴² A teoria dos jogos pressupõe a interação entre dois ou mais agentes, por ocasião da tomada de decisões reciprocamente influentes.

Os jogos podem ser classificados em *estáticos* (ou *simultâneos*) e *dinâmicos* (ou *sequenciais*).

Jogos estáticos são aqueles em que os jogadores se movem simultaneamente, isto é, “sem saber quais eram os movimentos dos outros participantes do jogo”. Nesses casos, as decisões dos jogadores são tomadas ao mesmo tempo e, por isso, independem e não se vinculam às escolhas antecedentes dos outros jogadores.

⁵⁴⁰ GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. Ensaio sobre teoria dos jogos e litigância repetitiva: reflexões, à luz do contraditório, para uma política judiciária adequada. In: BARBOSA, Cláudia Maria; FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná; SILVA, Lucas Gonçalves da (Org.). *Política judiciária, gestão e administração da justiça*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 99-101.

⁵⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 25-26.

⁵⁴² BIERMAN, Scott H.; FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos jogos*. 2. ed., São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011, p. 04.

Por outro lado, nos jogos dinâmicos “os jogadores se movimentam em uma sequência fixa”, isto é, “os jogadores que se movem mais tarde sabem quais movimentos os demais fizeram antes deles”, enquanto os jogadores “que se movem mais cedo devem levar isso em conta quando projetam a sua estratégia ótima”.⁵⁴³ Com isso, nos jogos dinâmicos os jogadores possuem informações mútuas e conhecem as decisões e escolhas prévias dos outros jogadores e, assim, posicionam-se a partir dos movimentos que lhes são antecedentes.

Nessa abordagem conceitual, o processo judicial pode ser comparado a um *jogo dinâmico*. É que, na atuação processual das partes, não há uma simultaneidade de atuação. Diferentemente, no processo judicial os litigantes se movem em uma sequência fixa e concatenada de atos, fases e procedimentos, sendo que as atividades anteriores são logicamente antecedentes das que lhe são posteriores.

Com isso, é possível definir o processo judicial como um *jogo dinâmico* em que os atos praticados pelas partes são prévia e reciprocamente conhecidos, bem como submetidos a um rito procedimental específico (sequência fixa). Dessa maneira, a fim de aumentar as possibilidades de êxito judicial, os litigantes praticam os atos processuais cientes dos atos que lhe são anteriores, e planejam as suas estratégias prevendo e antecipando os resultados dos movimentos processuais que lhe são supervenientes.

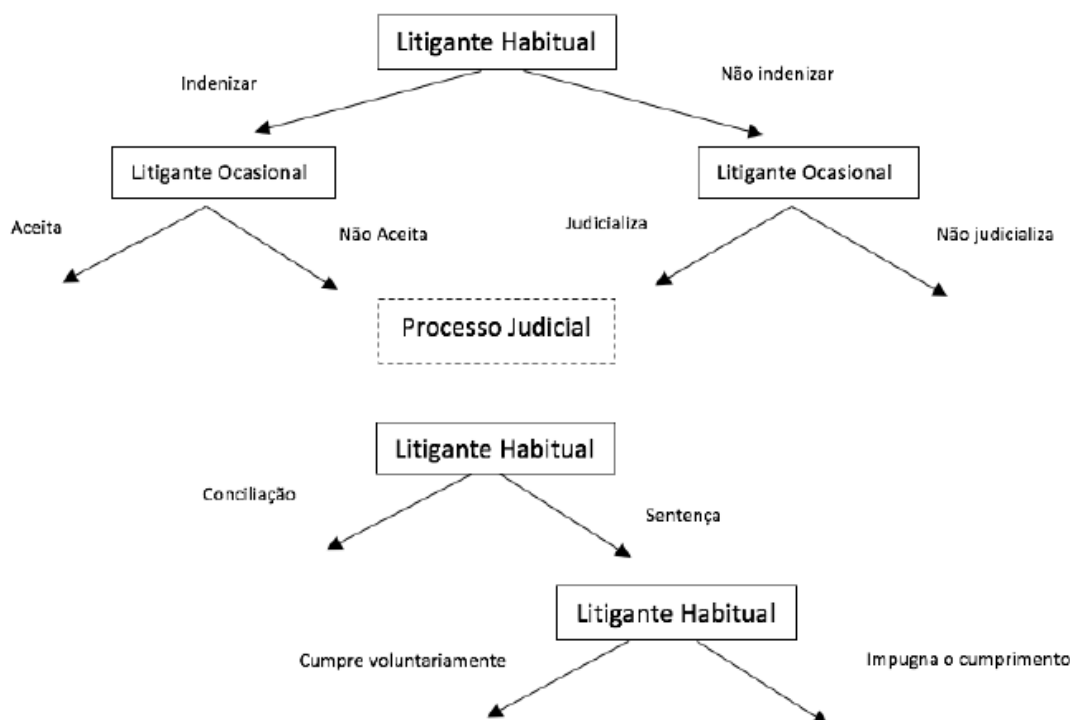
É nesse sentido que os atos processuais aparentemente isolados praticados pelas partes – v.g., interpor ou não um recurso, ou produzir ou não determinada prova, ou celebrar ou não um acordo – estão, na verdade, interligados dentro de uma cadeia processual complexa e, conseqüentemente, estão inseridos no âmbito de um “posicionamento estratégico consciente que visa gerar efeitos sobre a tomada de decisão dos demais indivíduos envolvidos (tanto sobre o *ex adverso* como sobre o julgador)”.⁵⁴⁴

A partir de uma *árvore de jogo* representativa de um *jogo dinâmico*, Gláucio Maciel Gonçalves e Victor Barbosa Dutra exemplificam uma possível sequência de atos processuais que podem ser adotados na esfera de uma relação jurídica hipotética entre um litigante habitual e um litigante ocasional, conforme a figura abaixo colacionada:

⁵⁴³ BIERMAN, Scott H.; FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos jogos*. 2. ed., São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011, p. 112.

⁵⁴⁴ GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. Ensaio sobre teoria dos jogos e litigância repetitiva: reflexões, à luz do contraditório, para uma política judiciária adequada. In: BARBOSA, Cláudia Maria; FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná; SILVA, Lucas Gonçalves da (Org.). *Política judiciária, gestão e administração da justiça*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 101.

ÁRVORE DE JOGOS. ATUAÇÃO PROCESSUAL ESTRATÉGICA. (figura 1)



Na hipótese apresentada, a violação de um direito pertencente a um litigante ocasional (no caso, um passageiro que teve a sua bagagem extraviada em um voo), em virtude de ato ilícito praticado por um litigante habitual (no caso, uma companhia aérea), fez nascer uma pretensão indenizatória de ressarcimento.

A decisão do litigante habitual de resistir ou não à pretensão deduzida pelo litigante ocasional será determinada a partir da avaliação de diversas variáveis (jurídicas, econômicas, políticas etc.), tais como: “os impactos econômicos decorrentes de indenizar imediatamente os consumidores” (inclusive no que se refere ao seu próprio “fluxo de caixa”); “o percentual de passageiros que costuma recorrer ao Poder Judiciário”; “a atuação dos órgãos estatais (ou sociais) de fiscalização e como eles se comportam diante de tais casos”; “a efetividade do procedimento jurisdicional – sobretudo dos mecanismos de cumprimento de sentença”; e “o grau de impunidade à violação do ordenamento”.⁵⁴⁵

Ademais, outros conceitos da teoria dos jogos são importantes para a compreensão do processo judicial como um jogo dinâmico. O primeiro deles se refere

⁵⁴⁵ GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. Ensaio sobre teoria dos jogos e litigância repetitiva: reflexões, à luz do contraditório, para uma política judiciária adequada. In: BARBOSA, Cláudia Maria; FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná; SILVA, Lucas Gonçalves da (Org.). *Política judiciária, gestão e administração da justiça*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 103-104.

ao sentido de *informação completa* em contraposição com a noção de *informação incompleta*. Para a teoria dos jogos, *informação incompleta* ocorre quando “um jogador não sabe quais são os movimentos feitos por outros jogadores”,⁵⁴⁶ enquanto na *informação completa* os jogadores sabem previamente quais são as possíveis decisões estratégicas dos outros jogadores.

No caso dos litigantes habituais, o conceito de *informação* parece favorecer as suas próprias condutas processuais. Isso porque os *repeat players*, em função da *repetição* das suas atividades no ambiente jurisdicional, possuem a provável oportunidade de melhor qualificar a gama das suas informações em detrimento da possível hipossuficiência informativa dos *one-shotters*.

A experiência e o conhecimento adquiridos pelos litigantes habituais em jogos dinâmicos *repetidos*, ao longo da atuação em milhares de processos judiciais que versam sobre causas similares, faz com que eles, em tese, aperfeiçoem a sua capacidade de *competição dinâmica*.⁵⁴⁷ É justamente a partir de uma litigiosidade repetitiva e massificada que os *repeat players* reúnem as condições teóricas de adquirir as melhores possibilidades para estabelecer as suas decisões estratégicas processuais, estruturando padrões de comportamentos procedimentais que diminuam os seus riscos e potencializem as suas chances de êxito judicial.

Além disso, a repetitividade da participação em demandas judiciais geralmente confere aos litigantes habituais maiores oportunidades de antecipar provimentos e atos judiciais, o que hipoteticamente lhes permite desenvolver um planejamento estratégico preventivo e global na tomada das decisões processuais que lhes sejam mais favoráveis.

Sendo assim, os litigantes habituais, em face dos litigantes ocasionais, usualmente têm alargado o âmbito do seu círculo de informações. Ainda que a informação dos *repeat players* seja *incompleta* e *imperfeita* – uma vez que é impossível conhecer integralmente as decisões processuais estratégicas do outro litigante –, ela costuma se mostrar, comparativamente à informação dos *one-shotters*, muito mais *completa* e *perfeita*. Na prática, não é raro que os litigantes habituais possuam vantagens processuais justamente em virtude da litigiosidade repetitiva que praticam.

⁵⁴⁶ BIERMAN, Scott H.; FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos jogos*. 2. ed., São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011, p. 250.

⁵⁴⁷ BIERMAN, Scott H.; FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos jogos*. 2. ed., São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011, p. 169 *et seq.*

Como exemplo, os litigantes habituais frequentemente possuem um alto nível de *impaciência assimétrica* no jogo processual de *barganha* em face de um litigante ocasional.⁵⁴⁸ Isso quer dizer que, considerando o tempo de tramitação dos processos judiciais, é muito mais interessante para os *repeat players*, pelo menos em princípio, que haja um processamento moroso, com idas e vindas processuais.

Em suma, a *análise econômica do direito*, conjugada com os conceitos da *teoria dos jogos*, permite teoricamente que os litigantes habituais extraiam a máxima utilidade econômica justamente do seu alto nível de litigiosidade. Isso faz com que, ao menos em tese, a atuação processual dos *repeat players* seja mais eficiente e menos arriscada, com potencial incremento das chances de êxito e possível redução de custos e ônus provenientes de eventuais sucumbências em processos judiciais repetitivos.

4.4 As potenciais vantagens dos *repeat players* em face dos *one-shotters*: a comprovação empírica da “teoria da capacidade das partes” no direito comparado

Desde a publicação do artigo escrito por Marc Galanter, houve extensa produção bibliográfica visando a refletir sobre a pertinência da tipologia das partes e, especialmente, acerca das suas possíveis repercussões práticas. Sobretudo no âmbito do direito comparado, as pesquisas acadêmicas levadas a cabo enfocaram, precisamente, na comprovação empírica das potenciais vantagens dos *repeat players* em face dos *one-shotters*, geralmente com um viés crítico.

Nesse sentido, o presente tópico visa a examinar algumas experiências empíricas comprobatórias da “teoria da capacidade das partes” exclusivamente na esfera do direito comparado, com ênfase na constatação, ou não, de que os litigantes habituais – especialmente os que compõem a Administração Pública – levam vantagens no âmbito da litigância. A ausência de dados estatísticos oficiais fidedignos no Brasil impede que essa análise seja realizada também no âmbito do direito nacional.

Normalmente, os doutrinadores estrangeiros apontam que os potenciais trunfos dos *repeat players* em face dos *one-shotters* estão relacionados com uma assimetria sistemática entre eles,⁵⁴⁹ tendo em vista que os litigantes habituais, por via de

⁵⁴⁸ BIERMAN, Scott H.; FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos jogos*. 2. ed., São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011, p. 137 *et seq.*

⁵⁴⁹ YEAZELL, Stephen C. Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 959, November 2004, tradução nossa.

regra, possuem uma experiência (*experience*) mais ampla em processos judiciais, conjugada com uma maior gama de recursos (*resources*) – não somente em termos financeiros, como também de natureza estrutural. Em princípio, essas características proporcionam que os litigantes habituais aprimorem a prática processual e adquiram conhecimento (*know-how*) extraído da repetição de experiências.⁵⁵⁰

De modo geral, a vasta experiência dos litigantes habituais em processos judiciais e a presença mais frequente nos tribunais possibilitam-lhes desenvolver e implementar estratégias litigiosas com alto nível de precisão, as quais, abstratamente, conferem-lhes maiores chances de êxito e condições propícias para decidir sobre a interposição de recursos ou a celebração de acordos. Presumidamente, os *repeat players* ostentam maior aptidão e capacidade para provocar mudanças jurisprudenciais e legislativas que sejam favoráveis aos seus interesses.⁵⁵¹

Compartilhando desse ponto de vista, Brian J. Glenn ressalta que os *repeat players* são os atores processuais – indivíduos, organizações ou corporações – que litigam sobre a mesma questão (*issue*) durante um período de tempo suficiente para que passem a se beneficiar de uma estratégia de formação de precedentes a longo prazo, ainda que isso implique suportar sucumbências no curto prazo. Para o autor, os litigantes habituais agem estrategicamente considerando um horizonte temporal de litigância de longo prazo, em contraposição aos litigantes ocasionais que trabalham na expectativa da vitória particular em um caso único ou em poucos casos.

Nessa seara, a questão dos precedentes é tratada pelos *repeat players* sob uma ótica de longo prazo, já que eles recorrentemente se esforçam perante as cortes superiores para tentar influenciar a formação de orientações jurisprudenciais que lhes sejam favoráveis.⁵⁵² A alta presença nos tribunais possibilita que os *repeat players* implementem eventuais estratégias de litigância direcionadas ao desenvolvimento de

⁵⁵⁰ HENDLEY, Kathryn; MURRELL, Peter; RYTERMAN, Randi. Do Repeat Players Behave Differently in Russia? Contractual and Litigation Behavior of Russian Enterprises. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 834, 1999, tradução nossa.

⁵⁵¹ EWICK, Patricia; SILBEY, Susan S. Common Knowledge and Ideological Critique: The Significance of Knowing That the “Haves” Come Out Ahead. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 1.025, 1999, tradução nossa; GROSSMAN, Joel B.; KRITZER, Herbert M.; MACAULAY, Stewartigo Do the “Haves” Still Come Out Ahead? *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 803-804, 1999, tradução nossa.

⁵⁵² EDELMAN, Lauren B.; SUCHMAN, Mark C. When the “Haves” Hold Court: Speculations on the Organizational Internalization of Law. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 942, 1999, tradução nossa.

precedentes condizentes com os seus interesses, por meio da seleção criteriosa de casos que serão objeto de julgamento pelas cortes superiores.⁵⁵³

Além das vantagens processuais acima apontadas, a alta capacidade econômica dos litigantes habituais lhes viabiliza, ao menos teoricamente, a contratação de profissionais especializados na atuação em demandas seriais, o que permite o possível aperfeiçoamento de estratégias contenciosas de longo prazo.⁵⁵⁴

Outrossim, a presença recorrente nos órgãos judiciários tende a facilitar a aproximação com juízes e serventuários, melhorando o relacionamento informal entre os litigantes habituais e aqueles com poder de influência sobre o procedimento judicial.⁵⁵⁵

Ademais, outra postura comum dos litigantes habituais é a realização de *lobbying* político junto ao parlamento a fim de influenciar alterações na legislação que lhes sejam vantajosas.⁵⁵⁶

De forma sintética e objetiva, Marc Galanter indica quais são as potenciais vantagens processuais que os *repeat players* possuem em face dos litigantes ocasionais, conforme descrito abaixo:

a) capacidade de desenvolver “inteligência avançada” (*advance intelligence*), estruturando as próximas estratégias processuais e construindo registros e padrões de comportamentos procedimentais tendo como base uma quantidade extensa de experiências anteriores acumuladas em demandas similares;

b) aptidão para prever decisões judiciais com maior grau de certeza, escolhendo entre cumprir decisões judiciais desfavoráveis de imediato ou interpor recursos nos casos em que, respectivamente, haja menor ou maior probabilidade de obtenção futura de resultados favoráveis;

⁵⁵³ FAROLE JR., Donald J. Reexamining Litigant Success in State Supreme Courts. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 1.043, 1999, tradução nossa.

⁵⁵⁴ SONGER, Donald; KUERSTEN, Ashlyn; KAHENY, Erin. Why the Haves Don't Always Come Out Ahead: Repeat Players Meet Amici Curiae for the Disadvantaged. *Political Research Quarterly*, The University of Utah, Volume 53, Number 3, p. 540, September 2000, tradução nossa.

⁵⁵⁵ EWICK, Patricia; SILBEY, Susan S. Common Knowledge and Ideological Critique: The Significance of Knowing That the “Haves” Come Out Ahead. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 1.025, 1999, tradução nossa; GROSSMAN, Joel B.; KRITZER, Herbert M.; MACAULAY, Stewartigo Do the “Haves” Still Come Out Ahead? *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 803-804, 1999, tradução nossa.

⁵⁵⁶ EDELMAN, Lauren B.; SUCHMAN, Mark C. When the “Haves” Hold Court: Speculations on the Organizational Internalization of Law. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 942, 1999, tradução nossa; LEMPert, Richard. A Classic at 25: Reflections on Galanter's “Haves” Article and Work It Has Inspired. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 1.111, 1999, tradução nossa; GALANTER, Marc. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, p. 100, 1974, tradução nossa.

c) desenvolvimento de conhecimento técnico diferenciado e contratação de especialistas que trabalhem com a otimização de economia de escala e de baixo custo financeiro e atuarial para a litigiosidade repetitiva;

d) oportunidade de desenvolvimento de relações informais e facilitadoras com serventuários e membros dos órgãos judiciários;

e) habilidade para construir credibilidade e reputação sólidas que sirvam para estabelecer compromissos processuais e posições de barganha que influenciem positiva e constantemente o convencimento judicial e a formação de linhas de entendimento jurisprudencial que lhes sejam favoráveis;

f) capacidade de utilizar julgados favoráveis, porém isoladamente proferidos, como precedentes judiciais passíveis de, em um médio ou longo prazo, alterar uma orientação jurisprudencial anterior que lhes seja desfavorável (*overruling*);

g) possibilidade de “jogar” com as probabilidades (*play the odds*) diante dos inúmeros casos repetitivos, a fim de minimizar os riscos de perdas e maximizar as estratégias de vitórias em uma escala mais ampla;

h) permissão para alternar os padrões processuais de comportamento, modificando, no tempo e no espaço, as estratégias para vitórias imediatas e ganhos de médio e longo prazo;

i) utilização de técnicas de *lobbying* e de argumentos de política (*policies*)⁵⁵⁷ a fim de interferir na persuasão dos tribunais.⁵⁵⁸

De maneira análoga, Mauro Cappelletti e Bryant Garth também apontam possíveis vantagens dos litigantes habituais em comparação com os litigantes eventuais, a saber:

a) maior experiência e contato com o direito, o que lhes possibilita “melhor planejamento do litígio”;

b) viabilidade de tratar a litigância com “economia de escala”, em virtude do maior número de casos;

⁵⁵⁷ Argumentos de política (ou *policies*) são aqueles mais apropriados para a justificação de decisões políticas, pois são direcionados a subsidiar a formulação de programas públicos e de pautas políticas com base em critérios discricionários de oportunidade e conveniência. Por outro lado, os argumentos de princípio (ou *principles*) são aqueles mais adequados para a justificação de decisões jurídicas, pois estão fundamentados no respeito ou na garantia do direito de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 35-46 e 128-132).

⁵⁵⁸ GALANTER, Marc. *Why the “Haves” Come Out Ahead: The Classic Essay and New Observations*. New Orleans: Quid Pro Books, 2014, p. 16-22, tradução nossa.

c) “oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória”;

d) capacidade de “diluir os riscos da demanda por maior número de casos”;

e) possibilidade de “testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros”.⁵⁵⁹

Igualmente, Lauren B. Edelman e Mark C. Suchman enumeram eventuais vantagens usufruídas pelos litigantes habituais, tais como:

a) definição de estratégias de proteção de interesses de longo prazo considerando que estão aptos a “jogar as regras do jogo” (*play for rules*);

b) possibilidade de desenvolvimento de inteligência avançada envolvendo o prévio planejamento da estratégia de celebração de transações;

c) oportunidade de acesso contínuo a especialistas em litigância repetitiva, a fim de reduzir custos processuais e praticar economia de escala;

d) facilidade na manutenção de relacionamentos informais com oficiais e prepostos das instituições judiciárias;

e) experiência em discernir quais mudanças nas regras legais e nos procedimentos possuem maior probabilidade de aplicação prática (*law in action*);

f) criação de impedimentos e obstáculos às tentativas dos litigantes ocasionais de implementação de reformas sociais por meio do sistema legal.⁵⁶⁰

Diante desse cenário, percebe-se que a teoria da capacidade das partes (*party capability theory*) desenvolvida a partir da tipologia criada por Marc Galanter indica que os litigantes habituais – exatamente porque possuem mais experiência e ostentam uma maior capacidade econômica e estrutural – possuem teoricamente maiores chances de êxito em um contexto de litigiosidade repetitiva.

Essa hipótese teórica veio a ser confirmada na prática jurídica estrangeira, tendo em vista a existência de diversos estudos e pesquisas empíricas no direito comparado – seja no mundo ocidental ou oriental – que corroboram a presunção de que os *repeat players* realmente se saem melhor perante as cortes judiciárias.

Um dos mais famosos estudos sobre o tema, realizado nos EUA por Stanton Wheeler *et al.*, investigou 5.904 (cinco mil novecentos e quatro) casos no período

⁵⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 25.

⁵⁶⁰ EDELMAN, Lauren B.; SUCHMAN, Mark C. When the “Haves” Hold Court: Speculations on the Organizational Internalization of Law. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 941-942, 1999, tradução nossa.

compreendido entre 1870 a 1970, os quais foram julgados nos tribunais dos seguintes Estados: Alabama, Califórnia, Idaho, Illinois, Kansas, Maine, Michigan, Minnesota, Nevada, Nova Jersey, Carolina do Norte, Oregon, Rhode Island, Dakota do Sul, Tennessee e West Virginia.

A conclusão da pesquisa foi a de que, realmente, as partes mais fortes organizacional e economicamente – principalmente as entidades governamentais – possuem vantagens e tendem a vencer com maior frequência em comparação com os litigantes ocasionais. Estatisticamente, as entidades governamentais estaduais obtiveram êxito em 60,2% (sessenta vírgula dois por cento) dos julgamentos de apelação, enquanto os indivíduos foram vitoriosos em 48,1% (quarenta e oito vírgula um por cento) dos recursos.⁵⁶¹

Ainda nos EUA, a pesquisa levada a cabo por Donald Songer *et al.* corroborou que os *haves* possuem maior probabilidade de êxito em grau recursal quando colocados em comparação com os *have-nots*. Por meio de investigação empreendida nos tribunais federais americanos (*U.S. Courts of Appeals*) no período de 1925 a 1988, ficou demonstrado que os *repeat players*, especialmente as entidades governamentais (*U.S. government*), saem na frente no âmbito da litigância.

As estatísticas colhidas atestaram que, no período estudado, os indivíduos perderam mais de 60% (sessenta por cento) dos casos, enquanto as sociedades empresárias (*businesses*) e os entes governamentais (*governments*) tiveram êxito, respectivamente, em aproximadamente 50% (cinquenta por cento) e 68% (sessenta e oito por cento) dos casos.⁵⁶²

Com a mesma linha de raciocínio, Herbert M. Kritzer sustenta que existe um forte padrão de sucesso do governo no campo da litigância ao redor do mundo, o que é comprovado por pesquisas realizadas em diversos países, tais como nos EUA, Canadá, Inglaterra, Austrália e África do Sul. Para ele, as maiores taxas de êxito em prol das entidades governamentais são explicadas não somente em termos de recursos (*resources*) e experiência (*experience*), mas também pelo fato de que o Estado elabora as leis que serão julgadas por magistrados vinculados à esfera pública.

⁵⁶¹ WHEELER, Stanton; CARTWRIGHT, Bliss; KAGAN, Robert A.; FRIEDMAN, Lawrence M. Do the “Haves” Come Out Ahead? Winning and Losing in State Supreme Courts, 1870-1970. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 21, Number 3, p. 403 *et seq.*, 1987, tradução nossa.

⁵⁶² SONGER, Donald; SHEEHAN, Reginald S.; HAIRE, Susan Brodie. Do the “Haves” Come Out Ahead over Time? Applying Galanter’s Framework to Decisions of the U.S. Courts of Appeals, 1925-1988. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 811-812, 827, 1999, tradução nossa.

Segundo o citado autor, as vantagens legais atribuídas aos litigantes governamentais (*government litigants*) são muito maiores do que aquelas concedidas aos outros *repeat players* de natureza privada, particularmente às sociedades empresárias (*business or corporations*). Tanto é assim que o autor sugere que o padrão dominante de vantagens jurídicas citado por Marc Galanter não deve ser conferido aos *haves* ou aos *repeat players* em geral, mas, sim, apenas ao próprio governo – o qual ele, de forma exagerada, chega a comparar a um “gorila” por meio da expressão *The Government Gorilla*.⁵⁶³

Por sua vez, no mundo oriental a situação se mostra semelhante.

Kong-Pin Chen *et al.* afirmam que, no âmbito da Suprema Corte de Taiwan (*Taiwan's Supreme Court – TSC*), os *repeat players* – sobretudo os litigantes governamentais (*governmental litigants*) – obtêm maiores vitórias processuais em comparação com os *one-shotters*. Segundo os autores, essa situação é explicada não somente com base na teoria da capacidade das partes (*party capability theory*) de Marc Galanter, como também por uma discricionariedade jurisdicional (*discretionary jurisdiction*) pautada em uma preferência da corte pelo favorecimento das entidades governamentais, tendo em vista a autoidentificação dos magistrados da Suprema Corte como parte do governo.⁵⁶⁴

De maneira similar, Xin He e Yang Su aduzem, ao examinar 2.724 (duas mil setecentas e vinte e quatro) decisões judiciais proferidas entre 2008 e 2009 nos tribunais de Shangai localizados na China, que os *repeat players* – especialmente as entidades governamentais (*government agencies*) e as companhias privadas (*companies*) – são os maiores vencedores.

No estudo comparativo dos casos examinados, concluiu-se que, no confronto entre um *repeat player* e um *one-shotter*, houve êxito dos litigantes habituais na seguinte proporção: a) na hipótese de *repeat player* como autor, a demanda foi totalmente procedente em 43% (quarenta e três por cento) dos casos, parcialmente procedente em 39% (trinta e nove por cento) dos casos e improcedente em apenas 18% (dezoito por cento) dos casos; b) na hipótese de *repeat player* como réu, a demanda foi

⁵⁶³ KRITZER, Herbert M. The Government Gorilla: Why Does Government Come Out Ahead in Appellate Courts? In: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. (Ed.). *In Litigation: Do the “Haves” Still Come Out Ahead?* Stanford, California: Stanford Law and Politics, Stanford University Press, 2003, p. 342-362, tradução nossa.

⁵⁶⁴ CHEN, Kong-Pin; HUANG, Kuo-Chang; LIN, Chang-Ching. Party Capability versus Court Preference: Why Do the “Haves” Come Out Ahead? An Empirical Lesson from the Taiwan Supreme Court. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Oxford University Press, Volume 31, Number 1, p. 93-96, 2014, tradução nossa.

improcedente em cerca de 48,5% (quarenta e oito vírgula cinco por cento) dos casos, parcialmente procedente em 32% (trinta e dois por cento) dos casos e totalmente procedente em apenas 19,5% (dezenove vírgula cinco por cento) dos casos.

Quando o caso envolvia matéria de direito administrativo, a demanda foi improcedente – e, portanto, favorável à Administração Pública na condição de ré – em mais de 95% (noventa e cinco por cento) dos casos.

Assim sendo, restou demonstrado que, nos tribunais de Shanghai no período de 2008 a 2009, os litigantes institucionais (*institutional litigants*) não apenas obtiveram um maior número de êxitos em demandas judiciais, como tenderam a prevalecer com uma margem grande no número de vitórias.⁵⁶⁵

Ao que tudo indica, a diferença no grau de presença nos órgãos judiciários produz inevitáveis discrepâncias no comportamento processual e nas chances de êxitos judiciais entre os *repeat players* e os *one-shotters* – pelo menos no âmbito do direito comparado.

4.5 Reflexão crítica acerca das potenciais vantagens usufruídas pelos litigantes habituais

4.5.1 A crítica da doutrina do direito comparado

Os doutrinadores estrangeiros, especialmente os americanos, são ávidos em criticar incisivamente as potenciais vantagens obtidas pelos *repeat players* em face dos *one-shotters*. Sendo assim, considerando os objetivos desta tese, o presente tópico aborda de que maneira essa questão é confrontada na esfera do direito comparado.

De acordo com a doutrina americana, é possível verificar, em boa parte das vezes, que existe um interesse latente dos *repeat players* na manutenção de um cenário de excessiva demora na tramitação dos processos judiciais. Discorrendo sobre essa situação, Lawrence Friedman aduz que o processamento lento de um número estratégico de demandas, associado às possibilidades de reviravoltas procedimentais e interposição de inúmeros recursos, não constitui apenas um meio objetivando um fim, mas, pelo

⁵⁶⁵ HE, Xin; SU, Yang. Do the “Haves” Come Out Ahead in Shanghai Courts? *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 10, Issue 1, p. 120-135, March 2013, tradução nossa.

contrário, parece consistir em um fim em si mesmo tendo em vista a atuação de importantes atores processuais habituais.⁵⁶⁶

Em sentido semelhante, *Lord Harry Woolf* realça que a demora processual, embora seja um motivo de angústia para aqueles que sofreram um dano, tende a se mostrar como um fator de utilidade para litigantes que contam com o excesso de demandas repetitivas para a postergação de ações processuais no maior prazo possível. Um sistema jurisdicional lento é aparentemente interessante e conveniente para certos tipos de litigantes, os quais, virtualmente, beneficiam-se do longo período temporal para retardar a celebração de acordos, protelar o cumprimento de condenações judiciais, postergar pagamentos e forçar situações processuais diante da impossibilidade de os litigantes ocasionais aguardarem o desfecho do caso por vários anos.⁵⁶⁷

Nessa perspectiva, os *repeat players*, ao que parece, ostentam melhores condições para se aproveitarem da passividade e da sobrecarga dos órgãos judiciários, sendo-lhes inclusive oportuno, em certas ocasiões, criar embaraços para a alteração do *status quo*.⁵⁶⁸ É possível classificar a inefetividade crônica da função jurisdicional como uma “vantagem competitiva” inserida em uma análise econômica do custo-benefício da judicialização. O sistema de justiça pode ser concebido como um “mercado competitivo” (*competitive market*)⁵⁶⁹ e a demora da litigância aparenta refletir um verdadeiro “ponto de equilíbrio” (*equilibrium point*) para os litigantes habituais.⁵⁷⁰

Não há dúvidas de que o controle da alocação do tempo é uma forma de exercício de poder. Considerando que os litígios se prolongam por vários meses ou anos e que “o próprio direito opera com o tempo”,⁵⁷¹ é cabível reconhecer uma dimensão temporal na litigância estratégica.

⁵⁶⁶ FRIEDMAN, Lawrence M. The Day Before Trials Vanished. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 699, November 2004, tradução nossa.

⁵⁶⁷ WOOLF, Harry. *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: Woolf Inquiry Team, June 1995, p. 12-13, tradução nossa.

⁵⁶⁸ EDELMAN, Lauren B.; SUCHMAN, Mark C. When the “Haves” Hold Court: Speculations on the Organizational Internalization of Law. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 942, 1999, tradução nossa.

⁵⁶⁹ LANDE, John. How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts’ Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and Other Elements Needed to Administer Justice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 223-225, 2006, tradução nossa.

⁵⁷⁰ MENKEL-MEADOW, Carrie. Will managed care give us access to justice? In: SMITH, Roger (Ed.). *Achieving Civil Justice: Appropriate dispute resolution for the 1990s*. London: Legal Action Group, 1996, p. 99-100, tradução nossa.

⁵⁷¹ GONÇALVES, Gláucio Maciel. Direito e Tempo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Org.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 283.

Com isso, o gerenciamento do tempo dos processos faz com que o litigante busque por vantagens estratégicas mediante o emprego de técnicas de aceleração ou postergação do desfecho de casos.⁵⁷² O tempo é um ativo extremamente importante para a delimitação de estratégias processuais e obtenção de êxitos em demandas judiciais.

Para Shaudin Talesh, não é raro inferir que alguns *repeat players* se aproveitam da ineficiência do sistema público jurisdicional para movimentar o processo de solução de disputas para a concretização de um regime próprio de adjudicação (*own private adjudicatory regime*) que tutele os seus interesses e pretensões particulares.⁵⁷³ Nesse sentido, é importante questionar de que maneira a tipologia das partes apresentada por Marc Galanter pode ser tratada como uma “hipótese de mobilização legal” (*legal mobilization hypothesis*), isto é, como uma teoria crítica e reflexiva sobre a forma pela qual os *repeat players* podem, em tese, mobilizar o direito de modo mais proativo a fim de alcançar os seus próprios objetivos.⁵⁷⁴

De fato, todas as potenciais vantagens – econômicas e processuais – advindas do contexto de demora processual oportunizam, ao menos em tese, que os *repeat players* “joguem as regras do jogo” (*playing for the rules*) e façam um melhor uso da legislação e do sistema judicial para a defesa dos seus interesses.⁵⁷⁵

A realidade do direito comparado demonstra que os litigantes habituais usualmente se valem de incentivos legais e econômicos para prolongar o estado de litigiosidade, complicar o processo de solução das disputas,⁵⁷⁶ empregar mecanismos de intimidação em face dos *one-shotters*,⁵⁷⁷ e provocar dilações desnecessárias na

⁵⁷² DINGWALL, Robert; DURKIN, Tom. Time Management and Procedural Reform: Some Organizational Questions for Lord Woolf. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Ed.). *Reform of Civil Procedure: Essays on ‘Access to Justice’*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 377-378, tradução nossa.

⁵⁷³ TALESH, Shaudin. How the “haves” come out ahead in the twenty-first century. *DePaul Law Review*, DePaul University College of Law, Volume 62, p. 521-522, 2013, tradução nossa.

⁵⁷⁴ KINSEY, Karyl A.; STALANS, Loretta J. Which “Haves” Come Out Ahead and Why? Cultural Capital and Legal Mobilization in Frontline Law Enforcement. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 993, 1999, tradução nossa.

⁵⁷⁵ HENDLEY, Kathryn; MURRELL, Peter; RYTERMAN, Randi. Do Repeat Players Behave Differently in Russia? Contractual and Litigation Behavior of Russian Enterprises. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 833-836, 1999, tradução nossa.

⁵⁷⁶ ZUCKERMAN, A. A. S. Lord Woolf’s Access to Justice: Plus a Change. *The Modern Law Review*, Volume 59, Number 6, p. 775-777, November 1996, tradução nossa.

⁵⁷⁷ ZUCKERMAN, A. A. S. Reform in the Shadow of Lawyer’s Interests. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Ed.). *Reform of Civil Procedure: Essays on ‘Access to Justice’*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 62-67, tradução nossa.

tramitação de casos,⁵⁷⁸ a fim de obter melhores condições para negociações e “barganhas à sombra da lei”.⁵⁷⁹

Outrossim, a opção dos *repeat players* por celebrar acordos ou judicializar a controvérsia geralmente se baseia em uma prévia avaliação estratégica das chances de êxito do caso específico, cuja finalidade é, dentre outras, evitar a formação de jurisprudência contrária às suas pretensões que seria futuramente aplicada em outras demandas similares.

Catherine Albiston ressalta que os litigantes habituais, por via de regra, optam por celebrar acordos nos casos em que há maior probabilidade de sucumbência, ou de formação de precedentes desfavoráveis. Por outro lado, a escolha por litigar ocorre nos casos em que as chances de vitória são maiores, ou em que há a possibilidade de instituição de regras ou jurisprudência que promovam os seus interesses.

Segundo a autora, esse tipo de comportamento processual pode influenciar o próprio desenvolvimento do direito, além de afetar a atuação judicial na determinação de direitos e a interpretação judicial da legislação. A eventual manipulação do processo de solução de disputas tem o condão de implicar possível interferência na função jurisdicional e na mobilização do sistema legal para a proteção de interesses particulares, limitando a capacidade do Judiciário e da legislação de produzir mudanças sociais. A possibilidade de maior ingerência no procedimento de criação da lei e de produção da jurisprudência provavelmente confere aos *repeat players* um relevante instrumento de controle sobre a perspectiva de obtenção de interpretações jurídicas que favoreçam as suas pretensões.⁵⁸⁰

No mesmo sentido, Shauhin Talesh adverte que os *repeat players* podem modelar o desenvolvimento do direito e da legislação ao “jogar” de acordo com as regras que lhes são favoráveis. Essa modelagem ocorre, basicamente, por meio de uma atuação processual estratégica baseada em fatores como probabilidade de êxito na causa, recursos disponíveis e custos de prosseguimento na litigância.⁵⁸¹

⁵⁷⁸ SCOTT, I. R. Caseflow Management in the Trial Court. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Ed.). *Reform of Civil Procedure: Essays on ‘Access to Justice’*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 10-11, tradução nossa.

⁵⁷⁹ MNOOKIN, Robert H.; KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the Shadow of the Law: the Case of Divorce. *The Yale Law Journal*, Vol. 88, N. 05, Dispute Resolution, p. 950-997, Apr., 1979, tradução nossa.

⁵⁸⁰ ALBISTON, Catherine. The Rule of Law and the Litigation Process: The Paradox of Losing by Winning. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 869-874, 1999, tradução nossa.

⁵⁸¹ TALESH, Shauhin. How the “haves” come out ahead in the twenty-first century. *DePaul Law Review*, DePaul University College of Law, Volume 62, p. 523, 2013, tradução nossa.

Nesse ambiente, os *repeat players* teoricamente agregam uma maior capacidade de “jogar” de acordo com as probabilidades nas suas interações repetitivas (*play the odds in their repetitive interactions*), a fim de não apenas obter interpretações jurídicas que lhes sejam vantajosas, como também dificultar que os *one-shotters* articulem-se entre si para a implantação de significativas reformas sociais por meio do sistema jurídico. Como consequência, os litigantes habituais podem reunir as condições necessárias para “filtrar” casos relevantes o suficiente para interferir na ordem jurídica pública (*public legal order*) e criar uma ordem jurídica privada (*private legal order*) de tratamento de conflitos.⁵⁸²

Em abstrato, essa situação pode causar impactos no equilíbrio dos poderes sociais e ingerências na atuação dos poderes constituídos – especialmente no Judiciário, por meio de eventuais tentativas de intervenção na prolação de decisões judiciais, e no Legislativo, por intermédio de possível prática de influência política (*lobby*) para a realização de reformas sociais na legislação. Em última instância, a desigualdade de recursos presumidamente existente entre os tipos de litigantes viabiliza aos *repeat players*, ao menos virtualmente, um maior controle e determinação do conteúdo do próprio direito.⁵⁸³

Como se percebe, os doutrinadores estrangeiros, predominantemente, partem do pressuposto de que os *one-shotters* possuem uma fragilidade econômica e uma inaptidão organizacional que os impede de desenvolver estratégias de longo prazo.⁵⁸⁴ Por via de consequência, é possível perceber que, no direito comparado, prepondera uma crítica categórica em desfavor do comportamento processual dos *repeat players*, inclusive atribuindo-lhes uma conotação negativa como fomentadores de alterações maléficas do sistema de justiça social.

4.5.2 A crítica da doutrina brasileira

Os doutrinadores brasileiros, provavelmente em sua maioria, compartilham das críticas ao comportamento processual dos litigantes habituais de maneira

⁵⁸² EDELMAN, Lauren B.; SUCHMAN, Mark C. When the “Haves” Hold Court: Speculations on the Organizational Internalization of Law. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 943 *et seq.*, 1999, tradução nossa.

⁵⁸³ TALES, Shauhin. How the “haves” come out ahead in the twenty-first century. *DePaul Law Review*, DePaul University College of Law, Volume 62, p. 519-527, 2013, tradução nossa.

⁵⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 25-26.

semelhante aos pesquisadores do direito comparado. É possível enumerar diversas manifestações da doutrina nacional que corroboram essa percepção.

Daniela Monteiro Gabbay *et al.*, por exemplo, consideram que as possíveis vantagens dos litigantes habituais – em termos econômicos, estruturais e processuais – faz com que haja uma possível disparidade na atuação voltada à formação de precedentes. No julgamento de um caso paradigmático, os litigantes repetitivos tendem a possuir muito mais recursos, experiência e capacidade para influenciar um julgamento que lhes é favorável e que será futuramente reproduzido em demandas similares.

Os autores acrescentam ainda que a maior proximidade institucional com os tribunais e órgãos legislativos confere aos *repeat players*, em boa parte dos casos, um maior campo de influência na condução das práticas judiciais e na formação e implementação das políticas públicas.

Segundo os citados doutrinadores, o sistema de distribuição de justiça brasileiro parece favorecer os *repeat players*, na medida em que permite a proliferação de casos individuais sobre questões similares de fato e/ou de direito e, com isso, o planejamento de estratégias de larga escala e em longo prazo considerando o alto volume de demandas judiciais pendentes de julgamento.

Na esfera da litigiosidade repetitiva, os autores chegam a comparar a atuação dos *repeat players* e dos *one-shotters* à batalha contida na estória do pequeno Davi contra o gigante Golias. O objetivo dessa comparação é chamar a atenção para o que eles denominam de o “paradoxo da exclusão” perpetrado no sistema judiciário nacional, no qual alguns poucos litigantes habituais são os maiores responsáveis pelo estoque de processos judiciais, enquanto a maioria dos grupos vulneráveis de litigantes ocasionais continua impedida de usufruir de adequado, efetivo e tempestivo acesso aos órgãos judiciários.⁵⁸⁵

Igualmente discorrendo sobre os potenciais benefícios que os litigantes habituais usufruem na formação de precedentes vinculantes, Dierle Nunes *et al.* advertem sobre “o perigo da utilização estratégica” do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), previsto nos artigos 976 a 987 do CPC. A advertência é

⁵⁸⁵ GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. *SSRN English & Commonwealth Law eJournal*, University of Oxford Faculty of Law, Volume 1, p. 16-21, 2016, tradução nossa; GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da. Are the Haves Getting Even More Ahead Than Ever? Reflections on the political choices concerning access to justice in Brazil in the search of a new agenda. *SSRN English & Commonwealth Law eJournal*, University of Oxford Faculty of Law, Volume 1, p. 3-5, 2017, tradução nossa.

justificada a fim de impedir a “cooptação do Judiciário por pautas estratégicas” de determinados litigantes habituais, os quais, “ávidos em reduzir seus danos econômicos”, utilizam o IRDR com o objetivo escuso de “gerenciamento de seu passivo financeiro”.

De acordo com os autores, cabe aos tribunais controlar eventual “cooptação” praticada pelos *repeat players*, no sentido de empregarem de forma desvirtuada o referido incidente com o único “intuito de se obter a suspensão de uma multiplicidade de processos nos quais se tenha interesse direto”. Esse “manejo estratégico do IRDR” pelos litigantes habituais pode ocultar uma série de propósitos secundários, tais como “gerar o adiamento do adimplemento de obrigações”, buscar “um padrão decisório hábil a ser aplicado de modo uníssono e benéfico aos seus constituintes”, ou “alcançar um padrão decisório fundado em discussões ainda embrionárias”.

Ainda segundo os citados doutrinadores, o “uso reiterado do incidente de resolução de demandas repetitivas em caráter preventivo” pelos litigantes habituais se mostra inapropriado, uma vez que enfatiza a “função de gerenciamento de processos” do instituto “em detrimento da qualidade da decisão”. Essa situação tem a aptidão para gerar o comprometimento do “adequado uso da ferramenta de litigiosidade repetitiva”, além do “risco de formação de um precedente ilegítimo”.⁵⁸⁶

Com linha de raciocínio análoga, Juliano Ribeiro Santos Veloso afirma que a utilização do IRDR em caráter “preventivo” tem o condão de transformá-lo em “mecanismo puramente de gestão de processos”. Todavia, considerando o escopo do referido incidente de fixação de uma tese de direito, é incabível priorizar a sua “função quantitativa” em desfavor da “qualidade da decisão”, isto é, “em detrimento de sua função garantidora da isonomia jurídica, integridade e coerência do sistema”.⁵⁸⁷

Por sua vez, Gláucio Maciel Gonçalves e Victor Barbosa Dutra aduzem que “aquele que está em contato repetido com o Poder Judiciário”, “que atua em uma variedade de casos semelhantes” e “que detém porte econômico suficiente para fazer experimentos em vários desses casos”, possui, pelo menos de forma presumida, mais

⁵⁸⁶ NUNES, Dierle; COELHO MARQUES, Ana Luiza Pinto; MACHADO WERNECK; Isadora Tofani Gonçalves; FREITAS, Laura. O perigo da utilização estratégica do IRDR por litigantes habituais e a necessidade dos tribunais refletirem sobre sua cooptação: a proibição do incidente preventivo e o caso Samarco. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). *Panorama atual do novo CPC 2*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 122, 144.

⁵⁸⁷ VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. A Advocacia Pública e o IRDR: entre o gerenciamento de casos e a formação de precedentes. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em júízo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 522-523.

“informações relevantes sobre as práticas judiciárias que lhe favoreçam ou prejudiquem, bem como sobre linhas de argumentação que sejam mais ou menos aceitas”.

Por conseguinte, os litigantes habituais geralmente possuem maior aptidão para “tomar decisões mais estratégicas”, considerando que estão presentes em um “acervo de ações repetidas que minimizam o risco decorrente de resultados isolados de qualquer um dos casos”, assim como que detêm “recursos para perseguir os seus interesses de longo prazo”.⁵⁸⁸

Já Leonardo Carneiro da Cunha, ao examinar as “diferenças existentes na dimensão e nos recursos financeiros” na esfera da litigância repetitiva, aduz que os litigantes habituais possuem aptidão para tornar o seu relacionamento com os órgãos judiciários mais próximo e menos dispendioso. A possibilidade de antecipação do alto nível de frequência em litígios massificados permite que os *repeat players* assumam “poucos riscos relativamente ao resultado de cada um dos casos”, além de reunir “recursos suficientes para perseguir os seus interesses de longo prazo”.

Nesse contexto, os litigantes habituais “são mais eficientes” em comparação com os litigantes ocasionais, já que ostentam “mais condições de suportar a demora do processo, reunindo, com mais facilidade, os meios de prova necessários à comprovação dos fatos alegados”. É por isso que se vislumbra a necessidade de o magistrado “encetar esforços” a fim de ajustar o “desequilíbrio de forças” entre os *repeat players* e os *one-shotters*, exercendo um controle rígido para que o procedimento transcorra com efetivo respeito ao princípio da isonomia.⁵⁸⁹

Com uma linha de raciocínio mais incisiva, Daniel Carneiro Machado afirma que os litigantes habituais comumente praticam o que ele denomina de “uso patológico do Poder Judiciário”. Segundo o autor, o “problema gravíssimo da litigância habitual patológica no Brasil” é decorrência, em grande medida, de abusos usualmente praticados pelos *repeat players* para se beneficiarem da litigiosidade massificada e da ineficiência do sistema público jurisdicional.

Para tanto, o autor enfatiza que a prática de “economia de escala com os processos judiciais” permite aos litigantes habituais “diluir os riscos da demanda por

⁵⁸⁸ GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. Ensaio sobre teoria dos jogos e litigância repetitiva: reflexões, à luz do contraditório, para uma política judiciária adequada. In: BARBOSA, Cláudia Maria; FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná; SILVA, Lucas Gonçalves da (Org.). *Política judiciária, gestão e administração da justiça*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 101-102.

⁵⁸⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, n. 2, p. 239-241, Pouso Alegre: jul./dez. 2009.

maior número de casos”, “testar estratégias diferentes em determinados casos”, “criar precedentes favoráveis em pelo menos alguns deles” e resistir na alteração ou melhora das “suas práticas administrativas em favor de outros cidadãos não beneficiários de julgamentos pelo Poder Judiciário”.⁵⁹⁰

Também André Augusto Salvador Bezerra afirma que, em boa parte das vezes, os grandes litigantes “perduram em suas condutas” litigiosas contando com a morosidade dos processos” e com o “elevado número de pessoas que não ingressam no Judiciário” para perseguir a reparação do direito ofendido. Segundo o autor, “há diversos casos” nos quais se verifica que os litigantes habituais fazem “uso da atividade jurisdicional, não para a garantia da efetivação das normas, mas, pelo contrário, como instrumento de legitimação de violação de direitos” alheios, causando evidente “dano social” por intermédio de inúmeras ações individuais repetitivas.⁵⁹¹

Por seu turno, José Roberto Freire Pimenta sintetiza as potenciais vantagens dos *repeat players* em face dos *one-shotters*, a saber:

a) maior grau de experiência com o direito e com o sistema jurídico, possibilitando-lhes “melhor planejamento de cada litígio e do conjunto de litígios em que eles estão ou estarão envolvidos”;

b) perspectiva de usufruir de “economia de escala”, uma vez que a presença em mais casos confere menor onerosidade na atuação em cada um deles;

c) oportunidade de desenvolvimento de “relações informais com os membros da instância decisória”, ainda que essa vantagem, por si só, não seja capaz de “influenciar o conteúdo de decisões imparciais”;

d) possibilidade de “diluir os riscos da demanda por maior número de casos”, o que permite “diminuir o peso de cada derrota, que será eventualmente compensado por alguma vitória”;

e) viabilidade de “testar estratégias diferentes com determinados casos”, com os objetivos de “criar precedentes favoráveis em pelo menos alguns deles” e de “garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros”.⁵⁹²

⁵⁹⁰ MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 47-49.

⁵⁹¹ BEZERRA, André Augusto Salvador. Explosão da litigiosidade e dano social em ações individuais. In: MORAES, Vânia Cardoso André de. *As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), 2016, p. 234-240.

⁵⁹² PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 32, n. 62, Belo Horizonte, p. 41, jul./dez. 2000.

Realmente, a maior presença dos litigantes habituais nos órgãos judiciários confere-lhes a oportunidade, ainda que abstratamente, de arquitetar estratégias processuais que levem em consideração a dificuldade da jurisdição em lidar com a litigância massificada. A expectativa de extrair potenciais benefícios – inclusive econômicos – advindos da previsível morosidade no processamento e conclusão de inúmeros casos seriais é uma característica típica da atuação dos litigantes repetitivos. É por isso que, no entendimento de Guilherme Bacelar de Assis, a perpetuação de um padrão de litigiosidade repetitivo tende a interessar e favorecer muito mais os *repeat players* do que os litigantes ocasionais.⁵⁹³

Na verdade, a forma de atuação processual excessivamente contenciosa usualmente praticada pelos sujeitos em conflito é determinante para a manutenção das deficiências da prestação jurisdicional. Consoante acentua Sérgio Cruz Arenhart, é “ingênuo supor que todos os problemas culturais” para o desenvolvimento do direito processual brasileiro – seja na esfera individual, plurindividual ou coletiva – “são de responsabilidade do Poder Judiciário”.⁵⁹⁴

A rigor, nenhuma tentativa de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional acarretará resultados satisfatoriamente concretos se as *partes* envolvidas nas contendas contribuírem para agravar o contexto de ineficiência da jurisdição, por meio de provocações abusivas, indevidas e desnecessárias dos órgãos jurisdicionais.

Todavia, conforme já ressaltado no início desse capítulo, é preciso evitar generalizações inadequadas. É certo que nem todos os litigantes habituais praticam uma litigância repetitiva de cunho temerário, como também parece evidente que nem todos os litigantes ocasionais possuem uma vulnerabilidade econômica que os impeça de desenvolver estratégias processuais apropriadas.

Assim como existem *repeat players* bem-intencionados que estão frequentemente presentes nos órgãos judiciários visando à solução mais adequada dos seus conflitos, há *one-shotters* portadores de má-fé processual que, ainda que ocasionalmente, sentem-se estimulados pelo sistema processual para se valerem da jurisdição por meio da formulação de pretensões sem respaldo fático, jurídico ou probatório. De uma forma ou de outra, a ineficiência da jurisdição e a morosidade

⁵⁹³ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 199.

⁵⁹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 78.

processual parecem atender aos interesses de litigantes que se enquadram como “devedores contumazes” ou “violadores sistemáticos de direitos”.

Nesse contexto, Hugo Nigro Mazzilli afirma que a resistência a uma regulamentação adequada do tratamento das demandas de massa, sobretudo no campo do processo coletivo, é fruto de interesses escusos de determinados segmentos que detêm o poder com o intuito de violar direitos de forma sistemática e deliberada. Para o doutrinador, a “falta de efetivo acesso e de efetivo funcionamento da Justiça brasileira” parece corresponder aos anseios de uma camada específica da população que se vale da ineficiência do serviço público jurisdicional “para postergar o cumprimento de suas obrigações”.

O autor prossegue apontando que se mostra “totalmente falsa a ideia que se divulga por aí de um suposto *demandismo* como se houvesse um gosto todo brasileiro de buscar excessivamente a Justiça, numa ridícula ‘litigiosidade desenfreada’”. Ora, não é crível imaginar que alguém de boa-fé sinta deleite em usufruir de um sistema de justiça lento, oneroso e ineficiente. É nesse sentido que uma “Justiça nada funcional” não socorre às necessidades da população em geral, mas, diferentemente, satisfaz as pretensões “dos governantes e dos maus pagadores, que podem valer-se de um processo moroso, lento a perder de vista, geralmente na confortável posição de réus”.⁵⁹⁵

Também Sérgio Cruz Arenhart assevera que, “sem dúvida, há quem se beneficie da falta de tutelas jurisdicionais eficientes, e conta com essa falta para insistir em violar direitos”. O autor deixa a entender que os beneficiários da ineficiência da jurisdição são, geralmente, os litigantes habituais que contam com a conivência do Congresso Nacional ou de “outras vias institucionais”.⁵⁹⁶

A crítica empreendida nesta tese, no que se refere aos potenciais benefícios usufruídos pelos litigantes habituais, questiona justamente o comportamento processual daqueles *repeat players* que abusam do exercício do direito de ação, provocando reiteradamente os órgãos judiciários de forma indevida e desnecessária.

A desaprovação se dirige não à litigância estratégica em si, mas, sim, às eventuais situações de litigância temerária verificadas quando os *repeat players* buscam se aproveitar ilegitimamente do contexto de crise da justiça, da ineficiência do serviço público jurisdicional, ou da presumida vulnerabilidade dos litigantes ocasionais, a fim

⁵⁹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 189.

⁵⁹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 78-79.

de violar direitos de forma sistemática, inadimplir débitos, postergar excessivamente o cumprimento de obrigações, ou retardar o pagamento de dívidas já reconhecidas administrativa ou judicialmente.

Quando estão caracterizadas essas situações – infelizmente, tão comuns na prática jurídica –, abre-se a oportunidade para que os litigantes habituais, deliberadamente ou não, beneficiem-se da ineficiência do sistema judiciário como ferramenta econômica de rolagem de dívidas. A morosidade processual, nessa perspectiva, passa a ser encarada como um mecanismo atuarial de giro de capital e otimização financeira de fluxo de caixa.

Diante desse cenário, os *one-shotters* costumam se sentir pressionados pela demora da prestação jurisdicional, enquanto os *repeat players* tendem a usufruir de uma posição muito mais confortável em face da lentidão na tramitação dos feitos em que são partes, geralmente como réus. A forma de encarar o tempo do processo pelos tipos de partes retrata uma situação de *barganha com paciência assimétrica*, tendo em vista a ausência de paridade entre eles quanto ao nível de aceitação do tempo de espera do desfecho de processos judiciais.

De modo geral, os litigantes habituais atuam em juízo com base no conhecimento e experiência acumulados no contencioso massificado e, em boa parte das vezes, levam em conta a realização de cálculos atuariais para a avaliação de riscos de demandas judiciais. Para tanto, os *repeat players* tendem a considerar o fato de que nem todas os litigantes ocasionais têm tempo, conhecimento e condições de buscar, com adequada preparação técnica, a reparação judicial de danos sofridos.

Na prática jurídica, a ausência de efetiva punição nos casos de excessos na litigância repetitiva acaba por estimulá-la, sem produzir o efeito pedagógico de inibir condutas abusivas. Seja por meio de multas por litigância de má-fé de baixo valor, seja mediante condenações ao pagamento de indenizações com valores irrisórios, inexistente na cultura processual brasileira uma política judiciária de repreensão de condutas que reiteradamente se beneficiam com a longa tramitação dos processos judiciais, ou que abarrotam os órgãos jurisdicionais com demandas análogas que poderiam ser dirimidas em espaços extrajudiciários.

No Brasil, é perceptível uma relativa convivência do Judiciário em deixar de coibir a litigiosidade excessiva, inclusive quando praticada por *repeat players* conhecidos pela conduta processual protelatória. No contexto nacional, não é possível afirmar que vigora uma política judiciária institucional que seja seriamente direcionada

a penalizar as condutas processuais procrastinatórias praticadas por alguns litigantes habituais no *jogo dinâmico repetido*.

Ora, é necessário conter o abuso no exercício da garantia fundamental de acesso à justiça, para que esta não se converta em um subterfúgio para a utilização dos órgãos jurisdicionais como um instrumento de política econômica por parte de determinados litigantes, sobretudo os habituais. A atuação institucional do Judiciário na fiscalização, regulamentação e eventual sanção da litigância abusivamente repetitiva é salutar para a higidez da própria atividade jurisdicional.

Destarte, a própria morosidade processual e a ineficiência do serviço público jurisdicional merecem ser equacionadas pelo sistema de justiça, para que não sirvam de justificativa para respaldar atuações temerárias por parte de certos litigantes habituais. As eventuais situações de abusividade no âmbito da litigiosidade repetitiva requerem uma pronta resposta do Poder Público, mormente quando é a própria Administração Pública a responsável pela prática abusiva da litigância serial.

4.6 O problema das potenciais vantagens obtidas pela Administração Pública com a crise da justiça

A questão acerca das potenciais vantagens obtidas pelos litigantes habituais com a ineficiência da jurisdição e morosidade processual, conforme relatado no tópico anterior, é ainda mais problemática e delicada quando a Administração Pública aparece como a maior *repeat player* do sistema jurídico brasileiro.

De fato, é espantoso constatar que as pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública são as maiores responsáveis pela manutenção e agravamento do cenário de crise da justiça hoje vivenciado no Brasil, aproveitando-se dessa situação, em boa parte dos casos, justamente para usufruir de vantagens na esfera da litigância repetitiva. A disseminação de uma prática processual exageradamente litigiosa é fator que sugere o interesse da Administração Pública na preservação de uma cultura jurídica que valoriza a excessiva judicialização das controvérsias, ainda que às custas da potencial falência do sistema público jurisdicional.

Nesse contexto, Daniela Monteiro Gabbay *et al.* afirmam que os litigantes habituais, especialmente aqueles pertencentes ao Poder Público, usualmente se comportam de forma oportunista e abusiva, usufruindo de um amplo poder de barganha em larga escala.

Isso faz com que o Poder Público tenha a aptidão, pelo menos no campo abstrato, de fazer uso de técnicas atuariais para calcular o custo da litigância, o que envolve estratégias de avaliação da interposição de recursos procrastinatórios e de eventual protelação do pagamento de condenações judiciais como mecanismos de rolagem de dívidas. Nesse cenário, os litigantes repetitivos, inclusive os entes e entidades públicos, ostentam boas condições de gerenciar o seu passivo contencioso a partir de um modelo “fordista” de tratamento de casos seriais a baixo custo.⁵⁹⁷

Especificamente no caso da Administração Pública, Priscilla Corrêa destaca que uma das principais causas da crise da justiça e da morosidade processual é a ineficiência da Administração Pública na implementação de políticas públicas verdadeiramente assecuratórias de direitos aos cidadãos. Para a autora, o Poder Público, no mais das vezes, utiliza a jurisdição de forma desvirtuada, transferindo para o Judiciário a responsabilidade de resolver conflitos que poderiam – e deveriam – ser solucionados na esfera extrajudicial.

Comportamentos como o descumprimento reiterado de jurisprudência pacificada no âmbito administrativo, e a definição de estratégias processuais baseadas estritamente em cálculos atuariais e econômicos, são suficientes para “retroalimentar” a demanda judicial. Como consequência, produz-se um cenário de aumento significativo de processos judiciais pendentes de solução, causando asoerboamento e inefetividade dos órgãos judiciários sem que tenha havido a concretização da política pública de responsabilidade do administrador público.⁵⁹⁸

Essa situação é no mínimo paradoxal. A ineficiência do Estado na concretização de políticas públicas gera violação sistemática e inefetividade em massa de direitos de cidadãos, os quais, inconformados, optam pela judicialização do conflito. Como consequência, há uma explosão de processos judiciais repetitivos e individuais, os quais o Judiciário não consegue absorver de forma satisfatória.

A consequência é drástica: nem a Administração Pública cumpre a sua função de aplicar a lei e implementar políticas públicas, e nem o Judiciário desempenha o seu papel de dirimir os conflitos e gerar pacificação social. A realidade demonstra

⁵⁹⁷ GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. *SSRN English & Commonwealth Law eJournal*, University of Oxford Faculty of Law, Volume 1, p. 13-19, 2016, tradução nossa.

⁵⁹⁸ CORRÊA, Priscilla Pereira Costa. *Direito e desenvolvimento: aspectos relevantes do Judiciário brasileiro sob a ótica econômica*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 129-131.

uma completa falta de “diálogo constitucional” (*constitutional dialogue*)⁵⁹⁹ entre os poderes constituídos, com efeitos drásticos para a estabilidade das instituições públicas, para a eficácia normativa do sistema jurídico e para a materialização dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Com ponto de vista semelhante, Lucio Picanço Facci sustenta que a excessiva judicialização das relações jurídico-administrativas causa efeitos perniciosos não apenas no que se refere ao “aumento da carga de serviço dos juízes e dos percentuais de processos nos quais o Estado figure como parte”, mas também reforça “a descrença da população na capacidade das instâncias administrativas em resolverem seus problemas”. Segundo observa o autor, o “repasso contínuo das controvérsias administrativas ao Judiciário como instância decisória” compromete a eficiência administrativa e inviabiliza a perpetuação de uma “cultura administrativa de solução dos conflitos” internamente à Administração Pública.

A provocação frequente e direta do Judiciário para a resolução de conflitos entre o Poder Público e os cidadãos desestimula o aperfeiçoamento dos serviços públicos oferecidos pela Administração Pública. Isso porque a ausência de uma esfera decisória administrativa subtrai da Administração Pública “o poder-dever de analisar o caso concreto, de apreciar os fatos apresentados pelo administrado e, assim, cumprir suas finalidades institucionais”. Ademais, a reiterada construção de soluções das controvérsias entre o Estado e os particulares “dentro do espaço judicial” implica agravamento da crise judiciária, contribuindo “para o quadro de absoluto entupimento de processos no Poder Judiciário”.⁶⁰⁰

Na verdade, considerando a unidade estatal, revela-se como inapropriado que um dos braços do Estado – no caso, a Administração Pública – atue processualmente de forma a contribuir com o esgotamento de outro de seu ramo – isto é, o Judiciário. Trata-se de um problema no qual o Estado – na condição de *pessoa jurídica* – descumpra sistematicamente o Estado – entendido como *ordem jurídica* – concorrendo para a potencial falência do próprio Estado – quando funciona como *jurisdição*.

⁵⁹⁹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, Brooklyn Law School, Volume 71, Issue 3, p. 1.109 *et seq.*, 2006, tradução nossa.

⁶⁰⁰ FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o Novo Código de Processo Civil. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 230-231, 246.

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena explicita a diferenciação entre *Estado como ordem jurídica* e *Estado como sujeito de direito*. Considerando que é a própria ordem jurídica que cria os sujeitos de direitos, é possível compreender que o Estado se manifesta de diferentes formas.

O Estado como ordem jurídica se expressa quando o parlamento edita a lei, a qual, com efeitos cogentes, genéricos e abstratos, tem o condão de vincular a atuação pública e privada. Por outro lado, quando o Estado age na consecução de suas funções públicas, ele atua na condição de pessoa jurídica, isto é, como sujeito de direito.

Nessa perspectiva, o Estado como sujeito de direito – como qualquer outra pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado – está submetido ao ordenamento jurídico, uma vez que a sua ação encontra limites nas fronteiras da legislação. A conformação da atuação estatal ao sistema normativo impede que o Estado, como sujeito de direito, proceda de modo temerário e arbitrário na sua relação com os cidadãos, como também possibilita que haja um efetivo controle social sobre o agir estatal. É por isso que, conforme ensinamento de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, “o Estado, como sujeito de direito, acha-se subordinado ao Estado como ordem jurídica, ou seja, há prevalência da estrutura conceptual do Estado-ordem-jurídica sobre o Estado-sujeito-de-direito”.⁶⁰¹

De maneira semelhante, Érico Andrade sustenta que a separação dos “vários endereços estatais” acarreta a diferenciação das noções do “Estado como ordem jurídica” e do “Estado como sujeito de direito”. Nessa ótica, o Estado atua como ordem jurídica quando exerce a sua função legiferante de editar leis.

Por outro lado, “quando o Estado atua administrativamente, trata-se do Estado-pessoa jurídica em ação, que deve se submeter ao Estado-ordem jurídica, como os demais cidadãos”. Por consequência, a submissão do Estado-pessoa ao ordenamento jurídico auxilia a suplantar a “concepção da atuação arbitrária e prepotente do Estado no confronto com o cidadão” – embora seja “insuficiente no ponto em que deixa sem controle a outra atividade do Estado: a de editar o ordenamento jurídico”.⁶⁰²

Na doutrina europeia, Gustavo Zagrebelsky entende que é possível distinguir o Estado sob dois aspectos: o Estado-pessoa (*Stato-persona*), constituído pela sua própria organização concreta, e o Estado-ordenamento (*Stato-ordinamento*),

⁶⁰¹ VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Contrato de Trabalho com o Estado*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2002, p. 119.

⁶⁰² ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167.

correspondente ao direito vigente. O Estado-pessoa se encontra subordinado à lei e é responsável pela articulação da sua relação jurídica com os cidadãos, enquanto o Estado-ordenamento representa a própria liberdade de inovação legislativa.⁶⁰³

Por seu turno, Sabino Cassese ressalta que, dentre os seus múltiplos significados, o Estado pode se apresentar como ordenamento geral (*ordinamento generale*) e como pessoa (*persone*). A sua primeira forma de manifestação expressa o Estado-ordenamento (*Stato-ordinamento*) ou Estado-comunidade (*Stato-comunità*), enquanto a segunda traduz o Estado-pessoa (*Stato-persona*) ou Estado-governo (*Stato-governo*). Ambas servem para exprimir a superação da ideia de Estado único (*termine unico Stato*).⁶⁰⁴

Independentemente da nomenclatura utilizada, é correto afirmar que o Estado, na condição de pessoa e sujeito de direito, está vinculado à observância da juridicidade estatal e deve atuar em prol do funcionamento apropriado de todas as suas esferas. Como Administração Pública, cabe ao Estado agir de maneira a permitir, inclusive, que a função jurisdicional seja realmente capaz de materializar, de forma adequada, efetiva e tempestiva, os direitos constitucionais e as garantias fundamentais dos cidadãos.

Entretanto, é possível dizer que a Administração Pública no Brasil, em boa parte das vezes, contribui para o recrudescimento de uma litigiosidade repetitiva “recepcionada por um Poder Judiciário despreparado em virtude de suas deficiências estruturais e incapacidade cultural em assimilar” essa realidade.⁶⁰⁵ A recorrente “intransigência do Estado em juízo” retrata uma postura processual “deflagradora de alta litigiosidade nas causas de Direito Público com pouca probabilidade de consenso e fomentadora de uma cultura da sentença para a solução dos conflitos que envolvam a Administração Pública”.⁶⁰⁶

⁶⁰³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Giulio Einaudi, 1992, p. 58, tradução nossa.

⁶⁰⁴ CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. Sesta edizione, Milano: Garzanti Editore, 2000, p. 439, tradução nossa.

⁶⁰⁵ JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Recursos extraordinário e especial repetitivos. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto (Coord.). JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; FARIA, Juliana Cordeiro de; FRANCO, Marcelo Veiga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho; CREMASCO, Suzana Santi (Org.). *Processo Civil Brasileiro: Novos Rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 254.

⁶⁰⁶ FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o Novo Código de Processo Civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 229-230, 246.

É possível enumerar inúmeras práticas (equivocadas), e comumente empreendidas por entes pertencentes à Administração Pública espalhados pelo Brasil, que podem ser apontadas como causas para a manutenção de uma cultura jurídica de perpetuação do alto nível de litigiosidade, destacando-se:

a) a preferência generalizada pela judicialização de controvérsias em toda e qualquer hipótese, em vez da análise acerca da possibilidade do emprego de medidas de prevenção de litígios;

b) a ausência ou insuficiência do emprego de métodos profissionais de gestão do passivo de processos judiciais, inclusive sem o controle da quantidade e dos tipos de processos judiciais em tramitação nas procuradorias públicas, e muitas vezes sem a utilização de tecnologia informática adequada;

c) a falta de exame detalhado do risco da atuação processual em demandas repetitivas, ocasionando potencial aumento de ônus sucumbenciais com consequente impacto no orçamento público;

d) a inexistência de fóruns de resolução de disputas na esfera administrativa e extrajudicial, inclusive na fase pré-processual, além de um considerável desestímulo ao emprego de meios adequados e consensuais de resolução de disputas por parte das procuradorias públicas;

e) a inexistência de normatização e/ou a previsão de sérias restrições na legislação autorizativa da celebração de acordos, impondo limites excessivamente rígidos à autonomia funcional dos procuradores públicos para definir estratégias processuais que envolvam o emprego de meios consensuais ou extrajudiciais de solução de conflitos;

f) a exigência de que os procuradores públicos interponham recursos e medidas processuais até a última instância, ainda que seja claro o propósito protelatório e/ou esteja em desconformidade com precedentes judiciais vinculantes, como decorrência da ideia de que a manutenção de um processo judicial até o esgotamento das possibilidades recursais é dever do procurador público e/ou é mais benéfica para o erário público;

g) a insistência na prática de atos administrativos em desconformidade com entendimentos jurisprudenciais dominantes, e/ou com interpretações dúbias da legislação, e/ou de constitucionalidade discutível, e/ou em desconformidade com pareceres jurídicos, e/ou sem prévia consulta às procuradorias públicas;

h) a perpetuação da tradição de que o processo judicial pode ser tratado como um instrumento de rolagem de dívidas do Poder Público, e/ou de postergação no adimplemento de direitos dos cidadãos, e/ou de concretização de interesses particulares de determinado mandatário ou agente político;

i) o entendimento de que a advocacia pública é função de governo, e não função de Estado, e que, portanto, serve para a instrumentalização de interesses particulares e transitórios de governantes eleitos para mandatos temporários;

j) a condução e a implementação de políticas públicas sem o prévio controle de juridicidade por parte das procuradorias públicas, e/ou sem o embasamento jurídico adequado, e/ou baseadas em entendimentos proferidos por assessorias jurídicas de baixo nível técnico (especialmente no caso de municípios pequenos), e/ou sem o comprometimento com a proteção do patrimônio público;

k) a ausência de comunicação institucional entre o Executivo e o Legislativo, o que pode levar à edição de legislação falha ou atécnica, e muitas vezes respaldadas em decisões administrativas equivocadas;

l) a conivência com as sucessivas tentativas de transferência, do Executivo para o Judiciário, da responsabilidade e da instância decisória relativamente à implementação de políticas públicas;

m) a opção pelo ajuizamento de execuções fiscais economicamente inviáveis, no caso de créditos com baixa repercussão ao erário público ou com irrelevante impacto na contabilização dos níveis de arrecadação ou recuperação de crédito, associada à resistência na utilização de mecanismos administrativos de cobrança de dívida ativa (v.g., por meio de protesto lavrado em cartório).

Na mesma linha de raciocínio, Daniela Monteiro Gabbay *et al.* enumeram uma série de situações nas quais o Poder Público “contribui para a construção do ambiente de litigiosidade”, tais como:

a) a implementação de práticas gerenciais e a condução de políticas públicas de forma desorganizada e sem o necessário respaldo jurídico, o que gera litígios que poderiam ser evitados por meio de uma gestão preventiva de potenciais conflitos;

b) a “forma de regulamentação das relações público-privadas e entre os próprios entes privados, marcada pelo excesso de normas e por ‘zonas cinzentas de regulamentação’”, o que favorece “o surgimento de conflitos interpretativos acerca do

Direito aplicável a determinada situação de fato, bem como de oportunidades para a criação de teses jurídicas que chegam ao Judiciário”;

c) a insistência na cobrança judicial de dívidas ativas, o que gera um grande volume de execuções fiscais nos órgãos judiciários.⁶⁰⁷

Todavia, partindo da premissa de que a ordem constitucional brasileira consagra uma república fundada na democracia, essa realidade produz uma série de questionamentos, tais como:

Como sustentar o fato de que o Estado brasileiro, por meio das pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública, pratica uma litigância desmesurada que atua como um importante fator que concorre para a potencial falência do próprio Estado, sob o viés da atividade jurisdicional?

Considerando a unidade estatal, é admissível que um dos braços do Estado (Administração Pública) atue processualmente de forma a contribuir com o esgotamento de outro de seu ramo (Judiciário), tendo em vista a inefetividade crônica da jurisdição?

Em uma sociedade que se pretende republicana e democrática, é cabível que a Administração Pública se beneficie da morosidade processual, empregando o processo judicial como um instrumento de “rolagem de dívidas” de um mandato político para outro?

É dever da Administração Pública atuar processualmente com o objetivo de resolver rápida e definitivamente o litígio, ou lhe é facultado postergar a solução do imbróglio, agindo, por exemplo, em função de interesses transitórios de determinado governo?

A tradição de judicializar em excesso é, de fato, mais benéfica para o erário público?

A instituição de uma cultura processual focada na autocomposição dos conflitos é apta a violar o “princípio da indisponibilidade do interesse público”?

É obrigação da Administração Pública prevenir litígios repetitivos cuja solução já tenha sido objeto de precedentes judiciais vinculantes?

Cabe à Administração Pública gerir racionalmente as suas controvérsias, mediante o emprego de métodos adequados de solução de disputas?

⁶⁰⁷ GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. Considerações gerais. In: GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

Compete à Administração Pública empreender esforços para dirimir boa parte dos seus conflitos na esfera administrativa, evitando o acionamento excessivo e muitas vezes desnecessário do Judiciário?

Todas essas indagações são, indubitavelmente, provocadoras e instigantes, capazes de motivar uma profunda revolução no tratamento processual tradicionalmente conferido pela Administração Pública aos litígios cíveis nos quais está presente, seja como autora ou ré.

É necessário refletir sobre os motivos pelos quais a judicialização excessiva das controvérsias envolvendo a Administração Pública é dissonante de um sistema jurídico-processual de resolução de conflitos direcionado à concretização dos ideais republicanos, democráticos e cívicos, assim como à materialização da garantia constitucional do acesso à justiça.

Os impactos maléficos da manutenção de uma tradição jurídica exageradamente litigiosa podem ser verificados não somente em face da inefetividade da função jurisdicional na materialização de direitos dos cidadãos, como também no próprio funcionamento inadequado e ineficiente da Administração Pública na execução de sua função de implementação de políticas públicas.

Como forma de combate ao cenário de crise da justiça hoje verificado no Brasil, é absolutamente premente a necessidade de uma mudança da *cultura jurídica* de tratamento dos conflitos cíveis por parte da Administração Pública, em prol da expansão do emprego de técnicas de prevenção de conflitos, de gestão racional de processos judiciais e de solução adequada de disputas – sejam jurisdicionais ou não-jurisdicionais, utilizados tanto na fase preventiva ou repressiva, como na esfera judicial ou extrajudicial.

5 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA HIPÓTESE: AS TRANSFORMAÇÕES CONCEITUAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NA DIREÇÃO DE UM MODELO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

5.1 A tentativa de superação da visão tradicional de administração pública: a necessidade de evolução do direito administrativo

A mudança da *cultura jurídica* de tratamento dos conflitos no campo da administração pública pressupõe uma reviravolta metodológica na própria compreensão do *direito administrativo*.

A autorização para o emprego de meios adequados de solução de disputas pelos entes e entidades públicos requer o enfrentamento e a superação de conceitos e institutos administrativistas clássicos que não se mostram mais condizentes com o atual progresso do Estado e do sistema jurídico. A possibilidade de ampla adoção de *alternative dispute resolution* pela Administração Pública – inclusive na fase preventiva e na esfera extrajudicial – está relacionada a uma tentativa de superação da visão tradicional de administração pública e de Estado, diante do desenvolvimento científico do direito administrativo.

Ao estudar a evolução doutrinária do direito administrativo – e do direito público em geral –, Érico Andrade ensina que a provável origem do direito administrativo “remonta ao final do século XVIII, quando, na França, após a Revolução de 1789, apareceu, pela primeira vez, a expressão *droit administratif*”. Naquela época, o direito administrativo se destinava a reforçar o Poder Público no confronto com os cidadãos, tendo em vista que as suas normas, de caráter derogatório do direito comum, dirigiam-se “a regular o poder soberano do Estado”.

O autor prossegue afirmando que, na sua origem, o direito administrativo visava a “garantir o monopólio estatal” e a suprimir “poderes intermediários da própria sociedade”. O exercício do poder era “centralizado e uniformizado no Estado”, de maneira que o direito administrativo, naquele momento histórico, era “um sistema tendencialmente monopolístico” que consagrava a supremacia de um Poder Executivo que “representava a continuidade, com outra roupagem, do Estado autoritário”. A “força estatal”, portanto, estava centrada primordialmente na Administração Pública.⁶⁰⁸

⁶⁰⁸ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 151-155.

Em sentido semelhante, Gustavo Binbenbojm afirma que a suposta “origem liberal e garantística do direito administrativo”, baseada em uma “milagrosa submissão da burocracia estatal à lei e aos direitos fundamentais”, não passa de um “mito”. Na verdade, o nascedouro da dogmática administrativista estava comprometido com a “preservação do princípio da autoridade”, e não com a promoção das conquistas democráticas. O objetivo original do direito administrativo era a “autovinculação do Poder Executivo à sua própria vontade”, isto é, a “imunização do Poder Executivo” frente ao controle dos demais poderes estatais e à fiscalização dos cidadãos.⁶⁰⁹

Eurico Bitencourt Neto igualmente destaca que o direito administrativo foi forjado no contexto da Revolução Francesa como um “Direito especial de uma Administração Pública de cariz autoritário”. Àquela época, a legalidade era encarada como um “mecanismo de garantia da liberdade individual contra uma Administração agressiva em relação aos direitos dos particulares”, enquanto o “ato administrativo unilateral” era considerado a principal “forma de manifestação” da Administração Pública no seu relacionamento com os cidadãos.⁶¹⁰

Também Ravi Peixoto registra que, na sua gênese, o direito administrativo nada tinha de democrático ou garantístico, pois visava a uma “diminuição das garantias que teriam os cidadãos caso pudessem submeter o controle da atividade administrativa ao Poder Judiciário”. A fundação do regime jurídico-administrativo tinha o escopo de preservar os poderes estatais mediante a outorga de “vários privilégios em favor dos entes públicos”.⁶¹¹

Da mesma forma, Federico Nunes de Matos aduz que o direito administrativo do início do século passado era “marcado por concepções teóricas autoritárias”, as quais “tinham como pedra angular a noção de poder público (*puissance publique*)”. A concepção então predominante de que o direito administrativo continha regras derogatórias e exorbitantes do direito comum (direito privado) – ainda hoje

⁶⁰⁹ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 743-744.

⁶¹⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação Administrativa Interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 39.

⁶¹¹ PEIXOTO, Ravi. Primeiras impressões sobre os meios consensuais de resolução de conflitos pelo poder público e as alterações promovidas pelo CPC/2015 e pela Lei 13.140/2015. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 349.

difundida – autorizava a proliferação de “atos de império” e de “prerrogativas especiais conferidas à administração pública para a consecução de suas finalidades”.⁶¹²

Portanto, a “visão tradicional do direito administrativo” está baseada no elemento da *autoridade* e, por esse motivo, está respaldada por três sustentáculos, quais sejam: a imperatividade, a unilateralidade e o ato administrativo. Nesse cenário, a “posição de verticalidade ocupada pela Administração no regime jurídico-administrativo” é sustentada por pilares como a autoexecutoriedade dos atos administrativos e a existência de cláusulas especiais que outorgam prerrogativas exorbitantes aos entes públicos em contratos administrativos.⁶¹³

Nesse modelo hierarquizado clássico, o liame entre o Poder Público e o particular é assimétrico, razão pela qual não há espaço para o diálogo coordenado entre eles. A ausência de um relacionamento paritário impede que haja uma participação construtiva do cidadão direcionada a criar, em conjunto, soluções para os conflitos surgidos perante a Administração Pública.

Caso o cidadão não concorde com a decisão administrativa, compete a ele se sujeitar à imposição de outra decisão também derivada de um dos braços estatais, a ser proferida pelo Estado-juiz. O ambiente de debate na esfera administrativa é excessivamente restrito, uma vez que, na perspectiva clássica do direito administrativo, o Estado adota uma “posição adversarial em relação ao cidadão”.⁶¹⁴ Cabe ao particular discutir em juízo as razões do seu inconformismo, haja vista a impossibilidade – ou a dificuldade extrema – de interlocução no ambiente da própria administração pública com efetiva possibilidade de influir nos resultados da atividade administrativa.

Essa concepção – até hoje verificada em um número significativo de entes, entidades e órgãos públicos, provavelmente a maioria – é decorrência, dentre outros fatores, de uma visão anacrônica a qual preconiza que a Administração Pública se relaciona com os administrados por meio de um vínculo de subordinação. Partindo de uma relação absolutamente verticalizada, o Estado se coloca em uma posição de

⁶¹² MATOS, Federico Nunes de. *Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública*: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação. 2017. 478 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 21.

⁶¹³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 31-33.

⁶¹⁴ JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Recursos extraordinário e especial repetitivos. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto (Coord.). JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; FARIA, Juliana Cordeiro de; FRANCO, Marcelo Veiga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho; CREMASCO, Suzana Santi (Org.). *Processo Civil Brasileiro: Novos Rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 254.

superioridade em face dos cidadãos, os quais, em uma situação de inferioridade, não ostentam condições para adequadamente opor os seus direitos ou deduzir os seus argumentos perante o poder de império estatal.

Todavia – e felizmente –, esse modelo verticalizado vem sendo fortemente rechaçado na atualidade e, conseqüentemente, vem gradualmente perdendo espaço em prol de uma noção de administração pública muito mais consentânea com os objetivos e princípios fundantes de um Estado Democrático de Direito. Principalmente a partir de meados do século XX, torna-se cada vez mais ultrapassada a ideia de uma Administração Pública soberana e desconectada da sociedade civil – embora ainda sobrevivente em boa parte dos organismos estatais.

Conforme observa Marçal Justen Filho, esse processo de evolução do direito administrativo ainda se encontra no seu estágio inicial. Segundo o autor, as bases tradicionais que sustentam o direito administrativo, ainda hoje, “refletem uma visão autoritária da relação entre o Estado e o indivíduo”.

A fundamentação nuclear do direito administrativo com fulcro no princípio da supremacia do interesse público demonstra um descompasso com a “evolução radical do constitucionalismo” verificada após a Segunda Guerra Mundial. Ao que parece, o direito administrativo, de modo geral, ainda continua preponderantemente “vinculado às concepções filosóficas, políticas e constitucionais que vigoravam na primeira metade do século XX”.⁶¹⁵

Outrossim, Gustavo Binenbojm destaca que o progresso histórico do direito administrativo, como “produto da tensão dialética” entre a lógica da autoridade (poder) e a lógica da liberdade (direitos individuais), não caracteriza uma “tendência constante, progressiva e unidirecional”. Diversamente, a evolução da disciplina administrativista

⁶¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 67. O autor chega a cunhar a expressão “Direito Administrativo do espetáculo” para criticar essa concepção de direito administrativo baseada na “proliferação de institutos e interpretações descolados da realidade, vinculados à produção de um cenário imaginário e destinado a produzir o entretenimento dos indivíduos antes do que a efetiva implantação de valores fundamentais”. Para o autor, o “Direito Administrativo de espetáculo” apresenta os seguintes pressupostos epistemológicos e institutos: a) o particular é “tratado mais como objeto do que como sujeito”; b) há “especial preferência pelos princípios” e desprezo ao emprego de regras; c) há a consagração de “princípios destituídos de conteúdo material”, tais como “ordem pública”, “interesse público” e “poder discricionário”; d) há uma “rígida organização administrativa, de modo a assegurar a concentração de poderes destinada a impedir a crítica ou a divergência internamente à própria Administração Pública”; e) há a produção de “uma organização administrativa em que a vontade última do governante é a vontade da Administração Pública”; f) há a preferência por uma “organização administrativa de feição piramidal”; g) o fim do ato administrativo é vinculado necessariamente à realização do “interesse público”; h) objetiva-se apenas uma “aparência de regularidade, o que é suficiente para a legitimação dos atos do governante” (p. 68, 73-77).

ocorreu – e vem ocorrendo – de forma acidental e paradoxal, dentro de um contexto de “crise dos paradigmas do direito administrativo brasileiro”. Nessa seara, o direito administrativo se desenvolve por intermédio de uma “sucessão de impulsos contraditórios”, a qual produz ambiguidade em inúmeros institutos administrativos e fragilidade na própria estruturação teórica do direito administrativo.⁶¹⁶

Por seu turno, Érico Andrade ressalta que a superação da visão passada de direito administrativo “não se dá por substituição”, tendo em vista que o “modelo antigo, autoritário, do século XIX, não desaparece de uma hora para outra”. O processo de evolução do Estado é “lento e gradativo”, razão pela qual é possível hoje vislumbrar a convivência de mais de um modelo de administração pública.⁶¹⁷

Na realidade, pode-se dizer que, nos dias de hoje, o direito administrativo se encontra em mutação⁶¹⁸ – ou em evolução,⁶¹⁹ ou em transformação,⁶²⁰ ou em “transição do autoritarismo para a democracia”,⁶²¹ ou vivendo uma “crise dos paradigmas”,⁶²² ou passando por uma “revisão paradigmática do Estado” em prol da “democratização do sistema administrativo”.⁶²³ Embora essa mudança ainda não esteja completamente consolidada ou absorvida na prática social, verifica-se que os institutos e conceitos clássicos do direito administrativo e da administração pública vêm sendo questionados e, por conseguinte, o relacionamento entre o Estado e a sociedade se encontra em nítida transformação nas últimas décadas.

⁶¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 744-747.

⁶¹⁷ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de reeleitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 200.

⁶¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁶¹⁹ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁶²⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 310, São Paulo, jan./dez. 2009.

⁶²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 65.

⁶²² BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 9 *et seq.*

⁶²³ PIRES, Maria Coeli Simões. A Revisão Paradigmática do Estado e do Direito: um Exercício em Prol da Democratização do Sistema Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 127.

Discorrendo sobre esse contexto de transição, Lorena Santos Miranda Barreiros explica que a visão clássica do direito administrativo está calcada na premissa de que as normas administrativas formam um direito exorbitante e derogatório do direito comum. A hegemonia dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o particular possibilita uma atuação administrativa pautada na autoridade, na imperatividade e na unilateralidade.

Contudo, como ressalta a autora, a “importância progressiva que se atribui à consensualidade administrativa” no Brasil, especialmente com a entrada em vigor da atual ordem constitucional, possibilita uma reformulação de conceitos e institutos do direito administrativo brasileiro. O advento da Constituição de 1988 e as tentativas de reformas da gestão administrativa a partir de meados da década de 1990 formam um “marco de abertura do direito administrativo brasileiro à consensualidade”.⁶²⁴

É possível constatar que atualmente existe uma “dualidade de regimes administrativos”, na medida em que o “direito administrativo – antes entendido como direito especial do Poder Público, completamente separado do direito civil no confronto ou separação direito público/direito privado – passa a se tornar, cada vez mais, uma mistura de público e privado”.⁶²⁵ Esse amálgama de esferas não equipara o público ao privado, e nem vice-versa, mas certamente ocasiona uma verdadeira interpenetração recíproca que autoriza uma convivência jurídica harmônica entre a esfera estatal e o campo privado.

A superação das fronteiras rígidas e estanques entre o público e o privado gera a necessidade de uma reformulação significativa do modelo de Estado atualmente vigente. Aliás, a alteração da visão de administração pública resulta de uma redefinição muito mais profunda ocasionada pela própria *releitura interpretativa do direito administrativo*, a partir da sua *constitucionalização*.

5.2 A constitucionalização do direito administrativo: a atuação da Administração Pública em prol do cidadão

Com o advento do liberalismo a partir do século XIX, o direito administrativo passa a se afirmar como um conjunto cientificamente desenvolvido e

⁶²⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 29-34.

⁶²⁵ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 208.

organizado de normas.⁶²⁶ Nesse estágio, o direito administrativo se torna uma disciplina jurídica autônoma, sobretudo após “a decisão do Conselho de Estado francês, no caso conhecido como ‘arrêt Blanco’”. A partir de então, o direito passa a ser interpretado e aplicado com base em dois ramos, a saber: um de natureza privada, regulador das relações entre particulares, e outro de caráter público, incidente sobre o relacionamento entre a Administração Pública e os cidadãos.⁶²⁷

A afirmação do direito administrativo como uma disciplina jurídica autônoma altera substancialmente a sua própria visão historicamente vigente. Antes destinado unicamente a atribuir poderes unilaterais ao Estado, o direito administrativo passa a se sujeitar ao princípio da legalidade e, com isso, a gradativamente outorgar maior proteção do particular perante o ente estatal.

Enquanto no século XIX o tema dominante das ciências sociais se concentrava no vínculo entre governantes e governados, no século XX a preocupação maior se funda na busca pelo equilíbrio no campo da relação entre a Administração Pública e os cidadãos.⁶²⁸ A especialização científica do direito administrativo, a aproximação entre o direito público e o direito privado, e a conformação do Estado aos limites da lei consistem em fatores essenciais para equilibrar o grau de força das prerrogativas da Administração Pública na sua relação com os particulares.⁶²⁹

É a partir do final do século XIX, portanto, que “o direito administrativo começou a ganhar conotação de proteção do cidadão contra a própria Administração”, com uma nítida “função de garantia” e de “atuação em prol do cidadão e da sociedade”.⁶³⁰ No pêndulo entre autoridade (*autorità*) e consenso (*consenso*), infere-se que a natural evolução da democracia implica a formação de um “direito administrativo de garantia” (*diritto amministrativo di garanzia*).⁶³¹

O surgimento e a consolidação do Estado Democrático de Direito, principalmente depois do término da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), acarreta

⁶²⁶ CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. Sesta edizione, Milano: Garzanti Editore, 2000, p. 95, tradução nossa.

⁶²⁷ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 156.

⁶²⁸ CASSESE, Sabino. Il cittadino e l'amministrazione pubblica. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, anno XLVIII, p. 1016, 1031, Milano, 1998, tradução nossa.

⁶²⁹ CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. Sesta edizione, Milano: Garzanti Editore, 2000, p. 60-65, tradução nossa.

⁶³⁰ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 157, 199-200.

⁶³¹ FERRARA, Rosario. La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla “specialità” amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia? *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, anno V, fascicolo 2, p. 267, Giuffrè editore: Milano, 1997, tradução nossa.

profundas transformações nos sistemas jurídicos das sociedades contemporâneas ocidentais. Obviamente, o direito administrativo – e o direito público em geral – não ficaram imunes a essas mudanças de cunho estrutural ocorridas por meio de Constituições promulgadas em meados do século XX em diante.⁶³²

Com efeito, uma série de convenções internacionais e Constituições nacionais foram editadas, especialmente na Europa, com a finalidade de ampliação do catálogo de direitos classificados como fundamentais e invioláveis.⁶³³ A expansão do leque de direitos fundamentais tem o condão de ocasionar uma modificação substancial na própria vinculação entre o cidadão e o Estado (Administração Pública).

Nesse cenário, o direito administrativo – como todos os outros ramos jurídicos – passa a se sujeitar ao influxo direto da principiologia constitucional. A valorização da importância do direito constitucional exerce uma notável influência sobre o direito administrativo.⁶³⁴ As normas constitucionais atuam como balizas que conformam e restringem a antiga “especialidade privilegiada” (*specialità privilegiata*) da administração pública.⁶³⁵

Como consequência, opera-se o fenômeno da *constitucionalização do direito administrativo*⁶³⁶ – ou *constitucionalização da Administração Pública*.⁶³⁷ A constitucionalização do direito administrativo torna essencial a relação entre a Constituição, a Administração Pública e o direito administrativo, de modo a implicar

⁶³² FERRARA, Rosario. La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla “specialità” amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia? *Diritto amministrativo*: rivista trimestrale, anno V, fascicolo 2, p. 242, Giuffrè editore: Milano, 1997, tradução nossa.

⁶³³ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto). *Revista de Direito Comparado*, v. 2, n. 2, p. 263-264, Belo Horizonte: UFMG, mar./1998, tradução nossa; TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LV, n. 2, ano 55, p. 384, Milano: Giuffrè, 2001, tradução nossa.

⁶³⁴ TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 21-28.

⁶³⁵ MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. Quarta edizione, Roma-Bari: Editori Laterza, 2006, p. 459, tradução nossa.

⁶³⁶ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 46-51; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 102-103; JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 83-84; BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 743-780.

⁶³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16.

também a *constitucionalização dos princípios administrativos*, os quais estão previstos textualmente em várias Constituições promulgadas após a Segunda Guerra Mundial.

No Brasil, o artigo 37, *caput*, da Constituição consagra expressamente os princípios da administração pública em todas as suas esferas e poderes, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ademais, outras garantias fundamentais previstas na Constituição – *v.g.*, ampla defesa e contraditório em processos administrativos (artigo 5º, LV), devido processo legal (artigo 5º, LIV), acesso e participação do usuário na administração pública como corolário do direito de petição (artigo 5º, XXXIII e XXXIV e artigo 37, §3º) – atribuem *status* constitucional à proteção jurídica dos cidadãos em face do Estado.

Luís Roberto Barroso explicita que a constitucionalização do direito administrativo verificada no Brasil está fundada em três conjuntos de circunstâncias, a saber: a) “a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública”; b) “a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos”; c) “a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias desse ramo do direito”.⁶³⁸

Já Gustavo Binbenbojm destaca que a constitucionalização faz “ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo”. Os princípios e as regras constitucionais, o conjunto dos direitos e das garantias fundamentais, e o sistema democrático passam a atuar como os “vetores axiológicos” que pautam e conformam o agir administrativo. Com isso, a Constituição, e não mais a lei, situa-se no “cerne da vinculação administrativa à juridicidade”, além de delimitar juridicamente o conceito de interesse público e de estabelecer “balizas principiológicas para o exercício legítimo da discricionariedade administrativa”.⁶³⁹

Por seu turno, Érico Andrade aduz que o efeito imediato da “interpenetração entre direito constitucional e administrativo” é o de que a Administração Pública passa a ser “qualificada constitucionalmente” e entendida com base nos “valores constitucionais”. A consequência dessa “compatibilização do direito administrativo à Constituição” consiste na redefinição da própria Administração Pública, a qual, a partir

⁶³⁸ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 47.

⁶³⁹ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 749.

da sua “completa constitucionalização”, torna-se “vocacionada à proteção do cidadão, a atuar os direitos do cidadão”.⁶⁴⁰

De fato, a constitucionalização do direito administrativo e a incorporação do princípio democrático na administração pública⁶⁴¹ afirmam o *cidadão* (ou *cidadão-administrado*)⁶⁴² como o “protagonista político e jurídico do Estado”.⁶⁴³ A projeção do *ser humano* como figura central de tutela jurídico-estatal caracteriza uma “inversão epistemológica essencial”, em contraposição à concepção clássica de direito administrativo baseada na proteção exclusiva do poder unilateral do Estado.⁶⁴⁴

A constitucionalização do direito administrativo implica a “mudança do foco principal da atuação da Administração Pública”. Antes calcada primordialmente na defesa dos interesses estatais – geralmente patrimoniais –, a atividade administrativa passa a ficar “comprometida com as normas constitucionais”⁶⁴⁵ e, por conseguinte, a ficar vocacionada para a realização dos direitos fundamentais, a promoção da dignidade da pessoa humana, a efetivação da cidadania e a concretização da democracia.⁶⁴⁶

Nessa perspectiva, Marçal Justen Filho questiona a invocação do interesse público como fim último de atuação da Administração Pública. Considerando os ideários do Estado Democrático de Direito, é mais adequado sustentar que o “núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis”. Portanto, o interesse público deve atuar na realização de direitos e garantias básicas dos cidadãos, na medida em que o fundamento da indisponibilidade de um direito não recai sobre o seu caráter público ou privado, mas, sim, sobre a sua natureza fundamental ou não.

⁶⁴⁰ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 165, 228, 235, 240.

⁶⁴¹ PIRES, Maria Coeli Simões. A Revisão Paradigmática do Estado e do Direito: um Exercício em Pro da Democratização do Sistema Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 128.

⁶⁴² FACCI, Lucio Picanço. *Administração pública e segurança jurídica: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 55-56.

⁶⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 79.

⁶⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 78.

⁶⁴⁵ FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o Novo Código de Processo Civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 246.

⁶⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 89-111.

Independentemente da natureza do direito, a limitação do seu exercício é sempre constitucional, uma vez que “nenhuma decisão administrativa ofensiva aos direitos fundamentais pode ser reconhecida como válida”.⁶⁴⁷ Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público não possuem o “valor metodológico propugnado pela doutrina tradicional”, já que o fundamento do direito administrativo reside, verdadeiramente, na “supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais”.⁶⁴⁸

O Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição visa a implantar um novo modelo de relacionamento entre cidadão/sociedade civil e Estado/Administração Pública. Como resultado da superação da visão estritamente “potestativa” de direito administrativo baseada na “autoridade estatal”, há uma alteração do próprio conceito de administrado, o qual não é mais concebido “como súdito, mas, sim, como verdadeiro cidadão dotado de direito e consumidor dos serviços públicos”.⁶⁴⁹ O caráter democrático do Estado impede o reconhecimento de uma posição de superioridade da Administração Pública em face dos cidadãos, conferindo um caráter de reciprocidade no relacionamento entre eles.⁶⁵⁰

Não mais encarado apenas como uma ferramenta de fortalecimento do poder estatal, o direito administrativo se revela também como um meio para possibilitar a tutela jurídica dos cidadãos nos confrontos com a Administração Pública e contra eventuais ilegalidades ou abusos perpetrados pelo Estado.⁶⁵¹ À Administração Pública compete atuar a serviço dos cidadãos, visando a proporcionar condições adequadas para o exercício dos seus direitos.⁶⁵²

Com raciocínio similar, Diogo de Figueiredo Moreira Neto registra que a renovação do direito administrativo – e do direito público em geral – está centrada nos cidadãos e nas organizações por eles constituídas, isto é, nos usuários dos serviços públicos, e não no Estado ou nos “interesses públicos que lhe são artificialmente

⁶⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 143-154.

⁶⁴⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 39-41.

⁶⁴⁹ CALHAO PEDROSO, Antônio Ernani. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTR, 2010, p. 25.

⁶⁵⁰ CASSESE, Sabino. Il cittadino e l'amministrazione pubblica. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, anno XLVIII, p. 1020, Milano, 1998, tradução nossa.

⁶⁵¹ CASSESE, Sabino. La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito. *In: Trattato di diritto amministrativo: diritto amministrative generale*. (a cura di Sabino Cassese). Seconda edizione, Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 2003, p. 22-23, tradução nossa.

⁶⁵² ALLEGRETTI, Umberto. *Amministrazione pubblica e costituzione*. Padova: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 245, tradução nossa.

atribuídos”. O direito administrativo é articulado para reconhecer e proteger os “valores fundamentais e indisponíveis” da pessoa.⁶⁵³

Conforme explica Sabino Cassese, o alicerce do direito administrativo deixa de se fundar no “relacionamento autoridade-liberdade” (*rapporto autorità-libertà*), na medida em que se torna prevalente o “componente garantístico do direito administrativo” (*componente garantistica del diritto amministrativo*).⁶⁵⁴ A redefinição do “padrão de relacionamento entre o Poder Público e os particulares” implica uma “revalorização do papel do Estado como agente incentivador, promotor e condutor do desenvolvimento econômico e social”.⁶⁵⁵

A evolução histórica do direito administrativo abrange uma “vertente garantística” a qual está caracterizada pela previsão de “meios e instrumentos de controle progressivo da atividade administrativa pelos cidadãos”.⁶⁵⁶ O direito administrativo progride “da rigidez autoritária para a flexibilidade democrática”, por meio de uma influência cada vez maior das normas constitucionais.⁶⁵⁷ O Estado e a Administração Pública, não mais concebidos como um “ente monolítico”, passam a ser vistos como “realidades multifacetadas”.⁶⁵⁸

Essa releitura do direito administrativo pressupõe a formatação de novos pilares baseados nas noções de participação, flexibilidade e consensualidade. A abertura para a democratização do direito administrativo suplanta o excesso de rigores e de formalidades outrora existentes, na busca por uma compreensão de administração pública mais condizente com a Constituição.⁶⁵⁹ A constitucionalização do direito

⁶⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, nota à segunda edição.

⁶⁵⁴ CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2006, p. 111, tradução nossa.

⁶⁵⁵ MARINS, Vinícius. A afluência da noção de parceria no Direito Administrativo Econômico: algumas precisões conceituais. In: MARINS, Vinícius (Coord.). *Novas vertentes do direito administrativo*. Belo Horizonte: Líder, 2011, p. 10.

⁶⁵⁶ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 744.

⁶⁵⁷ MOREIRA, João Batista Gomes. A nova concepção do princípio da legalidade no controle da Administração Pública. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 65.

⁶⁵⁸ SCHWIND, Rafael Wallbach; KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da Administração Pública: comentários ao artigo 174 do novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 331.

⁶⁵⁹ CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 104-105.

administrativo possibilita um novo esquema de relacionamento entre a sociedade e o Estado, no qual a Administração Pública pauta a sua atuação fundamentalmente em prol da realização dos direitos e das garantias fundamentais dos cidadãos.

5.3 A ampliação da participação democrática no Estado Democrático de Direito: a horizontalidade na relação entre a Administração Pública e os administrados

As transformações sociais ocorridas com o advento do Estado democrático (*Stato democratico*) confrontam a experiência totalitária (*esperienza totalitaria*), resultando em uma mutação da posição do Poder Público com relação aos sujeitos individuais.⁶⁶⁰ A partir do constitucionalismo emergido em meados do século XX, a Administração Pública reflete a mudança deflagrada em virtude da transição do Estado liberal para o Estado democrático e, então, adquire a tarefa de “satisfazer as necessidades do cidadão, o que deve ocorrer, se possível, de forma consensual e não pela via do poder coercitivo”.⁶⁶¹

Em países europeus, como na Itália e na Espanha, é difundida a ideia de que a influência determinante das normas constitucionais sobre o direito administrativo atribui aos usuários dos serviços públicos um *direito fundamental à boa administração pública*. No âmbito de um Estado Democrático de Direito, a atuação da Administração Pública guarda uma conotação ética e possui como objetivos principais a promoção do interesse geral e a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse sentido, Mario R. Spasiano destaca que o princípio geral da boa administração pública (*buona amministrazione pubblica*) decorre, dentre outros fatores, de uma ampliação dos instrumentos procedimentais de participação nos processos administrativos. A fonte de legitimação (*fonte di legittimazione*) dos poderes administrativos está fundada na busca pela eficiência da ação administrativa (*efficienza dell'azione amministrativa*) de forma compatível com o modelo participativo (*modelli partecipativi*).⁶⁶²

⁶⁶⁰ OTTAVIANO, Vittorio. Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico. *In: Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. v. secondo, p. 404, tradução nossa.

⁶⁶¹ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 175-176.

⁶⁶² SPASIANO, Mario R. La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva. *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, anno X, fascicolo 2, p. 283-293, Giuffrè editore: Milano, 2002, tradução nossa.

Segundo Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, a “boa administração de instituições públicas” consiste em um direito de natureza fundamental, cuja titularidade pertence aos cidadãos que não se colocam apenas como sujeitos passivos receptores mecânicos de serviços e bens públicos, mas, sim, como sujeitos ativos protagonistas da concretização dos interesses gerais em colaboração com a Administração Pública. Nesse contexto, os cidadãos possuem o direito fundamental à gestão dos interesses públicos em prol do “livre desenvolvimento solidário das pessoas”.

O autor explica que, em uma sociedade democrática, o direito administrativo possui uma base constitucional e, por via de consequência, “adquire um compromisso especial com a melhora das condições de vida da população”. A tutela da dignidade da pessoa humana ostenta um papel central na atuação administrativa, de maneira que o cidadão aparece como o “destinatário natural e próprio das políticas públicas”. Existe uma proposta de edificação de uma administração pública “aberta, plural, dinâmica” e “com um forte compromisso com os valores humanos”.⁶⁶³

Também no Brasil, Juarez Freitas sustenta a existência de um direito fundamental à boa administração pública, entendido como aquele relativo a uma administração pública eficiente, eficaz, dialógica e cumpridora dos seus deveres com observância da transparência, da motivação, da proporcionalidade, da imparcialidade, da moralidade, da probidade, da legalidade, da participação social e da plena responsabilidade por suas condutas comissivas e omissivas. Para o autor, a noção de boa administração pública conforma a discricionariedade administrativa ao respeito dos princípios constitucionais e dos demais direitos fundamentais.⁶⁶⁴

Por seu turno, Eduardo Cambi e João Paulo Vasconcelos fazem menção a uma “boa gestão da coisa pública”, a ser conquistada por meio do esforço conjunto entre os particulares e o Poder Público no âmbito de uma “democracia participativa e pluralista”. Os autores valorizam a noção do *accountability*, isto é, a necessidade de “prestação de contas” do gestor público como base de “justificação das decisões no processo deliberativo” e como medida de observância obrigatória no “ambiente da formulação das políticas públicas”.⁶⁶⁵

⁶⁶³ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 133-139, 155-159.

⁶⁶⁴ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20 *et seq.*

⁶⁶⁵ CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução

De fato, a incorporação definitiva de princípios democráticos e cívicos na ordem constitucional está diretamente projetada na seara administrativa, e resulta em uma integração permanente entre os direitos fundamentais e a esfera pública. O campo privado (autonomia política) e o espaço público (autonomia cidadã) formam esferas fluidas, reciprocamente complementares, de mútua influência, e sem fronteiras divisórias rígidas e previamente definidas.⁶⁶⁶

A revisitação do direito administrativo ocorrida nas últimas décadas “revela o abandono das dicotomias público e privado, estatal e particular, interesse particular e interesse público na cena administrativa da modernidade”, o que tem o condão de produzir uma nova visão de administração pública que não se esgota na mera execução da lei *ex officio*.⁶⁶⁷ A separação profunda e antecedente entre as esferas do público e do privado é substituída pela instituição de um “espaço de legitimação para o exercício das ações de interesse público”,⁶⁶⁸ as quais podem ser realizadas tanto pelo Estado como por particulares.

Com isso, fica superada a concepção estanque de que o campo público é o *locus* adequado para uma proteção exclusiva de interesses estatais, enquanto a esfera privada se destina unicamente para a tutela de pretensões individuais. Atualmente se encontra em debate, inclusive, a ocorrência de movimentos recíprocos de “publicização do privado” e de “privatização do público”,⁶⁶⁹ ou mesmo a própria irrelevância da distinção entre os campos público e privado em virtude da intrínseca relação sistêmica entre eles.⁶⁷⁰

Na verdade, o fenômeno em discussão diz mais respeito à constitucionalização do direito administrativo do que à “publicização do privado” ou “privatização do público”. Como salienta Luís Roberto Barroso, é a “aplicação de

extrajudicial de conflitos. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 90-97.

⁶⁶⁶ SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crises e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 403.

⁶⁶⁷ FERRAZ, Luciano. Prefácio. In: MARINS, Vinícius (Coord.). *Novas vertentes do direito administrativo*. Belo Horizonte: Líder, 2011, p. 5-6.

⁶⁶⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 249-250.

⁶⁶⁹ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 115-116.

⁶⁷⁰ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 79-83; 87-88.

princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de direito privado para o direito público”. Como consequência, verifica-se uma “diluição do rigor da dualidade direito público/direito privado” e a produção de “áreas de confluência” que fazem com que a polarização público-privado não possua grandes vantagens qualitativas.⁶⁷¹

De acordo com Gustavo Binbenojm, a “privatização da atividade administrativa” é proveniente de uma “crise de identidade do direito administrativo”. Melhor dizendo, a “hibridez de regimes jurídicos” decorre de uma cada vez maior “interpenetração entre as esferas pública e privada”, de maneira que o Estado, antes eminentemente prestador, vem sendo sucedido por um Estado essencialmente regulador. Com isso, a dicotomia rígida público x privado é afastada e dá lugar a realidades híbridas, a saber: “a atividade de gestão pública *privatizada* (regime administrativo flexibilizado) e a atividade de gestão privada *publicizada* ou *administrativizada* (regime privado altamente regulado)”.⁶⁷²

No âmbito de uma democracia constitucional, o Estado e a sociedade não são mais encarados como esferas estanques e contrapostas, mas, pelo contrário, retratam instâncias que, conjuntamente, deliberam e decidem sobre pautas coletivas e programas públicos.⁶⁷³ Opera-se uma completa reformulação das relações entre o Estado, as organizações privadas e os cidadãos. O compartilhamento da atuação da Administração Pública com a sociedade aumenta o nível de “participação popular na construção do interesse público” e rompe com a concepção de que os interesses públicos e os interesses privados são “indissociados e fechados em si mesmos”.⁶⁷⁴

Ao mesmo tempo em que o Estado atua em esferas antes reservadas à autonomia privada, a sociedade civil colabora na “gestão de atividades de interesse geral” e na solução de problemas “mediante acordos e negociações”.⁶⁷⁵ Esse cenário se

⁶⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 50-51.

⁶⁷² BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 745-746, destaques no original.

⁶⁷³ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 265.

⁶⁷⁴ ASSIS, Christiane Costa. O interesse público na teoria discursiva do direito. In: MARINS, Vinícius (Coord.). *Novas vertentes do direito administrativo*. Belo Horizonte: Líder, 2011, p. 242.

⁶⁷⁵ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 115.

mostra propício para o fortalecimento da associação colaborativa entre a iniciativa privada e o setor público.⁶⁷⁶

Verifica-se hoje um vínculo de “cooriginariedade” entre a autonomia privada (direitos fundamentais) e a autonomia pública (soberania popular).⁶⁷⁷ Isso quer dizer que há uma relação permanente de tensão, comunicação e complementaridade entre as esferas pública e privada, a qual acarreta “um novo papel para o sistema administrativo no que concerne às relações entre o Estado e a sociedade”.⁶⁷⁸

Nessa ótica, o cidadão adquire a prerrogativa de ser previamente ouvido e de se manifestar com efetivo poder de influência antes da prolação de decisões administrativas. O princípio democrático é concretizado justamente em razão da afirmação, pluralização e ampliação dos mecanismos de participação administrativa da sociedade civil na condução das plataformas estatais.⁶⁷⁹ Essa situação é demonstrada, por exemplo, por meio de um processo de “autolegislação”, no qual o cidadão se revela, simultaneamente, destinatário e autor das normas que lhe são exigidas e dos serviços públicos que lhe são oferecidos.⁶⁸⁰

O Estado Democrático de Direito possui, como uma de suas finalidades, instituir um livre espaço público⁶⁸¹ de debate entre os cidadãos, e entre a sociedade civil⁶⁸² e o Estado, por intermédio da consolidação de um ambiente de diálogo que permita o exercício pleno e isonômico da liberdade de expressão dos atores sociais.

⁶⁷⁶ TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 202, p. 7, Rio de Janeiro, out./dez. 1995.

⁶⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 128-139.

⁶⁷⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 107-116; 249-253.

⁶⁷⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 217; PIRES, Maria Coeli Simões. A Revisão Paradigmática do Estado e do Direito: um Exercício em Prol da Democratização do Sistema Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 156.

⁶⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 128-139.

⁶⁸¹ Jürgen Habermas conceitua a *esfera* ou o *espaço público* como “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II, p. 92, destaques no original).

⁶⁸² Jürgen Habermas aduz que o núcleo do conceito de *sociedade civil* é “formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas,

Uma das características desse modelo de Estado é justamente a ampliação do papel e da participação da sociedade civil na gestão da *res publica* (“coisa pública”), como forma de concretização da democracia e da cidadania. Nesse contexto, é natural que haja o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, de sorte que qualquer cidadão ostente condições legítimas de interpretar as normas constitucionais.⁶⁸³

A expansão das possibilidades de participação da sociedade civil organizada na gestão compartilhada dos bens e interesses públicos adquire extrema relevância, como forma de instrumentalização do auxílio popular na condução dos rumos políticos do Estado e na cooperação na tomada de decisões coletivas e sociais. O cidadão, em uma democracia madura, exerce o importante papel de atuar ativamente na defesa da cidadania e da democracia. A moderna visão de direito administrativo consagra uma “integração Estado-sociedade, com a participação efetiva da sociedade na gestão estatal”.⁶⁸⁴

O alargamento das possibilidades de participação da sociedade civil se revela como condição para a própria justificação do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a democracia pressupõe a diversidade e a convivência de vários grupos sociais com diferentes opiniões, interesses e pretensões. A prática da tolerância e do diálogo, inclusive na esfera pública, atestam a existência de uma ordem constitucional que acolhe o dissenso e a persuasão. O princípio da dignidade da pessoa humana atua como o fator de legitimação consensual de uma sociedade ideologicamente heterogênea.

Essa horizontalidade na relação entre Estado e cidadão permite a institucionalização de um espaço propício tanto para a “democratização da sociedade” como para a “democratização da direção política”, a fim de atrelar a sociedade civil e a administração dos bens coletivos e interesses públicos.⁶⁸⁵ É nesse cenário que a Administração Pública abre as portas para que entidades da sociedade civil cooperem e

transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II, p. 99).

⁶⁸³ HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

⁶⁸⁴ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de reeleitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 172-176.

⁶⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3. ed., São Paulo: Paz e Terra, 1990, p. 156.

colaborem, por intermédio de parcerias com o Estado, na gestão de setores de interesse social (o denominado *terceiro setor*).⁶⁸⁶

Na Europa, a defesa da aplicação do princípio democrático na esfera da administração pública já é uma realidade, ao menos no campo legislativo. No âmbito do Parlamento Europeu, por exemplo, o grupo de Direito Administrativo da Comissão de Negócios Jurídicos publicou trabalho preconizando que, na denominada *democracia administrativa* do século XXI, “os cidadãos não devem ser considerados como simples destinatários passivos das decisões administrativas, mas devem, principalmente, ser incentivados a participar ativamente do exercício do poder público”.⁶⁸⁷

Na Itália, é possível mencionar vários doutrinadores que sustentam a ideia da democratização da administração pública, por intermédio do incremento do espaço de participação popular na condução das políticas públicas.

Umberto Allegretti, por exemplo, aduz que a democratização do direito administrativo, a partir da sua própria constitucionalização, acarreta alterações profundas no núcleo estatal. O centro do Estado, antes baseado na ideia do poder (*potere*), é substituído pela noção de função (*funzione*).

Essa transição da ideia do poder para a noção de função, com base em uma revisão da própria teoria da tripartição dos poderes públicos (*teoria della tripartizione dei poteri pubblici*), é essencial para a consolidação de um Estado democrático (*Stato democratico*). A impossibilidade de uma noção unitária de administração pública instrumentaliza a formatação de uma pluralidade de administrações públicas (*pubbliche amministrazioni*) dotadas de funções que não se limitam à execução da lei.⁶⁸⁸

Nesse modelo, a Administração Pública, vinculada à Constituição, atua objetivamente para realizar tarefas ou atividades desenvolvidas para um fim específico, e não em razão dos seus órgãos ou agentes. Ocorre, então, a chamada “dessubjetivação” (*desoggettivazione*) da administração pública e a consequente instituição do modelo de “administração objetivada” (*modello della ‘amministrazione obiettivata’*).⁶⁸⁹ Como

⁶⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 435-436.

⁶⁸⁷ PARLAMENTO EUROPEO. Il documento del Gruppo di lavoro «diritto amministrativo» della Commissione Affari Giuridici del Parlamento europeo. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, p. 1096, Milano: Giuffrè, 2011, tradução nossa.

⁶⁸⁸ CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. Sesta edizione, Milano: Garzanti Editore, 2000, p. 44-45, tradução nossa.

⁶⁸⁹ ALLEGRETTI, Umberto. *Amministrazione pubblica e costituzione*. Padova: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 108-111, tradução nossa.

consequência, verifica-se a transição da subjetividade (*soggettività*) para a objetividade (*oggettività*) da função administrativa.⁶⁹⁰

Por sua vez, Gregorio Arena afirma que o atual estágio de desenvolvimento democrático proporciona o surgimento de um “modelo de administração compartilhada” (*modello dell’amministrazione condivisa*), o qual oferece a possibilidade de um novo tipo de relacionamento entre os cidadãos e a Administração Pública no contexto de uma sociedade pluralista. Trata-se da ideia de uma “coadministração” (*co-amministrazione*) por meio da qual é instaurado um relacionamento paritário entre a Administração Pública e o cidadão, na busca por objetivos comuns.

Nesse cenário, os cidadãos – singularmente considerados ou em associação – reúnem condições para se tornarem, simultaneamente, protagonistas na solução de problemas de interesse geral e na satisfação das suas próprias necessidades. Por via de consequência, os cidadãos se tornam não apenas parte ativa do processo decisional da Administração Pública e do exercício do poder administrativo, como também parte ativa do próprio procedimento de solução dos problemas administrativos.⁶⁹¹

Já Feliciano Benvenuti afirma que a evolução do sistema político e social abre as portas para a busca por um direito administrativo paritário (*diritto amministrativo paritario*). Nessa perspectiva, ocorre uma elevação do cidadão ao plano primário de proteção jurídica, inclusive com a possibilidade de oposição de direitos subjetivos no confronto com a Administração Pública.⁶⁹²

Também na Espanha, José Bermejo Vera sustenta que a participação dos administrados retrata um efeito imediato do caráter de democracia atualmente vivenciado nas administrações públicas. De acordo com o autor, a participação ativa dos cidadãos nas funções desempenhadas pela Administração Pública constitui um componente decisivo e um elemento indispensável para o sistema democrático e para a conformação da organização administrativa.⁶⁹³

⁶⁹⁰ PASTORI, Giorgio. Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrato. In: *Scritti in onore di Pietro Virga*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994. Tomo II, p. 1316, tradução nossa.

⁶⁹¹ ARENA, Gregorio. Introduzione all’amministrazione condivisa. In: *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*. Padova: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1998. v. primo, p. 171-172, tradução nossa.

⁶⁹² BENVENUTI, Feliciano. Per un diritto amministrativo paritario. In: *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*. Padova: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975, p. 807, 813-814, tradução nossa.

⁶⁹³ VERA, José Bermejo. Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 406, tradução nossa.

Outrossim, Tomàs Font y Llovet registra que, recentemente, vislumbra-se na Espanha o amplo desenvolvimento e o crescente protagonismo dos instrumentos convencionais de administração pública. O acordo e o consenso aparecem como mecanismos importantes para o exercício da função administrativa, a fim de propiciar uma maior integração entre a sociedade e o Estado.

O autor destaca que a participação e o consenso social não se referem apenas ao campo da prestação dos serviços públicos e atividades estatais. As funções de regulação, poder de polícia e controle administrativo – ou seja, atividades tipicamente unilaterais e relativas a um “poder de autoridade” – também requerem a introdução do aspecto da participação do cidadão como ferramenta de materialização da democracia na administração pública.⁶⁹⁴

Igualmente no Brasil, o modelo horizontalizado de administração pública, o qual prestigia a participação ativa e coordenada do cidadão no âmbito estatal, vem ganhando cada vez mais força.

Érico Andrade ressalta que a consolidação da noção de “administração como atividade” é imprescindível para superar a concepção “que confunde administração com pessoa estatal”. Com isso, é possível verificar a perda do monopólio do Estado na consecução da atividade administrativa, a qual, uma vez descentralizada, faz com que “a administração, como função” torne-se “mais importante que a pessoa jurídica pública”.

Como resultado dessa objetivação da administração pública, os poderes administrativos não mais possuem o escopo precípua de fortalecer o poder estatal, mas, diferentemente, atuam “constitucionalmente” e de forma “centrada no bem-estar do cidadão”. Desse modo, a democratização da administração pública enseja uma transformação significativa na atuação do Estado, tendo em vista que, “ao invés de simples regulador e curador da ordem pública, atuando prevalentemente por meio de ato administrativo, unilateral e imperativo, passa a atuar diretamente para fornecer prestações para o cidadão”.

Essa situação produz um modelo de “mútua cooperação entre Administração e cidadão”, cujo fundamento constitucional é extraído do “princípio democrático” que proporciona “as mais variadas formas de participação dos particulares

⁶⁹⁴ FONT Y LLOVET, Tomàs. Desarrollo reciente de los instrumentos de la Administración Consensual en España. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 363-365, tradução nossa.

na atividade estatal”. A instrumentalização da “atuação do cidadão nos negócios estatais” ocorre por intermédio de mecanismos que viabilizam o consenso e asseguram o exercício da garantia constitucional do contraditório.⁶⁹⁵ A preponderância do ato administrativo imperativo e unilateral, como o ponto nuclear do direito administrativo, entra em crise,⁶⁹⁶ em face do aumento da importância do procedimento administrativo e da valorização do papel do Estado como mediador social.⁶⁹⁷

Também Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que as mutações sobrevindas ao direito administrativo são fundamentais para intensificar a sua aproximação com os cidadãos. A partir de uma releitura metodológica, o centro do direito administrativo se desloca do Estado para a pessoa, por meio do aprimoramento dos mecanismos de participação, flexibilidade e consensualidade.

Segundo o autor, o advento da “sociedade participativa”, em conjugação com a “afirmação do constitucionalismo”, representa um fator primordial para a evolução de um direito administrativo baseado na expansão do “diálogo democrático”. A ampliação da participação da sociedade na sua relação com o Estado desperta nas pessoas a necessidade de oitiva prévia na tomada das decisões públicas que afetem diretamente as suas esferas jurídicas.

Atualmente, os cidadãos não se satisfazem apenas com a participação por meio de voto e representação político-eletiva. O aumento do nível de aproximação dos administrados com a Administração Pública ocasiona um cenário de alargamento das vias de comunicação e de institucionalização do processo decisório com base na abertura dos canais de atuação política. A legitimidade das decisões públicas pressupõe a “pluralização das instituições participativas”, “a interação entre sociedade e Estado”, e o aprimoramento dos “institutos de participação administrativa” como forma de controle e fiscalização do processo decisório.⁶⁹⁸

Em outra oportunidade, o mesmo Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que o “primado dos direitos fundamentais” no âmbito do constitucionalismo contemporâneo acarreta uma reorganização das relações entre sociedade e Estado, assim como internamente entre os próprios órgãos e entidades públicos. Esse cenário se

⁶⁹⁵ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 172-173, 178-179.

⁶⁹⁶ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 233.

⁶⁹⁷ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 179-183.

⁶⁹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, nota à segunda edição, p. 11-15, 34-35.

desdobra em um “processo contínuo de desmonopolização do poder”, o qual reforça a “participação cidadã” no procedimento de tomada de decisões públicas.

A democracia, ao ampliar o espaço de participação dos interessados e destinatários das decisões públicas, consagra a concepção da “participação política de conteúdo” por parte dos cidadãos. A “escolha de políticas públicas” não se resume à “escolha de agentes políticos”, de maneira que as decisões públicas se submetem a um processo de “legitimação pelo consenso direto” entre a sociedade e o Estado,⁶⁹⁹ no âmbito de uma administração pública concertada, consensual e negocial.⁷⁰⁰

Com orientação similar, Eduardo Cambi e João Paulo Vasconcelos entendem que o cenário de “democracia participativa e pluralista” enseja a necessidade de “empoderamento dos cidadãos”. Para tanto, a participação efetiva da sociedade civil nas “deliberações coletivas” e nos “espaços públicos” denota um fator de justificação da própria “legitimidade social das decisões estatais”.⁷⁰¹

Por seu turno, Onofre Alves Batista Júnior sustenta que a pluralidade do Estado Democrático de Direito reforça o “elemento democrático” que ocasiona a necessidade de “extensão do direito de participação na tomada das decisões coletivas”. A “exigência constitucional de configuração democrática da Administração Pública” determina, dentre outros fatores, a “participação direta dos administrados no processo administrativo decisório” e na “gestão efetiva dos serviços públicos”, a partir de uma aproximação entre o Estado e os cidadãos.⁷⁰²

Adotando ponto de vista semelhante, Lorena Miranda Santos Barreiros sustenta que a “valorização da participação cidadã” consubstancia uma forma de legitimação do exercício das funções públicas. A abertura do direito administrativo brasileiro à consensualidade, especialmente a partir da Constituição de 1988, permite

⁶⁹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 63-70.

⁷⁰⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 84-85.

⁷⁰¹ CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 106-107.

⁷⁰² BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 34-51, 64-82.

que a Administração Pública adote uma “postura mais flexível e paritária no seu relacionamento com o administrado”.⁷⁰³

Por sua vez, Dinorá Adelaide Musetti Grotti observa que “o princípio da participação popular na gestão e no controle da Administração Pública é inerente à idéia de Estado Democrático de Direito”. A autora enumera diversas normas previstas na Constituição que consagram regras e princípios destinados a instrumentalizar a ampla participação democrática dos cidadãos na atividade administrativa, tais como, por exemplo:

a) o artigo 5º, incisos XIV e XXXIII, os quais asseguram o direito fundamental de acesso à informação, inclusive na seara administrativa;

b) o artigo 5º, inciso XXXIV, o qual garante o direito de petição e de certidão em repartições públicas;

c) o artigo 5º, inciso LV, o qual estatui a garantia do devido processo legal na esfera administrativa;

d) o artigo 194, o qual dispõe sobre o “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”;

e) o artigo 194, parágrafo único, inciso VII, o qual determina que compete ao Poder Público organizar a seguridade social com base no objetivo de garantir o “caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”;

f) os artigos 205 e 206, inciso VI, os quais preveem a “gestão democrática do ensino público”;

g) o artigo 187, o qual estabelece que a política agrícola será planejada e executada com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais;

h) o artigo 225, o qual determina que a defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado são deveres conjuntos do Estado e da coletividade;

⁷⁰³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 34.

i) o artigo 231, §3º, o qual preconiza que o aproveitamento de recursos naturais em terras indígenas será regulado com a garantia de participação em audiência das comunidades afetadas.⁷⁰⁴

Por seu turno, Wallace Martins Júnior destaca que o Estado Democrático de Direito, fundado no princípio democrático e justificado pela dignidade da pessoa humana, consagra um modelo de Estado que “aperfeiçoa-se com a aproximação da sociedade ao Estado e vice-versa”. Nesse aspecto, a “adoção de mecanismos de participação popular no processo decisório” implica a valorização da “noção de cidadania”, bem como reforça a “característica pluralista” de uma sociedade cuja aspiração democrática requer a “participação efetiva e operante do povo na coisa pública”.⁷⁰⁵

Já Fernando Dias Menezes de Almeida entende que, em um regime democrático, torna-se imprescindível a “substituição de mecanismos fundamentados em hierarquia” por “novas fórmulas convencionais” utilizadas pela Administração Pública. A necessidade de “abandono de um viés autoritário em benefício de um viés democrático” é importante para estimular a “participação dos governados, enquanto destinatários das decisões a serem tomadas pela Administração Pública, no processo decisório”.⁷⁰⁶

É nessa mesma direção que Ravi Peixoto afirma que o modelo democrático de administração pública é baseado no consenso e possibilita “um maior diálogo e participação dos cidadãos na tomada de decisões”, rompendo com um modelo pautado em posições unilaterais, autoritárias e conflituosas.⁷⁰⁷

A atuação contemporânea do Estado, segundo Adilson Dallari, é marcada pela “administração participativa, pelas decisões negociadas, pela conciliação de interesses, pelo respeito às peculiaridades de cada caso e pela razoabilidade na aplicação

⁷⁰⁴ MUSETTI GROTTI, Dinorá Adelaide. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 649-650.

⁷⁰⁵ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4.

⁷⁰⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 346-348.

⁷⁰⁷ PEIXOTO, Ravi. Primeiras impressões sobre os meios consensuais de resolução de conflitos pelo poder público e as alterações promovidas pelo CPC/2015 e pela Lei 13.140/2015. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 349-350.

das leis”.⁷⁰⁸ Nos dizeres de Lucia Valle Figueiredo, a “efetiva participação popular”, como aspecto da transparência da atividade administrativa, possui especial relevância “para o concerto entre administração e administrado”.⁷⁰⁹

Enfim, é possível afirmar que a *horizontalidade* do vínculo entre a Administração Pública e os administrados é capaz de materializar os ideais democráticos, cívicos e republicanos consagrados pela Constituição.

A democracia é prestigiada na medida em que o diálogo coordenado e a prática do consenso entre o Poder Público e o particular oferecem condições mais propícias para a satisfação dos direitos subjetivos, para o exercício das garantias fundamentais e para a tolerância às diversidades. Isso ocorre, por exemplo, quando o Poder Público realiza audiências públicas para a definição conjunta de políticas públicas que possam o potencial de restringir direitos de minorias; ou quando realiza audiências públicas e possibilita a participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, para fins de instrução de processos administrativos no âmbito da administração pública federal (artigos 32 e 33 da Lei Federal n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999).

Já a cidadania é valorizada por meio do aumento do espaço de participação ativa do cidadão e da sociedade civil organizada na elaboração e na implantação das pautas estatais. Essa situação pode ser exemplificada quando a Administração Pública possibilita que o cidadão participe da gestão do orçamento público, mediante votação em obras públicas que serão objeto de prioridade orçamentária.

Outro exemplo é a permissão legal, prevista na Lei Federal n.º 13.019, de 31 de julho de 2014, para a celebração de parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil – entidades privadas sem fins lucrativos, sociedades cooperativas e organizações religiosas –, “em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação”.⁷¹⁰

⁷⁰⁸ DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 220.

⁷⁰⁹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Instrumentos da Administração Consensual. A audiência pública e sua finalidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 388.

⁷¹⁰ Também com o propósito de “fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a Administração Pública federal e a sociedade civil”, é pertinente mencionar a edição do Decreto Federal n.º 8.243, de 23 de maio de 2014, que instituiu a “Política

Igualmente, o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), regulamentado na esfera federal pelo Decreto Federal n.º 8.428, de 2 de abril de 2015, retrata um exemplo de colaboração da iniciativa privada a fim de subsidiar a atuação da Administração Pública. Nesse caso, ocorre o chamamento de particulares para a “apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos” concernentes à “estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso”.

Outrossim, a Manifestação de Interesse Privado (MPI) consiste em uma possibilidade de participação proativa do setor privado na proposição de atividades e serviços públicos, por meio da apresentação, por iniciativa própria, de projetos, estudos e levantamentos pertinentes.

Por seu turno, o princípio republicano é assegurado quando o gestor público, ciente da transitoriedade do seu mandato político, formula e implementa políticas públicas duradouras, as quais criarão situações favoráveis de longo prazo. Como exemplo, pode-se citar o administrador público que, buscando evitar a perpetuação de passivo orçamentário para as gestões seguintes, busca operacionalizar e gerenciar os gastos públicos de forma mais eficiente durante o seu próprio mandato.

Em suma, na perspectiva horizontalizada de administração pública, a formulação e a execução de políticas e serviços públicos estão dirigidas à concretização das finalidades previstas na ordem constitucional. Compete ao administrador público atuar a serviço da cidadania e da democracia, com o propósito de ampliar as ferramentas de participação popular e de proporcionar as condições favoráveis para o exercício dos direitos e das garantias fundamentais por parte dos cidadãos.

5.4 A redefinição de pilares clássicos do direito administrativo como premissa para a mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos no âmbito da administração pública

Nacional de Participação Social” e o “Sistema Nacional de Participação Social” a cargo da Secretaria-Geral da Presidência da República. Contudo, em virtude de questionamentos quanto à sua constitucionalidade, a Câmara dos Deputados, no exercício da competência prevista no artigo 49, V, da Constituição, sustou a eficácia do referido decreto, com base no entendimento de que houve exorbitância do poder regulamentar do Presidente da República (artigo 84, IV e VI, *a*, da Constituição) no que se refere à regulamentação do artigo 3º, I, da Lei Federal n.º 10.683/2003.

A atual “metamorfose”⁷¹¹ que perpassa o direito administrativo, em um cenário de mitigação da imperatividade, faz ruir estruturas administrativistas historicamente consolidadas. O amplo contexto de transformação do relacionamento entre a Administração Pública e a sociedade permite afirmar que o direito administrativo se encontra hoje em um momento de “encruzilhada histórica”. O modelo clássico fundado em um “ordenamento hierarquizado, unitário, rígido” vem sendo refutado pela necessidade de “funcionamento da máquina estatal” com base nas “noções de mobilidade, pluralismo, flexibilidade”.⁷¹²

Pode-se afirmar, na esteira do ensinamento de Gustavo Binbenbojm, que a dogmática administrativista se encontra no “divã”, isto é, em um ponto de inflexão acerca de vários de seus institutos fundamentais. Segundo o autor, verifica-se atualmente uma “crise dos paradigmas do direito administrativo brasileiro”, a qual produz questionamentos sobre conceitos tidos como “absolutos” na seara do direito público, tais como: a supremacia do interesse público; a legalidade como vinculação positivista à lei; a discricionariedade administrativa; o caráter unitário da Administração Pública.⁷¹³

Nessa seara, a redefinição de pilares clássicos do direito administrativo aparece como premissa para a mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos no âmbito da administração pública.

É por isso que nos próximos tópicos, e considerando os objetivos do presente trabalho, passa-se à análise de quatro das principais mudanças metodológicas que perpassam a evolução do direito administrativo, quais sejam: a) o influxo da consensualidade na atividade administrativa e a idealização do modelo de Administração Pública consensual; b) a evolução do princípio da legalidade para a noção de juridicidade administrativa; c) a necessidade de superação do “interesse público” como conceito jurídico abstrato, apriorístico e estanque, em face da multiplicidade de interesses públicos aferíveis *in concreto* e realizados tanto pelo Estado como pela sociedade; d) a desconstrução dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público como entraves à transigibilidade administrativa.

⁷¹¹ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 265-275.

⁷¹² MARINS, Vinícius. Apresentação. In: MARINS, Vinícius (Coord.). *Novas vertentes do direito administrativo*. Belo Horizonte: Líder, 2011, p. 7.

⁷¹³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 9-48.

5.4.1 O influxo da consensualidade na atividade administrativa e a idealização do modelo de Administração Pública consensual

A cultura jurídica de tratamento das disputas no Brasil oculta uma resistência subjacente de boa parte da comunidade jurídica ao emprego de meios de solução de conflitos considerados como “alternativos” à jurisdição. Especialmente no âmbito da administração pública, não é raro constatar uma relutância contundente de gestores políticos e agentes públicos em admitir a utilização de ferramentas consensuais para resolver litígios instaurados entre o Estado e os particulares.

Ressalvadas algumas situações pontuais geralmente decorrentes de iniciativas individuais de determinados agentes públicos, ou mesmo provenientes de políticas públicas institucionais inovadoras de certos entes federativos ou entidades administrativas, a premissa que historicamente prepondera é a seguinte: caso haja um conflito envolvendo o Poder Público e o cidadão, qualquer que seja a sua natureza, é preferível delegar a sua resolução para o Judiciário, em vez de tentar envidar e esgotar os esforços necessários para a sua solução na esfera da própria administração pública.

Ocorre que o modelo de administração pública inerente ao Estado Democrático de Direito se encontra fundado “no consenso e na participação dos particulares nas decisões administrativas”. A ideia de uma administração pública “concertada” (ou “negocial”, ou “consensual”, ou “paritária”) rompe com uma noção ultrapassada de administração pública “autoritária e unilateral”. Ato contínuo, a relação entre o Estado e os particulares é permeada pela expansão do emprego de mecanismos cooperativos, colaborativos, simétricos e equânimes, dentro de uma ótica de consensualidade e paridade administrativas.⁷¹⁴

Nesse cenário, a perspectiva horizontalizada de administração pública repercute também na própria *cultura jurídica* de solução de conflitos envolvendo o Estado e os cidadãos. A partir do momento em que o particular é compreendido como um legítimo usuário de serviços públicos – tanto os de natureza administrativa como jurisdicional –, a ideia da imposição de uma atuação heterônoma do Estado para resolver conflitos – seja do Estado-Administração ou do Estado-juiz – é mitigada por uma tendência de construção dialógica da solução das controvérsias.

⁷¹⁴ MATOS, Federico Nunes de. *Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação*. 2017. 478 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 21-32.

Por conseguinte, as decisões administrativas passam a ser fruto de uma “comunidade de trabalho” entre o cidadão e o Estado.⁷¹⁵ A adoção de vias consensuais é classificada como uma possível e vantajosa “modalidade substitutiva” da ação unilateral do Estado.⁷¹⁶ Embora a atuação imperativa estatal não seja totalmente eliminada, a conquista do consenso com os privados é buscada não apenas por meio de relações contratuais, “mas também naquelas *unilaterais*, quando se emitem atos administrativos dotados de autoridade”.⁷¹⁷

Na sociedade atual, é possível perceber um “mal-estar no publicismo” representado pelo “claro declínio do legicentrismo”. A diminuição das possibilidades de “imposição unilateral de regras de conduta” pelo Estado oportuniza que o consenso ganhe campo em desfavor da autoridade. Com isso, “a lei passa a ceder força em favor do contrato e do acordo como instrumentos de produção normativa”.⁷¹⁸

De fato, a consensualidade administrativa, conquanto não possua a aptidão para substituir por completo os atos imperativos do Estado, representa indubitavelmente “uma mudança substancial em suas modalidades de atuação”⁷¹⁹ e “uma alternativa preferível à imperatividade”.⁷²⁰ As soluções negociadas cada vez mais adquirem espaço em detrimento de decisões unilaterais e impositivas, de maneira que se abre a oportunidade para o “caminho da negociação – e não o percurso da imposição – para a composição de eventuais dissensos” entre o Estado e as organizações privadas da sociedade civil.⁷²¹

⁷¹⁵ A ideia de “comunidade de trabalho”, como tradução da expressão alemã *Arbeitsgemeinschaft*, foi idealizada para retratar a interlocução entre as partes e o juiz na condução de processos judiciais, como corolário do princípio da cooperação processual (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2011, p. 212-215). Portanto, a analogia é pertinente, na medida em que a horizontalidade do vínculo entre a Administração Pública e o administrado também reforça o diálogo construtivo e o aumento da participação do cidadão na esfera estatal.

⁷¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 343.

⁷¹⁷ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 177, destaque no original.

⁷¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 165-166, 180.

⁷¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 560.

⁷²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 41.

⁷²¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e a nova contratualização administrativa. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 275.

O vínculo de subordinação entre a Administração Pública e o administrado (*administração pública subordinativa*) é gradativamente substituído por uma relação de coordenação (*administração pública coordenativa*). Em um espaço democrático, a conexão horizontalizada entre o Poder Público e a sociedade civil cria o ambiente propício para a consolidação de um modelo de *Administração Pública consensual*⁷²² (ou de *Administração Pública concertada*,⁷²³ ou de *Poder Público conciliador*).^{724 725}

Segundo definição de Lorena Miranda Santos Barreiros, a “atuação administrativa consensual” pode ser qualificada como “toda e qualquer forma de agir da Administração Pública pautada em acordo de vontades, na esfera administrativa ou na judicial, quer se trate de relacionamentos travados no âmbito da própria Administração, quer se refira a relações havidas com o administrado”. Trata-se, assim, de “modo de gestão da coisa pública, calcada na participação social institucionalizada e aplicável às funções estatais”, por meio do qual “o particular passa a participar do processo de construção do meio de implementação do interesse público em situações concretas”.⁷²⁶

Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que o atual estágio de evolução do direito administrativo está fundado, dentre outros aspectos, na ampliação da “participação democrática”, no “pluralismo” e na “consensualidade”. O antigo “monopólio da imperatividade estatal” vem sendo substituído por um modelo pautado na “cooperação”, na “colaboração” e na “consensualidade”, e que visa à “ampliação do campo de debate aberto e de negociação de interesses metaindividuais”.

⁷²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 26, 37-48.

⁷²³ BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação Administrativa Interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 191.

⁷²⁴ MOURA, Grégore Moreira de. As formas alternativas de resolução de conflitos e a Advocacia Pública. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em juízo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 709.

⁷²⁵ É possível realizar um paralelo entre o modelo de “Administração Pública Consensual” e o modelo do chamado “Ministério Público Resolutivo”. Neste último, a atuação funcional do *Parquet* ocorre por meio do emprego de “mecanismos de solução dialogada (negociação, mediação, conciliação, práticas restaurativas e convenções processuais)”, visando a “promover o acesso à justiça deliberativa”, “ampliar o diálogo com instituições públicas e privadas”, “incentivar a democracia participativa na sociedade civil” e a “desjurisdicionar a sua atuação”. Em ambos os modelos, portanto, pode-se dizer que tanto a Administração Pública como o Ministério Público funcionam como um “verdadeiro canal de comunicação entre a sociedade e o Estado”, a partir de uma transposição de “um modelo Demandista para um modelo Resolutivo” (CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Ministério Público resolutivo: o modelo contemporâneo de atuação institucional. *Revista dos Tribunais*, v. 982, ano 106, p. 120-121, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, agosto 2017). A noção do “Ministério Público Resolutivo” está consagrada na Resolução n.º 118, de 1º de dezembro de 2014, expedida pelo Conselho Nacional do Ministério Pública, a qual “Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público”.

⁷²⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 45-46.

A consensualidade denota que o Estado se encontra em mutação, ainda que gradual, diante da maior abertura para a celebração de parcerias com a sociedade. Nesse passo, chega-se ao momento em que a consensualidade pode “ser levada também à solução dos conflitos”, por intermédio da utilização de mecanismos de autocomposição destinados a disseminar a cultura da “solução administrativa de conflitos”.⁷²⁷

O “redimensionamento das prerrogativas administrativas” na busca por uma “horizontalização” do vínculo entre a Administração Pública e os cidadãos oportuniza o incremento do emprego de mecanismos consensuais e negociais de solução de conflitos. A aplicação da consensualidade ao agir administrativo implica a reconfiguração da própria noção de Administração Pública e de Estado. Com isso, o modelo de administração pública “monológica, avessa à comunicação com a sociedade”, é sucedido por uma noção de administração pública “dialógica, paritária e consensual”, ao passo que o “Estado impositor” é suplantado pela noção do “Estado mediador”.⁷²⁸

A transformação que hoje atinge o direito administrativo e a administração pública evidencia “a abertura de consideráveis espaços para a consensualidade”, os quais antes eram “habitualmente ocupados pela imperatividade”.⁷²⁹ A recente reformulação do direito administrativo expande os seus horizontes para edificar uma atuação da Administração Pública em consenso com a sociedade, inserida em uma perspectiva de “concertação administrativa”,⁷³⁰ por meio da difusão de canais e vias simétricas de participação do cidadão na esfera estatal.⁷³¹

Enquanto na visão clássica de direito administrativo do século XIX o Estado era o “único curador do interesse público”⁷³² (“Estado monoclasse”),⁷³³ atualmente a sociedade civil organizada também administra múltiplos e heterogêneos “interesses

⁷²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 549-561.

⁷²⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 36, 46.

⁷²⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 310, São Paulo, jan./dez. 2009.

⁷³⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação Administrativa Interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 191 *et seq.*

⁷³¹ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de reeleitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 99 *et seq.*

⁷³² ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de reeleitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 159.

⁷³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 38-40.

públicos” desenvolvidos no âmbito de um “Estado pluriclasse” (*Stato pluriclasse*).⁷³⁴ A ideia de um Poder Executivo unitário é superada por uma noção de “Administração Pública policêntrica”, a qual gera uma “crise da estrutura administrativa” tradicional.⁷³⁵

Atualmente, a “administração, antes exclusivamente pública, regida pelo direito público, abre suas portas para o direito privado”,⁷³⁶ rompendo com a sua antiga formatação exclusivamente monolítica, unitária, unilateral e rigorosamente pública.⁷³⁷ O amálgama entre o público e o privado causa uma hibridação do direito administrativo – ou melhor, do direito público – com o direito privado.⁷³⁸

Chega-se a se sustentar que o direito administrativo está em “fuga para o direito privado”,⁷³⁹ ou que é possível a idealização de um direito sem Estado (*diritto senza Stato*),⁷⁴⁰ tendo em vista a diminuição da imperatividade estatal e o consequente aumento da importância dos contratos e convenções na esfera do direito público. A divisão hermética entre as esferas públicas e privadas é considerada apenas para fins didáticos, e não científicos, tornando-se corrente a afirmação de “esquemas privatísticos” para o direito administrativo.⁷⁴¹

A anacrônica relação entre Administração Pública e cidadãos idealizada com base no poder de império é substituída – ou ao menos significativamente mitigada – por uma ótica convencional. O exercício da autoridade estatal é harmonizado pela ampliação das possibilidades de uma “atividade de gestão ou consensual da

⁷³⁴ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Terza edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. v. primo, p. 110-111, tradução nossa.

⁷³⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 42-48.

⁷³⁶ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de reeleitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 169.

⁷³⁷ MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. Quarta edizione, Roma-Bari: Editori Laterza, 2006, p. 471, tradução nossa.

⁷³⁸ CASSESE, Sabino. La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito. In: *Trattato di diritto amministrativo: diritto amministrativo generale*. (a cura di Sabino Cassese). Seconda edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, p. 52-53, tradução nossa.

⁷³⁹ A locução “fuga para o direito privado” utilizada por Maria João Estorninho é tradução da expressão alemã *Flucht in das Privatrecht* (ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999). É pertinente a observação de Érico Andrade, no sentido de que a “fuga para o direito privado” “não pode ser encarada como mecanismo para a Administração driblar à sua necessária vinculação aos direitos fundamentais, de modo a atuar como os próprios particulares, com autonomia de vontade” (ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de reeleitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 170).

⁷⁴⁰ CASSESE, Sabino. *Il mondo nuovo del diritto: Un giurista e il suo tempo*. Bologna: Il Mulino, 2008, p. 29-38, tradução nossa.

⁷⁴¹ CRETELLA JUNIOR, José. Esquemas privatísticos do direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 24, n. 96, p. 263-274, Brasília, out./dez. 1987.

Administração em relação aos privados”,⁷⁴² a partir do incentivo à “adoção de mecanismos de efetiva participação popular”.⁷⁴³

Em face da ampliação da participação dos cidadãos no processo administrativo decisório, verifica-se uma aproximação entre o Estado e a sociedade.⁷⁴⁴ No contexto de um regime democrático, cabe à Administração Pública alargar o campo do debate e da negociação, bem como “dedicar-se permanentemente à construção do consenso da comunidade”.⁷⁴⁵

O axioma do primado do interesse coletivo (*primato dell'interesse collettivo*) é questionado pela necessidade de edificação do relacionamento entre o Estado e os cidadãos com base em acordos convencionais (*accordi convenzionali*) situados na esfera do contrato (*contratto*) e da paridade (*paritarietà*).⁷⁴⁶

O modelo autoritário de Estado sofre uma retração considerável, em virtude de um “movimento acompanhado do sensível avanço da Administração baseada em acordos”.⁷⁴⁷ Nessa ótica, a relação do Poder Público com os particulares não é mais de subordinação ou de dominação, mas, pelo contrário, visa a uma “equalização das posições jurídicas do cidadão e da Administração”,⁷⁴⁸ com base em uma perspectiva de administração pública de natureza “paritária”⁷⁴⁹ ou “dialógica”.⁷⁵⁰

O vínculo que une o Estado e o particular tem natureza horizontal e coordenada, fazendo com que a antiga atuação administrativa preponderantemente unilateral e imperativa seja sucedida por uma atividade de natureza contratual (*contrattuale*), convencional (*convenzionale*), negocial (*negoziale*) ou consensual

⁷⁴² ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de reeleitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 160.

⁷⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 82.

⁷⁴⁴ CASSESE, Sabino. Il cittadino e l'amministrazione pubblica. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, anno XLVIII, p. 1022, Milano, 1998, tradução nossa.

⁷⁴⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 336-337.

⁷⁴⁶ SORDI, Bernardo. Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto. *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, anno III, fascicolo 4, p. 484, Giuffrè editore: Milano, 1995, tradução nossa.

⁷⁴⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e a nova contratualização administrativa. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 289.

⁷⁴⁸ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de reeleitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 192.

⁷⁴⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 4, n. 12, p. 55, São Paulo, jan./mar. 2007.

⁷⁵⁰ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013.

(*consensuale*). O direito administrativo alarga o campo do consenso (*consenso*), da paridade (*parità*), dos acordos (*accordi*) e da contratualidade (*contrattualità*), aproximando-se de uma forma privatística (*forme privatistiche*) e do próprio direito privado (*diritto privato*).⁷⁵¹

Pode-se afirmar, nessa quadra, que o modelo consensual representa “a nova face da administração pública no século XXI”. A utilização disseminada de “métodos e técnicas negociais ou contratualizadas” instrumentaliza uma atuação dialógica por parte da Administração Pública, a qual sinaliza uma nova perspectiva de gestão pública que valoriza “o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação, a colaboração, a conciliação, a transação”.⁷⁵² A Administração Pública vem se inserindo na “era da consensualidade”.⁷⁵³

O atual panorama do direito administrativo é integrado pela ideia da “administração consensual de interesses públicos”.⁷⁵⁴ Dito de outro modo, a consensualidade é incorporada à gestão dos interesses públicos mediante o “emprego das formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração”.⁷⁵⁵

O direito administrativo contemporâneo vem sendo permanentemente remodelado para “descer do confortável patamar da autoridade suprema em relação ao particular” e, conseqüentemente, reforçar o aspecto da consensualidade.⁷⁵⁶ A conciliação é relacionada à ideia de um “direito constitucional fraterno”, na medida em que promove a “resolução material do conflito” por meio do impulso às “políticas públicas dialógicas” que visam a aproximar o cidadão e a Administração Pública.⁷⁵⁷

⁷⁵¹ ALLEGRETTI, Umberto. *Amministrazione pubblica e costituzione*. Padova: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 105 *et seq.*, tradução nossa.

⁷⁵² OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 309-310, São Paulo, jan./dez. 2009.

⁷⁵³ RODRIGUES, Marco Antonio. Prefácio ao CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 12.

⁷⁵⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. O conceito de sanção no direito administrativo brasileiro. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 318.

⁷⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 41.

⁷⁵⁶ PIRES, Maria Coeli Simões. A Revisão Paradigmática do Estado e do Direito: um Exercício em Pro da Democratização do Sistema Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 196.

⁷⁵⁷ MOURA, Grégore Moreira de. *Direito constitucional fraterno*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 144-158.

Há um reforço das técnicas que propiciam a ampla participação dos particulares e as possibilidades de celebração de avenças com o Estado. Essa nova perspectiva consensual se incorpora definitivamente ao direito administrativo como uma forma de aperfeiçoamento das suas ferramentas de atuação.⁷⁵⁸

A consensualidade gera maiores possibilidades de vias de cooperação e colaboração entre as atividades pública e privada, por meio da “ampliação do campo de debate aberto e de negociação de interesses metaindividuais”.⁷⁵⁹ A expansão dos espaços de ajustes e convenções entre o Estado e o particular, sobretudo por intermédio do emprego de ferramentas consensuais e colaborativas, acarreta o “incremento quantitativo e qualitativo da atividade negocial da administração pública-particular”. Com isso, abandona-se “o primado da autoridade como eixo principal para o desenvolvimento das relações travadas entre Administração e os destinatários de sua atividade”.⁷⁶⁰

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o contexto de “aperfeiçoamento da consensualidade” e correspondente “redução da imperatividade” implica a “desmonopolização do poder do Estado” e a “valorização da cidadania, como aspecto político da dignidade da pessoa”. No âmbito do Estado pluriclasse, a consensualidade tem o condão de atuar como “refluxo da imperatividade” e como fator de reequilíbrio da “afirmação imemorial da coerção”, produzindo fenômenos como o da “desestatização”, da “despolitização” e da “deslegalização”.⁷⁶¹

Ainda de acordo com o referido autor, o “atraso na aceitação das vias negociais administrativas” e a resistência quanto às “vantagens da composição consensual de conflitos pela via administrativa” são reflexo da “visão imperativa” de direito administrativo que “se prendia à interpretação do princípio da indisponibilidade do interesse público”. Todavia, a atual expansão dos “espaços comuns entre o público e o privado” advinda do desenvolvimento da democracia implica a intensificação da

⁷⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40-48.

⁷⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 559.

⁷⁶⁰ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e a nova contratualização administrativa. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 288-289.

⁷⁶¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2-3, 40-41.

participação do administrado nos processos decisórios e a “multiplicação das figuras consensuais” no âmbito da administração pública.

Nesse cenário, a eclosão do modelo de Administração Pública consensual é consequência de uma “mutação do papel do Estado”, por meio da qual o consenso se converte em um “instrumento de ação estatal” e em um “elemento determinante na formação da vontade administrativa”. Essa modificação da atuação estatal se mostra necessária para fazer frente ao fenômeno da “multiplicação de conflitos entre os sujeitos públicos e privados”, o qual causa “uma impressionante avalanche de processos judiciais contra o Poder Público em todos os países que adotaram as premissas do Estado Democrático de Direito”.

Considerando que esses “milhares de processos”, em grande parte das vezes, são “semelhantes quando não repetitivos”, começou-se a perceber que “o consenso pode atuar vantajosamente na prevenção administrativa de conflitos”. Nesse sentido, a “atuação *preventiva*” pelo Estado, assim como a “*composição* de conflitos administrativos já instaurados”, passam a ser encarados como “importantes conquistas da cidadania e da sociedade”.

O autor exemplifica as seguintes práticas consensuais comumente empreendidas pela Administração Pública:

a) as “comissões de conflito”, as quais “são um instrumento administrativo permanente que, de ofício ou por provocação de interessados, devem atuar sempre que se descortinar a possibilidade e iminência de instaurar-se um conflito de interesses no âmbito de sua competência”;

b) os “acordos substitutivos”, os quais “são instrumentos administrativos, que poderão ser ocasionalmente aplicados pela Administração, sempre que, de ofício ou por provocação de interessado, verificar que uma decisão unilateral de um processo poderá ser vantajosamente substituída por um *acordo* em que o interesse público, a cargo do Estado, possa ser atendido de modo mais eficiente, mais duradouro, mais célere e com menores custos”.⁷⁶²

O “influxo da consensualidade no direito administrativo” rompe com o caráter inflexível da atividade administrativa e, por conseguinte, aumenta as possibilidades de “utilização de meios alternativos ao Judiciário para a solução de litígios envolvendo a Administração”. A “invasão da consensualidade” possibilita uma

⁷⁶² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 330-349, destaques no original.

maior flexibilização da atuação da Administração Pública em juízo, favorecendo o “autorregramento das partes” como alternativa adequada à resolução de conflitos.⁷⁶³

É nessa perspectiva que a busca por “novos arranjos para a solução de litígios”, ou por “caminhos intermédios e híbridos”, é importante para permitir a “incorporação, também nos processos estatais de solução de litígios, de formalidades de base negocial e privada (autorregulação formal)”.⁷⁶⁴ A difusão do emprego de mecanismos convencionais pela Administração Pública e a utilização de técnicas que autorizam a celebração de acordos se mostram não apenas essenciais para a prevenção e a solução adequada de litígios na esfera administrativa,⁷⁶⁵ como também são fatores indissociáveis para a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos cíveis por parte do Estado.

5.4.2 A evolução do princípio da legalidade para a noção de juridicidade administrativa

Além do influxo da consensualidade na atividade administrativa, o atual estágio de evolução do direito administrativo implica a redefinição de um de seus pilares clássicos: o princípio da legalidade.

De acordo com a teoria clássica do direito administrativo, o princípio da legalidade impõe a completa sujeição da administração pública à lei em sentido estrito. Em outras palavras, toda a atividade administrativa, sem exceções, encontra-se amarrada aos ditames estabelecidos pela legislação formal, ao mesmo tempo em que está integralmente contida na lei.

Essa concepção do princípio da legalidade – atualmente superada – implica que a ação administrativa está adstrita apenas ao que a lei prevê ou permite, e de acordo com os meios também dispostos na lei. Não há espaço para a flexibilização na atuação da Administração Pública, pois cabe-lhe, tão somente, agir em consonância com a previsão legislativa, sem maiores possibilidades interpretativas.

Com isso, o princípio da legalidade atua de maneira diferente em relação à Administração Pública e ao cidadão. No que concerne à Administração Pública, o

⁷⁶³ FRANZONI, Diego; VOSGERAU, Isabella Moreira de Andrade. Negócios jurídicos processuais atípicos e a Administração Pública. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 269-270.

⁷⁶⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 207.

⁷⁶⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 346.

princípio da legalidade estabelece o critério da subordinação, isto é, a Administração Pública somente pode atuar conforme a lei expressamente determina ou autoriza. Já com referência ao cidadão, o princípio da legalidade fixa o critério da não-contradição, ou seja, os cidadãos podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe.

Por isso é que, conforme essa conceituação tradicional, a administração pública denota uma atividade subjacente à de legislar. O princípio da legalidade expressa justamente essa relação: apenas é cabível ao administrador público agir se estiver em conformidade com as disposições legislativas.

De acordo com Sabino Cassese, esse entendimento clássico do princípio da legalidade surgiu com o doutrinador italiano Guido Zanobini, segundo o qual o princípio da legalidade não representa apenas um limite para a ação administrativa, mas, mais do que isso, traduz o fato de que a lei estabelece o que a Administração pode fazer.⁷⁶⁶ Nesse sentido, enquanto o indivíduo pode fazer tudo aquilo que a lei expressamente não veda, a Administração Pública pode fazer somente aquilo que a lei expressamente a permite fazer. O princípio da legalidade significa que a Administração Pública pode fazer unicamente aquilo que é prescrito pela lei, e apenas por meio da prática dos atos previstos na legislação.⁷⁶⁷

No Brasil, diversos autores adotam essa definição formal – e anacrônica – do princípio da legalidade aplicável à Administração Pública.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, afirma que o princípio da legalidade, considerado o “princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo”, consagra a afirmação de que “a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”. Como preceito basilar e específico do Estado de Direito, o princípio da legalidade implica a “completa submissão da Administração às leis”, na medida em que a atividade administrativa só pode ser exercida conforme a “autorização contida no sistema legal”.

Nessa linha de raciocínio, a Administração Pública, em virtude de sua estrita obediência à legislação posta, não pode agir *contra legem* ou *praeter legem*, mas tão somente *secundum legem*. A função administrativa, ao atuar para evitar subjetivismos,

⁷⁶⁶ CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. 6. ed., Milano: Garzanti Editore, 2000, p. 441, tradução nossa.

⁷⁶⁷ SORACE, Domenico. *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*. Quarta edizione, Bologna: Il Mulino, 2007, p. 29, tradução nossa.

personalismos, favorecimentos e perseguições, está submetida à sua atribuição precípua de mera execução da “vontade do legislador”.

Como consequência, Celso Antônio Bandeira de Mello conclui que, no Brasil, o princípio da legalidade “significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”, na proporção em que “administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei”. Dessa maneira, o Administrador Público somente pode realizar aquilo que “a lei antecipadamente autorize”, em contraposição aos particulares, “os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe”.⁷⁶⁸

Também Hely Lopes Meirelles aduz que o princípio da legalidade “significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum”. O autor entende que a atividade administrativa não permite espaço para a “liberdade nem vontade pessoal”, tendo em vista que à “Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”. Sendo assim, enquanto a lei para o particular traduz uma faculdade (“pode fazer assim”), para a Administração Pública ela consiste em um mandamento (“deve fazer assim”).⁷⁶⁹

Por seu turno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro também rejeita a possibilidade da aplicação do princípio da autonomia privada ao Administrador Público, tal qual ocorre no relacionamento entre os particulares. Considerando que a atividade administrativa está adstrita àquilo que a lei estritamente permite, a autora conclui que “a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados”, tendo em vista que “ela depende de lei”.⁷⁷⁰

Já para Diogenes Gasparini, o princípio da legalidade faz com que a Administração Pública fique “presa aos mandamentos da lei”, de maneira que toda a atividade administrativa está submetida ao “calço legal”. O Administrador Público apenas “pode fazer o que a lei *autoriza* e, ainda assim, *quando* e *como* autoriza” – ao contrário do particular, ao qual é facultado “fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe”.⁷⁷¹

⁷⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 78-79, 102-109.

⁷⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 86-88.

⁷⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 64.

⁷⁷¹ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 7-8.

Ocorre que, com o desenvolvimento da sociedade, do Estado e do direito administrativo, essa concepção clássica do princípio da legalidade, capitaneada pelos autores acima mencionados, passou a apresentar uma série de incongruências.

A primeira delas é a de que a submissão absoluta da atividade administrativa à lei “era usada mais para ‘garantir’ a posição de supremacia da Administração do que a posição do cidadão”. Por esse motivo, o princípio da legalidade, embora teoricamente idealizado para tutelar o particular em face do Estado, acabava por possibilitar a utilização da lei como um “mecanismo de proteção para a própria Administração, para conferir a esta posição privilegiada e de superioridade em relação ao cidadão”.⁷⁷²

Em segundo lugar, não é mais admissível sustentar, diante da horizontalidade nas relações entre o Estado e os particulares, que a lei possa atuar de forma distinta em relação à Administração Pública e ao cidadão.

Ademais, o princípio da legalidade não pode significar apenas um limite da atuação do Administrador Público, mas, diversamente, deve atuar como um mecanismo de ampliação do campo legítimo de discricionariedade da ação administrativa.⁷⁷³ A lei, nessa ótica, atribui uma pluralidade de funções à Administração Pública.⁷⁷⁴

Outrossim, o progresso das relações entre as funções estatais torna inviável a suposta primazia do Legislativo sobre o Executivo, suplantando a noção de que “obedecer à Administração era obedecer à lei”. Finalmente, a “submissão total da Administração à lei” se mostrou como “irrealizável”, considerando a impossibilidade de exaurimento na legislação do “modo de exercício” da atividade administrativa,⁷⁷⁵ mormente em face do alargamento das possibilidades de interpretação das normas jurídicas – sobretudo as de natureza principiológica.

Diante desse contexto, torna-se necessário um refinamento do princípio da legalidade. Por óbvio, isso não significa a extinção do princípio da legalidade em face

⁷⁷² ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 253-254.

⁷⁷³ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 23.

⁷⁷⁴ CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. Sesta edizione, Milano: Garzanti Editore, 2000, p. 441, tradução nossa.

⁷⁷⁵ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 145-146.

da Administração Pública, mas, sim, a necessidade de melhor conformá-lo ao atual sistema jurídico democrático.⁷⁷⁶

Com efeito, o advento do Estado Democrático de Direito, a democratização da administração pública, a constitucionalização dos princípios administrativos, a expansão da consensualidade e a maior influência das formas do direito privado ocasionam a necessidade de evolução da definição do princípio da legalidade. A afirmação do constitucionalismo no âmbito da administração pública produz uma relevante transformação conceitual: a mera legalidade estrita se transmuda em *legitimidade*.⁷⁷⁷

Isso quer dizer que o ordenamento jurídico-constitucional impõe que a atividade estatal seja legítima, e não apenas lícita (ou legal), no sentido de estritamente obediente à lei posta. A concepção, portanto, é mais ampla.

A releitura do princípio da legalidade afirma que a atuação da Administração Pública é subordinada aos limites definidos por todo o direito, e não apenas pela lei formal.⁷⁷⁸ Não por outra razão, o artigo 2º, parágrafo único, inciso I, da Lei Federal n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, dispõe que a obediência ao princípio da legalidade significa que, nos processos administrativos, a Administração Pública observará o critério de “atuação conforme a lei e o Direito”.

A constitucionalização do direito administrativo operada no âmbito do Estado Democrático de Direito coloca em xeque a visão tradicional do princípio da legalidade estrita. A concepção positivista e literal do princípio da legalidade, como um dos pilares clássicos do regime jurídico-administrativa, é substituída por um entendimento mais amplo de *juridicidade administrativa*.⁷⁷⁹

⁷⁷⁶ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 255.

⁷⁷⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 15-17.

⁷⁷⁸ CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. Sesta edizione, Milano: Garzanti Editore, 2000, p. 443, tradução nossa.

⁷⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 34-39; CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 105.

Nessa perspectiva, o princípio da legalidade é melhor definido a partir de uma visão de *legitimidade* (*legittimità*) – ou de *juridicidade* (*giuridicità*),⁷⁸⁰ ou de *juridicidade administrativa*,⁷⁸¹ ou de *constitucionalidade*,⁷⁸² ou de *normatividade*.⁷⁸³

A Administração Pública está submetida não apenas à lei, mas ao direito como um todo formado pelo conjunto de normas e procedimentos aos quais o sistema jurídico-constitucional atribui *força jurídico-normativa*. Por conseguinte, os princípios jurídicos e os precedentes judiciais, por exemplo, atuam necessariamente como balizas que adéquam o comportamento e as práticas do Poder Público.

O legalismo exacerbado e a ideia rígida de vinculação estrita da Administração Pública à lei posta são substituídos por uma noção de juridicidade mais consentânea com a democracia contemporânea.⁷⁸⁴ A juridicidade administrativa representa uma espécie de “legalidade ampliada” que vincula a Administração Pública à lei, à Constituição e ao direito, apontando para o “afastamento da concepção positivista-legalista da legalidade administrativa”.⁷⁸⁵

A lei deixa de se constituir como a fonte normativa única e absoluta da atividade administrativa. Em face da insuficiência de um conceito positivista restrito, a ideia da juridicidade expande o Direito para além da lei e implica a revisitação das concepções de finalidade estatal, de ação administrativa e de interesses públicos.⁷⁸⁶

As fronteiras que conformam a ação do Estado não se restringem àquilo que a legislação formal e rigidamente prescreve ou faculta (“mera aplicação mecanicista da

⁷⁸⁰ BASSI, Nicola. *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001, p. 7, tradução nossa. No Brasil, conferir: MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 21; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 71; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 108.

⁷⁸¹ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 754-757.

⁷⁸² BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 50.

⁷⁸³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 42.

⁷⁸⁴ MARINS, Vinícius. Apresentação. In: MARINS, Vinícius (Coord.). *Novas vertentes do direito administrativo*. Belo Horizonte: Líder, 2011, p. 7-8.

⁷⁸⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação Administrativa Interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 71.

⁷⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 34-41.

lei”),⁷⁸⁷ mas, diferentemente, abrangem as normas explícita e implicitamente estabelecidas pela integralidade do ordenamento jurídico-constitucional. Em um cenário de constitucionalização do direito administrativo, o administrador público não está vinculado somente às leis infraconstitucionais positivadas, mas também – e principalmente – se encontra submetido às regras, aos princípios e aos valores constitucionalmente consagrados.⁷⁸⁸

A verificação da correção da atividade pública não ocorre “mais apenas no estrito controle de legalidade”, mas por meio de uma fiscalização que associa “legitimidade” e “licitude”.⁷⁸⁹ O agir administrativo (*agire amministrativo*) está sujeito a uma gama de condições normativas (*condizionamenti normativi*), a qual é formada por uma pluralidade de fontes (*pluralità di fonti*) organizadas com base nas disposições constitucionais (*disposizioni costituzionali*).⁷⁹⁰ A Constituição aparece como “o fundamento primeiro do agir administrativo”,⁷⁹¹ e o princípio da “reserva vertical da lei” é substituído pelo princípio da “reserva vertical da Constituição”.⁷⁹²

Érico Andrade aduz que o progresso do direito administrativo e da atividade estatal a partir de meados do século XX provoca a quebra do “rígido paradigma da legalidade” e, com isso, abre “o caminho para a ampliação do sentido da legalidade estreita para a legitimidade”. Nesse cenário, a atuação da Administração Pública não é de “simples executora da lei”, pois a vinculação ocorre com relação “ao direito como um todo”, isto é, à “regra de direito”.

Essa alteração da compreensão do princípio da legalidade possibilita “que a Administração possa atuar ‘fora’ da lei em sentido estrito” – o que, por óbvio, não

⁷⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 755.

⁷⁸⁸ FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o Novo Código de Processo Civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 245; MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 148.

⁷⁸⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 561.

⁷⁹⁰ BASSI, Nicola. *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001, p. 8, tradução nossa.

⁷⁹¹ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 756.

⁷⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 836.

significa, em nenhuma hipótese, “atividade livre ou arbitrária”, porquanto a ação administrativa está “sempre parametrizada em outros cânones jurídicos, como o regulamento, a Constituição ou o direito como um todo”. Segundo o autor, é justamente esse “sentido mais amplo da legalidade” que possibilita um “maior controle judicial da atividade administrativa, de modo a evitar o arbítrio” e aperfeiçoar a “atividade discricionária”.⁷⁹³

Já Sabino Cassese destaca que a transição para a administração consensual (*amministrazione consensuale*) agrega a “regra do direito” (*regola di diritto*) ao princípio da legalidade (*principio di legalità*). Com isso, a Administração Pública passa a ficar submetida a maiores níveis normativos que regulam a sua atividade. Não apenas a legislação interna, mas todo o direito – constitucional, nacional e transnacional – penetra profundamente na administração pública.⁷⁹⁴

Essa interpenetração e consequente expansão da esfera recíproca de influência entre o direito constitucional e o direito administrativo tornam muito mais complexa a compreensão do parâmetro da lei (*parametro della legge*), o qual passa a ser interpretado com base na Constituição. A clássica legalidade ordinária (*legalità ‘ordinaria’*) se aproxima de uma legalidade constitucional (*legalità costituzionale*).⁷⁹⁵

Por seu turno, Fabio Merusi registra que o Estado de Direito (*Stato di diritto*) gera a submissão de toda a ação administrativa às normas legislativas e aos princípios jurídicos, inclusive os não escritos. Dessa maneira, há uma sujeição direta da administração pública não somente à lei, mas igualmente ao conjunto de normas constitucionais escritas e não escritas – como, por exemplo, aos princípios da boa-fé (*buona fede*) e da confiança (*affidamento*).⁷⁹⁶ É por isso que o princípio da legalidade está associado com a segurança jurídica, com a estabilidade das relações jurídicas e, especialmente, com a boa-fé e a confiança legítima.⁷⁹⁷

Nessa perspectiva, a constitucionalização dos princípios do direito administrativo produz um “importante contexto de submissão da Administração não

⁷⁹³ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 210, 256-257.

⁷⁹⁴ CASSESE, Sabino. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, anno LII, p. 35, Milano, 2002, tradução nossa.

⁷⁹⁵ CASSESE, Sabino. Tendenze e problemi del diritto amministrativo. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, anno LIV, p. 908, Milano, 2004, tradução nossa.

⁷⁹⁶ MERUSI, Fabio. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni “trenta” all’“alternanza”*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001, p. 107-108, tradução nossa.

⁷⁹⁷ DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 221.

mais só à lei”, mas também uma sujeição imediata “aos princípios jurídicos, explícitos e implícitos na Constituição”. Por essa razão, a “interpenetração entre direito constitucional e administrativo” atinge o princípio da legalidade, de modo a alterar “o contexto do controle judicial dos atos administrativos” a partir da “submissão direta da Administração à Constituição e à principiologia constitucional”.

O contexto de pluralização da administração pública e de constitucionalização do direito como um todo produzem um “efeito devastador sobre o entendimento tradicional do princípio da legalidade”. A premissa outrora vigente de que “a lei poderia regular toda atividade administrativa” – e, portanto, implicar uma “vinculação estrita da Administração à lei” – é substituída por uma concepção mais ampla do princípio da legalidade, a qual é capaz de possibilitar o acompanhamento das transformações sociais por meio de uma maior “abertura democrática do Estado”.⁷⁹⁸

Luciano Ferraz afirma que a “superação da rigidez lógico-formal” e a “ligação entre Direito Administrativo e Ciência da Administração” permitem que o princípio da legalidade comece a “ganhar colorido”. A partir da substituição do princípio da legalidade estrita pelo princípio da legitimidade (ou juridicidade), o ordenamento jurídico-administrativo “passa a angariar manifestações exógenas traduzidas em princípios, tais como moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, eficácia, amalgamando substância e brilho, num verdadeiro arco-íris normativo”.⁷⁹⁹ As intensas transformações político-sociais das sociedades contemporâneas requerem que a atividade estatal incorpore regras legais, princípios jurídicos e normas de cunho administrativo.

Essa compreensão implica uma “substantivação” do princípio da legalidade, o qual, originalmente concebido apenas “sob a feição de um puro legalismo”, adquire um caráter de “princípio de legitimidade” (ou “princípio de juridicidade”). Com fundamento na supremacia constitucional, vislumbra-se uma “unificação interativa dos princípios da Administração Pública” a partir do “princípio da constitucionalidade”.⁸⁰⁰ Os atos administrativos passam a ser interpretados, aplicados e controlados não apenas com base no controle estrito e literal de legalidade, mas também considerando a

⁷⁹⁸ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 183-184, 235-236.

⁷⁹⁹ FERRAZ, Luciano. Modernização da Administração Pública e Auditorias de Gestão. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 157-159.

⁸⁰⁰ MOREIRA, João Batista Gomes. A nova concepção do princípio da legalidade no controle da Administração Pública. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 72-73.

fiscalização de constitucionalidade representada pela conformidade com os princípios e as regras constitucionais.⁸⁰¹

Gustavo Binenbojm destaca que a constitucionalização do direito administrativo, inserida em um contexto de “desprestígio do legislador” e “crise da lei formal”, produz uma “superação do paradigma da legalidade administrativa”. A Constituição passa a ocupar o papel da lei estrita como o “fundamento primeiro do agir administrativo”.

Nesse cenário de “filtragem constitucional do direito administrativo”, a Constituição, e não mais a legislação ordinária, emerge como o “cerne da vinculação administrativa à juridicidade”. A “onipotência da lei administrativa” é substituída pela submissão da Administração Pública aos princípios expressos e implícitos consagrados na ordem constitucional. A noção de juridicidade administrativa traduz a “vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição”.⁸⁰²

Por essa razão, o “monopólio legislativo” que antes vinculava a Administração Pública foi substituído por “um sistema de comandos normativos descentralizado e polivalente”.⁸⁰³ Este, por sua vez, é integrado por variadas fontes instituidoras de normas, direitos e deveres, tais como: os princípios constitucionais; as leis editadas pelo parlamento; os procedimentos judiciais e administrativos; os precedentes judiciais; a “jurisprudência administrativa” (*giurisprudenza amministrativa*); as regras exaradas na seara administrativa; os acordos administrativos celebrados com particulares; outros padrões gerais (*standards*) não legislativos (*'standards' non legislativi*).⁸⁰⁴

Resumidamente, é possível afirmar que esse novo entendimento acerca do princípio da legalidade gera as seguintes consequências na atuação da Administração Pública, no direito administrativo e no sistema jurídico em geral:

⁸⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 50

⁸⁰² BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 159-161.

⁸⁰³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 560.

⁸⁰⁴ CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. Sesta edizione, Milano: Garzanti Editore, 2000, p. 89, 442, tradução nossa.

a) a percepção de que a tipicidade (*tipicità*) da lei, por si só, não é capaz de resolver todos os problemas administrativos;⁸⁰⁵

b) a constatação de que o direito não se reduz à lei, e nem tampouco de que a lei é a única origem do direito e/ou sempre preponderante em comparação com as outras fontes normativas;⁸⁰⁶

c) a descodificação (*decodificazione*) e a “pulverização” do direito legislativo (*polverizzazione* del diritto legislativo), com a conseqüente multiplicação de leis (*moltiplicazione di leggi*) além de códigos,⁸⁰⁷ assim como de diversos “microssistemas jurídicos” (*micro-sistemi di norme*)⁸⁰⁸ que orbitam de forma autônoma em torno de um núcleo comum formado por normas constitucionais supremas;⁸⁰⁹

d) a substituição do “culto à legalidade” pelo “culto à constitucionalidade”, com base no “princípio da juridicidade da Administração Pública”, o que acarreta uma alteração da “margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta” (discricionariedade),⁸¹⁰ bem como o alargamento das possibilidades interpretativas das normas jurídicas – porém sempre com vinculação aos princípios e às regras constitucionais como requisito de legitimidade da decisão administrativa, e também com uma correspondente ampliação das possibilidades de controle – administrativo, jurisdicional e social – do mérito administrativo e das escolhas discricionárias a fim de conformar o agir administrativo à normatividade constitucional;⁸¹¹

e) a assimilação de uma acepção mais maleável do princípio da legalidade em face da sua substituição pela noção de juridicidade, de maneira a ocasionar uma reformulação conceitual do campo de atuação legítima da discricionariedade administrativa – sem que isso implique, obviamente, permissão para o arbítrio estatal;

⁸⁰⁵ CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. Sesta edizione, Milano: Garzanti Editore, 2000, p. 440-443, tradução nossa.

⁸⁰⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Giulio Einaudi, 1992, p. 24, tradução nossa.

⁸⁰⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Giulio Einaudi, 1992, p. 43-45, tradução nossa.

⁸⁰⁸ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Quarta edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, p. 38-40, tradução nossa.

⁸⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/1>. Acesso em: 25 abr. 2018.

⁸¹⁰ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 7-11, 23-24, 42-44.

⁸¹¹ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 745-750; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 42.

f) o condicionamento dos limites da discricionariedade administrativa (*discrezionalità amministrativa*) à observância das normas constitucionais e à proteção jurídica do cidadão em face do Estado, razão pela qual o princípio da legalidade pode assumir significados diversos: se o objetivo é proteger ou não impor restrições imediatas à esfera jurídica dos cidadãos, a submissão da Administração Pública à lei é mais flexível e genérica, com a autorização, inclusive, do emprego de conceitos jurídicos indeterminados (ou cláusulas gerais); por outro lado, se a finalidade é limitar ou intervir diretamente na esfera jurídica dos cidadãos por meio de poder de autoridade, o princípio da legalidade atua de forma rigorosa para impor a rígida sujeição da Administração Pública à lei em sentido estrito;⁸¹²

g) a diminuição do excesso de formalismo administrativo, tendo em vista o desprendimento necessário da Administração Pública, ainda que parcial, às rígidas amarras da lei em sentido estrito;⁸¹³

h) a possibilidade de utilização de meios consensuais e dialógicos do Estado com os particulares, a partir de uma relação pautada na horizontalidade;

i) a conclusão de que é impossível prever e regulamentar no âmbito legislativo todas as possibilidades da ação estatal, uma vez que soa como ilusão a crença de que a atividade administrativa como um todo está contida na lei.⁸¹⁴

Enfim, o direito administrativo, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, caracteriza-se não apenas pela submissão ao princípio da legalidade estrita. A constitucionalização do direito administrativo implica também – e principalmente – a vinculação do Estado à supremacia da Constituição, a necessidade de respeito aos direitos e às garantias fundamentais, e a observância da soberania popular como proteção da ampla e efetiva participação dos cidadãos na atividade administrativa.⁸¹⁵

⁸¹² GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Terza edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. v. primo, p. 87-89, tradução nossa; ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 185-191, 257, 261-264.

⁸¹³ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 184.

⁸¹⁴ CORSO, Guido. *La giustizia amministrativa*. Seconda edizione, Bologna: Il Mulino, 2005, p. 15, tradução nossa.

⁸¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 66.

5.4.3 A necessidade de superação do “interesse público” como conceito jurídico abstrato, apriorístico e estanque: a multiplicidade de interesses públicos aferíveis *in concreto* e realizados tanto pelo Estado como pela sociedade

O princípio da legalidade não é o único pilar clássico do direito administrativo que vem sendo objeto de redefinição conceitual diante do atual estágio de evolução do Estado, da sociedade e dos institutos administrativistas. Em vários países – como no Brasil e na Itália – é cada vez mais difundida a formulação de contundentes críticas dirigidas a outro alicerce clássico do direito administrativo, qual seja: a existência de um suposto e único *interesse público supremo e indisponível*.

Tradicionalmente, o direito administrativo trata a noção do interesse público – e as características de indisponibilidade e de supremacia que lhe são (aparentemente) intrínsecas – como um princípio absoluto e imanente ao próprio regime jurídico-administrativo. Geralmente, a ideia do interesse público é encarada, sem grandes dúvidas ou questionamentos, como um conceito jurídico que, embora indeterminado, é passível de visualização em caráter abstrato, apriorístico e estanque.

Renato Alessi, no âmbito da doutrina administrativista italiana, é tido como um dos primeiros a adotar uma distinção conceitual de interesse público de natureza bipartida – embora o próprio autor ressalte que esse entendimento também é utilizado por Francesco Carnelutti e Leopoldo Piccardi.

De acordo com Renato Alessi, a função (*funzione*) exercida pela Administração Pública representa o poder (*potere*) concebido com vistas à realização de determinados interesses públicos ou coletivos (*interessi pubblici, collettivi*). Esses interesses públicos (ou coletivos) se subdividem em dois tipos, a saber: a) o interesse coletivo primário (*l'interesse collettivo primario*), formado pelo complexo de interesses individuais prevaletentes em uma determinada organização jurídica da coletividade; b) os interesses secundários (*interessi secondari*), relacionados com os interesses do aparato organizacional autônomo (*apparato organizzativo autonomo*) unitariamente considerado.

A função da Administração Pública consiste na realização do interesse público primário de caráter coletivo. Já o interesse público secundário apenas pode ser perseguido pelo Estado caso haja coincidência com o interesse público primário.⁸¹⁶

⁸¹⁶ ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo: i soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*. Terza edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974. v. I, p. 226-227, tradução nossa;

Embora o autor ressalve a imprecisão da determinação do interesse público em face da discricionariedade administrativa (*descrezionalità*), é fato que a sua divisão conceitual do interesse público acabou sendo amplamente empregada na esfera da doutrina administrativista brasileira. É preciso salientar, todavia, que o próprio Renato Alessi adverte que compete à Administração Pública realizar interesses públicos concretos (*interesse pubblico concreto*)⁸¹⁷ – não obstante, no Brasil, a sua teoria de interesse público seja interpretada como uma bipartição conceitual estanque.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que os princípios da “supremacia do interesse público sobre o privado” e da “indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos” consistem nas “pedras de toque” peculiares e típicas do regime jurídico-administrativo, e sobre as quais o direito administrativo se constrói. Segundo o autor, o “entrosamento” verificado no binômio “prerrogativas da Administração” e “direitos dos administrados” forma a base de sustentação do conceito de interesse público supremo e indisponível.

Como consequência, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público são entendidos como as “pedras angulares” do direito administrativo, os quais possibilitam a compreensão do regime jurídico-administrativo pautado no conceito de interesse público – e não com fundamento nas noções de serviço público, ou de utilidade pública. O direito administrativo, nessa perspectiva, está voltado essencialmente para a “realização do interesse público”.

Ainda de acordo com o autor, a definição da “noção jurídica de interesse público” não é tarefa fácil. Para tanto, Celso Antônio Bandeira de Mello firma o seu entendimento na ideia de que o interesse público retrata o “interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social”, sendo falso o “antagonismo” entre o interesse público (“interesse do todo”) e os interesses individuais (“interesse das partes”). Na verdade, o interesse público denota uma “dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)”. O interesse público, assim, não pertence exclusivamente ao Estado.

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução do italiano para o espanhol de Buenaventura Pellisé Prats. 3. ed., Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970. t. I, p. 184-185, tradução nossa.

⁸¹⁷ ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo: i soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*. Terza edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974. v. I, p. 12, 230-233, tradução nossa; ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução do italiano para o espanhol de Buenaventura Pellisé Prats. 3. ed., Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970. t. I, p. 187-189, tradução nossa.

O autor afirma ainda que é perigoso e equivocado identificar o interesse público com “quaisquer interesses da entidade que representa o todo”, justamente porque existe um “plexo dos interesses dos indivíduos” que merece proteção no corpo social. Assim é que Celso Antônio Bandeira de Mello conclui – com base na teoria de Renato Alessi – que a noção de interesse público ostenta uma dupla dimensão, qual seja: uma primária, caracterizada pelos “interesses públicos propriamente ditos” (ou “interesses primários do Estado”), a qual é verificada quando o Estado atua no “interesse do todo”; e outra secundária, quando o Estado age na defesa de “interesses secundários” que se “encarnam no Estado enquanto pessoa”, isto é, “interesses particulares, individuais” que “não são interesses públicos” propriamente ditos.⁸¹⁸

Por seu turno, Hely Lopes Meirelles sustenta que o princípio da supremacia do interesse público “é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral”. Segundo o autor, a ideia do interesse público supremo consiste no “motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados”, o qual fundamenta a existência “da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos”.⁸¹⁹

Todavia, o atual estágio de evolução do direito administrativo não mais permite a permanência de concepções como as acima defendidas por Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles, as quais, em virtude de sua rigidez conceitual, revelam-se ultrapassadas. A ascensão do constitucionalismo, a consagração dos direitos e garantias fundamentais, e a compreensão da democracia como fundamento de legitimidade e elemento estruturante do Estado Democrático de Direito suprimem a possibilidade da existência de um conceito de interesse público unitário e necessariamente inconfundível e superior em comparação com os interesses privados dos membros integrantes de uma sociedade.⁸²⁰

A perda do caráter unitário do Estado, a constitucionalização dos princípios do direito administrativo, a incorporação do princípio democrático à esfera estatal e a assimilação da consensualidade no âmbito da atuação da Administração Pública, dentre outros fatores, implicam a necessidade de reinterpretação da noção de *interesse público*.

⁸¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 53-70.

⁸¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49, 103-104.

⁸²⁰ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 750-753.

O advento do Estado Democrático de Direito de caráter heterogêneo e pluriclasse inviabiliza a subsistência do “outrora marmóreo e inexorável conceito de *interesse público*”,⁸²¹ geralmente confundido com o interesse do Estado, da Administração Pública como pessoa jurídica, do aparato administrativo, ou da pessoa física do agente público.⁸²²

Alessandro Cioffi salienta que o conceito tradicional de interesse público não passa de um “mito do direito” (*mito del diritto*). A sua equivalência abstrata com o interesse geral requer um exercício intelectual que despreza a necessidade de sua identificação concreta. É por isso que, como bem frisa o autor, a identificação do interesse público com fatos confrontados *in concreto* é essencial para atribuí-lo uma certa objetividade.⁸²³

Já Marçal Justen Neto aduz que a expressão “interesse público” traduz um *conceito jurídico indeterminado* de difícil interpretação. A ausência de precisão conceitual atribui à expressão uma “vagueza” que possibilita que “qualquer questão seja revestida de interesse público”. Por esse motivo, a identificação de “parâmetros objetivos” é importante para “conferir utilidade ao conceito de interesse público”.⁸²⁴

Com raciocínio semelhante, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto afirma que a ideia de interesse público é “suficientemente vaga e aberta” e, ao que parece, “demasiado (e propositadamente) genérica”. Essa situação permite “variações, adaptações e utilizações” que tornam “inservível” a utilização do conceito de interesse público, exatamente em razão da sua incerteza semântica.⁸²⁵

Já Gustavo Binenbojm destaca que a “multifária noção de interesse público” é decorrência, dentre outros fatores, de um processo de descolamento do direito administrativo em face do direito constitucional.

⁸²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 559, destaque no original.

⁸²² PIRES, Maria Coeli Simões. A Revisão Paradigmática do Estado e do Direito: um Exercício em Prol da Democratização do Sistema Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 164-166.

⁸²³ CIOFFI, Alessandro. L'interesse pubblico nell'azione amministrativa. *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, anno XXIII, fascicolo 4, p. 797-802, Giuffrè editore: Milano, 2015, tradução nossa.

⁸²⁴ JUSTEN NETO, Marçal. Segredo de justiça e Administração Pública. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 307.

⁸²⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 144 *et seq.*

Considerando a sua “origem pré-constitucional”, as diversas conceituações de interesse público ainda hoje existentes possibilitam um alheamento dos administradores públicos à normatividade constitucional, tendo em vista que muitas delas se mostram afastadas das normas constitucionais e apartadas da “juridicização de princípios” realizada pela Constituição.⁸²⁶ Nessa ótica, torna-se necessária a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, considerando a sua utilização histórica “como instrumento de exercício arbitrário da discricionariedade” administrativa.⁸²⁷

Por seu turno, Daniel Sarmiento adverte que a “profunda indeterminação semântica” do conceito de interesse público “pode permitir às autoridades públicas que o manuseiam as mais perigosas malversações”.⁸²⁸

Eduardo Talamini registra observação semelhante, ao aduzir que o “rótulo” do interesse público não pode ser utilizado “como um escudo, um pretexto para a Administração não cumprir os valores fundamentais do ordenamento”. A “invocação vazia” e “meramente retórica” do interesse público não comporta “soluções simplistas” e se mostra “tão mais pernicioso porque sempre se quer fazer acompanhar dos atributos da ‘supremacia’ e da ‘indisponibilidade’”.⁸²⁹

Advertência análoga é realizada por Marçal Justen Filho, ao criticar que a aceitação do princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público como o “fundamento jurídico único” do direito administrativo pode culminar na “invocação vazia de um interesse público”, a qual atribua aos governantes “uma margem indeterminada e indeterminável de autonomia para impor suas escolhas individuais”. Todavia, no âmbito do Estado Democrático de Direito, qualquer interesse, poder ou competência, inclusive os tutelados e exercidos pelo Estado, encontram-se sempre limitados pelos direitos fundamentais, o que torna inviável “afirmar, de modo

⁸²⁶ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 744-745.

⁸²⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 89-103.

⁸²⁸ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 87.

⁸²⁹ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – versão atualizada para o CPC/2015. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multipostas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 297.

generalizado e abstrato, algum tipo de supremacia absoluta produzida aprioristicamente” em favor do interesse público.⁸³⁰

À evidência, o progresso do direito administrativo e a superação da concepção de Estado como o “único curador do interesse público” produzem a necessidade de uma reformulação conceitual da noção de interesse público. A expansão dos mecanismos de participação da sociedade civil organizada na gestão e condução das pautas públicas gera, como efeito imediato, a supressão da concepção estanque de que o interesse público se confunde “com todo e qualquer interesse da pessoa jurídica Estado”.⁸³¹ A definição clássica de interesse público é falha ao equivaler o interesse público ao interesse próprio da pessoa jurídica estatal, de forma contraposta aos interesses dos cidadãos.⁸³²

As mudanças da sociedade contemporânea ocasionam transformações no Estado que o levam “a abandonar a postura imperial de monopolista do interesse público para tornar-se um instrumento da sociedade”. Com isso, a administração pública passa a ser concebida como um “serviço prestado ao público”. Verifica-se uma reviravolta metodológica, isto é, a transição “de uma administração imperial para uma administração cidadã”.⁸³³

Nesse contexto, o administrado é “elevado à condição de cidadão”, rompendo com a sua antiquada situação de “súdito, de mero sujeito subordinado à Administração”. Como consequência dessa “nova posição do indivíduo, amparada no desenvolvimento do discurso dos direitos fundamentais”, opera-se a necessidade da “alteração do papel tradicional da Administração Pública”. A constitucionalização do direito administrativo condiciona o agir administrativo ao “respeito à dignidade da pessoa humana” e, com isso, a Administração Pública “vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da coisa pública para se transformar em um centro de captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social”.⁸³⁴

⁸³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 143-154.

⁸³¹ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 159.

⁸³² ALLEGRETTI, Umberto. *Amministrazione pubblica e costituzione*. Padova: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 4, 214, tradução nossa.

⁸³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16.

⁸³⁴ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129-130.

O desenvolvimento do direito administrativo demonstra, assim, que “uma pré-concepção de interesse público não mais satisfaz aos anseios da sociedade pluralista contemporânea”. A necessidade de concretização de uma maior participação popular na construção dos interesses públicos, inclusive no “intuito de conferir legitimidade à atuação da Administração Pública”, produz o exaurimento da concepção tradicional de que a Administração Pública “sempre foi a tutora dos interesses públicos entendidos como interesses gerais concebidos à priori”. Torna-se imprescindível desconstruir a ideia do “protagonismo estatal na persecução do interesse público”.⁸³⁵

Nessa ótica, Maria Tereza Fonseca Dias ressalta que a relação de complementaridade e a permanente comunicação entre as esferas pública e privada acarreta questionamentos acerca do corolário básico do regime jurídico-administrativo, no sentido de que à Administração Pública compete exclusivamente a tutela dos interesses públicos. Segundo a autora, é indispensável uma revisão dos modos de definição e realização dos interesses públicos, a fim de evitar o “raciocínio tautológico de que à Administração cabe defender o interesse público e o interesse público é aquele que está contido na lei, como mero instrumento formal de legitimação do direito”.

Nessa quadra, é preciso compreender que a noção do interesse público “não existe de forma absoluta e, portanto, autoritária”, mas, diversamente, ela é definida “de forma relativa, por meio do consenso”. É por isso que, no atual Estado Democrático de Direito, os interesses públicos “deixam de ser categorias ontológicas e homogêneas para se tornarem instrumentos de discussão e negociação”.⁸³⁶

A partir do momento em que se reconhece que o Estado não tutela e nem age com vistas à realização de um *único* tipo de interesse, assim como que é possível que a própria sociedade civil se organize para atuar em prol da consecução de objetivos comuns, o conceito estático, inexorável e unitário de interesse público é suplantado.⁸³⁷

O raciocínio ultrapassado baseado em uma “homogeneização dos interesses” tutelados pela Administração Pública, por meio do qual o interesse público é contraposto e prevalente em face do interesse individual, não é mais capaz de subsistir na medida em que pressupõe uma sociedade também homogênea – e, portanto, hoje

⁸³⁵ ASSIS, Christiane Costa. O interesse público na teoria discursiva do direito. In: MARINS, Vinícius (Coord.). *Novas vertentes do direito administrativo*. Belo Horizonte: Líder, 2011, p. 242-244.

⁸³⁶ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 250-251.

⁸³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 559.

inexistente.⁸³⁸ De maneira análoga, a dicotomia rígida entre o interesse público primário e o interesse público secundário também perde sentido considerando a multiplicidade de interesses públicos tutelados pela ordem constitucional.

Na linha do entendimento de Janaína Castelo Branco, é absolutamente equivocada a classificação do interesse público em primário e secundário. A uma, porque implica a “categorização do interesse público”. A duas, já que prevê uma regra apriorística de prevalência de interesse público primário sobre o secundário. A três, na medida em que autoriza que o Estado persiga interesse próprios. E, por fim, porquanto nega que a Administração Pública possa buscar uma variedade de interesses públicos que não se esgotam na simplória classificação em primário e secundário, considerando inclusive que a tutela estatal de direitos individuais também é manifestação do interesse público.⁸³⁹

De fato, a atual pluralidade da sociedade contemporânea não permite apontar, de forma abstrata, apriorística, estanque, generalizada, teórica ou ilimitada, qual é “o” interesse público sempre absoluto e preponderante. A impossibilidade de definição de um interesse público de caráter unitário decorre da necessidade da sua aferição “em relação ao caso concreto” e a partir dos direitos fundamentais, sob pena de correr-se o risco de que o interesse público se torne uma “ficção perigosa da criação dos gestores públicos que o alegam em defesa até de escusos interesses”.⁸⁴⁰

Como afirma Alessandro Cioffi, a manifestação primária do interesse público incide concretamente no procedimento e na motivação, e deriva do accertamento dos fatos controvertidos. Em outras palavras, o interesse público se revela no caso concreto, com base em elementos fáticos específicos e visualizáveis objetivamente.⁸⁴¹ Dessa maneira, a noção de interesse público é variável “em vista das circunstâncias concretas”, e, portanto, apenas é passível de aferição *in concreto*, ou seja, “somente

⁸³⁸ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 189-191.

⁸³⁹ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 43-47.

⁸⁴⁰ PIRES, Maria Coeli Simões. A Revisão Paradigmática do Estado e do Direito: um Exercício em Prola da Democratização do Sistema Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 195.

⁸⁴¹ CIOFFI, Alessandro. L'interesse pubblico nell'azione amministrativa. *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, anno XXIII, fascicolo 4, p. 802-804, Giuffrè editore: Milano, 2015, tradução nossa.

surgirá como resultado da decisão destinada a compor o conflito entre diversos interesses”.⁸⁴²

É criticável, portanto, a afirmação de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que a “supremacia do interesse público sobre o privado” retrata um “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público”, na medida em que proclama a prevalência abstrata e apriorística do interesse da coletividade como se fosse uma própria condição de sobrevivência e concretização dos interesses individuais.⁸⁴³

Da mesma forma, é censurável o entendimento de Hely Lopes Meirelles, no sentido de que “a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais” produz “inegáveis privilégios e prerrogativas para o Poder Público” que não podem ser desconhecidos nem desconsiderados pelo intérprete e pelo aplicador das normas do direito administrativo.⁸⁴⁴

A utilização da expressão interesse público “como um termo-escudo”, capaz de automaticamente atribuí-lo um “poder da supremacia sobre os interesses privados”, não pode preponderar sem que se tenha a exata noção do “qualificativo público”. É por esse motivo que, no entendimento de Kaline Ferreira, “o esforço do Direito Administrativo não deveria residir em qualificar o interesse público de uma supremacia”, mas, sim, o de perquirir a “dimensão pública” que gera a consequência de elevar o interesse a uma condição suprema “de forma automática e intransponível”.⁸⁴⁵

Na verdade, o Estado contemporâneo, eminentemente pluralista, dinâmico e assecuratório de pretensões e ideais diversos, é direcionado a concretizar *variados e múltiplos interesses públicos*, e não apenas um único e hegemônico interesse público.

A noção de “homogeneidade do interesse público” não se sustenta em face de uma “situação de heterogeneidade” do Estado e da sociedade. A ideia da “unicidade” do interesse público cede espaço para a “concreta existência de multiplicidade de interesses públicos”.⁸⁴⁶

⁸⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 145-146.

⁸⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 70.

⁸⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49, 103-104.

⁸⁴⁵ FERREIRA, Kaline. A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público: o que mudou depois da lei de mediação? *Revista dos Tribunais*, v. 982, ano 106, p. 324, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, agosto 2017.

⁸⁴⁶ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 190.

A variedade das “posições subjetivas contrapostas” dos inúmeros grupos sociais produz a “fragmentação” e a “contraditoriedade” entre os diferentes interesses dos diversos membros que integram a sociedade. Isso torna impertinente “fundamentar o conceito de interesse público numa concepção aritmética”.⁸⁴⁷

A rigor, a idealização do singular e unitário conceito de interesse público entra em choque com a existência de diversos interesses públicos igualmente tutelados e merecedores de equivalente proteção pela ordem jurídica.⁸⁴⁸ Da mesma forma, não compete à lei restringir e enumerar os interesses públicos que supostamente devem ser realizados pela Administração Pública.⁸⁴⁹

Nesse cenário, Eurico Bitencourt Neto destaca que a “multilateralidade” da Administração Pública contemporânea implica a “multipolaridade da atuação administrativa”, o que coloca em xeque a “máxima segundo a qual a atuação unilateral e verticalizada é o modo normal de atuação da Administração Pública”. A “multiplicidade de interesses públicos” atribuídos ao Estado e a “pulverização de unidades de atuação administrativa” são incompatíveis com um “modelo de Administração hierárquica” e com uma “organização administrativa piramidal”. A atuação administrativa “multilateral” faz emergir relações jurídico-administrativas também “multipolares” (ou “poligonais”).⁸⁵⁰

Também Érico Andrade salienta que o surgimento do Estado pluriclasse, em virtude da democratização do direito administrativo e da “abertura para a participação das várias classes sociais na gestão estatal”, produz uma transformação substancial na noção de interesse público. A sua antiga concepção unitária e subjetivamente confundida com o Estado é substituída pela sua ramificação em “vários interesses públicos”, os quais exigem que a administração pública também se torne “plural e múltipla, para fazer frente a esses vários interesses”.

A democratização da função administrativa e o surgimento do Estado democrático pluralizam a própria noção de interesse público, de maneira que “se reconhece hoje a existência de vários interesses públicos”. A concretização dessa gama

⁸⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 146, 152.

⁸⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 79.

⁸⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 327.

⁸⁵⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação Administrativa Interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 127-131.

de interesses públicos requer “a substituição da atividade unilateral pela via consensual e paritária, num contexto de participação do cidadão”. A Administração Pública, assim, adquire uma nova função consistente na “mediação social entre os interesses públicos das várias classes”.⁸⁵¹

Nesse contexto, a relevância do ato administrativo unilateral é mitigada e, ato contínuo, fortalece-se a importância do procedimento administrativo que garanta a efetiva e ampla participação dos respectivos interessados.⁸⁵² A garantia de participação conjunta entre agentes públicos e particulares na condução da atividade administrativa faz com que o “devido processo administrativo” se converta em “um requisito inafastável do exercício democrático do poder político”.⁸⁵³ Em outras palavras, a participação no processo administrativo representa uma fonte de legitimação (*fonte di legittimazione*) do exercício dos poderes administrativos.⁸⁵⁴

É por isso que, segundo Tomàs Font y Llovet, a ideia do “procedimento participado” (*procedimiento participado*) abre caminho para a disseminação da figura do acordo no âmbito da administração pública, de modo a proporcionar que os particulares participem do exercício do agir administrativo.

A ideia da “Administração convencional” (*Administración convencional*) – ou “Administração consensual” (*Administración consensual*) – possibilita uma evolução tendente ao enfraquecimento da decisão administrativa unilateral – fruto da vontade solitária e muitas vezes impositiva do administrador público. Consequentemente, verifica-se a expansão das formas de atuação administrativa convencional baseadas na celebração de acordos entre a Administração Pública e os cidadãos interessados.

Com isso, a colaboração dos próprios afetados pelas decisões administrativas propicia uma consecução mais adequada dos fins públicos. A atribuição

⁸⁵¹ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de reeleitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 180, 205.

⁸⁵² Conforme advertência de Odete Medauar, é oportuno pontuar que a “pregação em favor do processo administrativo” não significa a eliminação do ato administrativo unilateral. Embora o ato administrativo não mais ostente o “papel de protagonista” ou a “centralidade” no contexto de uma democracia administrativa, não se pode concluir, por outro lado, que a emergência do procedimento administrativo implicou a sua completa substituição ou suplantou definitivamente a sua relevância (MEDAUAR, Odete. *Administração Pública: do ato ao processo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 412-419).

⁸⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito Administrativo de espetáculo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 82.

⁸⁵⁴ SPASIANO, Mario R. *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*. *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, anno X, fascicolo 2, p. 283 *et seq.*, Giuffrè editore: Milano, 2002, tradução nossa.

de uma base consensual à atividade administrativa expande a importância do procedimento administrativo (*procedimiento administrativo*) como premissa para uma boa administração pública (*buena administración*), além de possibilitar uma evolução das funções do Estado e uma fragmentação da noção de interesse geral.⁸⁵⁵

Por seu turno, Massimo Giannini registra que a teorização predominante antes do surgimento do Estado pluriclasse era muito simples: de um lado se colocava o interesse privado, baseado na autonomia privada; de outro lado se idealizava o interesse público, entendido como o interesse da generalidade das pessoas ou da coletividade estatal. Entretanto, o advento do Estado pluriclasse e democrático torna essa teoria inadequada, tendo em vista que, a partir de então, os interesses de grupos particulares e heterogêneos também passam a ser qualificados como públicos. Ao mesmo tempo, os interesses públicos, então tutelados pelo Estado, também se tornam heterogêneos.⁸⁵⁶

Como resultado dessa transformação contemporânea do direito administrativo, não é possível afirmar, *in abstracto* e *a priori*, que os interesses particulares são hierárquica e ontologicamente inferiores a um interesse público necessariamente hegemônico.⁸⁵⁷ A ideia da supremacia do interesse público consiste em um “mito”,⁸⁵⁸ o qual, além de não possuir previsão legal ou constitucional expressa,⁸⁵⁹ não ostenta um caráter principiológico de necessária incompatibilidade ou contraposição com os direitos particulares.⁸⁶⁰

Considerando que os cidadãos são sujeitos de direitos e possuem uma gama de garantias fundamentais e de possíveis pretensões protegidas pela ordem jurídico-constitucional, muitas delas oponíveis em face do Estado, é impróprio invocar a prevalência do interesse público como um critério abstrato, hipotético, genérico,

⁸⁵⁵ FONT Y LLOVET, Tomàs. Desarrollo reciente de los instrumentos de la Administración Consensual en España. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 364-365, tradução nossa.

⁸⁵⁶ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Terza edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. v. primo, p. 109-112, tradução nossa.

⁸⁵⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 151-154.

⁸⁵⁸ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 37.

⁸⁵⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 26.

⁸⁶⁰ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 171 *et seq.*

apriorístico e objetivamente irrefutável de solução para todo e qualquer conflito entre o Estado e o particular.⁸⁶¹

A “imbricação conceitual entre interesse público, interesses coletivos e interesses individuais” impossibilita a “prevalência apriorística e descontextualizada” do princípio da supremacia absoluta do interesse público sobre o interesse particular – o qual, aliás, foi forjado considerando a origem autoritária do direito administrativo e pressupondo uma “necessária dissociação entre o interesse público e os interesses privados”.⁸⁶²

Nessa ótica, é possível sustentar a inexistência de prioridades absolutas e *prima facie* nos conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos. A afirmação absoluta de que os conflitos se resolvem com base na “prevalência *do* interesse público” gera “uma simplificação que impede a perfeita compreensão da realidade”.⁸⁶³

Embora em boa parte das vezes os interesses públicos convirjam para a proteção dos direitos fundamentais dos particulares, nas situações de conflito entre eles pode ocorrer que uma pretensão individual tenha que prevalecer sobre um interesse da coletividade – embora, normalmente, os interesses públicos tendam a prevalecer no caso concreto sobre os direitos individuais.⁸⁶⁴

O “amalgama conceitual” entre as esferas pública e privada e a ausência de supremacia *a priori* entre princípios ou direitos podem fazer com que, no caso concreto, “a realização do interesse público” consista “exatamente na tutela de interesses privados”.⁸⁶⁵ É pertinente afirmar, inclusive, que a busca pelo interesse público requer o

⁸⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 79.

⁸⁶² BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 751-752, 774-775.

⁸⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 145.

⁸⁶⁴ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 119-136.

⁸⁶⁵ FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o Novo Código de Processo Civil. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 243-244.

menor sacrifício possível das posições jurídicas subjetivas (*posizioni giuridiche soggettive*) das quais os particulares são titulares.⁸⁶⁶

Em outras palavras, nem sempre, no caso concreto, os interesses públicos serão preponderantes. Da mesma forma, não é possível afirmar a predominância dos interesses privados de forma apriorística. No eventual conflito entre interesses públicos e privados, é recomendável que prevaleça aquele que se mostre mais condizente com o ordenamento jurídico diante das circunstâncias peculiares em discussão. Contudo, ambos os tipos de direitos – públicos e privados – merecem a adequada tutela jurídica por parte do Estado.⁸⁶⁷

Em uma ordem jurídica democrática, é necessária a harmonização entre os interesses privados e os interesses públicos, de modo que não se possa afirmar de antemão que o sacrifício indiscriminado de um interesse privado consiste em um modo adequado de atuação do interesse público.⁸⁶⁸ Pelo contrário, em uma sociedade pluralista, “a satisfação de interesses públicos não exclui, necessariamente, o atendimento de interesses privados”.⁸⁶⁹ A aceitação *in abstracto* e *a priori* de um princípio de supremacia do interesse público em detrimento dos direitos individuais produz a negação da sua própria natureza principiológica, “inviabilizando um juízo de ponderação a partir da situação concreta”.⁸⁷⁰

Importa, pois, reconhecer a possibilidade de convivência coordenada e harmônica entre os variados tipos de interesses públicos e privados, a partir de um vínculo de compatibilização recíproca. A ideia de uma suposta “supremacia do interesse público” perde espaço em face da “afirmação da supremacia dos direitos fundamentais”.⁸⁷¹ Realizar o interesse público, assim, liga-se à ideia de concretizar os direitos e garantias constitucionalmente consagrados.

⁸⁶⁶ FERRARA, Rosario. La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla “specialità” amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia? *Diritto amministrativo*: rivista trimestrale, anno V, fascicolo 2, p. 264, Giuffrè editore: Milano, 1997, tradução nossa.

⁸⁶⁷ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I, p. 70-71.

⁸⁶⁸ BENVENUTI, Feliciano. Per un diritto amministrativo paritario. In: *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*. Padova: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975, p. 810-811, tradução nossa.

⁸⁶⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 509.

⁸⁷⁰ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 39.

⁸⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 236-238.

A definição do interesse público não se encontra ao “inteiro arbítrio do administrador” – como outrora poderia ocorrer antes da constitucionalização do direito administrativo –, mas depende de “juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados”. A aferição do conceito de interesse público ocorre “à luz de circunstâncias concretas”, sendo possível que, muitas vezes, a promoção do interesse público “consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na maior medida possível”.⁸⁷²

É por isso que o interesse público, ao deixar de ser “considerado *a priori* como álibi inexpugnável”, adquire densidade no momento da sua aplicação *in concreto*.⁸⁷³ O interesse público, ao se manifestar no procedimento e na motivação, aparece como um fato jurídico objetivado (*fatto giuridico oggettivato*) cuja aferição no caso concreto revela o fim da ação administrativa (*fine dell’azione amministrativa*).⁸⁷⁴

Na classificação de Carlos Ari Sundfeld, o interesse público que prevalece no choque com outros bens (“interesse simples”) é denominado de “interesse público em sentido forte” – em cotejo com o “interesse público em sentido mínimo”, entendido como aquele que o Direito atribui abstratamente como dever de tutela do Estado.⁸⁷⁵

No âmbito de um Estado democrático e pluriclasse, o qual se mostra contraposto a um Estado monoclasse ou biclasse, cabe à administração pública “se pluralizar para atender, mais direta e significativamente, os vários setores de interesses transindividuais que vão emergindo e reclamando disciplina jurídica”.⁸⁷⁶ A heterogeneidade dos direitos previstos na ordem constitucional requer que o direito

⁸⁷² BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 749, 774-775.

⁸⁷³ PIRES, Maria Coeli Simões. A Revisão Paradigmática do Estado e do Direito: um Exercício em Prol da Democratização do Sistema Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 128.

⁸⁷⁴ CIOFFI, Alessandro. L’interesse pubblico nell’azione amministrativa. *Diritto amministrativo*: rivista trimestrale, anno XXIII, fascicolo 4, p. 824, Giuffrè editore: Milano, 2015, tradução nossa.

⁸⁷⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse Público em Sentido Mínimo e em Sentido Forte: o Problema da Vigilância Epidemiológica Frente aos Direitos Constitucionais. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 31-32.

⁸⁷⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 558.

administrativo tutele e afirme a existência de uma “pluralidade de interesses” tutelados juridicamente e “igualmente considerados como públicos”.⁸⁷⁷

Com o mesmo entendimento, Rafael Schwind e Marina Kukiela frisam que o “caráter multifacetado do Estado e da Administração Pública” é decorrência da “existência de uma multiplicidade de interesses públicos legítimos”. Isso faz com que não exista “apenas um único interesse público legítimo, eventualmente oponível aos interesses privados”, mas, diversamente, é possível vislumbrar “uma fragmentação de interesses (públicos) no interior do Estado”.⁸⁷⁸

Essa constatação permite que a multiplicidade de interesses públicos seja realizada tanto pelo Estado como pela própria sociedade civil, tendo em vista que “é cada vez mais evidente a existência de interesses públicos não estatais”.⁸⁷⁹ Dito de outro modo, reconhece-se a existência de um “espaço público não-estatal”⁸⁸⁰ (ou “setor público não-estatal”),⁸⁸¹ isto é, a possibilidade de que uma gama de interesses públicos heterogêneos também seja concretizada por meio de uma atuação colaborativa de organizações da sociedade civil.

Maria Coeli Simões Pires aponta que, no ideário do Estado Democrático de Direito, o “domínio público perde a equivalência com o domínio estatal”, na proporção em que a sociedade assume o papel de interlocutora necessária no processo de definição e realização do interesse público. A contraposição simplória entre o campo público e a esfera privada é neutralizada perante um sistema jurídico eminentemente plural, flexível, heterogêneo e aberto à consensualidade.

Nesse cenário, a multiplicidade de interesses visualizáveis no seio social escapa à dualidade rígida entre o público e o privado, “impondo o alargamento da esfera pública para além da estatal e a apreensão do privado sem o estigma do egoísmo”. A antiga separação entre os campos público e privado é substituída por um vínculo de

⁸⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 145.

⁸⁷⁸ SCHWIND, Rafael Wallbach; KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da Administração Pública: comentários ao artigo 174 do novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 331.

⁸⁷⁹ DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 226.

⁸⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 33.

⁸⁸¹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 227-233.

complementariedade, dentro de uma “lógica de interdependência em permanente tensão”. A redefinição do papel do Direito e a revisão paradigmática da administração pública tornam ultrapassada a dicotomia antagônica Estado *vs.* sociedade.⁸⁸²

Também Dinorá Adelaide Musetti Grotti observa que o atual “momento consenso-negociação entre poder público e particulares” é relevante para permitir a identificação e definição de interesses tanto públicos como privados que podem ser tutelados pela Administração Pública. De acordo com a autora, o “refluxo da imperatividade” e a “redução da imposição unilateral e autoritária de decisões” propiciam a “ascensão da consensualidade” e a consequente valorização da “participação dos administrados quanto à formação da conduta administrativa”.

A fixação e realização dos interesses públicos “deixa de ser monopólio do Estado, para prolongar-se num espaço do público não-estatal”. Entrementes, a Administração Pública “passa a assumir o papel de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração”, de maneira a abrir as oportunidades de “colaboração dos indivíduos”.⁸⁸³

Os agentes públicos não são os únicos que desempenham funções em prol da materialização de diferentes tipos de interesses de caráter público. Também os cidadãos, preferencialmente organizados em grupos, executam tarefas visando à concretização de finalidades de cunho social e à “realização de interesses transindividuais juridicamente relevantes”,⁸⁸⁴ as quais beneficiam um conjunto determinado de pessoas, ou a coletividade indeterminada ou o próprio Estado entendido como pessoa jurídica.

O foco de atuação da administração pública se concentra nas suas funções (*funzioni*) e atividades (*attività*), e não mais nos seus sujeitos (agentes, órgãos, pessoas, entes e entidades públicos e estatais).⁸⁸⁵ A ocorrência da denominada “dessubjetivação” (*desoggettivazione*) da administração pública, com a consequente instituição do modelo

⁸⁸² PIRES, Maria Coeli Simões. A Revisão Paradigmática do Estado e do Direito: um Exercício em Prol da Democratização do Sistema Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 128, 149.

⁸⁸³ MUSETTI GROTTI, Dinorá Adelaide. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 648.

⁸⁸⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 558.

⁸⁸⁵ CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. Sesta edizione, Milano: Garzanti Editore, 2000, p. 47-48, tradução nossa.

de “administração objetivada” (*modello della ‘amministrazione obiettivata’*),⁸⁸⁶ acarreta a perda da conotação subjetivista (*connotazione soggettivistica*) e a atribuição de um sentido objetivo-funcional (*senso oggettivo-funzionale*) à atividade administrativa.⁸⁸⁷

Como resultado, constata-se a prevalência da “função (aspecto objetivo-funcional)” em detrimento da “organização estatal (aspecto subjetivo-organizacional)”, isto é, “a administração, como função, torna-se mais importante que a pessoa jurídica pública”. Com isso, elimina-se a necessidade da “obrigatória intermediação estatal para atuação do interesse público”, tendo em vista que “a administração como atividade, como função, desliga-se do Estado” e “não é mais exclusividade do aparelho estatal”.⁸⁸⁸

O fenômeno administrativo se torna independente do Estado,⁸⁸⁹ de forma que “a atividade de busca da realização do interesse público pode ser encontrada fora da estrutura estatal”.⁸⁹⁰ Considerando que o “Estado não mais detém o monopólio do interesse público”,⁸⁹¹ abre-se amplo espaço para a participação da sociedade civil na realização dos múltiplos interesses públicos presentes no seio da comunidade.

Acresce-se a esse contexto o fato de que, a partir da reformulação da teoria da tripartição dos poderes públicos,⁸⁹² a função administrativa se desliga da sua antiga titularidade exclusiva do Poder Executivo. Com isso, opera-se a diferenciação entre governo e administração, de modo a produzir o rompimento do elo necessário entre administração pública e Estado.⁸⁹³ A consequência é que a definição de função administrativa se torna mais livre, ampla e informal, passando a englobar o cuidado (tutela) concreta de interesses públicos (*cura concreta di interessi pubblici*).⁸⁹⁴

⁸⁸⁶ ALLEGRETTI, Umberto. *Amministrazione pubblica e costituzione*. Padova: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 108-111, tradução nossa.

⁸⁸⁷ PASTORI, Giorgio. Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione. In: *Scritti in onore di Pietro Virga*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994. Tomo II, p. 1308, tradução nossa.

⁸⁸⁸ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de rejeição à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 171-172.

⁸⁸⁹ CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. Sesta edizione, Milano: Garzanti Editore, 2000, p. 50, tradução nossa.

⁸⁹⁰ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de rejeição à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 172.

⁸⁹¹ DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 226.

⁸⁹² CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. Sesta edizione, Milano: Garzanti Editore, 2000, p. 44-45, tradução nossa.

⁸⁹³ CASSESE, Sabino. Le basi costituzionali. In: *Trattato di diritto amministrativo: diritto amministrativo generale*. (a cura di Sabino Cassese). Seconda edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. Tomo primo, p. 179, tradução nossa.

⁸⁹⁴ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Terza edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. v. primo, p. 75, tradução nossa.

Na verdade, o Estado democrático e pluriclasse (*Stato pluriclasse*), ao possibilitar que todas as classes sociais sejam representadas no parlamento, resulta no fato de que todo e qualquer interesse é suscetível de se transformar em uma manifestação de interesse público. O choque entre esses vários interesses públicos reclama atuação na arena estatal, de maneira que os conflitos sociais (*conflitti sociali*) se convertem em conflitos públicos (*conflitti pubblici*).⁸⁹⁵

Nessa perspectiva, é possível dizer que há uma multiplicidade de categorias de interesses públicos, tais como aqueles pertinentes à generalidade das pessoas (*generalì*) ou aqueles concernentes a setores da sociedade (*settoriali*). Os interesses públicos podem ser globais (*globali*) ou pontuais (*puntuali*), sendo incabível identificar o interesse público apenas como aquele objetivamente próprio da generalidade das pessoas (*oggettivamente proprio dela generalità*).⁸⁹⁶

Enfim, como bem afirma Ottaviano Vittorio, cabe à administração pública a tutela de vários interesses públicos (*vari interessi pubblici*) que entre si confrontam e interagem. Não existe um único interesse público. A definição da existência e do tipo específico de interesse público a ser protegido ou perseguido não ocorre *in abstracto* e *a priori*, justamente porque o interesse público a prevalecer é o resultado do confronto dos vários interesses públicos aferidos no caso concreto.⁸⁹⁷

Não se nega, portanto, a existência de interesses públicos – e nem do caráter indisponível geralmente atribuído aos bens públicos. Diversamente, a crítica se dirige tanto à suposta previsão de um *único* interesse público (conceito unitário e inflexível), como também ao caráter de supremacia necessária, absoluta, *a priori* e *in abstracto* do interesse público (conceitualmente indeterminado) sobre os interesses particulares.

Em uma democracia constitucional, é cabível afirmar que inexiste uma única espécie de interesse público contraposto ao interesse privado, de natureza suprema e indisponível, a qual é tutelada e perseguida exclusivamente pelo Estado. O atual estágio de evolução do direito administrativo permite reconhecer a presença simultânea de inúmeros interesses públicos aferíveis *in concreto*, disponíveis ou indisponíveis, cuja

⁸⁹⁵ CASSESE, Sabino. Fortuna e decadenza della nozione di Stato. *In: Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. v. I, p. 100-101, tradução nossa.

⁸⁹⁶ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Terza edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. v. primo, p. 113-115, tradução nossa.

⁸⁹⁷ OTTAVIANO, Vittorio. Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico. *In: Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. v. secondo, p. 385, tradução nossa.

realização requer a atuação integrada dos órgãos, entes e entidades públicos, em conjunto com a sociedade civil organizada e os particulares.

5.4.4 A desconstrução dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público como entraves à transigibilidade administrativa⁸⁹⁸

A compreensão de que há uma multiplicidade de interesses públicos heterogêneos implica a desconstrução de outro pilar clássico do direito administrativo, qual seja: a afirmação de que há um *único* interesse público sempre e invariavelmente *indisponível*. De maneira semelhante, a percepção de que o interesse público se revela no caso concreto, de forma específica e objetiva, e que pode inclusive ceder espaço para a prevalência de interesses privados, acarreta igualmente a objeção ao tradicional dogma da *supremacia* absoluta e incondicional do interesse público em face do particular.

Conforme destaca Umberto Allegretti, a pluralidade típica das sociedades contemporâneas é incompatível com a ideia de que os fins públicos são homogêneos, tendo em vista as inúmeras articulações entre os vários interesses públicos de caráter plúrimo.⁸⁹⁹ A afirmação da onipresença de um interesse público unitário, cuja indisponibilidade e supremacia são visualizáveis abstrata e aprioristicamente, denota uma concepção que hoje não mais encontra base de sustentação, especialmente diante da diversidade de interesses públicos verificáveis *in concreto*.

A aceitação dessa variabilidade de interesses públicos ocasiona uma completa reformulação teórica e prática no que tange às consequências advindas das noções de indisponibilidade e de supremacia dos interesses públicos. Nessa ótica, a admissão da existência de diferentes interesses públicos é essencial para possibilitar que eles sejam objeto de negociação, transação, composição ou acertamento consensual por um método diferente do processo judicial.

É cabível afirmar, na linha do ensinamento de Sabino Cassese, que os poderes públicos (*poteri pubblici*) se transformaram em arenas (*arenas*) de manifestação

⁸⁹⁸ O presente tópico aborda apenas o aspecto da *transigibilidade* administrativa – isto é, o emprego de técnicas de solução de conflitos com base na transação –, tendo em vista que o capítulo se destina ao estudo do modelo de Administração Pública *consensual*. Todavia, também é cabível sustentar a desconstrução dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público como (supostos) entraves ao emprego de outra técnica adequada de solução de conflitos pela Administração Pública, qual seja, a arbitragem – a qual, por ser um método heterocompositivo de solução de conflitos, será objeto de análise em tópico próprio (tópico 6.2.2.1), no capítulo referente à formulação da hipótese (capítulo 6).

⁸⁹⁹ ALLEGRETTI, Umberto. *Amministrazione pubblica e costituzione*. Padova: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 21, tradução nossa.

de variados tipos de interesses em conflito, tanto os de caráter público como privado.⁹⁰⁰ Nesse sentido, Érico Andrade destaca que o Estado democrático e pluriclasse, ao se apresentar como “uma espécie de arena de combate entre os vários interesses públicos”, requer que a harmonização entre eles se baseie na “técnica da consensualidade”, de maneira que “a linha negocial” prepondere em detrimento da via “autoritária” do “poder de império”.⁹⁰¹

Sob esse ângulo, importa ressaltar que alguns tipos de direitos defendidos e tutelados pela Administração Pública permitem, de fato, um acertamento de natureza autocompositiva, inclusive na esfera extrajudicial. A conclusão de que a Administração Pública também pode celebrar acordos, como uma das técnicas de solução de suas disputas, supera a concepção clássica segundo a qual o princípio da indisponibilidade do interesse público representa (supostamente) um obstáculo intransponível para a adoção da consensualidade no âmbito da administração pública.

Aliás, defender o contrário seria, no mínimo, paradoxal. Ora, se a Administração Pública – e isso não se discute – pode amplamente criar e assumir faculdades e obrigações por meio de contratos administrativos de natureza consensual celebrados fora do Judiciário, é incongruente sustentar que o acertamento dos conflitos desses mesmos direitos e deveres não possa ocorrer mediante o emprego de técnicas autocompositivas extrajudiciais (v.g., mediação ou conciliação) ou heterocompositivas privadas (v.g., arbitragem).

De fato, na medida em que é possível a criação e assunção de direitos e deveres na esfera extrajudicial e unicamente com base no consenso, parece óbvio que a solução de eventuais controvérsias daí decorrentes também possa ocorrer na instância extrajudicial e igualmente com fundamento na consensualidade. Como a Administração Pública pode estabelecer, por meio de contratos administrativos, inúmeras obrigações, proibições, deveres, direitos e faculdades, apresenta-se como uma decorrência lógico-jurídica que ela também pode, por meio de contrato, dispor sobre a forma de resolução de eventuais conflitos (v.g., mediante a celebração de convenção de arbitragem).

Não por outro motivo, Marçal Justen Filho aduz que “o argumento de que a arbitragem nos contratos administrativos é inadmissível porque o interesse público é indisponível conduz a um impasse insuperável”. Isso porque, segundo resalta o autor,

⁹⁰⁰ CASSESE, Sabino. *Fortuna e decadenza della nozione di Stato*. In: *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. v. I, p. 101, tradução nossa.

⁹⁰¹ ANDRADE, Érico. *O Mandado de Segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 206.

caso se considere que a indisponibilidade do interesse público é suficiente para impedir a utilização da via arbitral, “então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa”.

Em outras palavras, a mesma “disponibilidade” que o Estado emprega para “criar direitos e obrigações por via consensual” é cabível para estipular o acesso à via arbitral, sendo certo que “todas as questões que comportam disciplina por via contratual também admitem a instituição da arbitragem”. Considerando que a arbitragem retrata uma “simples manifestação de cunho contratual”, o entendimento que proíbe a sua utilização pela Administração Pública padece de uma “contradição invencível”, uma vez que “conduziria a excluir a existência dos contratos administrativos”. Com isso, “seriam inválidas não apenas as cláusulas de arbitragem, mas também e igualmente todos os contratos administrativos”.

Portanto, da mesma maneira que “a Administração Pública não disporia de competência para criar a obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio consensual”. É improcedente, portanto, a linha de raciocínio segundo a qual os litígios envolvendo a Administração Pública e os particulares “apenas poderiam ser compostos por via da atuação do Poder Judiciário”.⁹⁰²

Aliás, como ressalta Onofre Alves Batista Júnior, o contrato administrativo, dentro do contexto de uma “administração pública mais democrática”, releva-se inclusive como um “mecanismo de prevenção e terminação de litígios”, além de uma “alternativa à atuação administrativa autoritária”. A “autonomia pública de contratar” propicia a celebração de “transações administrativas”, sem que isso corresponda a uma renúncia ao direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição.⁹⁰³

Realmente, é preciso diferenciar. A *indisponibilidade* do direito material definitivamente não se confunde com a indispensabilidade da *judicialização* da controvérsia sobre ele. Dito de outro modo, “a indisponibilidade do interesse público não representa a indisponibilidade do processo judicial”.⁹⁰⁴

⁹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 821-822.

⁹⁰³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária*, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 469-477, 521-526.

⁹⁰⁴ RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 368.

Sobre essa temática, Elton Venturi critica os “dois *tabus* criados em torno da misteriosa figura dos direitos indisponíveis”, quais sejam: “a sua *inegociabilidade* e a *exclusividade da solução puramente adjudicatória do Estado a respeito dos conflitos que os envolvem*”.

De acordo com o entendimento tradicional, apenas as disputas sobre *direitos patrimoniais disponíveis* podem ser dirimidas pela instância adjudicatória privada (v.g., arbitragem) ou por meio do emprego de técnicas autocompositivas (v.g., mediação e conciliação). Assim sendo, a “tarja do interesse público” e a sua correspondência com a indisponibilidade do direito material têm frustrado a adequada proteção jurídica, na medida em que impõem a necessidade da jurisdição estatal para a solução de toda e qualquer controvérsia envolvendo os direitos indisponíveis – ainda que esse método não se mostre como o mais adequado em face das particularidades do caso concreto.

Contudo, o autor reputa como indevida e inconsistente a “histórica aversão do sistema de justiça brasileiro à utilização de mecanismos extrajudiciais para a resolução consensual de conflitos envolvendo direitos considerados indisponíveis” – até porque o próprio sistema jurídico autoriza, por exemplo, a negociação sobre direitos difusos, tal qual ocorre quando o Ministério Público celebra termo de ajustamento de conduta para a recomposição de dano ao meio ambiente. É por isso incabível afirmar que a indisponibilidade do direito material, por si só, gera uma “*presunção de inegociabilidade*”.⁹⁰⁵

Isso quer dizer, de outro modo, que o simples fato de o direito material se caracterizar como indisponível não produz a conclusão instantânea de que a resolução de eventual controvérsia sobre ele deva ocorrer por meio de decisão heterônoma, a ser proferida na instância judicial por um terceiro imparcial. O argumento da indisponibilidade do direito material (ou do interesse público) – isto é, um aspecto relacionado à própria natureza do direito – não representa um entrave automático para o acertamento da relação de direito material no âmbito administrativo, inclusive com o emprego de técnicas consensuais.

Refuta-se, assim, o entendimento de Lucia Valle Figueiredo, no sentido de que os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público impedem que a Administração Pública possa abrir mão da possibilidade de provocar o Poder

⁹⁰⁵ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multipostas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 405 *et seq.*, destaques no original.

Judiciário. Segundo a autora, a Lei Federal n.º 9.307/1996, ao aludir aos direitos disponíveis, “não poderia servir para dirimir questões em que está envolvido o interesse público” primário e indisponível.

Dessa forma, a autora sustenta que a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição estatal (artigo 5º, XXXV, da Constituição) e as ações previstas constitucionalmente (tais como o mandado de segurança e a ação popular) impedem que o Poder Público resolva os seus conflitos fora da esfera jurisdicional estatal. Ademais, a vedação à interposição de recurso contra o mérito de sentença arbitral (artigo 18 da Lei Federal n.º 9.307/1996) produz, de acordo com essa linha doutrinária, um “franco desrespeito às regras constitucionais dos direitos e garantias individuais (art. 5º, incisos XXXV, LXIX, LXX e LXXIII)”.⁹⁰⁶

Ocorre que, conforme ensinamento de Eduardo Talamini, a indisponibilidade do direito material é diferente e não corresponde à “indisponibilidade da pretensão à tutela jurisdicional estatal”. Isso quer dizer que a impossibilidade de livre disposição, a irrenunciabilidade e a inalienabilidade de bens e direitos públicos – características próprias do “núcleo essencial” da indisponibilidade do interesse público – não justificam, por si só, o impedimento à eventual disponibilidade do “direito à proteção judiciária”.

Pode-se afirmar que vigora o “princípio geral da não-necessariedade da intervenção jurisdicional nas relações de direito público”. Melhor dizendo, os direitos e deveres atinentes à Administração Pública, por via de regra, “podem e devem ser cumpridos independentemente da instauração de um processo judicial”, na proporção em que “a ação judicial e a intervenção jurisdicional, em princípio, não são necessárias no âmbito das relações de direito público”.⁹⁰⁷ Dito de outro modo, a regra geral, também para a Administração Pública, é a “disponibilidade”, não na acepção de renúncia ao interesse público (ou ao direito material ou a um bem público), mas sim no sentido de “possibilidade de solução de conflitos sem a intervenção do juiz estatal”.⁹⁰⁸

⁹⁰⁶ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 101-102.

⁹⁰⁷ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 276-280.

⁹⁰⁸ TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 571-572.

Sendo assim, a natureza indisponível do direito material não é óbice para que seja possível *dispor da via judicial* para o seu acerto, se assim for mais apropriado diante das circunstâncias particulares do caso concreto. O método adjudicatório estatal pode ser “disponível” pela Administração Pública, caso a instância extrajudiciária se mostre, motivadamente, como a mais *adequada* para aquela situação específica. Abrir mão (*dispor*) do Judiciário para resolver determinado conflito envolvendo o Estado não entra em choque com a eventual *indisponibilidade* do interesse público, e nem tampouco equivale a *dispor* (renunciar) do direito material, especialmente diante de um sistema jurídico que oferece *múltiplas portas* para a resolução de disputas.

Nessa perspectiva, também é extremamente relevante distinguir a *indisponibilidade* do direito material com a sua *intransigibilidade*,⁹⁰⁹ tendo em vista que “esta somente se afigura nas situações em que a lei expressamente veda a transação”⁹¹⁰ – tal qual ocorre na hipótese estatuída no artigo 17, §1º, da Lei Federal n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, o qual veda a transação, acordo ou conciliação nos processos de improbidade administrativa.⁹¹¹ A afirmação no sentido de que um direito é *indisponível* não implica proibir, de antemão, que ele possa ser objeto de *transação*, mesmo fora da instância judiciária estatal.⁹¹²

Nas palavras de Onofre Alves Batista Júnior, “o princípio da indisponibilidade do interesse público não retira a possibilidade de a Administração Pública transacionar”, quando “o ‘melhor interesse público possível’ apontar para a alternativa consensual”. Em outras palavras, na “ponderação entre interesses públicos (muitas vezes desalinhados) e interesses privados”, é possível inferir que “a Administração pode dispor de determinado interesse público para fazer prevalecer o

⁹⁰⁹ SOUZA, Luciane Moessa de. *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014, p. 63.

⁹¹⁰ FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o Novo Código de Processo Civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 239.

⁹¹¹ Sobre essa hipótese, há autores que entendem pela sua incompatibilidade com o atual ordenamento jurídico. Por todos, Lorena Miranda Santos Barreiros defende a revogação tática do §1º do artigo 17 da Lei Federal n.º 8.429/1992, em virtude do seu “histórico descompasso com a progressiva abertura do Direito Administrativo à consensualização” e das recentes alterações legislativas que autorizam a celebração de acordos inclusive em matéria penal e no âmbito do “microsistema de combate a atos lesivos à Administração Pública” (ou “microsistema de combate à corrupção”) (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 85-92).

⁹¹² SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução de conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito Administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 493.

atendimento otimizado do feixe de interesses públicos que cabe à máquina pública zelar” – mas “desde que exista lei que autorize a disposição ou procedimentos de ponderação” aferidos no caso concreto.⁹¹³

Com efeito, a “redefinição teórica do interesse público” no âmbito do Estado Democrático de Direito torna ultrapassada a concepção que trata o “dogma” da vinculação à indisponibilidade do interesse público como um suposto e “intransponível obstáculo à admissibilidade de qualquer negociação entre Poder Público e cidadãos em instância administrativa”. Pelo contrário, a evolução do direito administrativo corrobora que a noção atual de interesse público consubstancia, na verdade, um “aspecto essencial da administração pública por consenso”.⁹¹⁴

Flávio Luiz Yarshell registra que “o CPC/2015 se encarregou de limitar o campo da convenção entre as partes às controvérsias sobre direitos que comportem autocomposição – isto é, transação, renúncia ou submissão”. Nesse cenário, há uma clara tentativa legislativa de “distinguir os conceitos de indisponibilidade, de um lado, e de possibilidade de transação, de outro”. Essa diferenciação conceitual é importante para atribuir uma “eventual margem para autocomposição” também no que se refere aos direitos indisponíveis.⁹¹⁵

O vigente CPC não estabelece que o caráter de indisponibilidade do direito material configura um impedimento para o emprego de meios consensuais de solução de conflitos. Diversamente, a possibilidade de conciliação e de mediação é amplamente aceita tanto para direitos disponíveis como indisponíveis, desde que eles admitam autocomposição.

O artigo 334, §4º, II, do CPC prevê que não haverá a realização de audiência de conciliação ou de mediação “quando não se admitir a autocomposição” – sem fazer qualquer menção ao caráter de indisponibilidade do direito. Já o artigo 3º da Lei Federal n.º 13.140/2015 dispõe que “Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”.

⁹¹³ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 509-510.

⁹¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 324-325.

⁹¹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 69.

De maneira análoga, o artigo 190 do CPC autoriza a celebração de negócios jurídicos processuais – isto é, a estipulação de mudanças no procedimento por convenção entre as partes para o fim de ajustá-lo às especificidades da causa – quando o processo versar “sobre direitos que admitam autocomposição” – novamente sem alusão ao caráter disponível ou indisponível do direito.

Essas disposições legais ensejam a conclusão de que a codificação processual optou, com acerto, pela ideia de que os “direitos que admitem a autocomposição” consistem em um conceito mais amplo em comparação com os “direitos indisponíveis”.⁹¹⁶ Em outras palavras, a interlocução “direitos que admitem autocomposição”, em virtude de sua maior abrangência, compreende em seu conceito tanto os “direitos disponíveis” como os “direitos indisponíveis”.

Na verdade, o conceito de “indisponibilidade” é juridicamente indeterminado e não há, dentre os doutrinadores e a jurisprudência brasileira, qualquer consenso quanto à sua definição. A inexistência de critérios uniformes não permite a formulação de uma classificação que, com segurança e sem divergências conceituais, diferencie os direitos disponíveis e indisponíveis.⁹¹⁷

Eduardo Talamini e Diego Franzoni, por exemplo, ensinam que o conceito de indisponibilidade “comporta, entre vários, dois significados relevantes e inconfundíveis”, a saber:

a) a “‘indisponibilidade’ como impossibilidade de renúncia ao direito material”, a qual ocorre “quando o seu titular não puder abdicá-lo como e quando bem entender” – essa situação constitui a regra geral aplicável às relações jurídico-administrativas;

b) a “‘indisponibilidade’ como impossibilidade de submissão espontânea à razão alheia”, a qual denota “a impossibilidade de o sujeito, constatando que não detém razão em determinado conflito, curvar-se à pretensão alheia que é fundada, procedente” – essa situação não constitui a regra geral aplicável às relações jurídico-administrativas.

Nessa segunda acepção, a “indisponibilidade” também é encarada como “indisponibilidade da intervenção judicial” (ou “necessariedade da intervenção judicial”), na medida em que “proíbe-se o próprio reconhecimento espontâneo e

⁹¹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 295-297.

⁹¹⁷ GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 249.

extrajudicial de que não se tem razão e impõe-se como necessário e imprescindível o concurso da jurisdição estatal: apenas a essa caberá dizer quem tem razão”.⁹¹⁸

Por seu turno, Antonio do Passo Cabral compila diversas situações jurídicas as quais a noção de (in)disponibilidade é usualmente associada, tais como: o interesse público; a patrimonialidade; a liberdade de disposição exclusiva de direitos; a renunciabilidade; a inalienabilidade; a transmissibilidade; a intransigibilidade; a impossibilidade de limitação; ou a possibilidade de reconhecimento espontâneo da procedência do direito no caso de conflito.⁹¹⁹

É bastante comum que a indisponibilidade do interesse público seja relacionada ao seu caráter de disposição ou renúncia patrimonial, isto é, a possibilidade ou não de o Estado “dispor livremente de seu patrimônio”.⁹²⁰ Nesse significado, não há dúvidas de que vigora a regra geral da irrenunciabilidade dos bens públicos pelos agentes estatais.

Todavia, isso nada tem a ver com a admissão da autocomposição, na medida em que “não se pode confundir a *indisponibilidade do interesse público* com a *disponibilidade de direitos patrimoniais* de titularidade do Estado”.⁹²¹ Com isso, torna-se possível o emprego de métodos consensuais para o fim de acerto de controvérsias sobre direitos atinentes à esfera da administração pública – geralmente os de cunho patrimonial ou econômico.

Realmente, não é possível equivaler, para fins de aferição do caráter de indisponibilidade, direitos meramente patrimoniais de crédito tributário ou concernentes a relações contratuais administrativas com, por exemplo, direitos fundamentais ou direitos difusos, ambos passíveis de proteção jurídica do Estado.⁹²² Por esse motivo, alguns autores sustentam a existência de uma gradação do nível de disponibilidade dos direitos tutelados pelo Poder Público.

⁹¹⁸ TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 569-570.

⁹¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 295 *et seq.*

⁹²⁰ GOMES, Frederico Augusto. Estabilização da tutela antecipada antecedente contra o Poder Público. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 289.

⁹²¹ CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 105.

⁹²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 822.

Antonio do Passo Cabral entende que “há graus de (in)disponibilidade” dos interesses públicos, o que permite a flexibilização das regras estabelecidas para o interesse público e a conseqüente possibilidade de “soluções negociadas”. Dessa maneira, é possível conceber “uma disponibilidade parcial dos interesses públicos”, a qual é suficiente para desfazer “a equivocada compreensão de que o interesse, por ser público, seria indisponível”.⁹²³

Já Diogo Moreira de Figueiredo Neto diferencia a disponibilidade em seus sentidos subjetivo e objetivo: a “disponibilidade subjetiva” se refere à “capacidade jurídica da pessoa de estatuir sobre seus bens e serviços”, enquanto a “disponibilidade objetiva” diz respeito à “própria negociabilidade”, ou seja, a situação de se encontrarem os bens e serviços “juridicamente livres para o mercado”.

O autor ressalta que, no caso dos interesses públicos, a lei determina a sua submissão aos princípios da supremacia e da indisponibilidade. O princípio da indisponibilidade do interesse público edifica a regra geral de “indisponibilidade absoluta” dos interesses públicos “referidos à sociedade como um todo”, os quais “não podem ser negociados senão pelas vias políticas de estrita previsão constitucional”.

Entretanto, é possível que, excepcionalmente, os interesses públicos se sujeitem a uma “indisponibilidade relativa”. Segundo o autor, essa excepcionalidade ocorre nas hipóteses dos interesses públicos “derivados”, isto é, quando o Estado atua “sob o regime privado” com a finalidade de obter bens e serviços junto ao mercado “sem recorrer à imperatividade”. Nesse caso, a atuação estatal envolve “relações patrimoniais” e, logo, “disponíveis na forma da lei” – o que, segundo o autor, explica a previsão do §1º do artigo 1º da Lei Federal n.º 9.307/1996, incluído pela Lei Federal n.º 13.129/2015, segundo a qual “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.⁹²⁴

Para Delton Meirelles e Fernando Miranda Netto, a “indisponibilidade do direito material público”, embora se ligue necessariamente ao aspecto da sua irrenunciabilidade, pode autorizar a transação sobre ele, a depender do grau de indisponibilidade, a saber: a) indisponibilidade absoluta, quando o direito é irrenunciável, insuscetível de transação e de persecução processual obrigatória; b) indisponibilidade relativa, quando o direito é irrenunciável, suscetível de transação, mas

⁹²³ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 156.

⁹²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 224-226.

de persecução processual obrigatória; c) indisponibilidade limitada, quando o direito é irrenunciável, suscetível de transação e de persecução processual facultativa.

Nesse sentido, os autores defendem que é possível a transação apenas nas situações de indisponibilidade relativa e de indisponibilidade limitada: no primeiro caso, a transação deve ocorrer no âmbito de um processo judicial, enquanto na segunda hipótese a transação pode ser celebrada na esfera administrativa. Já no campo da indisponibilidade absoluta, há impossibilidade de celebração de transação entre o Poder Público e o particular.⁹²⁵

Marçal Justen Filho adota posição mais contundente, e coloca em xeque a própria natureza de indisponibilidade absoluta atribuída ao interesse público. O autor reflete se, de fato, todos os direitos e interesses discutidos pelo Poder Público são sempre indisponíveis, ou se, na verdade, o Estado também tutela direitos disponíveis.

Embora ele reconheça a “existência de certos interesses indisponíveis” nas relações envolvendo a Administração Pública, isso não enseja a conclusão de que “todo e qualquer interesse titularizado pela Administração Pública em face de um particular seja necessariamente indisponível”. Dito de outro modo, “é incorreto afirmar que algum interesse, *por ser público*, é indisponível”. Pelo contrário, “a indisponibilidade não é consequência da natureza pública do interesse”, já que “o interesse é reconhecido como público *porque* é indisponível”, e não o inverso.⁹²⁶

Com linha de raciocínio semelhante, Cesar Augusto Guimarães Pereira afirma que “nem tudo o que se põe sob a cura da Administração é indisponível”. A indisponibilidade, na verdade, recai sobre os direitos fundamentais. Nesse sentido, a Administração Pública tutela direitos indisponíveis e disponíveis – esses últimos dotados de arbitrabilidade –, mas “não pode dispor da realização dos direitos fundamentais.”⁹²⁷

Por conseguinte, é possível a convivência de direitos disponíveis e indisponíveis no âmbito da administração pública. O entendimento que, de forma estanque e dicotômica, classifica os direitos públicos como indisponíveis e os direitos

⁹²⁵ MEIRELLES, Delton R. S.; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Meios alternativos de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. *Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, Universidade Estadual de Maringá. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 6395-6396.

⁹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 143-154, 822, destaques no original.

⁹²⁷ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 138.

privados como disponíveis se mostra como inadequada e simplória, “pois há interesses públicos disponíveis e interesses privados indisponíveis”.⁹²⁸

Ao mesmo tempo em que se faz claro que nem todo direito indisponível impede a celebração de transação sobre ele, é preciso consolidar a afirmação de que “há direitos envolvendo a Administração Pública que são passíveis de autocomposição”.⁹²⁹ Como “nem todas as pretensões ativas ou resistidas da Administração Pública constituem direitos indisponíveis”, é distorcida a visão segundo a qual os direitos tutelados pelo Poder Público “supostamente seriam impassíveis de resolução consensual”.⁹³⁰

Na atualidade, é pertinente aduzir que o direito administrativo ostenta um caráter de *instrumentalidade*, consistente no “dever de escolha do meio adequado” como premissa para a concretização da eficiência administrativa.⁹³¹ Na esteira do ensinamento de Marco Antonio Rodrigues, o processo judicial “é apenas mais um dos meios para se atingir o interesse público, sendo que muitas vezes não será o melhor mecanismo para tanto”. A definição do método mais apropriado para a solução do conflito requer avaliação “a partir das circunstâncias concretas e dos parâmetros objetivos delimitados por cada ente público”.⁹³²

Por conseguinte, a opção pela transação não significa, *per se*, desrespeito ao caráter indisponível do interesse público. Pelo contrário, a realização de concessões recíprocas pode se mostrar, no caso concreto, como a medida mais *adequada e efetiva* para a tutela da própria indisponibilidade do interesse público revelado *in concreto*.

A garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição) não atribui ao Judiciário um “monopólio” ou a competência exclusiva para o accertamento de relações de direito material que versem sobre direitos

⁹²⁸ GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 249.

⁹²⁹ FRANZONI, Diego; VOSGERAU, Isabella Moreira de Andrade. Negócios jurídicos processuais atípicos e a Administração Pública. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 268.

⁹³⁰ SCHWIND, Rafael Wallbach; KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da Administração Pública: comentários ao artigo 174 do novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 336.

⁹³¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 124.

⁹³² RODRIGUES, Marco Antonio. Prefácio ao CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 12.

públicos disponíveis ou indisponíveis.⁹³³ Considerando o estágio de evolução do sistema jurídico-processual, inexistem óbices para que direitos de toda espécie – disponíveis ou indisponíveis – sejam ajustados por intermédio do emprego de técnicas consensuais, e inclusive fora da esfera judiciária.

A propósito, o ordenamento processual incentiva a negociação entre as partes seja com referência ao direito material, seja no que tange ao procedimento. Se a indisponibilidade do direito material não impede a transação sobre ele, é com mais razão que não há óbices também para a negociação processual,⁹³⁴ inclusive quando envolva o Poder Público.⁹³⁵ Nas palavras de Marcelo de Oliveira Milagres, a “mera indisponibilidade do direito material, por si só, não afasta o acordo processual”.⁹³⁶

Dessa maneira, não há dúvidas de que “a Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”⁹³⁷ (ou convenção processual).⁹³⁸ Considerando os requisitos e limites típicos à celebração de quaisquer negócios jurídicos processuais, é possível inferir que a aplicação da cláusula geral de atipicidade dos negócios jurídicos processuais à Administração Pública não representa renúncia à indisponibilidade do direito e nem tampouco violação aos interesses públicos em discussão.⁹³⁹

⁹³³ GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 253-254.

⁹³⁴ RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 370-371. No mesmo sentido é o Enunciado n.º 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual” (Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018).

⁹³⁵ Sobre a negociação processual no âmbito da administração pública, cumpre mencionar também a edição da Portaria da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional n.º 360, de 13 de junho de 2018, a qual autoriza a celebração de “modalidades específicas de negócio jurídico processual” naquele órgão, inclusive a “fixação de calendário para a prática de atos processuais” (“calendarização processual”).

⁹³⁶ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Negócio processual e o compromisso de ajustamento de conduta pelo Ministério Público. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes (Org.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 211.

⁹³⁷ Enunciado n.º 256 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

⁹³⁸ Antonio do Passo Cabral entende que a convenção (ou acordo) processual é uma espécie de negócio jurídico processual plurilateral, por meio do qual “as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 49-51, 68).

⁹³⁹ FRANZONI, Diego; VOSGERAU, Isabella Moreira de Andrade. Negócios jurídicos processuais atípicos e a Administração Pública. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 265-267.

Nessa abordagem, Lorena Miranda Santos Barreiros também admite a possibilidade da ampla negociação processual pelo Estado, na proporção em que os “entes públicos são destinatários do regramento estatuído no artigo 190 do CPC/2015”. A autora enumera diversos fundamentos para subsidiar a possibilidade de negociação processual atípica envolvendo a Administração Pública, a saber:

a) o alto “grau de abertura alcançado pela consensualidade administrativa no Brasil”, o que foi capaz de tornar “o princípio do consenso ínsito ao Estado Democrático de Direito” e, por conseguinte, demandar a “construção de uma cultura consensual em lugar de uma cultura impositiva”;

b) a aceitação de um modelo de Administração Pública gerencial, o qual está pautado na “valorização da eficiência administrativa” e na “assunção, pelo Poder Público, de uma postura mais flexível, paritária e dialógica com o particular”;

c) A substituição do princípio da legalidade estrita pela noção de juridicidade administrativa, conduzindo ao “reconhecimento de que há outras fontes normativas capazes de imputar obrigações aos entes públicos, além da lei, inclusive fontes negociais”;

d) a constatação de que a negociação processual se baseia na “mesma linha de participação cidadã” encampada pelo movimento de consensualidade administrativa;

e) a previsão do estímulo ao uso do sistema multiportas de solução consensual de conflitos como política pública estatal, regulamentada no âmbito legislativo e judiciário;

f) a autorização legal para a Administração Pública empregar a arbitragem, a mediação e a conciliação como mecanismos de solução dos seus conflitos de interesses.⁹⁴⁰

Assim sendo, não há qualquer impedimento jurídico quanto à possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais pela Administração Pública.⁹⁴¹ O simples fato de a convenção processual ter sido firmada por ente público não gera a sua automática nulidade.

Isso quer dizer que a eventual invalidação de negócio jurídico processual firmado pelo Poder Público pode ocorrer no que se refere ao objeto convencionado, mas não sob o aspecto subjetivo da (inexistente) impossibilidade de a Administração Pública

⁹⁴⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 92-94.

⁹⁴¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 667-670.

firmar convenção processual. De maneira semelhante, os acordos e transações celebrados pelo Estado para fins de acertamento de direito material não são nulos por si só, apenas pela condição de terem sido ajustados pelo Poder Público.

Enfim, a diferenciação entre a *indisponibilidade* do interesse público e a possibilidade da sua *transigibilidade* é importante para delinear que a *natureza indisponível do direito material* não pode ser obstáculo automático à sua própria *negociação*. O caráter indisponível tem a ver com a característica do direito, e não propriamente com a forma de solução de um conflito no qual ele esteja em discussão.

Nessa linha, *dispor* da via judicial não equivale a *dispor* do direito material. De maneira semelhante, *transigir* para resolver um conflito, mesmo na esfera extrajudicial, não corresponde a renunciar ao caráter *indisponível* do direito em discussão, mormente se a autocomposição se mostrar como a via mais *adequada e efetiva* para a tutela da própria *indisponibilidade* do direito.

A defesa do interesse público indisponível pode ser instrumentalizada justamente por meio da disposição da jurisdição estatal e do consequente emprego da mediação, da conciliação ou de outro método “alternativo” que se mostre como o mais apropriado diante das particularidades do caso concreto – inclusive de natureza heterônoma, como a arbitragem.

Portanto, as conclusões a que se chegam são:

a) é equivocado aduzir que a Administração Pública está impedida de negociar ou transigir, em virtude dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público;

b) é errôneo asseverar que a indisponibilidade do direito material impede a celebração de acordo sobre ele;

c) é possível sustentar que a Administração Pública tutela direitos tanto disponíveis como indisponíveis;

d) é acertado afirmar que a Administração Pública pode utilizar técnicas consensuais ou autocompositivos de solução de conflitos, inclusive fora da instância judiciária, assim como optar pela via adjudicatória na esfera privada (arbitragem);

e) para o fim de autocomposição – e também de arbitabilidade – a indisponibilidade do interesse público não se liga ao aspecto da irrenunciabilidade do direito material, mas sim à possibilidade de dispor da via judicial heterônoma para o seu acertamento no caso de conflito sobre ele, caso assim se mostre mais adequado diante das particularidades do caso concreto.

5.5 A relação entre Administração Pública Consensual e Administração Pública Gerencial: a busca pela eficiência no contexto da consensualidade

Além da redefinição de pilares clássicos do direito administrativo como premissa para o emprego dos meios consensuais de solução de controvérsias no âmbito administrativo, a associação entre os diferentes modelos de *Administração Pública consensual* e *Administração Pública gerencial* também representa um avanço significativo em prol da consensualidade. A relação mútua entre a utilização dos métodos autocompositivos e a adoção das técnicas de gerenciamento dos processos judiciais se revela como um elemento essencial para a mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos envolvendo o Poder Público.

Com efeito, o adequado enfrentamento dos litígios envolvendo a Administração Pública requer a materialização de uma perspectiva *gerencial* de gestão pública. Um novo fator se agrega ao estímulo dos *alternative dispute resolution*, qual seja: a busca pela *eficiência* no gerenciamento dos processos judiciais pela Administração Pública, inclusive como medida administrativa de combate ao cenário de crise da justiça.

A ótica gerencial visa à “desburocratização” da gestão pública. Na medida em que o direito brasileiro consagra a *eficiência* como um dos princípios que rege a atividade administrativa, o modelo de Administração Pública gerencial visa à consecução das funções públicas de forma produtiva e eficaz.⁹⁴²

Nesse cenário, é importante examinar os vários modelos de gestão pública existentes, a fim de compreender qual deles melhor se adapta a um tratamento *eficiente* do passivo de processos judiciais nos quais a Administração Pública frequentemente está presente como litigante habitual.

No direito comparado, especificamente em Portugal, os modelos de gestão pública são divididos em *burocrático*, *gestionário* e *qualidade total*.

O *modelo burocrático* é definido como um arquétipo anacrônico de gestão pública, o qual se baseia na tomada de decisões por meio de expedientes e

⁹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 430; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 549.

procedimentos excessivamente formalistas. Nessa ótica, a necessidade de preenchimento de várias etapas formais para se alcançar um resultado, dentro de uma estrutura hierárquica demasiadamente rígida, é uma característica típica da burocracia. É por esse motivo que o modelo burocrático não se mostra como o mais adequado para atender “às exigências de celeridade e eficiência dos serviços prestados” e, conseqüentemente, para satisfazer “as necessidades dos cidadãos”.

Por seu turno, o *modelo gestor* é caracterizado pela “gestão profissional, pela fragmentação das unidades administrativas, pela competição, pela adoção dos modelos de gestão empresarial, pela clara definição dos padrões de performance, pela focalização nos resultados, e pela importância dada ao uso eficiente dos meios existentes”.⁹⁴³

Embora represente um avanço em comparação com o padrão burocrático, o modelo gestor apresentou falhas operacionais que dificultaram a sua completa estruturação, chegando a produzir, em alguns países, “um impacto adverso no sistema de gestão da Administração Pública e nos valores da governação e das políticas públicas”. Segundo Joaquim Esteves de Araújo, o excessivo enfoque nos resultados, a partir de uma perspectiva eminentemente empresarial, fez com que o modelo gestor implicasse substanciais alterações na “relação dos cidadãos com a Administração Pública, reduzindo-a a uma função de mercado no qual os funcionários assumem o papel de actores independentes, mais preocupados com a eficiência da gestão e com as questões financeiras do que com o interesse público”.⁹⁴⁴

Por sua vez, o *modelo da qualidade total*, visando a superar a ineficiência do modelo burocrático e a mitigar as bases de um modelo gestor de carácter preponderantemente empresarial, propõe uma “nova concepção de Administração Pública” pautada nos seguintes critérios: a) liderança, como fator fundamental na promoção da qualidade de uma organização; b) gestão das pessoas, com o objetivo de desenvolver e sustentar o potencial humano de forma eficiente e ética; c) definição clara da política e da estratégia organizacional; d) gestão das parcerias externas e dos recursos internos à organização; e e) aumento da eficiência dos procedimentos, de modo a

⁹⁴³ OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA. *A Administração e Gestão da Justiça*: Análise comparada das tendências de reforma. Direção científica de Boaventura de Sousa Santos; Coordenação de Conceição Gomes. Coimbra: Centro de Estudos Sociais do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2001, p. 9 *et seq.*

⁹⁴⁴ ESTEVES DE ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz. *Avaliação da Gestão Pública: A Administração Pós Burocrática*. A Coruña: Conferencia da Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2007, p. 7.

melhor satisfazer as necessidades dos usuários por meio do alcance de resultados condizentes com o nível de desempenho planejado.⁹⁴⁵

Com isso, o modelo da qualidade total adota, como princípios básicos, a liderança, a motivação dos funcionários, o desenvolvimento de uma cultura organizacional, a comunicação e a introdução de novas tecnologias. É nesse sentido que, em Portugal, o modelo da qualidade total é aquele considerado como o mais apropriado para aliar *eficiência administrativa* tanto na gestão organizacional como na administração dos recursos humanos.

Já no Brasil, os modelos de gestão pública podem ser genericamente classificados em *patrimonialista*, *burocrático* e *gerencial*.

Embora esses modelos não possam ser concebidos de forma apartada e estanque, como se houvesse um processo cronológico e sucessivo de ruptura e consequente substituição entre eles,⁹⁴⁶ o estudo desses tipos administrativos é importante para compreender as formas de “tentativas de implementação de um novo enfoque para a Administração Pública, no intuito de processar mudanças na ordem administrativa vigente”. Melhor dizendo, a análise desses modelos não ocorre sob o viés de rompimento, mas de “continuidade de um mesmo processo histórico no âmbito da Administração Pública brasileira”.⁹⁴⁷

Com essa visão, Odete Medauar entende que o processo contínuo de reformas administrativas ocorridas no Brasil é norteado pelas seguintes premissas: a) Administração eficiente, ágil, rápida, que funcione a serviço do público e para atender adequadamente às necessidades da população, inclusive a fim de facilitar o combate à corrupção; b) economicidade e eficiência nos resultados; c) predomínio da publicidade.

Por esses motivos, as reformas administrativas, independentemente da nomenclatura do modelo, devem desencadear as seguintes consequências: a) “modelos organizacionais com menos graus hierárquicos, menos chefias, mas cada qual com mais poder de decisão”; b) “desconcentração e descentralização, para conferir poder de decisão a escalões hierárquicos inferiores ou setores locais”; c) “eliminação de

⁹⁴⁵ OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA. *A Administração e Gestão da Justiça*: Análise comparada das tendências de reforma. Direção científica de Boaventura de Sousa Santos; Coordenação de Conceição Gomes. Coimbra: Centro de Estudos Sociais do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2001, p. 9 *et seq.*

⁹⁴⁶ LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. *Revista do Serviço Público*, ano 49, n. 2, p. 27, Brasília, abr./jun. 1998.

⁹⁴⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 172-173.

superposição de órgãos com atribuições semelhantes”; d) “redução drástica dos cargos em comissão”; e) “aplicação rigorosa da exigência de concurso público para investidura em cargo, função e emprego público”; f) “treinamento e reciclagem constante dos servidores públicos”; g) “instituição de carreiras, em todas as funções, com avaliação verdadeira de mérito”; h) “redução drástica de exigências de papéis e documentos inúteis”; i) “implantação de controle de resultados e de gestão”.⁹⁴⁸

Em linhas gerais, a *Administração Pública patrimonialista* é aquela em que o Estado funciona como uma extensão do poder absolutista de um soberano. Nessa perspectiva, não existe distinção entre a *res principis* e a *res publica*, razão pela qual tende a ocorrer um desarranjo entre o Estado, o mercado e a sociedade civil.

A Administração Pública de cunho patrimonialista está caracterizada pelo clientelismo e pela “confusão entre o patrimônio público e o privado, o que permite a proliferação do nepotismo e da corrupção”.⁹⁴⁹ O advento do Estado Democrático de Direito visa a suplantá-lo, definitivamente e ao menos em tese, as bases do modelo patrimonialista de organização administrativa.

Por sua vez, na *Administração Pública burocrática*⁹⁵⁰ há a adoção de princípios de profissionalização, de carreira, de hierarquia funcional, de impessoalidade, de formalismo e de poder racional-legal.⁹⁵¹ Todavia, esse modelo de administração se apresenta como “lento e ineficiente”, na medida em que se baseia “na ideologia do formalismo, no excesso de regulamentos, em padrões hierárquicos rígidos” e no controle dos processos, e não na fiscalização dos resultados da atividade administrativa.⁹⁵²

⁹⁴⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 44.

⁹⁴⁹ BRASIL. *A reforma do Estado no Brasil*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/MARE, 1998, p. 9.

⁹⁵⁰ Carlos Ari Sundfeld sustenta que o modelo burocrático é condizente com a ideia de um “direito administrativo do *clips*”, isto é, aquele no qual prepondera uma “Administração de papelaria, que age por autos e atos, trata direitos e deveres em papel, é estatista, desconfia dos privados, despreza a relação tempo, custos e resultados, não assume prioridades” e, por esses motivos, “nasceu com e para a burocracia” como forma de “substituição do poder personalista, patrimonial” (SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os *clips* e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 89).

⁹⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 428.

⁹⁵² MOREIRA, João Batista Gomes. A nova concepção do princípio da legalidade no controle da Administração Pública. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 68-69.

No modelo burocrático, os mecanismos administrativos de controle da corrupção e do nepotismo são exercidos *a priori*, pois não há um vínculo de confiança prévia entre os administradores públicos e os cidadãos. As ferramentas de fiscalização dos processos administrativos são necessariamente rígidas, tendo em vista que vigora uma “desconfiança essencial nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas”.⁹⁵³

Com isso, a garantia do poder estatal se converte na própria essência de atuação do funcionário público, e o Estado, antes de servir à sociedade, volta-se para si próprio e para o controle interno. Por via de consequência, a Administração Pública burocrática se revela inflexível e ineficiente para atender satisfatoriamente às pretensões e direitos dos cidadãos.

Já a *Administração Pública gerencial*⁹⁵⁴ representa uma contraposição aos modelos patrimonialista e burocrático, e está fundada na premissa da busca da *eficiência administrativa* por meio da concretização dos princípios do Estado Democrático de Direito. Trata-se de um modelo de Administração Pública que visa a combater a “ideologia do formalismo e do rigor técnico da burocracia tradicional”⁹⁵⁵ e que, para tanto, está pautado na necessidade de redefinição do papel do Estado na sociedade e na superação da ideia de que a esfera pública se esgota no plano estatal.⁹⁵⁶

A sua origem remonta ao Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, também conhecido como Reforma Administrativa gerencial, aprovado pela Presidência da República no ano de 1995 como consequência do processo de redemocratização do país àquela época.⁹⁵⁷ A continuidade do seu processo de tentativa de implementação

⁹⁵³ BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/MARE, 1995, p. 10 *et seq.*

⁹⁵⁴ Em contraposição do “direito administrativo do *clips*”, Carlos Ari Sunfeld entende que o modelo gerencial é consonante com a ideia de um “direito administrativo dos negócios”, ou seja, aquele focado em conquista de resultados, fixação de prioridades, gerenciamento de escassez de tempo e de recursos, eliminação de custos, maior informalidade nos procedimentos, busca pela eficiência, celebração de acordos, realização de parcerias com o setor privado, dentre outros fatores (SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os *clips* e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 89-90).

⁹⁵⁵ BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/MARE, 1995, p. 17.

⁹⁵⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7. ed., Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 237 *et seq.*

⁹⁵⁷ Maria Tereza Fonseca Dias explica que, além da chamada “Reforma Administrativa gerencial”, também ocorreram outros dois movimentos reformadores importantes no Brasil, quais sejam: a) a Reforma Administrativa da Era Vargas, implementada após a Revolução de 1930 e a ascensão de Getúlio

ocorreu por meio de reformas da Constituição, como, por exemplo, mediante a edição das Emendas Constitucionais n.º 19 e 20, de 1998.

Precedido de um programa de desburocratização da atividade administrativa, o modelo de Administração Pública gerencial objetiva, ao menos teoricamente, “melhorar o relacionamento da Administração com seus usuários mediante a garantia de qualidade no seu atendimento, partindo da premissa de que ‘serviço público é servir ao público’”. Na ideia gerencial de Administração Pública, verifica-se uma finalidade central de “permitir a melhoria da qualidade da participação do cidadão nas atividades do Estado”.⁹⁵⁸

De acordo com o referido Plano Diretor, “Estado e sociedade formam, numa democracia, um todo indivisível”. Para tanto, cabe ao Estado exercer o seu poder de acordo com a “legitimidade que lhe outorga a cidadania, via processo eleitoral”, enquanto à sociedade compete manifestar os “seus anseios e demandas por canais formais ou informais de contacto com as autoridades constituídas”.

Sendo assim, apenas “pelo diálogo democrático entre o Estado e a sociedade que se definem as prioridades a que o Governo deve ater-se para a construção de um país mais próspero e justo”.⁹⁵⁹ O modelo de Administração Pública gerencial, pois, busca aproximar o cidadão da atividade administrativa.

Dentre os princípios do modelo gerencial de Administração Pública, pode-se destacar: a) a admissão e ascensão de pessoal segundo critérios meritórios; b) a existência de um sistema estruturado de carreiras e de remuneração; c) a avaliação constante de desempenho; e d) o treinamento sistemático dos servidores públicos.

O modelo de Administração Pública Gerencial adota os postulados da chamada “nova gestão pública” (*new public management*),⁹⁶⁰ por meio da qual as organizações públicas são gerenciadas com o objetivo de aumento da performance, incremento da eficiência, melhoramento da qualidade no atendimento às demandas por

Vargas à Presidência do Poder Executivo; b) a Reforma Administrativa do Decreto-Lei n.º 200/1967, instituída depois do Golpe Militar de 1964. Todavia, em virtude dos objetivos desta tese, essas reformas administrativas não serão objeto de estudo, ainda que mereçam registro (DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 167-196).

⁹⁵⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 198-205.

⁹⁵⁹ BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/MARE, 1995, p. 9.

⁹⁶⁰ DENHARDT, Robert B. *Teorias da administração pública*. Tradução da 6ª edição norte-americana de Francisco G. Heidemann. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 197-202.

serviços públicos, supressão de excesso de padronização e eliminação de lentidão dos mecanismos de atuação.⁹⁶¹ Para tanto, a ideia do *gerencialismo* visa a “aplicar técnicas de organização e gestão empresariais privadas à Administração Pública”.⁹⁶²

Conforme leciona Fábio Medina Osório, a ideia da “Nova Gestão Pública” (ou “Nova Gerência Pública”) visa à implementação de um setor público mais qualificado, mormente em termos de eficiência, eficácia e rapidez na prestação das atividades administrativas. Trata-se de uma “visão mais econômica e gerencial da Administração Pública”, por meio da qual há o controle dos resultados e do desempenho do agir público atrelado à noção de “ética institucional”.⁹⁶³

Nessa linha, o controle da administração pública em face da sociedade civil deixa de se basear em procedimentos e formalidades constatados *a priori*, para se concentrar nos efeitos e resultados obtidos *a posteriori*. O modelo gerencial de administração pública é baseado no “controle dos resultados” da atividade administrativa (e não unicamente dos procedimentos), a fim de que haja uma difusão dos “princípios de confiança e descentralização da decisão” por meio de “formas flexíveis de gestão, horizontalização de estruturas, descentralização de funções, incentivos à criatividade”.⁹⁶⁴

Na Administração Pública gerencial, a estratégia de atuação do Poder Público se direciona para a definição precisa dos objetivos que o gestor público deve atingir, para a garantia da sua autonomia na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros, bem como para a fiscalização ou monitoramento posterior dos resultados. Ademais, pratica-se um nível adequado de competição no interior do próprio Estado, diante da possibilidade de estabelecimento de concorrência entre unidades organizacionais internas.

Também a descentralização na realização das tarefas e a atenuação da hierarquia são relevantes. O modelo gerencial abre as suas portas para a ampliação do

⁹⁶¹ COELHO, Daniela Mello. *Administração pública gerencial e direito administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 131.

⁹⁶² BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 745.

⁹⁶³ OSÓRIO, Fábio Medina. Novos Rumos da Gestão Pública Brasileira: dificuldades teóricas ou operacionais? In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). *Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 283, 289-291.

⁹⁶⁴ BRASIL. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/MARE, 1995, p. 7, 17.

âmbito de participação ativa da sociedade civil organizada na gestão dos interesses públicos. Não há espaço para formalismos excessivos e rigores típicos de um sistema estatal burocrático.

Simultaneamente, a atividade administrativa se reinventa e, em certa medida, adota premissas do empreendedorismo privado para se transformar em um governo competitivo e catalisador de oportunidades, gestor eficiente de receitas e despesas, e orientado pela busca de resultados⁹⁶⁵ – a qual, todavia, não se direciona apenas a partir de uma perspectiva estritamente empresarial de busca de lucros.

As figuras do “gestor público” e do “administrador público” não são vistas como sinônimas, na proporção em que gerir é conceito mais amplo do que administrar. O surgimento e a difusão dos gestores públicos se inserem em uma “nova mentalidade” de realidade administrativa, na qual há a atribuição de “novos papéis e inéditas posições funcionais” àqueles agentes envolvidos no gerenciamento da atividade pública.⁹⁶⁶

Resumidamente, a Administração Pública gerencial é delineada pelas seguintes características: a) descentralização política, com a transferência de recursos e atribuições para os níveis regionais e locais; b) descentralização administrativa, por meio de delegação de tarefas a agentes públicos autônomos; c) formatação de organizações com poucos níveis hierárquicos, e não piramidais; d) pressuposto da confiança limitada, e não da desconfiança total; e) controle *a posteriori* dos resultados da atividade administrativa, e não sobre os procedimentos administrativos; e f) atividade administrativa voltada para o atendimento do cidadão, e não para si própria.⁹⁶⁷

Nesse cenário, Maria Tereza Fonseca Dias registra que o modelo de Administração Pública gerencial enfatiza a importância de atendimento às necessidades do cidadão na sua relação com o Estado, a partir dos seguintes aspectos: a) reforço do controle da eficiência e da fiscalização dos resultados da atividade administrativa por parte do setor privado; b) enfoque na qualidade e na produtividade do serviço público;

⁹⁶⁵ OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. Tradução de Sérgio Fernando Guarischí Bath e Ewandro Magalhães Júnior. Brasília: MH Comunicação, 1994, p. 26 *et seq.*

⁹⁶⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Novos Rumos da Gestão Pública Brasileira: dificuldades teóricas ou operacionais? *In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 285-286.

⁹⁶⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. *In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7. ed., Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 243.

c) necessidade de aprimoramento do estatuto jurídico-constitucional dos servidores públicos.⁹⁶⁸

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que a Administração Pública gerencial busca a “desburocratização” e a “eficiência nas atividades afetas ao Estado”, por meio das seguintes premissas: a) celebração de parcerias com a iniciativa privada para o desempenho de atividades antes exercidas exclusivamente pelo Poder Público; b) definição prévia de metas a serem cumpridas pelos órgãos e entidades públicos; c) outorga de maior autonomia administrativa, financeira e gerencial aos órgãos e entidades públicos; d) substituição dos controles formais por um controle de resultados pautado na busca pela eficiência.

Segundo a autora, o modelo gerencial tem o objetivo de democratizar a administração pública, mediante “a implantação de novas formas de participação do cidadão, seja para garantir a transparência e o controle, seja para ampliar as formas de colaboração privada com o poder público”. Nessa ótica, verifica-se uma “valorização da figura do cidadão usuário do serviço público”, a partir do desenvolvimento da concepção de “partilhar com o particular a proteção do interesse público, pelo entendimento de que essa proteção não constitui prerrogativa do Estado”.⁹⁶⁹

No que concerne aos objetivos específicos desta tese, percebe-se que o modelo idealizado de Administração Pública de caráter *gerencial*, ao tentar aproximar o cidadão da atividade administrativa, guarda relação direta com a instituição de canais diretos de *consenso* e de *participação popular* na *gestão compartilhada* do setor público. A realização de alianças com a iniciativa privada e a atribuição de corresponsabilidade social a entidades civis são relevantes para que o Estado se modernize na execução das suas tarefas coletivas.

A exigência constitucional de eficiência na atividade administrativa, a partir do desenvolvimento de “um adequado modelo de gestão” e da incorporação de “técnicas da administração gerencial”, possibilita a institucionalização da participação social na administração pública. Com isso, o particular efetivamente contribui na

⁹⁶⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 209.

⁹⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 430-431.

formulação das decisões administrativas e passa a ostentar a condição de “compartícipe da gestão pública”.⁹⁷⁰

Mostra-se cada vez mais crescente a importância da participação ativa da sociedade civil na administração dos bens e interesses públicos, no auxílio na condução dos rumos políticos do Estado e na colaboração na tomada de decisões coletivas e sociais. O cidadão, em uma democracia madura, possui o relevante papel de agir de forma proativa na defesa dos princípios constitucionais. Por meio de uma atuação colaborativa entre a Administração Pública, os cidadãos e as organizações civis, o Estado Democrático de Direito proporciona o ambiente propício para a consolidação de uma perspectiva *cooperativa* de democracia.

A Administração Pública gerencial trata o cidadão como o seu principal beneficiário. A redução de custos e o aumento da qualidade dos serviços públicos são imprescindíveis para a obtenção de eficiência e para a difusão de uma cultura gerencial nos órgãos públicos e nas organizações civis. O escopo de realização dos interesses da coletividade é colocado em primeiro plano em detrimento do aparelhamento do poder estatal. O Estado atua em prol do cidadão e da sociedade.

Dessa maneira, na Administração Pública gerencial ocorre uma modificação substancial: o princípio da legalidade estrita, então adotado no modelo burocrático como o parâmetro máximo de conformação da validade dos atos administrativos, é integrado pelo princípio da eficiência, de modo que o resultado prático efetivamente proveniente das ações administrativas também atua como baliza de legitimidade e efetividade da atividade estatal. O princípio da eficiência “autoriza ao Estado resolver os seus conflitos de maneira a atender o menor custo, o menor tempo, menor desgaste para a relação entre as partes e os melhores resultados”.⁹⁷¹

Na busca pela *eficiência*, a Administração Pública gerencial incentiva a adoção de práticas de cunho *consensual*, na tentativa de induzir o comportamento de atores privados mediante “sanções premiais de caráter não-coercitivo”.⁹⁷² O Estado se

⁹⁷⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 640.

⁹⁷¹ FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o Novo Código de Processo Civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 236.

⁹⁷² SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crises e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 402-403.

antecipa para prevenir conflitos na seara administrativa, ao mesmo tempo em que as “soluções de autocomposição aparecem como uma alternativa capaz de atender às exigências de eficiência e celeridade frente à multiplicidade de interesses conflitantes existentes na esfera da Administração Pública”.⁹⁷³ A institucionalização de um sistema administrativo de resolução consensual de conflitos aparece como uma alternativa de composição eficiente e célere de controvérsias envolvendo o Estado.

Em um modelo de atuação gerencial, o Estado aumenta as possibilidades de atuação do cidadão no setor público em consonância com o Sistema de Múltiplas Portas. Nos casos de controvérsias entre o administrado e a Administração Pública, há uma ampliação das *portas de acesso* do particular para a adoção de métodos autocompositivos e não-adjudicatórios de solução de conflitos, inclusive na própria esfera administrativa.

Há, portanto, uma correlação direta entre a *Administração Pública consensual* e a *Administração Pública gerencial*. A valorização da dignidade humana, dos direitos fundamentais, da democracia e da cidadania permeiam de forma contínua o relacionamento entre a Administração Pública e a sociedade civil, possibilitando uma gestão pública compartilhada, mais eficiente e com maior participação popular na esfera pública. Nesse panorama, a combinação dos modelos consensual e gerencial é importante para solidificar a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos pela Administração Pública, como uma premissa para a reviravolta do modelo de enfrentamento da crise da justiça.

5.5.1 A importância do gerenciamento eficiente dos processos judiciais nos órgãos da Advocacia Pública

A busca pela eficiência, dentro de uma ótica gerencial de administração pública, está relacionada a vários aspectos da gestão administrativa. Um deles é, certamente, a necessidade de aprimoramento dos instrumentos de gerenciamento do contingente de processos judiciais em tramitação nos órgãos da Advocacia Pública.

Todavia, é lamentável constatar que a maioria das procuradorias públicas, especialmente as municipais, não possuem estrutura apropriada ou ferramentas idôneas

⁹⁷³ SCHWIND, Rafael Wallbach; KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da Administração Pública: comentários ao artigo 174 do novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 329.

para um gerenciamento adequado dos seus processos judiciais. Na verdade, na maioria dos órgãos da Advocacia Pública sequer há dados estatísticos confiáveis acerca do quantitativo e do fluxo de processos judiciais em tramitação, de maneira a ocasionar sérias dificuldades na prestação de um serviço público jurídico realmente eficiente.

No caso das procuradorias públicas municipais, houve recente levantamento estatístico a fim de traçar uma visão panorâmica sobre a situação global no país. Nesse sentido, o 1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil elaborado por Clarice Corrêa de Mendonça *et al.*, cujo plano amostral de pesquisa abrangeu a estimativa de 5.569 (cinco mil, quinhentos e sessenta e nove) municípios brasileiros, é elucidativo para demonstrar a ausência de um controle efetivo e estratégico das demandas judiciais em tramitação nos órgãos da advocacia pública municipal.

De acordo com o aludido diagnóstico, apenas 34,4% (trinta e quatro vírgula quatro por cento) dos municípios brasileiros possuem ao menos um procurador ocupante de cargo público de provimento efetivo, aprovado em concurso público específico para a carreira. Portanto, a maioria dos municípios brasileiros é geralmente representada das seguintes formas: a) por advogados ocupantes de cargos públicos de provimento em comissão; b) por escritórios de advocacia contratados mediante licitação, ou inexigibilidade ou dispensa de licitação; c) por profissionais contratados por meio de contratos administrativos temporários firmados pelo chefe do Poder Executivo Municipal; d) por servidores públicos efetivos em desvio de função.

Indubitavelmente, essa realidade dificulta a gestão dos processos judiciais envolvendo as Prefeituras Municipais. Tanto é assim que, mesmo nos municípios em que há procurador concursado, mais da metade deles – isto é, 50,8% (cinquenta vírgula oito por cento) – não possuem procuradoria pública instituída e organizada por lei. Nos municípios em que não há procurador concursado, esse percentual alcança o patamar de 63,7% (sessenta e três vírgula sete por cento). Em ambos os casos, a institucionalização por lei das procuradorias públicas existentes ocorreu em época recente, sendo 83% (oitenta e três por cento) delas depois do ano 2000.

A infraestrutura de equipamentos é precária em vários aspectos. Uma parcela considerável das procuradorias públicas municipais não possui número adequado de computadores, *scanners*, *tokens*, cartões de certificação digital, e editores ou conversores de PDF. Os depoimentos colhidos na pesquisa mostram que um percentual significativo de procuradores municipais reclama por melhorias na infraestrutura, inclusive nos prédios, equipamentos e veículos a eles disponíveis. Além

disso, em boa parte das vezes, o número de procuradores e de pessoal administrativo parece se mostrar insuficiente considerando o porte do município.

As considerações finais divulgadas no citado diagnóstico não poderiam ser diferentes. Dentre os vários pontos críticos apontados, conclui-se que o panorama geral da pesquisa “é importante para a compreensão da realidade da Advocacia Pública Municipal brasileira”, a fim de demonstrar a necessidade de um melhor “nivelamento de determinadas condições tidas como básicas para assegurar a qualidade da gestão pública e, conseqüentemente, o direito aos serviços por parte da população”.⁹⁷⁴

De fato, esse nivelamento das condições básicas das procuradorias públicas – nas esferas federal, estadual e municipal – é essencial para possibilitar que o aumento da qualidade da gestão pública implique a profissionalização da gestão da própria advocacia pública. O adequado tratamento das disputas envolvendo a Administração Pública requer, inevitavelmente, um aperfeiçoamento dos métodos de administração, gerenciamento e controle do passivo de processos judiciais em trâmite nas procuradorias públicas.

⁹⁷⁴ MENDONÇA, Clarice Corrêa de; SERAFIM VIEIRA, Raphael Diógenes; FIGUERÊDO PORTO, Nathália França. *1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 23-51, 73-96, 100-102.

6 A HIPÓTESE PARA A SOLUÇÃO DO PROBLEMA: A PRÁTICA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE UMA CULTURA JURÍDICA DE PREVENÇÃO, GESTÃO E SOLUÇÃO ADEQUADA DOS CONFLITOS (INCENTIVOS NORMATIVOS E EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS)

6.1 A hipótese para a solução do problema: a mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos pela Administração Pública

Conforme será abordado neste capítulo, a mudança do modelo de tratamento de conflitos proposto nesta tese requer uma transformação da própria cultura jurídica institucionalizada no âmbito da administração pública brasileira.

Para tanto, propõe-se o emprego de métodos de *prevenção* da judicialização desnecessária de disputas, de *gestão* racional e estratégica de processos judiciais, e de *solução* adequada de controvérsias, envolvendo uma série de atividades e medidas conforme exemplificado abaixo:

a) o aperfeiçoamento e o fortalecimento da atividade de consultoria jurídica dos órgãos da Advocacia Pública, a fim de expandir o controle preventivo da legitimidade dos atos administrativos e, por conseguinte, inibir a prática de ilícitos pelo Poder Público que possuem o condão de violar direitos legítimos dos cidadãos e de gerar ações judiciais com altíssima probabilidade de sucumbência;

b) a expansão das possibilidades de edição de pareceres jurídicos e enunciados de súmulas administrativas capazes de consolidar determinado entendimento jurídico na esfera administrativa e, com isso, possibilitar uma adequada orientação jurídica dos agentes públicos de modo a assegurar coerência e uniformidade na atividade administrativa;

c) o estabelecimento de uma prática administrativa que reconheça a necessidade de observância de precedentes judiciais vinculantes, como expressão dos princípios constitucionais da legalidade (juridicidade administrativa), da moralidade, da impessoalidade, da eficiência, da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima – sem que isso implique engessamento da atividade administrativa ou restrição desproporcional à autonomia técnico-funcional dos procuradores públicos;

d) a regulamentação da dispensa da prática de atos processuais, e da desistência de atos processuais já praticados, em face de decisões judiciais proferidas em conformidade com orientações jurisprudenciais assentadas nas searas judicial ou

administrativa – resguardadas as hipóteses de alegação de *distinguishing*, *overruling*, *overriding* ou suscitação de questões específicas de direito processual ou material;

e) a autorização para o reconhecimento da procedência da pretensão ou da posição jurídica de particular quando a Administração Pública verifica que não tem razão, ou que o cidadão está em situação apta a legitimar a imediata tutela jurídica estatal ou o cumprimento espontâneo do direito ou da obrigação pelo Poder Público;

f) a aplicação de técnicas de gerenciamento estratégico de demandas, tais como: f.1) escolha de casos para acompanhamento prioritário; f.2) suscitação de instrumentos processuais de formação de precedentes judiciais – tais como a apresentação de IRDR ou a interposição de recursos especial e extraordinário repetitivos; f.3) monitoramento de julgamentos pendentes que tratam sobre questões repetitivas; f.4) seleção de teses jurídicas passíveis de revisão total (*overruling*) ou parcial (*overriding*);

g) a adoção de métodos de solução consensual de conflitos a fim de celebrar acordos em processos judiciais, em conformidade com as hipóteses, os limites e as possibilidades previstos em legislação específica, mas assegurando uma maior autonomia técnico-funcional aos procuradores públicos para a realização de composições ou transações nos casos concretos;

h) a criação de instâncias administrativas de autocomposição de controvérsias, tais como as câmaras de conciliação e mediação, a fim de promover a solução autocompositiva de disputas na esfera administrativa (extrajudicial);

i) a admissão da arbitragem como um meio adequado para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais de titularidade do Poder Público, quando as peculiaridades do caso concreto exigirem o emprego de um método privado de natureza herocompositiva;

j) a utilização de mecanismos extrajudiciais de cobrança da dívida ativa, assim como de ferramentas consensuais para o recebimento de créditos públicos tributários e não-tributários.

Passa-se, assim, à análise dos fundamentos que embasam a mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos ora proposta.

6.1.1 O enfrentamento da crise da justiça e a compreensão da Advocacia Pública como função constitucional de Estado

O comportamento altamente litigioso comumente praticado pelos diversos entes e entidades que compõem a Administração Pública brasileira não se mostra condizente com a ideia de uma Administração Pública consensual que atua em prol do cidadão. A consolidação de uma cultura jurídica que perpetua o Poder Público na condição de maior litigante habitual do sistema jurídico brasileiro acarreta consequências nefastas não apenas no adequado funcionamento do sistema jurídico de resolução de disputas, mas também cria obstáculos quase intransponíveis à materialização efetiva e célere de direitos e garantias constitucionais básicos de particulares na esfera extrajudicial.

De fato, o Estado brasileiro, ao atuar como um importante *repeat player*, contribui de forma decisiva para o fracasso da jurisdição estatal em atuar como um método que, verdadeiramente, seja capaz de responder de forma satisfatória à massificação dos conflitos sociais. O esgotamento do serviço público jurisdicional é facilmente visualizável diante da sua inefetividade crônica e da sua inaptidão em oferecer mecanismos de tratamento apropriado de controvérsias nas quais há um predomínio da presença dos litigantes habituais.

Não por outra razão, o CNJ, ao instituir por meio da Resolução n.º 198/2014 os macrodesafios do Poder Judiciário no período de 2015 a 2020, enumera, dentre outros, os seguintes objetivos a serem conquistados: a) a adoção de soluções “alternativas” de conflito, inclusive pelo Poder Público, a partir do fomento dos meios consensuais e extrajudiciais para a resolução negociada de controvérsias com a participação ativa do cidadão, visando a estimular a própria comunidade a dirimir as suas contendas sem a necessidade de processo judicial; b) a gestão das demandas repetitivas e dos grandes litigantes, cujo objetivo é a redução do acúmulo de processos relativos à litigância serial por entidades do setor público, do sistema financeiro e operadoras de telefonia, dentre outros.

Com efeito, em um Estado Democrático de Direito que valoriza a aplicação de princípios constitucionais democráticos e a concretização de direitos e garantias fundamentais, é no mínimo incongruente que o Estado atue contra a sua própria unidade. Dito de outro modo, a preservação de uma tradição jurídica estatal que privilegia a judicialização excessiva, em vez da solução adequada, célere e efetiva das disputas envolvendo os cidadãos, não parece consentânea com uma forma republicana de governo e com um regime democrático que evidenciam a necessidade de uma apropriada interlocução institucional entre todas as funções estatais.

Dessa forma, é incompatível com o Estado Democrático de Direito que a Administração Pública – como um dos braços do Estado – adote uma postura de enfrentamento de contendas que concorra para a manutenção e o agravamento do estado de crise do Judiciário – como outro ramo do Estado. Revela-se como imperativa a mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos por parte do Poder Público.

A provocação desmedida dos órgãos judiciários oculta uma intenção subjacente de determinados entes e entidades da Administração Pública no sentido de transferir a responsabilidade pela resolução dos seus próprios conflitos para o Judiciário. Todavia, embora essa não seja uma afirmação que se aplique a todo e qualquer conflito e nem a todo e qualquer ente ou entidade público, é recomendável que a Administração Pública avoque o compromisso de prevenir litígios e de solucionar boa parte das suas controvérsias na própria instância administrativa.

Essa alteração da maneira como a Administração Pública lida com os seus próprios conflitos é essencial para a consagração de uma noção de interesse público que corresponda à adoção de um modelo de pacificação social mais racional e menos aleatório. Cabe ao Poder Público agir de forma coerente e uniforme, por meio do emprego de uma série de mecanismos e técnicas que sejam aptos a prevenir a judicialização desnecessária, a possibilitar uma gestão responsável do passivo de processos judiciais e a dirimir disputas com a utilização de técnicas que se mostrem mais adaptadas às particularidades dos casos concretos.

A Administração Pública possui o dever de agir com o objetivo de efetivamente solucionar os problemas sociais, inclusive – e principalmente – na própria instância extrajudicial. A realização de esforços para dirimir boa parte dos conflitos na esfera administrativa, evitando o acionamento excessivo e muitas vezes desnecessário do Judiciário, está em harmonia com uma política pública que não se coaduna com a postergação do acerto de disputas, geralmente com propósitos escusos como: atender a interesses transitórios e particulares de determinado titular de mandato político; inadimplir o cumprimento de condenações judiciais; protelar o pagamento de quantias pecuniárias já reconhecidas administrativa ou judicialmente; ou mesmo violar, de forma ampla e sistemática, direitos legítimos de titularidade dos cidadãos.

À evidência, não cabe à Administração Pública utilizar o processo judicial de forma desvirtuada, como se fosse um “meio de litigiosidade voltado exclusivamente

para a protelação de cumprimento das obrigações impostas ao Poder Público”.⁹⁷⁵ Seguramente, o Judiciário não é uma instância de “rolagem” de dívidas para os próximos governantes, e muito menos de adiamento do pagamento de débitos ou de retardamento do cumprimento de condenações judiciais.

À Administração Pública não compete agir como se fosse uma grande sociedade empresária privada que visa tão somente ao lucro. Diferentemente, a constitucionalização do direito administrativo demonstra que ao Estado incumbe atuar, primordialmente, na busca pela concretização das normas constitucionais e na tutela dos direitos e das garantias fundamentais dos cidadãos.

O uso patológico da jurisdição pelo Poder Público, quando se comporta como um típico litigante habitual,⁹⁷⁶ é o reflexo de uma cultura jurídica que equivocadamente afirma que a demora da tramitação de processos judiciais traduz uma situação que (supostamente) satisfaz a “indisponibilidade do interesse público primário”. A indispensabilidade da prática de atos processuais com essa finalidade verificada em alguns órgãos da Advocacia Pública – v.g., necessidade de interposição de recurso até a última instância independentemente da matéria em discussão – retrata um modelo de tratamento de disputas que enfatiza a contenciosidade e o litígio em desfavor do gerenciamento racional de casos e da pacificação social.

Todavia, as experiências empíricas em diversas Procuradorias Públicas atestam que, na verdade, o comportamento pautado na litigiosidade não produz uma situação favorável às pretensões, aos interesses e às necessidades da Administração Pública. De maneira oposta, a insistência em práticas processuais que desprezam a consensualidade e desconsideram as bases para uma gestão estratégica de contendas se mostra potencialmente causadora de prejuízos econômicos ao próprio erário público.

É óbvio que, quando se defende o aperfeiçoamento da administração do passivo de processos judiciais nos órgãos da Advocacia Pública, não se está sustentando que a Administração Pública está proibida de se valer da análise econômica do direito para a definição de suas estratégias processuais. Pelo contrário, o contingenciamento de riscos de sucumbência em processos judiciais, o equacionamento econômico de demandas e a realização de cálculos atuariais que considere os ônus advindos da

⁹⁷⁵ DUTRA, Raphael Vasconcelos. *O estatuto jurídico dos procuradores e das procuraturas municipais e o necessário aprimoramento constitucional*. 2016. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016, p. 64.

⁹⁷⁶ MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 47-49.

judicialização de disputas são elementos que integram os métodos de gestão racional de controvérsias pelo Estado.

O gerenciamento de casos – inclusive sob o aspecto financeiro – é imprescindível para possibilitar um melhor planejamento econômico e jurídico do ente federativo, para fins de redução do impacto de condenações judiciais em desfavor do erário público. Contudo, importa esclarecer que a busca por objetivos econômicos e a análise atuarial dos riscos advindos dos litígios não podem, definitivamente, sobrepor-se à tutela das normas constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Em uma democracia constitucional, as procuradorias públicas não se limitam à defesa dos interesses patrimoniais e fazendários do Poder Público, com a finalidade única de aumentar a arrecadação, maximizar receitas e minimizar despesas, como se houvesse uma suposta contraposição com os interesses da coletividade. A antiga dicotomia rígida entre “interesses públicos primários” e “interesses públicos secundários”⁹⁷⁷ não serve para definir uma moderna concepção de Advocacia Pública.

De forma precípua, compete ao Estado atuar em respeito aos direitos dos cidadãos e com a finalidade de concretizar os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, de sorte a atuar, inclusive, em prol do adequado funcionamento do sistema jurídico de resolução de controvérsias.

A cultura jurídica de tratamento de conflitos que ora se propõe, portanto, questiona a visão de que a tradição de judicialização excessiva de conflitos é decorrência do “princípio da indisponibilidade do interesse público primário” ou é mais benéfica para o erário público. Na verdade, é justamente uma postura preventiva, propositiva e consensual que permite a prática de uma advocacia pública condizente com as normas constitucionais, colaborativa com o sistema jurídico-processual, coerente com o modelo de respeito aos precedentes judiciais, realizadora dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, e protetora da hígidez do orçamento público.

Para tanto, torna-se imprescindível a consolidação de uma visão de Advocacia Pública como função e instituição constitucional de Estado, e não como mera função e instituição de Governo. Como ressalta Diogo de Figueiredo Moreira

⁹⁷⁷ ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo: i soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*. Terza edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974. v. I, p. 226-227, tradução nossa; ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução do italiano para o espanhol de Buenaventura Pellisé Prats. 3. ed., Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970. t. I, p. 184-185, tradução nossa; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 65-70.

Neto, “os *Estados* não se confundem com seus *Governos* e, muito menos, com seus *governantes* e, por consequência, *Advogados de Estado* não podem ser tidos como *advogados de governos* ou, com mais razão, *advogados de governantes*”. Em virtude de sua essencialidade ao Estado Democrático de Direito e do seu *status* constitucional, as procuradorias públicas consistem em órgãos de “Advocacia de Estado”, e não de “Advocacia de Governos” ou de “Advocacia de Governantes”.⁹⁷⁸

Tendo em vista a sua caracterização como função essencial à justiça (artigos 131 e 132 da Constituição e artigo 182 do CPC/2015), é premente compreender que as procuradorias públicas estão ligadas não apenas à consecução de políticas públicas transitórias de mandatos políticos que refletem projeções de vontade de maiorias variáveis no tempo e no espaço, mas também a interesses institucionais permanentes da administração pública consagrados na Constituição.

O atual papel constitucional exercido pela Advocacia Pública como função essencial à Justiça requer que os advogados públicos pautem “o cumprimento de seu *múnus* em consonância com os deveres impostos ao Estado pelas normas constitucionais, em especial a observância da moralidade administrativa, o respeito aos direitos fundamentais e ao exercício pleno da cidadania”.⁹⁷⁹

De acordo com Gustavo Binjenbojm, é cabível identificar dois tipos de compromissos constitucionais inerentes à atuação da Advocacia Pública, a saber: a) um “compromisso democrático”, consistente na viabilização, no plano jurídico, das políticas públicas definidas pelos agentes políticos eleitos; b) um “compromisso jurídico”, consubstanciado no ajuste e na conformação dos atos dos agentes políticos eleitos e dos gestores administrativos ao quadro de limites e possibilidades estabelecidos pelo ordenamento jurídico.⁹⁸⁰ Cuida-se da realização de uma “ádua e complexa missão de harmonizar as escolhas efetuadas pelos representantes eleitos pelo povo com os limites impostos pela ordem jurídica”.⁹⁸¹

⁹⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 186.

⁹⁷⁹ FACCI, Lucio Picanço. *Administração pública e segurança jurídica: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 94.

⁹⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora*, ano 1, n. 1, p. 220-224, Belo Horizonte, jan./dez. 2011.

⁹⁸¹ DUTRA, Raphael Vasconcelos. *O estatuto jurídico dos procuradores e das procuraturas municipais e o necessário aprimoramento constitucional*. 2016. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016, p. 57.

Rommel Macedo explica que essa compreensão de Advocacia Pública de Estado se relaciona com o “modelo italiano de Advocacia do Estado (*Avvocatura dello Stato*)”, o qual apresenta uma série de vantagens, tais como: uma “visão global das questões administrativas”; uma “integração constante entre atividades de natureza consultiva e contenciosa”; e a concepção “de que os advogados do Estado não devem atuar com base apenas nos interesses estratégicos de determinadas demandas”, mas sim na busca pela “efetivação da justiça”.⁹⁸²

Por seu turno, Janaína Soares Noletto Castelo Branco ensina que o modelo italiano de Advocacia Pública de Estado (*Avvocatura dello Stato*) é pautado pela ampla atuação jurídica dos seus membros. Assim como ocorre no Brasil, também na Itália os advogados públicos estão encarregados de funções postulatórias (ou de representação contenciosa) e de atribuições preventivas (ou de consultoria jurídica).⁹⁸³

Essa atuação integrativa e sistêmica da Advocacia Pública visa a estreitar “os laços entre a atividade preventiva e contenciosa”, aumentando “a chance de êxito das políticas públicas e de se alcançar, por conseguinte, os desígnios constitucionais imputados às pessoas políticas”.⁹⁸⁴ As Procuraturas constitucionais, como órgãos de Advocacia de Estado, possuem o dever constitucional de aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, por meio das atuações de representação e de consultoria jurídica na condição de serviço público essencial prestado à sociedade.⁹⁸⁵

Portanto, a Advocacia Pública se caracteriza como uma instância estatal a qual, inserida em um sistema político-jurídico democrático, está incumbida da instrumentalização das políticas públicas e do controle prévio e sucessivo da juridicidade administrativa dos atos e processos administrativos. Nesse cenário, o aprimoramento do modelo de tratamento dos conflitos é premissa para que se conquiste a integração harmônica entre as atividades de viabilização de políticas públicas – por meio do fortalecimento da consultoria jurídica e da prevenção de conflitos

⁹⁸² MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 467-468.

⁹⁸³ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 92.

⁹⁸⁴ DUTRA, Raphael Vasconcelos. *O estatuto jurídico dos procuradores e das procuraturas municipais e o necessário aprimoramento constitucional*. 2016. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016, p. 60.

⁹⁸⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 192-206.

desnecessários – e de fiscalização da legitimidade do agir administrativo – por intermédio do emprego de instrumentos de gestão estratégica e racional de processos judiciais e de técnicas adequadas de solução adequada de disputas.

6.1.2 A prevenção da judicialização desnecessária de conflitos: o fortalecimento da atividade de consultoria jurídica dos órgãos da Advocacia Pública

Na perspectiva da Advocacia Pública entendida como função de Estado, a atividade jurídico-consultiva ostenta significativa relevância para a transformação da cultura jurídica de tratamento de conflitos por parte da Administração Pública. Afinal de contas, a consultoria jurídica⁹⁸⁶ prestada em favor de gestores administrativos e a edição de pareceres jurídicos por procuradores públicos ocupantes de cargo público de provimento efetivo, dentre outros atos de natureza consultiva, denotam atividades essenciais para prevenir disputas, inibir a judicialização desnecessária de controvérsias e evitar o prolongamento desarrazoado de situações conflituosas entre a Administração Pública e os cidadãos.

Considerando que a existência do Estado “somente se justifica para a realização dos interesses de seus cidadãos”, Luciane Moessa de Souza afirma que “a prevenção de conflitos jurídicos envolvendo o Poder Público”, e não “a atuação contenciosa em juízo”, representa a atividade funcional mais relevante dos advogados públicos. Na medida em que o Estado “não passa de um meio para a realização dos interesses da coletividade”, o aperfeiçoamento da atividade de consultoria jurídica dos órgãos públicos constitui medida imprescindível para “evitar as situações de cometimento de ilícito pelo Poder Público” e de possíveis litígios judiciais “nos quais muitas vezes sobrevém (ou deveria sobrevir) uma condenação”.

É por isso que se mostra indispensável uma “mudança de ênfase na atuação da advocacia pública no Brasil”, em face da constatação de que o controle interno da juridicidade administrativa é “elemento essencial” do Estado Democrático de Direito. A

⁹⁸⁶ A atividade de consultoria jurídica não se confunde com o assessoramento jurídico (ou assessoria jurídica, ou assistência jurídica). Isso porque a consultoria jurídica retrata “uma atividade essencial à justiça, porquanto nela o advogado tem a decisão técnico-jurídica a seu cargo e sob sua plena responsabilidade, direta e pessoal”. Já na assessoria jurídica “não se outorga ao advogado qualquer parcela de responsabilidade sobre a decisão técnica a respeito da juridicidade de interesses”, pois se trata apenas de uma “orientação ao agente, órgão ou entidade ao qual incumbe a decisão que, para tomá-la, têm plena responsabilidade” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, n. 116, ano 29, p. 88-89, Brasília, out./dez. 1992).

valorização de uma “consultoria jurídica de qualidade” é imperativa para “prevenir a prática de ilegalidades pelo Poder Público”, evitar “litígios desnecessários”, possibilitar o “cumprimento espontâneo das regras pelos seus destinatários” e, com isso, atribuir aos órgãos públicos condições mais propícias para o desempenho das suas funções.⁹⁸⁷

Em outra oportunidade, Luciane Moessa de Souza novamente destaca que o “controle preventivo da juridicidade dos atos da Administração Pública” é fundamental para “evitar as situações de cometimento de ilícito pelo Poder Público, as quais poderiam resultar em litígios administrativos e judiciais”.

A atividade preventiva no âmbito da Advocacia Pública, manifestada por meio do exercício da consultoria jurídica por parte dos procuradores públicos, contribui para aumentar a “confiabilidade nas instituições oficiais”, assegurar maior segurança jurídica, inibir a prática de ilegalidades pelo Estado, obstar a eclosão de “litígios desnecessários” e possibilitar o desempenho adequado das funções públicas.

A autora enumera quatro situações nas quais a atividade preventiva de consultoria jurídica por parte da Advocacia Pública proporciona o “cumprimento espontâneo das normas” pelo Estado, além de evitar que “venha o Poder Público a se omitir quando não poderia fazê-lo ou venha a atropelar os direitos daqueles que ele deveria, ao contrário, proteger”, a saber:

a) controle preventivo de legalidade (juridicidade), a fim de “evitar omissões ilícitas por parte da Administração Pública” por intermédio de consultoria jurídica para que os agentes públicos pratiquem deveres explícitos e implícitos no âmbito de suas competências;

b) iniciativa própria para a elaboração de pareceres e orientações jurídicas pelos órgãos da Advocacia Pública, “sempre que percebam que a sua ausência pode gerar um ilícito por parte da Administração Pública – e não apenas quando formalmente provocados”;

c) atribuição de efeito vinculante a pareceres jurídicos proferidos pelos órgãos da Advocacia Pública, com o fito de viabilizar o controle preventivo de juridicidade;

⁹⁸⁷ SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. *In*: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 88-93.

d) necessidade de integração da consultoria jurídica com a atividade contenciosa da Advocacia Pública, para que a representação judicial e extrajudicial do ente público seja realizada de forma eficiente e com coerência jurídica.⁹⁸⁸

Nesse contexto, a Advocacia Pública se caracteriza como uma instituição essencial para o controle preventivo da juridicidade dos atos e processos administrativos.⁹⁸⁹ A atividade consultiva é primordial para a fiscalização, em caráter antecedente, da legalidade e da legitimidade da formulação das políticas públicas a cargo dos agentes políticos e gestores administrativos,⁹⁹⁰ de sorte a contribuir para a diminuição de ações judiciais desnecessárias envolvendo o Poder Público.

6.1.3 A gestão racional e estratégica do passivo de processos judiciais: a dispensa da prática de atos processuais, a utilização de instrumentos de litigiosidade repetitiva e o reconhecimento da procedência de pretensões de particulares

O modelo constitucional de Advocacia Pública como função de Estado está atrelado ao respeito às normas fundamentais consagradas expressa e implicitamente na Constituição. Em outras palavras, a atuação dos advogados públicos, seja de natureza consultiva ou contenciosa, requer a observância de princípios constitucionais tais como os da legalidade (juridicidade administrativa), da moralidade, da impessoalidade, da eficiência, da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima.

Essa exigência de vinculação à principiologia constitucional repercute diretamente no gerenciamento de casos nos órgãos da Advocacia Pública, em face da necessidade de uma prática jurídica coerente, uniforme e racional pelos procuradores públicos. Não apenas a atividade consultiva, mas “também o contencioso deve ser

⁹⁸⁸ SOUZA, Luciane Moessa de. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 165-167.

⁹⁸⁹ MOURÃO, Carlos Figueiredo. A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 129-137.

⁹⁹⁰ MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 469-474.

exercido, num Estado de Direito, como forma de conferir juridicidade à atuação da Administração Pública”.⁹⁹¹

Lúcio Picanço Facci ressalta que o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium* consiste em um “instrumento de densificação do objetivo constitucional de solidariedade social”, na medida em que visa a impedir comportamentos incoerentes que violem a confiança legítima das pessoas. Além disso, a vedação a condutas contraditórias consiste em expressão dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, ao atuar como ferramenta de proteção da confiança legítima depositada pelo cidadão-administrado na administração pública.⁹⁹²

Por seu turno, Leonardo Carneiro da Cunha afirma que o princípio da boa-fé, embora seja tradicionalmente estudado em seu aspecto subjetivo e sob o viés unicamente do direito privado, possui também uma dimensão objetiva relacionada com o “comportamento dos sujeitos de direitos”. Nessa perspectiva, a boa-fé objetiva, na condição de princípio, preceitua que “a conduta há de ser coerente, e não contraditória, exigindo-se um conteúdo mais ético que evite a frustração de expectativas legítimas”.

Segundo o autor, a repressão ao *venire contra factum proprium* possui ressonância também na esfera do direito público, tendo em vista que o princípio constitucional da moralidade administrativa determina que a Administração Pública pratique “condutas probas, adequadas, coerentes, sem contradição”. Ademais, o princípio da segurança jurídica proporciona a proteção de expectativas legítimas, de maneira que a atividade administrativa envolve um “conteúdo ético mais acentuado” que torna incompatível a execução de comportamentos paradoxais que frustrem a confiança legítima dos cidadãos.⁹⁹³

Portanto, no campo das relações jurídico-administrativas, a proibição de comportamentos contraditórios encontra oponibilidade em face da Administração Pública em virtude da incidência dos princípios da juridicidade administrativa, da moralidade, da segurança jurídica, da boa-fé objetiva, da proteção da confiança

⁹⁹¹ MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 181.

⁹⁹² FACCI, Lucio Picanço. *Administração pública e segurança jurídica: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 37-42.

⁹⁹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Prefácio ao FACCI, Lucio Picanço. *Administração pública e segurança jurídica: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 17.

legítima, da solidariedade social, da impessoalidade e da igualdade dos administrados perante o Estado.⁹⁹⁴

Diversos exemplos podem ser indicados como formas de proteção da confiança legítima do cidadão-administrado na seara da administração pública, tais como: a) o respeito a precedentes judiciais vinculantes; b) o respeito a precedentes administrativos; c) o respeito a entendimentos interpretativos firmados com orientação vinculante no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidados em manifestação, ato administrativo, parecer ou enunciado de súmula administrativa; d) o respeito a contratos, convênios ou outros atos negociais administrativos.

Em todas essas hipóteses, a Administração Pública age em respeito à segurança jurídica, como forma de “tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas”. Ainda que seja discutível a existência de um “dever” de vinculação a precedentes judiciais por parte dos agentes políticos, gestores administrativos e procuradores públicos, infere-se que o respeito a entendimentos jurisprudenciais ou administrativos consolidados é corolário dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança legítima.

Nesse viés, a Advocacia Pública, por meio de uma atuação consentânea com a jurisprudência assentada nas esferas administrativa e judicial, exerce também uma função de controle da própria “coerência administrativa”. Com isso, propicia-se a materialização do “princípio de proibição de comportamento contraditório por parte da Administração Pública” diante do “dever de efetivo respeito pelo Estado dos direitos dos cidadãos”.⁹⁹⁵

Com isso, o respeito à principiologia constitucional incorporada ao direito administrativo e a necessidade de atuação do Poder Público em prol do cidadão retratam premissas para a embasar uma gestão racional do passivo de processos judiciais nos órgãos da Advocacia Pública.

No mínimo três situações são representativas de uma maior racionalidade estratégica no gerenciamento de casos pelas procuradorias públicas, a saber:

a) a previsão normativa de dispensa da prática de atos processuais em face de decisões judiciais proferidas em conformidade com orientações jurisprudenciais consolidadas nas searas judicial ou administrativa;

⁹⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 212.

⁹⁹⁵ FACCI, Lucio Picanço. *Administração pública e segurança jurídica: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 71-98.

b) a utilização estratégica de instrumentos jurídico-processuais de litigância serial – tais como o IRDR e os recursos especial e extraordinário repetitivos;

c) a autorização para o reconhecimento da procedência da pretensão ou da posição jurídica de outra parte quando a Administração Pública verifica que não tem razão.

Quanto à primeira situação, é comum a existência de atos normativos que permitem, em situações específicas, a dispensa da apresentação de contestação ou de interposição de recurso, ou a desistência de recurso já interposto. Geralmente, essas normas visam a institucionalizar uma política pública de enfrentamento de controvérsias repetitivas a partir da constatação de que seguir precedentes judiciais ou administrativos vinculantes, além de consistir em uma providência juridicamente mais lógica, resulta em maiores benefícios à Fazenda Pública – inclusive em termos econômicos.

Nesse contexto, Rita Dias Nolasco e Luis Felipe Freind dos Santos destacam que a “postura da Fazenda Pública diante de precedentes formados em tutela pluri-individual” requer atenção especial, diante do “efeito multiplicador da decisão”. Segundo os autores, cabe ao Poder Público dar o exemplo e ser “o primeiro a respeitar e guardar coerência com as decisões judiciais”. Ademais, a observância dos precedentes judiciais assentados pelo Judiciário traduz exigência dos princípios da efetividade, da economia e da celeridade processuais, além de possibilitar o “tratamento isonômico dos jurisdicionados” e uma “atuação colaborativa da Fazenda Pública” em prol do bom funcionamento do sistema público de resolução de disputas.⁹⁹⁶

Também Alexandre Freire e Leonardo Marques aduzem que, nas hipóteses em que há orientação jurisprudencial consolidada em desfavor da Administração Pública, recomenda-se e espera-se que os procuradores e agentes públicos adotem providências que “visem a evitar a formação de litígios (ainda no âmbito administrativo)”.⁹⁹⁷ Para tanto, é imprescindível a implantação de uma política pública destinada a respeitar a tese firmada pelo Judiciário na própria instância administrativa, com os objetivos de prevenir “na fonte” a instauração de conflitos com altíssimo potencial de sucumbência, assim como de incentivar a celebração de acordos com

⁹⁹⁶ NOLASCO, Rita Dias; SANTOS, Luis Felipe Freind dos. Demandas Repetitivas e a Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 450-452.

⁹⁹⁷ FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo. O Novo CPC, a estrutura de incentivos do Advogado Público e a racionalização da Justiça na sindicabilidade das condutas estatais. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 22.

relação aos litígios já judicializados. Afinal, o “regime jurídico administrativo” impõe a “vinculação dos agentes estatais ao Direito”.⁹⁹⁸

Já Grégore Moreira de Moura e Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes asseveram que é necessária uma “mudança de postura da Advocacia Pública”, passando “da inércia defensiva e protelatória, para a proatividade resolutive”. O exercício do papel constitucional da Advocacia Pública como função essencial à Justiça requer a formatação de um modelo de atuação jurídica focado, dentre outros aspectos, na “defesa estratégica” que vise à “redução dos litígios”.⁹⁹⁹

Por sua vez, Lúcio Picanço Facci entende que os precedentes administrativos consubstanciam “instrumentos de materialização do dever jurídico de coerência da Administração Pública e, por conseguinte, da tutela da confiança legítima dos administrados”. Nesse sentido, a aplicação do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium* impede que o Poder Público “adote entendimentos contraditórios ou em desacordo com os precedentes anteriormente firmados em sede administrativa”, sem que tenha havido modificação substancial no plano fático ou alteração de interpretação jurídica objetivamente comprovada.¹⁰⁰⁰

De fato, nas hipóteses em que há precedente judicial ou administrativo vinculante em sentido contrário à pretensão defendida pela Fazenda Pública, parece óbvio que a insistência por litigar com baixíssima – ou nenhuma – chance de êxito não é a mais adequada. Pelo contrário, é justamente a postura de respeito à jurisprudência consolidada, inclusive na esfera administrativa (v.g., por meio de enunciados de súmulas administrativas), que representa uma autêntica atuação da Administração Pública na defesa dos interesses públicos *in concreto*, das normas constitucionais e dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Não se trata de discutir a existência ou não de uma obrigação do agente público de se submeter ao sistema de precedentes. Diversamente, cuida-se de combater uma litigiosidade desmesurada e meramente procrastinatória que atenta contra uma

⁹⁹⁸ MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multipostas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 173-178.

⁹⁹⁹ MOURA, Grégore Moreira de; FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. As prerrogativas da Advocacia Pública: um olhar sobre a Advocacia Pública Federal. *Revista da Advocacia Pública Federal*, v. 1, n. 1, p. 168, Brasília: ANAFE, 2017.

¹⁰⁰⁰ FACCI, Lucio Picanço. *Administração pública e segurança jurídica: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 71-72.

gestão racional do acervo de processos judiciais, além de implicar ofensa a princípios constitucionais de extrema relevância em um Estado Democrático de Direito.

O entendimento de que o exercício da atividade administrativa requer compatibilidade com a jurisprudência consolidada é decorrência da aplicação de princípios constitucionais, como os da legalidade (juridicidade administrativa), da moralidade, da impessoalidade, da eficiência, da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima. Ademais, trata-se de assegurar maior racionalidade estratégica na prestação do serviço jurídico a cargo dos órgãos da Advocacia Pública – sem qualquer tipo de conotação negativa ao sentido “estratégico” dessa atuação.

José Roberto Fernandes Teixeira salienta que é inadequado o comportamento processual do procurador público que, “ciente de que o ente público lhe faculta desistir da demanda de irrisório valor, insiste em arrastá-la no tempo”. Igualmente se mostra como inapropriada a postura do advogado público que “interpõe recurso, manifestamente infrutífero, quando a lei autoriza sua renúncia”.¹⁰⁰¹

De fato, não cabe ao procurador público suscitar meios de defesa ou interpor recursos meramente protelatórios, geralmente com baixíssimas chances de êxito diante da existência de precedente vinculante em sentido contrário. Da mesma forma, é dever do gestor público impedir a proliferação de demandas “perdidas”, as quais, se judicializadas, têm o potencial de produzir violação aos interesses públicos discutidos no caso concreto, assim como repercussão financeira negativa para o erário público em decorrência de condenações judiciais evitáveis. A análise dos “custos do processo”, a majoração de honorários advocatícios sucumbenciais em fase recursal, o “contingenciamento de recursos” e a avaliação do possível “impacto orçamentário” são fatores a serem considerados no exercício da atividade administrativa.¹⁰⁰²

Além disso, como uma segunda situação a ser analisada, também faz parte de uma atuação racional dos órgãos da Advocacia Pública a suscitação, de forma legítima e sem interesses escusos, de instrumentos jurídico-processuais de formação de precedentes judiciais no âmbito da litigância serial – tais como o IRDR ou os recursos especial e extraordinário repetitivos. Nesse caso, a finalidade é assentar determinada

¹⁰⁰¹ TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 178.

¹⁰⁰² OLIVEIRA, Rafael Machado de. Impactos do novo Código de Processo Civil na atuação da Advocacia Pública. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em júízo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 23-27.

tese jurídica a qual, independentemente do teor fixado – isto é, favorável ou desfavorável ao Poder Público –, orientará a atividade administrativa ulterior e evitará “a proliferação de demandas repetitivas”.¹⁰⁰³

Para tanto, é indispensável o controle atento do Judiciário para impedir o uso desvirtuado desses incidentes ou recursos repetitivos pelo Poder Público, especialmente quando utilizados em caráter preventivo. Cabe aos tribunais coibir o emprego desses instrumentos jurídico-processuais pelo Poder Público com o fim único de gerenciar o passivo financeiro proveniente de condenações judiciais, ou de postergar o cumprimento de obrigações sob o pretexto de provocação da iniciativa de consolidação jurisprudencial.¹⁰⁰⁴

Outrossim, o monitoramento de julgamentos pendentes nos tribunais, os quais versem sobre questões repetitivas, é importante para assegurar um melhor gerenciamento das teses envolvendo o ente público que podem vir a ser proferidas.

A seleção de casos para acompanhamento prioritário também é aconselhável, seja quando envolve significativa repercussão econômica, política ou social (v.g., ações coletivas e ações civis públicas), seja quando se vislumbra a possibilidade de gerar o efeito multiplicador da tese jurídica a ser firmada para casos semelhantes. Em ambos os casos, é recomendável inclusive uma postura processual ativa, mediante a entrega de memoriais escritos e o proferimento de sustentação oral.

Todavia, em quaisquer das hipóteses acima mencionadas, é preciso asseverar que, depois de formado o precedente judicial vinculante ou fixada a tese jurídica, compete à Administração Pública conformar os seus atos e decisões administrativas à jurisprudência assentada, ainda que a questão jurídica tenha sido definida em desfavor do ente público.

Situação análoga ocorre quando a Administração Pública opta pela celebração de convenção de arbitragem e vem a se deparar com posterior decisão arbitral desfavorável. Igualmente nesse caso, cabe ao Poder Público cumprir espontaneamente a decisão arbitral – salvo se verificada alguma das hipóteses de

¹⁰⁰³ VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. A Advocacia Pública e o IRDR: entre o gerenciamento de casos e a formação de precedentes. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em juízo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 513.

¹⁰⁰⁴ NUNES, Dierle; COELHO MARQUES, Ana Luiza Pinto; MACHADO WERNECK; Isadora Tofani Gonçalves; FREITAS, Laura. O perigo da utilização estratégica do IRDR por litigantes habituais e a necessidade dos tribunais refletirem sobre sua cooptação: a proibição do incidente preventivo e o caso Samarco. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). *Panorama atual do novo CPC 2*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 122, 144.

nulidade da sentença do árbitro (artigo 32 da Lei Federal n.º 9.307/1996). No entendimento de Ana Lucia Pretto Pereira e Ana Elisa Pereira, a “derrota da Administração Pública na seara arbitral não significa afronta ao interesse público”, pois somente “significa que o interesse público em favor da Administração não estará presente”.¹⁰⁰⁵

É oportuno ressaltar que o entendimento que sustenta a necessidade de conformação dos atos administrativos à jurisprudência vinculante não traduz engessamento da atividade administrativa, e nem tampouco vulneração à autonomia técnico-funcional dos advogados públicos. É óbvio que, nos casos em que há discussão ainda não consolidada de teses jurídicas ou quando as circunstâncias fáticas, jurídicas e probatórias autorizam o debate sobre as questões controvertidas com real probabilidade de êxito, é dever do procurador público suscitar todos os meios de defesa juridicamente possíveis para a tutela da pretensão da Fazenda Pública.

Além disso, especialmente quando verificadas as possíveis situações de *distinguishing*, *overruling* e *overriding*, o procurador público tem o dever de realizar a “confrontação dos casos”, quando as particularidades do conflito “o tornem diverso daquele paradigma julgado pela Corte Superior, hipótese em que não se aplicará o precedente”.¹⁰⁰⁶ A função dos advogados públicos não é apenas investigar a *ratio decidendi* contida na fundamentação do julgado, mas também, e principalmente, “participar, ativa e argumentativamente, na superação e (re)construção de uma nova *ratio*”.¹⁰⁰⁷

Portanto, a autonomia técnico-funcional do procurador público é expressamente assegurada diante da sua prerrogativa processual de suscitar o afastamento específico do precedente (*distinguishing*), ou mesmo a sua revisão total (*overruling*) ou parcial (*overriding*) – o que contribui, igualmente, para evitar o engessamento da atividade administrativa.

¹⁰⁰⁵ PEREIRA, Ana Lucia Pretto; PEREIRA GIOVANINI, Ana Elisa Pretto. Arbitragem na administração pública brasileira e indisponibilidade do interesse público. *Quaestio Iuris*, v. 10, n. 2, p. 1157, Rio de Janeiro, 2017.

¹⁰⁰⁶ NOLASCO, Rita Dias; SANTOS, Luis Felipe Freind dos. Demandas Repetitivas e a Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 452-453.

¹⁰⁰⁷ RIBEIRO, Rodrigo Araújo. Precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil brasileiro e suas implicações para a Advocacia Pública. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em juízo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 450.

De mais a mais, é recomendável que as normas que disciplinam a dispensa da prática de atos processuais prevejam situações nas quais os procuradores públicos têm o dever de atuar, mesmo diante de um precedente judicial vinculante – o que ocorre, por exemplo, quando há uma situação específica de direito processual e material que pode resultar em um desfecho diverso da controvérsia.

É desaconselhável que os diplomas normativos de dispensa de atos processuais cristalizem a atividade administrativa a ponto de restringir sobremaneira a autonomia técnico-funcional dos procuradores públicos. Como observa Adilson Dallari, é necessário deixar espaço normativo suficiente “que permita um melhor ajustamento às peculiaridades de cada caso e a circunstâncias conjunturais”.¹⁰⁰⁸

Ao contrário do que geralmente se sustenta, é justamente essa atuação judicial e extrajudicial mais racional que produz um ganho de credibilidade da Administração Pública perante o Judiciário. Na medida em que o Poder Público evita a litigiosidade despropositada e excessiva, os magistrados naturalmente passam a respeitar e considerar mais os argumentos e as teses desenvolvidos pelos procuradores públicos em demandas que, realmente, justificam uma discussão mais aprofundada.

Nessa perspectiva, a racionalização da estratégia de atuação dos procuradores públicos é essencial para proporcionar o aprimoramento da qualidade argumentativa e, conseqüentemente, das teses firmadas nas demandas envolvendo o Poder Público. Cabe à Advocacia Pública a responsabilidade de “deixar a posição de observador para se tornar protagonista da criação da jurisprudência”, por meio da “valorização e requalificação dos discursos” que permita um “ambiente profícuo de debate” nos tribunais.

A abstenção da interposição de um recurso perante uma decisão judicial desfavorável pode significar um “não fazer estratégico” que visa justamente ao aprimoramento da atividade contenciosa.¹⁰⁰⁹ A opção por não litigar em controvérsias cuja tese de direito já está consolidada – salvo situações pontuais de alegação de *distinguishing*, *overruling* e *overriding*, por exemplo – permite ao advogado público

¹⁰⁰⁸ DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 221.

¹⁰⁰⁹ OLIVEIRA, Rafael Machado de. Impactos do novo Código de Processo Civil na atuação da Advocacia Pública. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em júízo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 34.

uma “maior concentração de seus esforços em outras questões que ainda se encontrem controvertidas na jurisprudência”.¹⁰¹⁰

Quanto à terceira situação a ser examinada, percebe-se que, também em casos específicos, a autorização para o reconhecimento da procedência da pretensão ou da posição jurídica da outra parte pode igualmente integrar uma política pública de gestão estratégica de processos judiciais.

Essas ocasiões acontecem quando a Administração Pública constata que não tem razão, o que ocorre, por exemplo, quando há erro administrativo verificado na própria esfera administrativa – por ocasião do exercício da prerrogativa de autotutela administrativa que implica a anulação de ato administrativo com efeitos favoráveis ao particular –, ou se a pretensão deduzida pela Fazenda Pública colide com orientação jurisprudencial ou administrativa de caráter vinculante.

Nessas hipóteses, a Administração Pública possui o poder-dever de reconhecer administrativamente o direito do cidadão, independentemente de intervenção judicial, de sorte a evitar inclusive a judicialização de uma demanda com altíssima probabilidade de sucumbência. Consoante leciona Marco Antonio Rodrigues, nas “situações em que se mostra evidente o erro administrativo” ou quando “a questão já se encontra pacificada por julgado com força vinculante”, a insistência em discutir a matéria “perante as diversas instâncias dos tribunais seria antieconômico e ainda prejudicaria o direito do administrado, fim público que também merece tutela”.¹⁰¹¹

Eduardo Talamini aduz que não há se cogitar nem mesmo em violação ao interesse público quando a Administração Pública reconhece que não tem razão, pois sequer interesse público existe para ser perseguido. Segundo o autor, “se não há direito em favor da Administração, não há que se falar em interesse público”. Por conseguinte, é dever do Estado dar cumprimento a um direito em favor do particular, se o próprio “Estado constata que o particular tem um determinado direito em face dele”.¹⁰¹²

O mesmo Eduardo Talamini, ao comentar sobre “a (in)disponibilidade do interesse público”, corrobora que a “Administração Pública não está dispondo, ‘abrindo mão’, do interesse público quando dá cumprimento a direito alheio”, ainda que não haja

¹⁰¹⁰ NOLASCO, Rita Dias; SANTOS, Luis Felipe Freind dos. Demandas Repetitivas e a Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 452.

¹⁰¹¹ RODRIGUES, Marco Antonio. Prefácio ao CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 11-12.

¹⁰¹² TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia. *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 340-342.

determinação ou processo judicial. A submissão do Poder Público à legalidade produz a conclusão de que “cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado é *atender ao interesse público*”.

E esse dever de efetivar direitos e reconhecer a ausência de razão subsiste à Administração Pública mesmo depois de instaurado eventual processo judicial, tendo em vista que a judicialização da questão não consiste em um subterfúgio para a postergação ou o inadimplemento de obrigações. Dito de outro modo, o encaminhamento da questão para o Judiciário não tem o “condão jurídico-material de mudar os parâmetros da legalidade” ou de flexibilizar “os critérios do correto agir público”.¹⁰¹³

Em outra oportunidade, Eduardo Talamini e Eduardo Franzoni ratificam que o Poder Público, “ao constatar que não tem razão em dado conflito, tem o *dever* de submeter-se aos parâmetros da legalidade”. Nessa situação, compete à Administração Pública dar cumprimento ao direito do particular, “sem que precise receber uma ordem judicial para tanto”, mas contanto que se observe o “devido processo administrativo”. O princípio da boa-fé impõe uma obrigação, e não uma mera faculdade à Administração Pública, na medida em que, se ela “constata que a posição jurídica do particular é correta, não lhe é dado valer-se de artifícios ou subterfúgios para subtrair-se ao cumprimento do dever ali extraível”.¹⁰¹⁴

Com a mesma linha de raciocínio, Leonardo Carneiro da Cunha registra que “a Administração Pública, uma vez constatando que não tem razão em determinado conflito, tem o dever de dar cumprimento ao direito da parte contrária”. Como ressalta o autor, já que “não há direito em favor do Poder Público, não se pode falar em interesse público, justamente porque atender ao interesse público é cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado”. E mais, como expressão dos “princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade”, o direito do particular é passível de reconhecimento e cumprimento na própria instância administrativa, sendo prescindível

¹⁰¹³ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 277-283, destaques no original.

¹⁰¹⁴ TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 572, destaque no original.

qualquer decisão judicial, mas “desde que observado o devido processo administrativo”.¹⁰¹⁵

Rafael Schwind e Marina Kukiela, adotando orientação análoga, também afirmam que “a Administração Pública pode (e deve) reconhecer espontaneamente o direito de um terceiro, quando for claro que ela não tem razão”. Nessa situação, não está configurada qualquer forma de abdicação do interesse público, tendo em vista que “cumprir deveres e reconhecer (e respeitar) direitos dos particulares é justamente atender ao ‘interesse público’”. Da mesma forma, não há qualquer tipo de renúncia a direito ou pretensão pertencente ao Estado, exatamente porque “esse direito ‘da Administração’ pode nem existir na situação concreta”.¹⁰¹⁶

Por seu turno, Ana Lucia Pretto Pereira e Ana Elisa Pereira igualmente ressaltam que, se o Poder Público identifica “que o interesse em jogo não pertence à administração pública e que se trata de pretensão infundada, deverá reconhecer e respeitar os direitos do administrado”, independentemente de processo judicial ou de acesso à instância arbitral. Nessas situações, o reconhecimento administrativo significa atendimento ao interesse público e “respeito à legalidade e à moralidade administrativas”.¹⁰¹⁷

Outrossim, Luciane Moessa de Souza destaca que o Poder Público “jamais deveria buscar a vitória em juízo quando sabe (ou deveria saber) que falhou no desempenho de sua função, vindo a violar direitos” dos cidadãos. Segundo a autora, a importância da atividade contenciosa exercida pela Advocacia Pública é “bem diferente da vergonhosa defesa das ações e omissões ilegais do Poder Público”.

Sendo assim, torna-se premente a superação do entendimento segundo o qual não é possível ao procurador público reconhecer o equívoco administrativo ou o cometimento de ilícito pelo Poder Público. Pelo contrário, uma visão democrática de Advocacia de Estado não permite que a Administração Pública defenda os seus erros em juízo, “de modo que a única atitude jurídica e moralmente aceitável seria o

¹⁰¹⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 42 – Reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública*, 2014. Disponível em: <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinio/opinio-42-reconhecimento-da-procedencia-do-pedido-pela-fazenda-publica/>. Acesso em: 25 set. 2018.

¹⁰¹⁶ SCHWIND, Rafael Wallbach; KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da Administração Pública: comentários ao artigo 174 do novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 329-330.

¹⁰¹⁷ PEREIRA, Ana Lucia Pretto; PEREIRA GIOVANINI, Ana Elisa Pretto. Arbitragem na administração pública brasileira e indisponibilidade do interesse público. *Quaestio Iuris*, v. 10, n. 2, p. 1157, Rio de Janeiro, 2017.

reconhecimento e reparação imediata de cada situação ilícita tão logo ela seja descoberta”.¹⁰¹⁸

De fato, nos casos em que há alto grau de probabilidade de sucumbência do Poder Público na demanda (v.g., se a pretensão do particular está em consonância com precedente judicial vinculante), ou quando o Poder Público verifica que não tem razão ou constata a existência de erro administrativo, o reconhecimento pelo Estado da procedência do pedido deduzido pelo particular não tem o condão de acarretar ofensa ao interesse público. A mesma situação ocorre quando a Administração Pública deixa de interpor recurso em face de decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, de maneira a permitir a estabilização do provimento antecipatório com alto grau de probabilidade do direito.¹⁰¹⁹

Nesses casos, não se pode dizer que a opção estratégica por não litigar equivalha à renúncia ou disposição de direito ou interesse público indisponível. Compete à Administração Pública agir, em juízo ou fora dele, com vistas a buscar a solução mais eficiente e adequada das suas controvérsias, em respeito às situações jurídicas consolidadas dos particulares.

O emprego de “comportamentos cooperativos”¹⁰²⁰ e de boa-fé é uma obrigação de qualquer advogado, inclusive do procurador público (artigos 5º; 6º; e 77, II e III, do CPC). A indisponibilidade do interesse público “não significa que o Estado deve perseguir a todo custo benefícios para si próprio”, nem tampouco pode servir de pretexto para impedir que o Estado reconheça e cumpra espontaneamente direitos alheios.¹⁰²¹ Definitivamente, a escolha pela litigiosidade “perdida” e meramente procrastinatória não se coaduna com a defesa dos interesses públicos e com os princípios consagrados na ordem constitucional.

¹⁰¹⁸ SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 89.

¹⁰¹⁹ GOMES, Frederico Augusto. Estabilização da tutela antecipada antecedente contra o Poder Público. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 289.

¹⁰²⁰ TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 177-180.

¹⁰²¹ GOMES, Frederico Augusto. Estabilização da tutela antecipada antecedente contra o Poder Público. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 288.

É oportuno salientar que alguns entes e entidades públicos já vêm adotando uma política pública de racionalização da gestão estratégica no âmbito das suas respectivas procuradorias públicas.

No Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), por exemplo, a Portaria Conjunta da Advocacia-Geral da União e do Ministério da Previdência Social n.º 08 criou, no ano de 2008, o “Programa de Redução de Demandas Judiciais do INSS”, com o objetivo de “promover a redução da litigiosidade em face do Instituto através da adoção de medidas que permitam a identificação de conflitos jurídicos em matéria previdenciária e sua eliminação através do aprimoramento das normas e procedimentos de concessão de benefícios previdenciários”. Posteriormente, a Portaria Conjunta n.º 128, de 17 de novembro de 2008, constituiu o grupo de trabalho denominado “GT – Prevenção de Demandas”, com a finalidade de “promover estudos e propor medidas visando à prevenção de demandas judiciais e redução do nível de litigiosidade em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS”.

Já no Estado de São Paulo, a Resolução da Procuradoria-Geral do Estado n.º 25, de 18 de novembro de 2015, instituiu o programa “Litigar Menos e Melhor”. Dentre as ações previstas no artigo 2º para o fim de reduzir a litigiosidade e racionalizar as atividades contenciosas, destaca-se:

a) “identificação de matérias em que as teses de defesa apresentadas pelo poder público em juízo têm sido majoritariamente rechaçadas, autorizando a dispensa de interposição de recursos” (inciso I);

b) “estudo e apresentação de propostas de alteração da jurisprudência administrativa, inclusive mediante alteração legislativa, se o caso”, nas hipóteses acima mencionadas (inciso II);

c) “racionalização da atuação em demandas repetitivas” (inciso III);

d) “atuação específica para buscar a uniformização das decisões judiciais” (inciso IV);

e) “aperfeiçoamento de mecanismo de identificação de litispendência, evitando condenações judiciais ao Poder Público e reduzindo demandas” (inciso V);

f) “identificação e monitoramento das repercussões gerais e recursos repetitivos pendentes de julgamento nos tribunais superiores, em temas com maior foco de litigiosidade, adotando as gestões possíveis para compatibilização do resultado dos julgamentos com as teses fazendárias” (inciso VI);

g) “atuação em procedimentos arbitrais de interesse da Fazenda Pública” (inciso VII);

h) “aprofundamento de práticas de conciliação, inclusive com a implementação de Câmara de Conciliação para buscar solução de controvérsias de natureza jurídica entre entidades de Administração Estadual, em sede administrativa” (inciso VIII);

i) “atuação estratégica junto aos tribunais, especialmente superiores, para buscar acelerar o julgamento de temas repetitivos” (inciso IX);

j) “aprimoramento da atuação em ações coletivas, estabelecendo procedimento padrão e estudo sobre possibilidade de acordos” (inciso X);

k) “estudo e viabilização de protestos de acordos extrajudiciais e judiciais inadimplidos” (inciso XI);

l) “gestões junto aos órgãos da Administração em relação aos quais há dados indicativos de excessiva litigiosidade para eventual revisão da forma de proceder, bem como instando-os a analisar a viabilidade de adoção de serviço de orientação ao cidadão, evitando a judicialização” (inciso XII);

m) “capacitação dos procuradores e desenvolvimento de trabalho sintonizado com os demais órgãos locais da Administração” (inciso XIII);

n) “mapeamento das ações civis públicas envolvendo políticas públicas, com discriminação do seu objeto, andamento processual, chance de êxito ou possibilidade de reversão do julgado ou atendimento do pedido”, avaliando “eventual proposta de realização de termo de ajustamento de conduta (TAC) ou acordo judicial” (inciso XIV).

No Estado de Santa Catarina, por sua vez, o programa “Redução de Litigiosidade” desenvolvido no âmbito da respectiva Procuradoria-Geral do Estado tem como escopos “o estudo, a proposição, a implementação e o monitoramento de um conjunto de medidas legislativas, administrativas e judiciais destinadas a prevenir, diminuir e erradicar conflitos jurídicos envolvendo a administração pública estadual”. Os principais propósitos desse programa são:

a) “A pacificação das relações entre o poder público e seus administrados, servidores, contribuintes e colaboradores”;

b) “A racionalização dos serviços jurídicos da Procuradoria Geral do Estado”;

- c) “A diminuição e eliminação de perdas financeiras e de custos operacionais associados ao excesso de litigância”;
- d) “O respeito espontâneo aos direitos alheios por parte do poder público”;
- e) “A cooperação com a administração do Poder Judiciário e seus esforços de melhoria da prestação jurisdicional”.¹⁰²²

Enfim, a racionalização da gestão estratégica do passivo de processos judiciais pelos órgãos da Advocacia Pública contribui para uma mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos pautada no respeito aos precedentes judiciais e administrativos, no atendimento aos interesses públicos discutidos nos casos concretos, na concretização de princípios constitucionais e no cumprimento de direitos já reconhecidos de particulares.

A prevenção da judicialização desnecessária e o gerenciamento de casos, a partir de uma atuação uniforme e coerente dos advogados públicos, têm o condão de diminuir os impactos econômicos ao erário público provenientes de condenações judiciais que poderiam ter sido evitadas na instância administrativa.

6.1.4 A solução adequada dos conflitos: o emprego de métodos integrados e a institucionalização de instâncias administrativas de autocomposição

Além da prevenção da judicialização desnecessária e do emprego de técnicas de gestão racional de processos judiciais, também a utilização pela Administração Pública de métodos adequados de solução de conflitos já instaurados, seja na instância judiciária ou na esfera extrajudicial, está inserida na cultura jurídica de tratamento de disputas proposta nesta tese.

O atual cenário de crise da justiça demonstra que “não é mais possível pensar na solução dos conflitos que envolvam a Administração Pública apenas por meio da solução imposta pelo Poder Judiciário”.¹⁰²³ O número excessivo de demandas pendentes de julgamento, a demora desarrazoada na tramitação dos processos judiciais e as deficiências do serviço público jurisdicional no enfrentamento de controvérsias massificadas atestam a incapacidade de a jurisdição estatal oferecer uma proteção jurídica adequada, efetiva e tempestiva aos direitos dos cidadãos.

¹⁰²² Disponível em: <http://www.pge.sc.gov.br/index.php/27-reducao-da-litigiosidade>. Acesso em: 25 set. 2018.

¹⁰²³ RODRIGUES, Marco Antonio. Prefácio ao CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 11.

Nessa quadra, a adoção de meios integrados de solução de conflitos, aliada à criação de espaços administrativos de promoção da autocomposição, aparecem como medidas indispensáveis para o aperfeiçoamento da tutela de pretensões e direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. A institucionalização de uma política pública de adequado tratamento das contendas envolvendo a Administração Pública e os cidadãos viabiliza a satisfação de interesses públicos, a materialização de princípios constitucionais e a concretização de direitos e garantias fundamentais, além de gerar expressiva economia ao erário público decorrente da diminuição da quantidade de condenações judiciais evitáveis.

O atendimento a interesses públicos aferíveis *in concreto* perpassa pela necessidade de uma atividade administrativa mais eficiente e adequada. O desfazimento do “mito de que a indisponibilidade do interesse público teria aptidão para impedir a realização de acordos pelos entes públicos”¹⁰²⁴ é essencial para ampliar as possibilidades de “soluções negociadas” de conflitos envolvendo o Estado.¹⁰²⁵

O “princípio da indisponibilidade do interesse público” não representa impedimento intransponível ao emprego da via consensual.¹⁰²⁶ Pelo contrário, é justamente a tutela de interesses públicos discutidos no caso concreto que pode vindicar a utilização de meios adequados de solução de conflitos, tanto na própria instância judiciária, como também no espaço administrativo ou na esfera da arbitragem.

Por conseguinte, a “quebra do mito de intransigibilidade” na atuação da Advocacia Pública permite a “transformação de uma cultura de litigiosidade em uma cultura da paz”, possibilitando ainda a “introspecção nas suas unidades internas do sistema multiportas, como forma de resolução de conflitos”.¹⁰²⁷ A adoção de métodos como a negociação, a mediação e a conciliação abre espaço para a consolidação da noção de Administração Pública consensual.

¹⁰²⁴ PEIXOTO, Ravi. Primeiras impressões sobre os meios consensuais de resolução de conflitos pelo poder público e as alterações promovidas pelo CPC/2015 e pela Lei 13.140/2015. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 351.

¹⁰²⁵ TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 178.

¹⁰²⁶ RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 368-369.

¹⁰²⁷ MOURA, Grégore Moreira de; FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. As prerrogativas da Advocacia Pública: um olhar sobre a Advocacia Pública Federal. *Revista da Advocacia Pública Federal*, v. 1, n. 1, p. 168, 172, Brasília: ANAFE, 2017.

Conforme destaca Priscilla Costa Correa, a aplicação dos meios consensuais de solução de conflitos no âmbito do direito público “pode contribuir para prevenção e equacionamento de conflitos que possam gerar demandas repetitivas”. A aceitação da multiplicidade de métodos de solução de disputas permite “monitorar a formação de conflitos com tendência multiplicativa”, além de fortalecer o “diálogo interinstitucional” entre o Poder Público e o Judiciário. Com isso, a “adoção do sistema multiportas” pela Administração Pública pode implicar um “avanço no trato das demandas repetitivas”, na medida em que propicia a identificação das demandas “que apresentam perfil para a solução consensual”.¹⁰²⁸

É oportuno ressaltar que a defesa do emprego de métodos integrados pela Administração Pública não significa que todos os conflitos envolvendo o Estado e os cidadãos devem ser resolvidos de forma autocompositiva ou fora do Judiciário. A ideia da *adequação* pressupõe exatamente que são as particularidades do caso concreto, ou a natureza do direito material em discussão, que podem reclamar o emprego de uma técnica “alternativa” à jurisdição estatal.

Nessa ótica, podem existir peculiaridades na situação *in concreto* que recomendam a composição da contenda pelo Poder Público – é o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses já mencionadas em que a Administração Pública reconhece que não tem razão, ou quando verifica que a pretensão do particular está em conformidade com precedente administrativo ou judicial de natureza vinculante.

Conforme já foi explicitado em oportunidade anterior, o caráter disponível ou não de um direito tem a ver com a natureza ou característica da relação de direito material, e não guarda relação direta com o método escolhido para a solução de eventual conflito no qual esse direito esteja em discussão. A indisponibilidade do direito material não corresponde à absoluta necessidade de provocação da jurisdição estatal, e nem tampouco inviabiliza o emprego de mecanismos consensuais de solução de disputas.

De maneira semelhante, a disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público “não encontra correlação” com a disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais.¹⁰²⁹ Dito de outro modo, a “indisponibilidade do interesse público”

¹⁰²⁸ CORREA, Priscilla Pereira Costa. Meios consensuais de solução de conflitos e demandas repetitivas de direito público: um desafio a ser enfrentado. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (Coord.). *As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), 2016, p. 21-25.

¹⁰²⁹ Por todos, conferir: LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 133-134.

não se confunde com a “disponibilidade de direitos patrimoniais de titularidade do Estado”. Sendo assim, ainda nas disputas que envolvam “matérias de expressão social”, é possível visualizar um “espaço reservado à arbitragem”,¹⁰³⁰ ou a possibilidade do emprego da mediação ou da conciliação – nessas hipóteses, caso se trate de direito, disponível ou indisponível, que admita transação.

Como já dito alhures, o artigo 3º da Lei Federal n.º 13.140/2015 e o artigo 334, §4º, II, do CPC permitem concluir que a expressão “direitos que admitem a autocomposição” é mais abrangente e engloba tanto os “direitos disponíveis” como os “direitos indisponíveis”.¹⁰³¹ A natureza do direito material (disponível ou não) não se relaciona de forma imediata e direta com a instância de solução do correspondente conflito (judicial ou extrajudicial, heterônomo ou autocompositivo), sendo certo que o aspecto da indisponibilidade do direito material não implica a necessidade do seu acerto exclusivamente por meio do método adjudicatório estatal.

Com isso, a disponibilidade ou não do direito material (ou do bem público) é irrelevante para possibilitar o emprego de métodos consensuais ou da via arbitral. O elemento determinante para a arbitrabilidade é que a pretensão de tutela judiciária seja disponível, independentemente da natureza do direito material em discussão.¹⁰³² Outrossim, a autocomposição é possível tanto nos casos de direitos disponíveis ou indisponíveis, desde que sejam transigíveis. Essas afirmações, definitivamente, não significam desprezar a existência de bens públicos indisponíveis.

Ao perquirir sobre o real significado da expressão “direitos patrimoniais disponíveis” contida no artigo 1º, *caput* e §1º, da Lei Federal n.º 9.307/1996, Eduardo Talamini ressalta que a “disponibilidade” do direito material não possui vínculo direto com o aspecto de sua renunciabilidade. A interpretação mais adequada dos citados dispositivos legais é aquela que relaciona a “disponibilidade” do direito material com a viabilidade do seu acerto pelas próprias partes, isto é, a possibilidade de solução de eventual conflito sem a indispensabilidade da intervenção do Judiciário, e inclusive na esfera extrajudicial. É por isso que, segundo o autor, a arbitragem é cabível sempre

¹⁰³⁰ CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 105.

¹⁰³¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 295-297.

¹⁰³² TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 577-580.

que “a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo”.

Já o caráter patrimonial do direito não se relaciona apenas quanto ao seu “valor econômico”. Diferentemente, a “patrimonialidade” do direito, para fins de arbitragem, “também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico”.¹⁰³³

Já Kaline Ferreira afirma que o artigo 1º, *caput* e §1º, da Lei Federal n.º 9.307/1996, ao limitar a possibilidade de emprego da arbitragem pela Administração Pública apenas para os casos de “direitos patrimoniais disponíveis”, incorre em “séria contradição”. Segundo a autora, se é possível o emprego da via arbitral entre particulares para a resolução de litígios que versam sobre direitos indisponíveis – tendo em vista a revogação do artigo 25 da Lei Federal n.º 9.307/1996 pela Lei Federal n.º 13.129/2015 –,¹⁰³⁴ não há motivos para se manter parcialmente “o dogma da exclusividade da jurisdição estatal” quando se trata de direito indisponível de titularidade da Administração Pública.

Nesse sentido, revela-se como uma falta de “coerência ao legislador” instituir uma “profunda diferenciação de tratamento” entre as arbitragens envolvendo particulares e o Poder Público, pois não se está em discussão o sujeito titular do direito, mas sim a natureza do direito em discussão. Por essa razão, a autora aduz que é no mínimo “curiosa” a opção legislativa pelo “engessamento” da Administração Pública, a qual, injustificadamente, “não poderá se valer da arbitragem quando o conflito versar sobre direito indisponível”.¹⁰³⁵

Dessa forma, o tipo de disputa e a natureza do direito material em discussão podem sugerir a mediação ou a arbitragem como os mecanismos mais adequados para a satisfação dos interesses públicos concretamente verificados. Especialmente em controvérsias envolvendo discussão sobre o inadimplemento de obrigações contratuais,

¹⁰³³ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia. *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 343-345.

¹⁰³⁴ O revogado artigo 25 da Lei Federal n.º 9.307/1996 previa que “Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral”. Dessa forma, como não há mais a obrigação de remessa pelo árbitro da disputa ao Judiciário, torna-se possível o emprego da arbitragem entre particulares para dirimir conflitos sobre direitos indisponíveis, desde que admitam transação.

¹⁰³⁵ FERREIRA, Kaline. A autocomposição e a arbitragem envolvendo entes públicos: novos enfrentamentos para o advogado público. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em juízo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 680.

os efeitos patrimoniais resultantes do exercício da atividade administrativa, e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo, não se vislumbra impedimento para que se empregue a autocomposição ou se provoque a via arbitral para a apropriada resolução da disputa.¹⁰³⁶

A arbitragem também se revela cabível para dirimir casos de alta complexidade técnica,¹⁰³⁷ não se mostrando pertinente sustentar “a obrigatoriedade de recurso ao Poder Judiciário como única alternativa”. O reconhecimento da “aplicabilidade do juízo arbitral em matéria administrativa” se mostra necessário considerando a existência de um “campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem é recomendável como alternativa ao litígio judicial”.¹⁰³⁸

Observe que o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do aludido Conflito de Competência n.º 139519/RJ, afirmou a “convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público”. Segundo o correto entendimento da referida corte, “A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica”.¹⁰³⁹

Todavia, a indisponibilidade do direito material se mostra importante para a definição do tipo de arbitragem (artigo 2º da Lei Federal n.º 9.307/1996). Isso porque a

¹⁰³⁶ SILVA, Leonardo Rodarte de Almeida e. A consagração da mediação no NCPC para solução de controvérsias inerentes ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em juízo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 732-739.

¹⁰³⁷ Além da arbitragem, também as “medidas estruturantes” (ou “processos estruturantes”) vêm se mostrando como uma tentativa para a solução de conflitos de alta complexidade, geralmente os de natureza coletiva (ou “multifocal”). Nesse caso, busca-se a criação de “entidades de infraestrutura específica para dar cumprimento a negócios jurídicos e decisões judiciais”, viabilizando um planejamento específico e estrutural que permita a adaptação dos “esquemas de compensação e modelos de procedimento” à alta complexidade fática ou jurídica do caso (CABRAL, Antonio do Passo; ZANETTI JR., Hermes. *Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil*, 2018, p. 1 *et seq.* Disponível em: http://www.academia.edu/37368086/Entidades_de_infraestrutura_espec%C3%ADfica_para_a_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_coletivos_as_claims_resolution_facilities_e_sua_aplicabilidade_no_Brasil_Claims_resolution_facilities_and_their_applicability_in_Brazilian_Law_. Acesso em: 26 set. 2018; FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. 224 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 9-31).

¹⁰³⁸ MUSETTI GROTTI, Dinorá Adelaide. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 661-662.

¹⁰³⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONFLITO DE COMPETÊNCIA: CC 139.519/RJ, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relatora p/ Acórdão Ministra Regine Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe 10/11/2017.

arbitragem “de equidade” se relaciona, em certa medida, à disponibilidade do direito material em discussão. Por essa razão, o §3º do artigo 2º da Lei Federal n.º 9.307/1996, a fim de evitar questionamentos quanto à possível violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público – no sentido de irrenunciabilidade do direito material à luz do direito positivo –, estatui que “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito”.¹⁰⁴⁰

Além da escolha do método adequado, também a instância de solução de conflito é extremamente relevante. É por isso que a institucionalização de espaços administrativos de autocomposição integra uma noção de administração pública que lida adequadamente com a resolução de suas controvérsias.

Nesse sentido, o artigo 32 da Lei Federal n.º 13.140/2015 e o artigo 174 do CPC consubstanciam dispositivos legais de significativa importância, na medida em que constituem o “marco legal” que “exibe a força da Advocacia Pública na mediação e na prevenção de litígios”.¹⁰⁴¹ A obrigatoriedade da criação de câmaras de prevenção, de mediação e de conciliação destinadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo integra uma política pública que estimula a promoção da autocomposição e proporciona o cumprimento espontâneo de direitos dos cidadãos na esfera extrajudicial.

Rafael Schwind e Marina Kukiela observam que os citados dispositivos visam a “incentivar e regulamentar o uso de meios autocompositivos” na administração pública. A determinação legal para a criação das câmaras de conciliação e mediação institucionaliza “a prática da transação como uma solução efetivamente útil e eficiente para a resolução de conflitos que envolvam o poder público”.

Os autores destacam que a “Administração Pública, mesmo tutelando interesses públicos, não precisa resolver os seus conflitos necessariamente perante o

¹⁰⁴⁰ Rafael Munhoz de Mello ressalta que em Portugal, diversamente do que ocorre no Brasil, os doutrinadores vêm “admitindo o julgamento por equidade na arbitragem envolvendo a Administração Pública” (MELLO, Rafael Munhoz. Arbitragem e Administração Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, n. 6, p. 68, 2015). A mesma ressalva quanto ao direito português é realizada por Federico Nunes de Matos, o qual, indo além, conclui que, mesmo no Brasil, “é possível afirmar, em tese, a viabilidade jurídica da utilização da arbitragem de equidade pela administração pública, desde que expressamente autorizada por lei específica” que autorize “a administração pública a recorrer à arbitragem *ex aequo et bono*” (MATOS, Federico Nunes de. *Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação*. 2017. 478 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 355-364).

¹⁰⁴¹ MOURA, Grégore Moreira de. As formas alternativas de resolução de conflitos e a Advocacia Pública. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em júízo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 699.

Poder Judiciário”, tendo em vista a aplicação do “princípio da não-necessariedade de intervenção jurisdicional”. Isso quer dizer que “não há, para o Estado, nenhuma exigência de resolver seus conflitos unicamente através da intervenção jurisdicional”.¹⁰⁴²

De acordo com o artigo 32 da Lei Federal n.º 13.140/2015, as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, possuem as seguintes competências: a) “dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública”; b) “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público”; c) “promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

Por seu turno, o artigo 174 do CPC prevê que as câmaras de mediação e conciliação possuem “atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo”, tais como: a) “dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública”; b) “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública”; c) “promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

Considerando uma política legislativa de estímulo à solução consensual de conflitos, não há dúvidas de que o rol previsto nesses dispositivos legais é meramente exemplificativo (*numerus apertus*), e não exaustivo (*numerus clausus*). Assim sendo, não há impedimento para que as câmaras de prevenção, mediação e conciliação atuem em matérias diversas ou exerçam outras atividades relacionadas à adoção de mecanismos autocompositivos de solução de disputas.¹⁰⁴³

Cumprido ressaltar ainda que a previsão das câmaras de mediação e conciliação não significa que a Administração Pública somente poderá realizar transações na instância administrativa.¹⁰⁴⁴ É óbvio que a celebração de acordos se

¹⁰⁴² SCHWIND, Rafael Wallbach; KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da Administração Pública: comentários ao artigo 174 do novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 329, 338.

¹⁰⁴³ PEIXOTO, Ravi. Primeiras impressões sobre os meios consensuais de resolução de conflitos pelo poder público e as alterações promovidas pelo CPC/2015 e pela Lei 13.140/2015. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 355.

¹⁰⁴⁴ SCHWIND, Rafael Wallbach; KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da Administração Pública: comentários ao artigo 174 do novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 337.

mantém possível também na esfera judiciária, respeitados os limites e possibilidades estatuídos em legislação específica do respectivo ente federativo.

De mais a mais, a imposição legal de instituição das câmaras de mediação e conciliação não equivale à criação de uma etapa pré-processual obrigatória e exauriente para a resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. A rigor, não parece pertinente defender que o cidadão apenas pode provocar o órgão judiciário depois de esgotada a tentativa de composição na instância administrativa.¹⁰⁴⁵

Ao mesmo tempo em que a garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição) não corresponde a um “cheque em branco” para a judicialização excessiva (“excesso de acesso à jurisdição”),¹⁰⁴⁶ ela igualmente não autoriza a exigência de uma fase antecedente ao exercício do direito fundamental de acesso ao Judiciário que imponha o exaurimento da instância administrativa – até porque a facultatividade é inerente à autocomposição.

Nessa perspectiva, é importante pontuar a diferenciação realizada pelo STF por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 631240/MG. Ao determinar a necessidade de formulação de prévio requerimento administrativo para o ajuizamento de ações contra o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), a Suprema Corte destaca que “a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas”.

Isso porque, “considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível”, cabe ao segurado buscar a resolução administrativa de sua pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício previdenciário nas hipóteses em que a referida autarquia possui orientação administrativa a seu favor. Por outro lado, se o entendimento do INSS for “notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado”, não há se falar em exigência de

¹⁰⁴⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 394-395, 445.

¹⁰⁴⁶ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. Judicialização das relações sociais e desigualdade de acesso: por uma reflexão crítica. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da; ANDRADE, Oyama Karyna Barbosa (Coord.). *Justiça do Século XXI*. São Paulo: LTr, 2014, p. 63; ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do “excesso de acesso à justiça”. *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI*. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, Universidade Federal Fluminense – UFF. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 142-170.

prévio requerimento administrativo, sendo permitido ao segurado formular seu pedido diretamente em juízo.¹⁰⁴⁷

Embora tenha havido a instituição de uma condição para o regular exercício do direito de ação e para a caracterização do interesse processual, a tese firmada pelo STF não se mostra ofensiva à garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Diversamente, o precedente busca estimular a composição administrativa de disputas, em caráter preventivo, nas hipóteses em que a simples apresentação de requerimento administrativo é suficiente para a efetivação imediata do direito do cidadão com a consequente pacificação da controvérsia.

Destarte, a expansão do emprego dos meios consensuais e a criação das câmaras de prevenção, conciliação e mediação retratam indicativos de que cabe ao Estado combater os efeitos deletérios da judicialização excessiva das disputas. A promoção da autocomposição, além de atender ao interesse meramente econômico da Fazenda Pública de evitar o prolongamento desnecessário de situações conflituosas, contribui para a pacificação social, para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e para a materialização do princípio da eficiência administrativa. A “utilização responsável do sistema judiciário pela Advocacia Pública”¹⁰⁴⁸ é indispensável para o bom funcionamento do sistema jurídico de resolução de disputas.

6.2 Manifestações normativas e empíricas

Embora ainda de forma incipiente, a real transformação da cultura jurídica de tratamento de conflitos pela Administração Pública, conforme hipótese proposta neste trabalho, já é passível de gradual verificação na legislação nacional e na prática jurídica. A adoção de um modelo de Administração Pública consensual, na qual há o estímulo e a expansão de meios de prevenção, gestão e resolução adequada de conflitos, denota uma tendência de caráter irreversível.

O sistema jurídico brasileiro, com acerto, vem enfrentando o tema de forma corajosa e muitas vezes inovadora. É possível visualizar manifestações normativas e empíricas de testagem da hipótese proposta nesta tese sob duas vertentes, a saber: a) o

¹⁰⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 631240/MG, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, DJ 10/11/2014.

¹⁰⁴⁸ FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o Novo Código de Processo Civil. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 247.

exame dos incentivos normativos contidos em alterações legislativas direcionadas a estimular o emprego dos meios adequados de solução dos conflitos; b) a análise de experiências práticas efetivadas por órgãos da Administração Pública que demonstram o emprego de técnicas preventivas, gerenciais e de resolução consensual e extrajudicial de controvérsias, implicando benefícios diretos e indiretos à sociedade e aos entes e entidades públicos envolvidos.

6.2.1 O microsistema brasileiro de incentivo ao emprego dos meios adequados de solução de conflitos

De maneira geral, é comum o entendimento de que a “melhor forma de resolver os litígios é certamente uma maneira harmonizada de colocar fim a uma disputa sem a imposição de uma decisão por um terceiro, e graças aos esforços das próprias partes em conflito”.¹⁰⁴⁹ A tendência da atual legislação brasileira certamente é de abraçar essa concepção.

De fato, as recentes alterações legislativas nacionais vêm sendo editadas em consonância com a ideia de institucionalização de uma cultura jurídica de tratamento dos conflitos que estimule a adoção dos *alternative dispute resolution*. A normatização pertinente consagra, indubitavelmente, uma política pública de “indução da consensualidade”.¹⁰⁵⁰

É cabível sustentar que já há, no Brasil, um *microsistema jurídico* de incentivo normativo ao emprego dos meios adequados de solução de conflitos, o qual visa a ampliar o acesso à justiça não apenas por instâncias jurisdicionais, mas também por vias “desjudicializadas”. Trata-se, nas palavras de Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha, de um “modelo multifacetário dos meios de solução de disputas”.¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁹ FERREIRA, Kaline. A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público: o que mudou depois da lei de mediação? *Revista dos Tribunais*, v. 982, ano 106, p. 330, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, agosto 2017.

¹⁰⁵⁰ CURY, Cesar Felipe. Mediação. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multipostas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 500.

¹⁰⁵¹ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de Disputas (*Collaborative Law*): “Mediação sem Mediador”. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multipostas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 724.

Para tanto, é oportuno destacar os inúmeros diplomas legislativos e atos normativos que formam esse microsistema brasileiro de incentivo ao emprego dos meios adequados de solução de conflitos.

O vigente CPC consagra, como uma das *normas fundamentais* do processo civil brasileiro, o estímulo à autocomposição das controvérsias, inclusive por meios extrajudiciais e não-adjudicatórios.

Nos seus §§2º e 3º do artigo 3º, o CPC valoriza a *consensualidade*, ao dispor, respectivamente, que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Igualmente, a realização de audiência de conciliação ou de mediação constitui a regra geral do procedimento civil (artigos 334 e seguintes). Tanto é assim que, para que não haja a referida audiência, é necessária a ressalva expressa do autor na petição inicial, ou do réu por meio de petição simples, demonstrando o seu desinteresse na autocomposição (artigo 334, §5º). Caso contrário, a audiência ocorrerá, sendo que a ausência injustificada de quaisquer das partes será considerada como um “ato atentatório à dignidade da justiça”, passível de ser “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” (artigo 334, §8º).

Outrossim, o CPC impõe, aos tribunais, a obrigação de criar “centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição” (artigo 165). A codificação processual prevê ainda alguns requisitos de profissionalização, habilitação, capacitação e credenciamento de conciliadores e mediadores, bem como a necessidade de inscrição de câmaras privadas de conciliação e mediação em cadastros oficiais no âmbito do Judiciário (artigo 167).

Segundo o artigo 166 do CPC, a conciliação e a mediação são informadas pelos seguintes princípios: independência; imparcialidade; autonomia da vontade; confidencialidade; oralidade; informalidade; e decisão informada. A livre autonomia privada das partes é expressada, por exemplo, pela definição por elas das regras do procedimento autocompositivo, assim como pelo controle do fluxo de informações

confidenciais. Para a obtenção da solução consensual, permite-se a aplicação de técnicas de negociação que favoreçam a autocomposição.

As diferenças entre a mediação e a conciliação estão previstas nos §§2º e 3º do artigo 165. Conforme a codificação processual, a conciliação é preferencialmente utilizada “nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes” (v.g., acidente entre veículos automotores), sendo cabível ao conciliador “sugerir soluções para o litígio” desde que não haja “a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”.

Já a mediação é adequada para os “casos em que houver vínculo anterior entre as partes” (v.g., ações envolvendo direitos sucessórios ou de família), sendo papel do mediador auxiliar as partes “a compreender as questões e os interesses em conflito”. O objetivo é que os próprios interessados “possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”.

Na mediação, os próprios interessados alcançam a solução consensual e reciprocamente benéfica por meios próprios, na proporção em que o mediador é um mero facilitador da comunicação que não intervém no desfecho do imbróglio. Na conciliação, por seu turno, as partes alcançam o consenso por meio de uma atuação propositiva do conciliador, o qual interfere no procedimento autocompositivo ao sugerir diversas formas para a solução da disputa.

Na realidade, é extremamente difícil distinguir, na prática, quais conflitos são mais adequados à mediação e quais são mais apropriados à conciliação. Mais do que isso, é bastante dificultoso discriminar quais são as diferenças reais entre a atividade do mediador e a do conciliador.

Com essa abordagem, Jordi Nieva-Fenoll salienta que o conceito de mediação é de fácil compreensão e quase desprovido de dificuldade dogmática. A discussão ocorre não na sua conceituação, mas na sua diferenciação em cotejo com a conciliação, considerando que, em ambas as hipóteses, é necessária a participação de um terceiro no bojo de uma controvérsia surgida entre ao menos dois disputantes.

O núcleo do problema acerca dessa distinção se situa na forma ou no conteúdo da participação do terceiro. A palavra conciliação tem origem etimológica na expressão latina *consilium*, razão pela qual o papel do conciliador é o de oferecer um conselho (*consiglio*) às partes, ou melhor, uma proposta de solução consensual (*soluzione transattiva*) para o litígio. Já o mediador está encarregado unicamente de

aproximar os disputantes, oferecendo a sua ajuda, normalmente de natureza técnica, a fim de conscientizá-los acerca de quais são as suas reais posições e possibilidades no conflito e, por conseguinte, oportunizá-los a alcançar um acordo por eles próprios.

Todavia, o mesmo Jordi Nieva-Fenoll entende que a diferenciação entre a mediação e a conciliação carece de um fundamento real. Segundo o autor, a distinção entre essas duas técnicas não é pacífica e se mostra um tanto quanto “forçada”, tendo em vista que é muito difícil que o mediador, ainda que tente se manter passivo no exercício de suas funções, não formule às partes, direta ou indiretamente, uma proposta de acordo. Ainda assim, não se pode dizer que o mediador tenha extrapolado os limites das suas atribuições, ou que tenha se convertido em um conciliador.

De maneira semelhante, é praticamente impossível que o conciliador se restrinja a aconselhar as partes em conflito, sem atuar com a finalidade de aproximá-las. Nesse sentido, é de se questionar se o conciliador que comunica com os disputantes para reconciliá-los ultrapassa as fronteiras das suas funções, convertendo-se em um mediador.

Por essa razão, a distinção teórica entre mediação e conciliação – e igualmente entre as funções do mediador e do conciliador – é difícil de subsistir considerando o ponto de vista prático. A mediação se converte facilmente em conciliação, e vice-versa, motivo pelo qual é coerente concluir que, na realidade, trata-se do mesmo método de resolução de conflito – ou, ao menos, de duas técnicas que, embora teoricamente distintas, produzem efeitos praticamente idênticos.

Nessa seara, é possível defender que, verdadeiramente, a mediação e a conciliação denotam um instituto único, as quais, indistintamente, retratam um método adequado de resolução de controvérsias por meio do qual um terceiro atua para facilitar e auxiliar as partes na obtenção da autocomposição, sem o uso de qualquer tipo de instrumento coercitivo.

A expressão *mediação*, na medida em que é atualmente mais difundida em comparação com a *conciliação*, é a preferida por Jordi Nieva-Fenoll para se referir a esse método único de resolução de controvérsias.¹⁰⁵² Aparentemente, também a Lei Federal n.º 13.140/2015 – a qual será abordada à frente – utiliza a expressão *mediação* para englobar esses dois meios autocompositivos de solução de controvérsias, ao

¹⁰⁵² NIEVA-FENOLL, Jordi. La mediazione: un'alternativa ragionevole al processo? *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXVII, n. 4, p. 1.329-1.332, dicembre 2013, tradução nossa.

contrário do CPC, o qual diferencia a mediação e a conciliação nos mencionados §§2º e 3º do artigo 165.

A opção do CPC por estimular a autocomposição – seja por meio de mediação ou conciliação – é verificada em outras passagens do texto, tais como:

a) a obrigatoriedade de realização de audiência de conciliação ou de mediação no início do processo, salvo “se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual”, ou “quando não se admitir a autocomposição” (artigo 334, §4º);

b) a obrigatoriedade de o autor indicar a sua opção pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação, como um dos requisitos da petição inicial (artigo 319, VII);

c) a possibilidade de contagem do prazo para apresentação de contestação considerando a data da audiência de conciliação ou de mediação como termo inicial (artigo 335, I);

d) a dispensa de pagamento de custas processuais remanescentes caso as partes firmem transação antes da sentença (artigo 90, §3º);

e) a possibilidade de as partes apresentarem ao juízo, para fins de homologação com caráter vinculante, a “delimitação consensual das questões de fato e de direito” por ocasião da decisão de saneamento e de organização do processo (artigo 357, §2º);

f) a possibilidade de as partes firmarem negócios jurídicos processuais atípicos com o fim de “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa” (artigo 190);

g) a necessidade de que se envidem todos os esforços para a solução consensual da controvérsia no bojo das ações de família, inclusive com a possibilidade de o juízo “dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação” (artigos 694 e seguintes);

h) a atribuição de eficácia de título executivo judicial às decisões homologatórias de autocomposição judicial ou extrajudicial de qualquer natureza (artigo 515, II e III).

Além do CPC, a Lei Federal n.º 13.140, de 26 de junho de 2015 – em vigor antes da codificação processual –, também visa a regulamentar e a encorajar o emprego de meios autocompositivos de solução de controvérsias, especialmente a mediação. De acordo com a referida legislação, a autocomposição consubstancia um instrumento

adequado de resolução de disputas, não apenas entre particulares, mas também no que se refere aos conflitos envolvendo a Administração Pública.

Conforme a citada legislação, a mediação consiste na “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. Para tanto, ela se orienta pelos seguintes princípios: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade; e boa-fé.

A lei estatui, acertadamente, que a permanência em procedimento de mediação não é obrigatória (artigo 2º, §2º), justamente porque a imposição do emprego de qualquer método autocompositivo colide com a própria ideia da autocomposição.

Tanto os conflitos sobre direitos disponíveis, como aqueles sobre direitos indisponíveis que admitam transação, podem ser objeto de mediação. Contudo, no caso de autocomposição sobre direitos indisponíveis transigíveis, é necessária a homologação em juízo, após a prévia oitiva do Ministério Público (artigo 3º).

A Lei Federal n.º 13.140/2015 diferencia as hipóteses de mediação extrajudicial e mediação judicial. No caso da mediação extrajudicial, o artigo 21 estabelece que o convite para iniciar o procedimento autocompositivo fora da instância judiciária pode “ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião”. A mediação extrajudicial, geralmente, ocorre em fóruns privados de solução de conflitos criados para intermediar processos autocompositivos, ou em câmaras públicas de mediação e conciliação instituídas pela Administração Pública.

Já na hipótese da mediação judicial, o artigo 24, com o mesmo sentido do citado artigo 165 do CPC, estabelece que “Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”. Trata-se da consagração, no Brasil, do Sistema de Múltiplas Portas (ou Sistema Multiportas), por meio do qual um centro judiciário centraliza o oferecimento de diversas técnicas e métodos destinados à solução consensual de controvérsias – já estudado no tópico 3.4 desta tese.

Por seu turno, a arbitragem é regulamentada pela Lei Federal n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 – cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF por

ocasião do julgamento de agravo regimental no procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira n.º 5206. Naquela oportunidade, o STF declarou expressamente a compatibilidade do emprego da instância arbitral com a “garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV)”.¹⁰⁵³

Conforme lição de Carlos Alberto Carmona, a arbitragem retrata um mecanismo privado e extrajudicial de solução de litígios, por meio do qual as partes, com base em uma “convenção privada”, outorgam poderes para terceiro intervir na resolução de disputa que envolva “direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor”.

Diferentemente da mediação e da conciliação que possuem natureza autocompositiva (ou autônoma), a arbitragem consiste em um método de solução de controvérsias de caráter heterocompositivo (ou impositivo) e de caráter jurisdicional. Isso porque, embora não haja ingerência estatal, há a atuação de terceiro imparcial escolhido pelas partes o qual “impõe sua decisão” de cumprimento obrigatório e com a “mesma eficácia da sentença judicial”.¹⁰⁵⁴

A citada lei federal estabelece a possibilidade da arbitragem para “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (artigo 1º). Autoriza-se, assim, que pessoas capazes, por meio de contratação privada, convençionem o emprego da via arbitral como o meio mais adequado para a resolução da controvérsia.

Na arbitragem, a autonomia privada é valorizada, na medida em que as partes imputam, por meio de avença particular (convenção de arbitragem), a

¹⁰⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SENTENÇA ESTRANGEIRA: SE 5206 AgR, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30/04/2004.

¹⁰⁵⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 31-34. Sobre o caráter jurisdicional da via arbitral, o mesmo Carlos Alberto Carmona explica que, embora tenha “origem contratual”, o fim da arbitragem é jurisdicional, tendo em vista que “desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial”. Nesse sentido, a “jurisdicionalidade da arbitragem” decorre do artigo 31 da Lei n.º 9.307/1996, o qual prevê que “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”. Dessa forma, o caráter jurisdicional de determinado método de solução de conflito não se liga necessariamente a uma atividade público-estatal. Da mesma forma, a “alternatividade” do método não diz respeito à sua jurisdicionalidade ou à sua natureza heterocompositiva/autocompositiva. É por isso que se encontra superada a visão de Francesco Carnelutti que classifica a arbitragem como um “equivalente jurisdicional”, sob o argumento de que a jurisdição propriamente dita somente poderia ser exercida pelo Estado-juiz no âmbito de um processo judicial público (p. 26-27, 32). A natureza jurisdicional da arbitragem também é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme trecho de ementa de acórdão a seguir transcrito: “A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONFLITO DE COMPETÊNCIA: CC 111.230/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014).

prerrogativa para um árbitro (ou painel de árbitros) decidir a causa, outorgando-lhe(lhes) poder e autoridade para tanto.¹⁰⁵⁵ A decisão arbitral possui eficácia de sentença judicial, uma vez que, segundo o artigo 31 da Lei Federal n.º 9.307/1996, a sentença proferida pelo árbitro “produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

O incentivo à autocomposição das partes também é existente no procedimento arbitral. O §4º do artigo 21 estabelece que “Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes”.

Por seu turno, o *caput* e o §2º do artigo 7º determinam que, na hipótese em que houver resistência quanto à instituição da arbitragem mesmo com a existência de cláusula compromissória, cabe ao juiz, após a citação da parte resistente, designar audiência especial. Nessa audiência, compete ao magistrado tentar, “previamente, a conciliação acerca do litígio”, e, caso não obtenha sucesso, “conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral”.

Como se percebe, a legislação federal estabelece a possibilidade da utilização da arbitragem no Brasil há mais de vinte anos. Todavia, a arbitragem não teve uma inserção imediata na comunidade jurídica.

Durante muito tempo, foi possível verificar uma baixa frequência de utilização da arbitragem no Brasil, possivelmente em virtude de uma resistência “publicista” na aceitação de uma instância de solução de conflitos diferente da jurisdição estatal, assim como da ausência de uma exata compreensão acerca das características e vantagens da via arbitral.¹⁰⁵⁶ Dentre esses benefícios, é possível citar a maior rapidez na tramitação do processo arbitral, a maior flexibilidade do procedimento, o menor número de recursos cabíveis, a possibilidade de equacionamento dos custos envolvidos na demanda, a especialização do árbitro, a confidencialidade do procedimento e a preservação do relacionamento entre as partes.

No entanto, na última década é possível verificar uma transformação significativa desse cenário. Na pesquisa intitulada “*Arbitragem em Números e Valores*”, fruto de trabalho empírico desenvolvido por Selma Ferreira Lemes, consta que, no

¹⁰⁵⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 09-10.

¹⁰⁵⁶ BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. Lei de arbitragem – considerações sobre sua aplicação em contratos na Administração Pública Direta e Indireta. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 15, p. 43, Belo Horizonte: Del Rey, 2º sem. 2007; AMORIM, Aureliano Albuquerque. *A relação entre o sistema arbitral e o Poder Judiciário*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17.

período de 06 (seis) anos compreendido entre janeiro de 2010 até dezembro de 2016, houve um aumento de quase 95% (noventa e cinco por cento) no número de novos processos arbitrais nas 06 (seis) câmaras arbitrais por ela pesquisadas (Centro de Arbitragem da AMCHAM – Brasil – AMCHAM; Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CAM-CCBC; Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo – CAM-CIESP/FIESP; Câmara de Arbitragem do Mercado – CAM-BOVESPA; Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas – CAM-FGV; Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil – CAMARB).¹⁰⁵⁷

Por seu turno, conforme notícia divulgada pela *International Chamber of Commerce – ICC* (Câmara Internacional de Comércio, em tradução livre) em 18 de janeiro de 2017, o Brasil, no ano de 2016, alcançou o terceiro lugar no *ranking* mundial dentre os países com maior quantidade de processos arbitrais novos iniciados perante aquela câmara de arbitragem internacional.¹⁰⁵⁸

Além das leis acima mencionadas, também o CNJ vem atuando no sentido de difundir a utilização dos *alternative dispute resolution*. Nessa perspectiva, a Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, institui a “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses”, com o objetivo de “organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos”.

A referida resolução, reputada como o “marco legal” da política pública judiciária de estímulo à resolução consensual de conflitos¹⁰⁵⁹ e de implantação do Sistema Multiportas,¹⁰⁶⁰ tem o propósito de “consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios”. Para tanto, está estabelecida uma “política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses” que visa a “organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os

¹⁰⁵⁷ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em Números e Valores*, 2017, p. 1. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf. Acesso em: 09 set. 2018.

¹⁰⁵⁸ Disponível em: <https://www.iccwbo.be/icc-reveals-record-number-of-new-arbitration-cases-filed-in-2016/>. Acesso em: 09 set. 2018, tradução nossa.

¹⁰⁵⁹ MARCATO, Ana Cândida Menezes. A Audiência do Artigo 334 do Código de Processo Civil: da Afronta à Voluntariedade às Primeiras Experiências Práticas. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 131.

¹⁰⁶⁰ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010 e respectiva Emenda n. 1 de 31 de janeiro de 2013*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 53.

que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”.

As premissas que embasaram a edição da referida resolução são absolutamente pertinentes com a ideia do acesso à justiça *adequado*. A partir da noção de que a garantia da inafastabilidade da jurisdição não se esgota em sua vertente formal de acesso aos órgãos judiciários, mas também “implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas”, a resolução em comento, acertadamente, objetiva “assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios *adequados* à sua natureza e peculiaridade” (artigo 1º, sem destaque no original).

O citado ato normativo igualmente destaca que “a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios” os quais têm “reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”. Por esse motivo, o incentivo aos meios adequados de resolução de controvérsias se mostra como um fator de “eficiência operacional” e de “responsabilidade social” do próprio Judiciário.

Com a nítida inspiração no já citado modelo americano do *Multi-Door Courthouse* idealizado por Frank Sander, a Resolução n.º 125/2010 do CNJ preconiza que aos órgãos judiciários incumbe, “antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros 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” (artigo 1º, parágrafo único).

Trata-se, portanto, da consagração no Brasil da ideia do “centro judiciário de solução de disputas” (*dispute resolution center*), o qual, inserido no Sistema de Múltiplas Portas, colima estabelecer que cabe aos órgãos judiciários não apenas proporcionar aos cidadãos o método adjudicatório, mas também a assistência pedagógica e a possibilidade de utilização de mecanismos autocompositivos de solução de suas disputas.

O Judiciário, mais do que um *locus* de prolação de julgamentos para colocar fim às controvérsias, converte-se em um local de *solução adequada* de disputas a fim de que as partes saiam o mais satisfeitas possível com o resultado.¹⁰⁶¹ Essa situação

¹⁰⁶¹ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de Disputas (*Collaborative Law*): “Mediação sem Mediador”. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 711.

“propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário”, o qual, na condição de agente de transformação efetiva da realidade social, instrumentaliza um “sistema integrado de *resolução de disputas*” focado não apenas no julgamento adjudicatório, mas na “efetiva *solução* do conflito” por meio do emprego do método mais adequado às especificidades do caso concreto.¹⁰⁶²

Esse contexto representa uma “importante mudança paradigmática”, na medida em que “o Judiciário deixa de ser um lugar de *julgamento* apenas”, para também se tornar “um local de *resolução de disputas*”. Portanto, é insuficiente oferecer apenas o julgamento do caso por meio da imposição de uma decisão, tendo em vista que “é preciso que seja conferida uma *solução* adequada que faça com que as partes saiam *satisfeitas* com o resultado”.¹⁰⁶³

Tanto é assim que a resolução determina a criação de “Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania”, os quais, como “unidades do Poder Judiciário”, estão “responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão” (artigo 8º). A prevenção da judicialização de conflitos é prestigiada, cabendo a esses Centros conduzir as “sessões de conciliação e mediação pré-processuais” (artigo 8º, §1º).

Ademais, está prevista a instituição, pelos tribunais, de “Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos” direcionados a “desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses” (artigo 7º).

Fora da esfera judiciária, a iniciativa particular também é contemplada pela resolução, tendo em vista a inclusão dos artigos 12-C a 12-F pela Emenda n.º 2, de 08 de março de 2016.

Nessa linha, está prevista a criação de “Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação”, as quais, mediante cadastro no tribunal respectivo ou no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, estão autorizadas a “realizar sessões de mediação ou conciliação incidentes a processo judicial” (artigo 12-C). O artigo 167 do CPC complementa essa possibilidade, ao dispor que as Câmaras Privadas de

¹⁰⁶² CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas. *Revista de Direito*, n. 5, p. 273-274, Santa Cruz do Sul, out. 2014.

¹⁰⁶³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 640.

Conciliação e Mediação serão inscritas “em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional”.

Também merece registro a publicação da Portaria Interinstitucional do Ministério da Justiça n.º 1.186, de 03 de julho de 2014, editada em conjunto pelo Ministro de Estado da Justiça, Advogado-Geral da União, Ministro de Estado da Previdência Social e Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público. Por meio da referida portaria, está instituída a “Estratégia Nacional de Não Judicialização – Enajud”, cujo objetivo é “formalizar articulação interinstitucional e multidisciplinar para desenvolver, consolidar e difundir os métodos autocompositivos de solução de conflitos, promover a prevenção e a redução dos litígios judicializados, contribuir para a ampliação do acesso à justiça e para a celeridade e a efetividade dos direitos e das garantias fundamentais” (artigo 1º).

Considerando o “elevado número de demandas ajuizadas”, “o congestionamento do Poder Judiciário observado nos últimos anos no Brasil”, a dificuldade na “efetivação de direitos fundamentais dos cidadãos em prazo razoável” e a necessidade de “construção de uma cultura do diálogo e da paz” por meio de “ações cooperadas e integradas” entre o Estado e a sociedade, a citada portaria estimula o emprego dos “Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (Masc), como a mediação, a conciliação e a negociação, entre outras formas de resolução extrajudicial”. A orientação consolidada na portaria é a de que esses métodos consistem em “processos comunicativos, educativos e participativos com comprovado potencial de prevenir e reduzir litígios e possuem flexibilidade procedimental para serem utilizados por todos os atores do sistema de justiça”.

Na esfera da advocacia, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) editou norma com o objetivo expresso de assegurar o percebimento integral dos honorários profissionais em favor daquele advogado que se vale de um método “alternativo” à jurisdição para resolver o imbróglio de seu representado. O artigo 48, §5º, do vigente Código de Ética e Disciplina da OAB, aprovado por meio da Resolução n.º 02, de 19 de outubro de 2015, estipula que “É vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial”.

Existe ainda proposta normativa do Conselho Pleno da OAB – extremamente polêmica – de alteração do artigo 10 da Lei Federal n.º 13.140/2015 e do

artigo 11 da Resolução n.º 125/2010 do CNJ, a fim de tornar obrigatória a participação de advogados, como assistentes de todas as partes envolvidas no conflito, em audiências de conciliação e mediação, inclusive aquelas promovidas pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Por conseguinte, os atos legislativos e administrativos acima citados formam um *microsistema normativo* que visa, de modo apropriado, a institucionalizar uma *cultura jurídica de tratamento adequado dos conflitos* no Brasil, por meio do estímulo oficial ao emprego de métodos de solução de disputas “alternativos” e integrados à jurisdição estatal. A utilização desses métodos – de caráter autocompositivo ou heterocompositivo – ocorre tanto na esfera judicial como na seara extrajudiciária, e objetiva *adequar* a técnica de resolução da disputa às suas particularidades aferidas *in concreto*.

6.2.2 O incentivo normativo oficial ao emprego dos meios adequados de solução de conflitos no âmbito da administração pública no Brasil

No âmbito da administração pública, percebe-se que a legislação nacional igualmente consagra uma política pública de incentivo oficial ao emprego dos meios adequados de solução de conflitos. Novamente é possível destacar inúmeros diplomas normativos que buscam institucionalizar uma cultura jurídica de tratamento das controvérsias que seja capaz de estimular a utilização dos *alternative dispute resolution* pelos entes que compõem a Administração Pública, em todas as suas esferas e níveis.

No caso específico da Administração Pública, o emprego de mecanismos consensuais de resolução de litígios tem o condão de aprimorar a relação entre o Estado e a sociedade. A oportunidade de solucionar o conflito de forma dialógica e horizontalizada, sem a necessidade de imposição de uma decisão heterônoma por um terceiro, aumenta o nível de integração do cidadão à administração pública. A mudança do modelo de enfrentamento das controvérsias e a menor utilização de decisões coercitivas certamente contribuem para aproximar o Estado do cidadão.¹⁰⁶⁴

Contudo, antes de adentrar no exame dos respectivos diplomas legislativos, é oportuno registrar a observação de Kaline Ferreira quanto às recentes inovações

¹⁰⁶⁴ PEIXOTO, Ravi. Primeiras impressões sobre os meios consensuais de resolução de conflitos pelo poder público e as alterações promovidas pelo CPC/2015 e pela Lei 13.140/2015. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 350.

normativas tendentes a fomentar a autocomposição pelos entes públicos, sobretudo no que se refere à Lei Federal n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. Isso porque, de acordo com a autora, a referida legislação “não foi concebida para a mediação envolvendo entes públicos” e, erroneamente, equivale a mediação do direito privado à mediação aplicada ao direito público, “sem nenhum tipo de filtragem”.

A rigor, o aspecto da consensualidade, quando envolve um ente estatal, necessita de uma releitura própria sob a ótica do direito público. Nesse sentido, considerando que o dever de gerir crises é inerente à típica e ordinária atividade administrativa, a autora questiona “qual a importância de uma norma que estabelece aquilo que sempre foi um dever da Administração?”. Em outras palavras, independentemente do advento ou não de legislação nesse sentido, a “Administração Pública sempre esteve muito mais do que autorizada a resolver seus próprios conflitos sem intervenção do Poder Judiciário”.¹⁰⁶⁵

Embora, de fato, a Administração Pública está juridicamente autorizada a solucionar os seus litígios na seara administrativa, também é evidente, como já ficou demonstrado, que a atual cultura jurídica disseminada no âmbito do Poder Público não possibilita o amplo exercício dessa prerrogativa. É por isso que, embora não sejam perfeitas e contenham equívocos ao deixarem de prever especificidades relativas à autocomposição envolvendo as pessoas jurídicas de direito público, as recentes alterações legislativas contribuem sobremaneira para produzir mudanças visando à evolução no modelo de enfrentamento das controvérsias pelo Estado.

Nesse contexto, é extremamente relevante o advento da Lei Federal n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, a qual dispõe especificamente sobre “a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” (artigo 1º). Por meio de capítulo próprio (Capítulo II), o citado diploma legislativo regulamenta a “autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público”.

No artigo 32, a mencionada lei prevê que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I – dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio

¹⁰⁶⁵ FERREIRA, Kaline. A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público: o que mudou depois da lei de mediação? *Revista dos Tribunais*, v. 982, ano 106, p. 323-324, 331, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, agosto 2017.

de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

Já o parágrafo único do artigo 33 estabelece a possibilidade de instauração de mediação coletiva de conflitos pela Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o fim de resolver controvérsias relacionadas à prestação de serviços públicos. O artigo 35, por sua vez, estatui que “As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão”, com fundamento em autorização ou parecer do Advogado-Geral da União. A seu turno, o artigo 36 dispõe que “No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito”.

Outrossim, o artigo 174 do CPC, na mesma linha do aludido artigo 32 da Lei Federal n.º 13.140/2015, determina que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I – dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

Por fim, também é oportuno enumerar os seguintes dispositivos legais que expressamente possibilitam o emprego dos meios adequados de solução de conflitos pela Administração Pública:

a) artigos 10, parágrafo único, da Lei Federal n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, e 8º da Lei Federal n.º 12.153, de 22 de dezembro de 2009, os quais, respectivamente, autorizam a conciliação, a transação e a desistência por parte dos representantes judiciais dos entes e entidades da União, dos Estados, dos Municípios, dos Territórios e do Distrito Federal, nos processos de competência dos Juizados Especiais Federais e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública;

b) artigos 1º, 2º e 4º-A da Lei Federal n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, com as alterações introduzidas pela Lei Federal n.º 12.249, de 11 de junho de 2010, e Lei Federal n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, os quais autorizam a realização de acordos, transações e termos de ajustamento de condutas, para prevenir ou terminar

litígios, judicial ou extrajudicialmente, no âmbito da União e autarquias, fundações e empresas públicas federais;

c) artigo 5º, §6º, da Lei Federal n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, o qual permite que os órgãos e entidades públicos legitimados para a propositura de ação civil pública firmem “compromisso de ajustamento de conduta”, com eficácia de título executivo extrajudicial, para o fim de defesa de direitos difusos ou coletivos;

d) artigo 79-A da Lei Federal n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, o qual, no intuito de impedir lesão ou degradação ao meio ambiente, autoriza a celebração, com eficácia de título executivo extrajudicial, de “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”;

e) artigos 627-A e 876 da Consolidação das Leis do Trabalho, os quais, respectivamente, fazem menção à possibilidade de firmar “Termo de Compromisso” para prevenir e sanear infrações à legislação trabalhista, bem como de celebrar “termos de ajuste de conduta perante o Ministério Público do Trabalho” e “termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia”;

f) artigo 156, inciso III, da Lei Federal n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966, o qual permite a extinção do crédito tributário por meio de “transação”;

g) artigos 65 e 79 da Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, os quais possibilitam, respectivamente, a alteração e a rescisão de contratos administrativos de forma “amigável” por meio de “acordo entre as partes”;

h) artigo 23-A da Lei Federal n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, incluído por meio da Lei Federal n.º 11.196, de 21 de novembro de 2005, o qual dispõe que o contrato de concessão para a prestação de serviços públicos “poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem”, assim como o artigo 23, inciso XV, da mesma lei, o qual preconiza que é cláusula essencial do contrato de concessão de serviço público aquela que prevê o “modo amigável de solução das divergências contratuais”;¹⁰⁶⁶

i) artigo 93, XV, da Lei Federal n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, o qual estabelece que o contrato de concessão para a prestação de serviços públicos na área de

¹⁰⁶⁶ Sobre o emprego da arbitragem nas concessões de serviço público, conferir: KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63 *et seq.*

telecomunicações indicará “o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”;

j) artigo 43, X, da Lei Federal n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, o qual estipula que o contrato de concessão para a prestação de serviços públicos na esfera da política energética nacional, inclusive sobre os “direitos de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em território nacional”, conterà, como uma de suas cláusulas essenciais, “as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional”;

k) artigo 35, XVI, da Lei Federal n.º 10.233, de 5 de junho de 2001, o qual estipula que o contrato de concessão para a prestação de serviços públicos relativos aos transportes aquaviário, terrestre e ferroviário, inclusive para a exploração da infraestrutura, conterà, como uma de suas cláusulas essenciais, as “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem”;

l) artigo 11, III, da Lei Federal n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, o qual prescreve que o instrumento convocatório da licitação para a contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública pode prever “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem”;

m) artigo 12, parágrafo único, da Lei Federal n.º 13.303, de 30 de junho de 2016, o qual dispõe que “A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social”;¹⁰⁶⁷

n) artigo 31, *caput*, da Lei Federal n.º 13.448, de 5 de junho de 2017, o qual determina que as controvérsias surgidas em decorrência da prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, após decisão definitiva da autoridade competente e no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, “podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias”. Para tanto, a legislação estabelece ainda a possibilidade de aditamento dos contratos que não contenham cláusula arbitral, inclusive aqueles em vigor (artigo 31, §1º), bem como que

¹⁰⁶⁷ Sobre a arbitragem no âmbito do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias criado pela Lei Federal n.º 13.303/2016, conferir: TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 565-606.

as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis são aquelas “relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos”, ao “cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão”, e ao “inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes” (artigo 31, §4º);

o) artigo 10 do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, o qual possibilita a efetivação de desapropriação por utilidade pública “mediante acordo” (“desapropriação amigável”).¹⁰⁶⁸

6.2.2.1 Arbitragem no âmbito da administração pública brasileira

A atual concepção do acesso à justiça adequado não contempla apenas o emprego dos meios consensuais ou autocompositivos de solução de disputas. Em boa parte das vezes, a arbitragem aparece como o método mais apropriado para a resolução da controvérsia. Diante das particularidades do caso concreto, também é possível que a adoção de um mecanismo heterocompositivo, e de natureza privada, seja o mais recomendável para a resolução apropriada e efetiva da controvérsia – inclusive quando o Poder Público está envolvido.

Nesse sentido, cumpre analisar, em tópico próprio, a aplicação da arbitragem no âmbito da administração pública brasileira, a qual também está inserida no microssistema jurídico de incentivo ao emprego dos meios adequados de solução de conflitos, inclusive pelo Poder Público.

Parte dos doutrinadores, de que é exemplo Maria Sylvia Zanella di Pietro, posiciona-se pela “inviabilidade de previsão de cláusula de arbitragem nos contratos administrativos”. Baseando-se nos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, a autora entende que a utilização da via arbitral significa renúncia de

¹⁰⁶⁸ Na esfera do direito penal, é preciso ressaltar também a possibilidade de “colaboração premiada”, “transação penal” e “suspensão condicional de processo” como manifestações da consensualidade no âmbito da administração pública. Também a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público n.º 181, de 7 de agosto de 2017, regulamenta a possibilidade do “acordo de não-persecução penal” (artigo 18), sob a nítida inspiração no instituto americano do *plea bargaining*. Por seu turno, na esfera do direito concorrencial e licitatório, é oportuno mencionar a autorização legal para a celebração de “acordo de leniência” como instrumento consensual no qual o particular se compromete a cooperar na atividade processual instrutória, em troca de redução de sanções. Para aprofundamento no assunto, conferir: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 54-71.

interesse público indisponível por parte do gestor administrativo, “pois a Administração estaria entregando a terceiro, o árbitro, a sorte do interesse que a ela incumbe curar”.¹⁰⁶⁹

Contudo – e felizmente –, essa não é a orientação que prevalece. A compreensão atual dos institutos pertinentes do direito processual civil e do direito administrativo confere a possibilidade do emprego da arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública.¹⁰⁷⁰

Nos tribunais, igualmente é possível verificar forte tendência jurisprudencial a favor da possibilidade do emprego da arbitragem pela Administração Pública.

Em antigo precedente conhecido como “caso Lage”, o STF, ao julgar o Agravo de Instrumento n.º 52181, consignou a legalidade do juízo arbitral “até mesmo nas causas contra a Fazenda”, para o fim de fixação de valor de indenização em desapropriação – ainda que, nesse caso concreto, havia autorização normativa específica sob a égide de ordenamento jurídico anterior.¹⁰⁷¹

Já o STJ, no julgamento do Recurso Especial n.º 904813/PR, teve a oportunidade de afirmar que “não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público”. E mais, a inexistência de previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato administrativo celebrado entre o Poder Público e a concessionária de serviço público “não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente”.¹⁰⁷²

Em outra oportunidade, o mesmo STJ, por ocasião do julgamento do Conflito de Competência n.º 139519/RJ, asseverou que “No âmbito da Administração Pública, desde a Lei n. 8.987/95, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, com a redação dada pela Lei n. 11.196/05, há previsão expressa de

¹⁰⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da Arbitragem em Contratos Administrativos. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 211-218.

¹⁰⁷⁰ Por todos, conferir: LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007; TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 275-297; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010; SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹⁰⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 52181, Relator Ministro Bilac Pinto, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/1973, DJ 15/02/1974.

¹⁰⁷² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL: REsp 904.813/PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012.

que o contrato poderá dispor sobre o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a arbitragem”.¹⁰⁷³

Nesse sentido, no julgamento do Recurso Especial n.º 612439, o STJ determinou que “São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste”.¹⁰⁷⁴

Já no julgamento do Mandado de Segurança n.º 11308/DF, novamente o STJ ratificou a “legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral”, destacando que a própria realização do interesse público “justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo”.¹⁰⁷⁵

Aliás, essa foi inclusive a acertada opção legislativa, tendo em vista a promulgação da Lei Federal n.º 13.129, de 26 de maio de 2015, a qual incluiu o §1º ao artigo 1º da Lei Federal n.º 9.307/1996 para estabelecer que “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.¹⁰⁷⁶

Diante dessa previsão legal e considerando o entendimento jurisprudencial e doutrinário majoritário, é possível afirmar que vigora no Brasil, inclusive no que toca à administração pública, a ideia da “ampla arbitrabilidade objetiva dos litígios, sempre que se tratar de direitos de conteúdo patrimonial e que sejam passíveis de transação pelas partes”.¹⁰⁷⁷

Dito de outro modo, nos casos em que se admite a realização de transação, o emprego da autocomposição ou a celebração de contratos administrativos, também é possível a utilização da via arbitral.¹⁰⁷⁸ Nessa ótica, “todo direito passível de contratação pela Administração Pública também pode ser objeto de arbitragem”, tendo em vista que

¹⁰⁷³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONFLITO DE COMPETÊNCIA: CC 139.519/RJ, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relatora p/ Acórdão Ministra Regine Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe 10/11/2017.

¹⁰⁷⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL: REsp 612.439/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005, DJ 14/09/2006.

¹⁰⁷⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008.

¹⁰⁷⁶ Com o advento do §1º do artigo 1º da Lei Federal n.º 9.307/1996, não há mais sentido em discutir suposta violação ao princípio da legalidade nas arbitragens envolvendo a administração pública, em virtude, por exemplo, da norma do artigo 55, §2º, da Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

¹⁰⁷⁷ FRANZONI, Diego; VOSGERAU, Isabella Moreira de Andrade. Negócios jurídicos processuais atípicos e a Administração Pública. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 263, 267.

¹⁰⁷⁸ RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 388-389.

“o que autoriza a administração a submeter-se à arbitragem é seu poder de contratar”,¹⁰⁷⁹ ou de transacionar, ou de compor a lide por meios próprios, autônomos ou extrajudiciais.

Na verdade, conquanto o §1º do artigo 1º da Lei Federal n.º 9.307/1996 tenha solucionado o problema da arbitrabilidade subjetiva – ao prever que a Administração Pública pode se utilizar da instância arbitral –, permanece a discussão no que se refere à arbitrabilidade objetiva – isto é, quais tipos de conflitos e direitos podem ser acertados pelo Poder Público por meio da arbitragem. Um dos grandes desafios atuais “consiste em delimitar o plexo de matérias administrativas que podem ser dirimidas em instância arbitral”.¹⁰⁸⁰

Para tanto, é oportuno asseverar que o emprego da arbitragem não corresponde e nem implica a renúncia do direito material em discussão pelo Poder Público. Trata-se, diversamente, não de disposição de interesse público, mas sim de escolha de um método diferente da jurisdição estatal para que determinado litígio seja resolvido de maneira mais apropriada, efetiva e em consonância exatamente com o interesse público aferido no caso concreto.¹⁰⁸¹

Dentre as potenciais vantagens do método arbitral para a solução da disputa de forma adequada e efetiva, Paulo Osternack Amaral enumera: a eleição dos árbitros por critérios técnicos; a escolha das regras de direito aplicáveis à solução do caso concreto (“arbitragem de direito”); a flexibilidade do procedimento arbitral; a celeridade da tramitação do processo; os efeitos jurisdicionais da sentença arbitral (idênticos aos da sentença judicial); a possibilidade de previsão de cláusula de confidencialidade; e o equacionamento do custo envolvido para a utilização da via arbitral.¹⁰⁸²

É importante asseverar que, de fato, a opção pela arbitragem não equivale à “renúncia absoluta à jurisdição estatal” e nem à violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição), na medida em que

¹⁰⁷⁹ PEREIRA, Ana Lucia Pretto; PEREIRA GIOVANINI, Ana Elisa Pretto. Arbitragem na administração pública brasileira e indisponibilidade do interesse público. *Quaestio Iuris*, v. 10, n. 2, p. 1157, Rio de Janeiro, 2017.

¹⁰⁸⁰ ACCIOLY, João Pedro. Arbitragem e Administração Pública: um panorama global. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 5, n. 1, p. 26, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2018.

¹⁰⁸¹ MATOS, Frederico Nunes de. *Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação*. 2017. 478 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 267.

¹⁰⁸² AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 332-343.

existe “a possibilidade de a sentença arbitral ser invalidada juridicamente se contiver vício”.¹⁰⁸³ Dessa forma, o Judiciário pode fiscalizar *a posteriori* a validade da decisão do árbitro e declarar nula a sentença arbitral caso ocorra alguma das hipóteses previstas no art. 32 da Lei Federal nº 9.307/1996.

Nessa seara, Eduardo Talamini ensina que a “indisponibilidade do interesse público” não se confunde com a “indisponibilidade da pretensão de tutela judicial” (ou “necessariedade de intervenção jurisdicional”). Considerando que “o Poder Público tem o dever de cumprir obrigações e respeitar direitos alheios independentemente de intervenção jurisdicional”, torna-se pertinente inferir que a Administração Pública não está proibida de espontaneamente reconhecer que não tem razão e voluntariamente se submeter à procedência do direito de terceiro – pelo contrário, ela tem essa obrigação.

Com isso, o Judiciário não é a única instância que pode declarar qual é a parte que tem razão e aplicar as respectivas consequências jurídicas. Se a eventual controvérsia entre o Estado e o particular “é eminentemente patrimonial” (isto é, “cujo objeto tenha cunho econômico ou cujo inadimplemento possa ser reparado, compensado ou combatido por medidas com conteúdo econômico”), e “versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes”, o efeito imediato é que a arbitragem é cabível sem que se faça necessária a intervenção da jurisdição estatal.

Ora, se o conflito é de possível solução autônoma (isto é, pelas próprias partes), é incongruente lógica e juridicamente obstar que ele possa ser resolvido também pelo juízo arbitral e com a devida observância das garantias do devido processo (artigo 21, §2º, da Lei Federal n.º 9.307/1996).

Portanto, a permissão legal de utilização da arbitragem pela Administração Pública não envolve qualquer tipo de risco ou debate sobre renúncia de direito material. Diferentemente, a escolha pela via arbitral diz respeito ao “modo de composição do conflito” e à possível disponibilidade da pretensão de tutela judiciária (ou seja, a abdicação do “direito de obter do Judiciário a solução para a questão”).

Trata-se, logo, de valorização da autonomia privada da negociação (escolha) da instância de resolução do conflito. Nessa perspectiva, a disponibilidade está inserida “no plano processual”, e não no aspecto substancial da suposta renúncia do direito material em discussão. Por via de consequência, a indisponibilidade do interesse público

¹⁰⁸³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 78-79.

não pode ser invocada como princípio impeditivo do emprego da arbitragem envolvendo o Poder Público.¹⁰⁸⁴

Cesar Augusto Guimarães Pereira salienta que, se a Administração Pública pode contratar ou transigir sobre “direitos patrimoniais cuja disponibilidade é instrumental” para a consecução das próprias atividades administrativas, “não há qualquer fundamento para que esses direitos sejam tidos por indisponíveis” para o fim de obstar o emprego da arbitragem. O autor vai além, ao defender que “disponível não é apenas o que pode ser objeto de contratação ou transação”, mas sim tudo “aquilo em relação a que a Administração pode reconhecer que não tem razão”.

Desse modo, “a disposição de direitos patrimoniais” passa a ser consequência de situações nas quais a Administração Pública pode declarar a sua própria improcedência de forma autônoma. Essa constatação implica uma “revisão da ideia de indisponibilidade”, produzindo a compreensão de que “a disponibilidade dos direitos patrimoniais da Administração tem mero caráter instrumental” – e, portanto, pode ser objeto de arbitragem por uma exigência do próprio interesse público.¹⁰⁸⁵

Outrossim, Caio Tácito entende que “sempre que puder contratar”, a Administração Pública poderá também “convencionar cláusula de arbitragem, sem que isso importe disposição do interesse público”. Pelo contrário, a escolha pelo método arbitral representa um meio de atendimento do interesse público “de modo mais célere, mais técnico, com custos menores e, sobretudo, com as vantagens da consensualidade”.¹⁰⁸⁶

Também Rafael Munhoz de Mello destaca que, se a Administração Pública “pode contratar, celebrar acordos e transações”, representa uma consequência lógica que ela “pode também submeter-se à arbitragem para compor litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis de sua titularidade”, os quais “admitiriam solução extrajudicial amigável mesmo que não houvesse convenção de arbitragem”. Sendo

¹⁰⁸⁴ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multipostas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 287-293.

¹⁰⁸⁵ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 138-141.

¹⁰⁸⁶ TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 3, p. 83-88.

assim, se a disputa pode ser objeto de solução autocompositiva pelas próprias partes, “nada justifica que não possam elas acordar que o litígio será submetido à arbitragem”.

Observe-se que não há, nessa constatação, qualquer disposição ou renúncia ao interesse público. Tanto o árbitro, como o juiz estatal, comporá a lide “aplicando o direito positivo com observância das garantias inerentes ao devido processo legal”. Ademais, o árbitro pode decidir a disputa com maior especialidade técnica e de forma mais célere, o que torna ainda mais incompatível com o interesse público “obrigar a Administração Pública a recorrer, em todo e qualquer conflito de que seja parte, ao Poder Judiciário, condenando-a a aguardar por vários anos, às vezes décadas, pela composição de um litígio de interesse de toda a coletividade”.¹⁰⁸⁷

Por mais esse motivo, é incabível sustentar que há disposição de direito material na arbitragem envolvendo o Poder Público, e muito menos tentativa de afastar a incidência do ordenamento jurídico. O árbitro, assim como o juiz (artigo 18 da Lei Federal n.º 9.307/1996), resolve o caso concreto de forma séria, responsável e imparcial, com a observância das garantias constitucionais básicas do devido processo (artigo 21, §2º, da Lei Federal n.º 9.307/1996)¹⁰⁸⁸ e necessariamente por meio de juízo de direito (“arbitragem de direito”) (artigo 2º, §3º, da Lei Federal n.º 9.307/1996).

De mais a mais, na arbitragem que envolve o Poder Público é necessário o respeito ao princípio da publicidade (artigo 2º, §3º, da Lei Federal n.º 9.307/1996 combinado com artigo 37, *caput*, da Constituição), em virtude da natureza pública do direito material em discussão. Essa exigência enseja o debate “em como conciliar o dever de confidencialidade e o princípio da publicidade da Administração Pública, em especial a partir da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), que passa a inserir o sigilo como exceção”.¹⁰⁸⁹

De fato, a possibilidade de instituição pelas partes do dever de confidencialidade decorre da própria natureza privada da arbitragem – e, aliás, é considerada uma das grandes vantagens da instância arbitral em comparação com a

¹⁰⁸⁷ MELLO, Rafael Munhoz. Arbitragem e Administração Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, n. 6, p. 58-61, 2015.

¹⁰⁸⁸ Bruno Lopes Megna entende que o artigo 21, §2º, da Lei Federal n.º 9.307/1996 estabelece a “processualidade mínima” do “devido processo arbitral” (MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo*. 2017. 350 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 63-73).

¹⁰⁸⁹ PEIXOTO, Ravi. Primeiras impressões sobre os meios consensuais de resolução de conflitos pelo poder público e as alterações promovidas pelo CPC/2015 e pela Lei 13.140/2015. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 353.

jurisdição estatal.¹⁰⁹⁰ Embora não haja disposição legal expressa a esse respeito e a confidencialidade não seja uma característica inarredável da arbitragem, a autorização para a adoção do sigilo no processo arbitral pode ser extraída do artigo 13, §6º combinado com o artigo 22-C, parágrafo único, da Lei Federal n.º 9.307/1996.

Além disso, o artigo 189, inciso IV, do CPC flexibiliza a norma que assegura a publicidade dos atos processuais ao estabelecer a necessidade de tramitação em segredo de justiça dos processos “que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”.

Por outro lado, a Administração Pública se submete ao princípio da publicidade (artigo 37, *caput*, da Constituição). Outrossim, é direito fundamental do cidadão “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” (artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição).

Ainda, a ampliação das “formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”, como exigência ínsita ao Estado Democrático de Direito, deve assegurar “o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo” (artigo 37, §3º, inciso II, da Constituição). Nesse sentido, a Lei Federal n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, regulamenta e garante o acesso a informações de caráter público.

Em face desse aparente conflito – dever de confidencialidade do processo arbitral, de um lado, e princípio da publicidade na administração pública, de outro – surge a indagação sobre qual é o real sentido da norma contida no artigo 2º, §3º, da Lei Federal n.º 9.307/1996. Em outras palavras, questiona-se qual é o alcance e de que maneira o princípio da publicidade incide na arbitragem envolvendo o Poder Público.

A primeira dúvida que desponta se refere à possibilidade, ou não, de previsão de cláusula de confidencialidade nas arbitragens envolvendo o Poder Público. Não obstante parte da doutrina sustente a incompatibilidade absoluta do sigilo nos processos arbitrais da administração pública,¹⁰⁹¹ é plausível que se admita, em hipóteses

¹⁰⁹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 67.

¹⁰⁹¹ MELLO, Rafael Munhoz. *Arbitragem e Administração Pública*. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, n. 6, p. 66-67, 2015; AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e*

excepcionais, que o princípio da publicidade seja mitigado – assim como ocorre com os processos judiciais (artigo 189, incisos I a III, do CPC).

Com esse entendimento, Eduardo Talamini destaca que as arbitragens nas quais o Estado é parte podem se submeter a um “regime de publicidade restrita”. Isso quer dizer que determinadas circunstâncias peculiares (v.g., “questões de segurança”, “intimidade pessoal” e “propriedade intelectual”) podem embasar o cabimento do sigilo e a necessidade de limitação da publicidade mediante a celebração de cláusula de confidencialidade. Nessa ótica, as “mesmas razões que justificariam a restrição da publicidade no processo judicial (CF, art. 5º, LX) autorizam-na no processo arbitral”.¹⁰⁹²

Marçal Justen Neto, adotando orientação semelhante, afirma que é viável a inserção de cláusula de confidencialidade nas arbitragens envolvendo a Administração Pública “quando houver razões que justifiquem a restrição da publicidade”. Nessa hipótese, o autor registra que a previsão da confidencialidade “não pode ser fruto de mera manifestação de vontade, mas está vinculada à ocorrência das hipóteses excepcionais que justificam o sigilo”.

Considerando que “o princípio da publicidade da Administração não é absoluto” e requer o seu sopesamento com outros direitos fundamentais e princípios constitucionais, é pertinente defender a aplicação analógica do artigo 189 do CPC também à arbitragem.

Portanto, se existem hipóteses de segredo de justiça em processos estatais nos quais a Administração Pública é parte, torna-se congruente lógica e juridicamente adotar a mesma previsão quanto ao processo arbitral. Em outras palavras, caso se verifiquem as “mesmas hipóteses excepcionais previstas em lei (interesse público ou social e preservação do direito à intimidade)”, há motivos suficientes para o cabimento da instauração de arbitragem com cláusula de confidencialidade.¹⁰⁹³

A constatação da possibilidade de confidencialidade nos casos acima descritos produz a segunda dúvida, pertinente ao alcance da publicidade nas arbitragens envolvendo o Poder Público. Para tanto, indaga-se: a publicidade significa que todos os

Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 83.

¹⁰⁹² TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia. *Parcerias Público-Privadas*: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 355-356.

¹⁰⁹³ JUSTEN NETO, Marçal. Segredo de justiça e Administração Pública. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 315.

atos praticados na arbitragem deverão ser franqueados ao acesso público? É dever do tribunal arbitral divulgar, inclusive por meio eletrônico, os documentos, petições e decisões constantes do processo arbitral? Cabe à Administração Pública publicar no diário oficial os atos e peças processuais apresentados na instância arbitral?

Ao enfrentar essas questões, Carlos Alberto Carmona entende que a confidencialidade nas arbitragens envolvendo o Poder Público pode se projetar sobre os documentos, os debates e as argumentações apresentados pelas partes. Todavia, a publicidade é imperativa no que se refere ao conteúdo da decisão arbitral e eventualmente quanto a atos processuais tidos como essenciais.¹⁰⁹⁴ Por seu turno, José Emilio Nunes Pinto sustenta a possibilidade de inserção de sigilo nos processos arbitrais da Administração Pública, mas não no que concerne às “informações quanto ao andamento do procedimento arbitral”.¹⁰⁹⁵

Na verdade, o alcance da publicidade nos processos arbitrais envolvendo o Estado não é aferível *a priori*, isto é, com relação a determinado ato processual ou meramente sobre a tramitação do procedimento. As citadas normas constitucionais e os dispositivos legais presentes na Lei Federal n.º 12.527/2011 permitem concluir que a aplicação do princípio da publicidade significa que está autorizado – e determinado – que a Administração Pública forneça dados e informações concernentes às arbitragens nas quais é parte, quando houver solicitação de acesso por parte de cidadão ou requisição por órgão público de controle, sem que isso implique qualquer tipo de violação ao dever de confidencialidade inerente ao processo arbitral.

Destarte, o princípio da publicidade “não significa um procedimento desenvolvido em sessões públicas e com seus atos sendo publicados em órgãos de imprensa oficial”. Diferentemente, o caráter público da arbitragem é atendido pela proibição de o tribunal arbitral ou a Administração Pública recusarem o fornecimento de dados e informações sobre o caso, “quando instados por alguém que detenha legitimidade e interesse jurídico para tanto”. O importante, assim, é que esteja “assegurado o acesso aos dados processuais pelas partes e seus representantes” e “pelos

¹⁰⁹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 67.

¹⁰⁹⁵ PINTO, José Emilio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 6, p. 35, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2005.

órgãos de controle da Administração Pública” – os quais, inclusive, possuem o dever de “zelar para que se mantenha a restrição de publicidade”.¹⁰⁹⁶

Dito de outro modo, não é obrigação dos entes federativos e entidades públicas, e nem do tribunal arbitral, noticiar, disponibilizar e publicar, de forma ampla, antecipada e em canais oficiais de publicação, os elementos e as informações sobre os processos arbitrais envolvendo o Poder Público. Para que seja respeitado o princípio da publicidade mencionado no artigo 2º, §3º, da Lei Federal n.º 9.307/1996, é suficiente “a divulgação objetiva e pontual de aspectos indispensáveis do litígio arbitral”, não apenas aos cidadãos que requeiram acesso aos respectivos dados, mas sobretudo “às instituições de controle da Administração Pública, como o são os Tribunais de Contas, as Corregedorias e o Ministério Público”.¹⁰⁹⁷ Basta, logo, que se resguarde o “controle dos atos administrativos no curso da instância arbitral”.¹⁰⁹⁸

6.2.3 Meios adequados de solução de disputas na administração pública na legislação do direito comparado

No direito comparado, o incentivo normativo à utilização dos meios adequados de solução de conflitos na administração pública é uma realidade posta.

Nos EUA, por exemplo, o *Administrative Dispute Resolution Act of 1996* (Lei de Resolução de Disputas Administrativas de 1996, em tradução livre) visa a promover o emprego dos meios alternativos de solução das disputas na esfera administrativa. A citada legislação americana parte das seguintes conclusões (*findings*) dispostas na segunda seção:

a) o procedimento administrativo destina-se a oferecer um meio rápido, especializado e barato de resolver disputas como alternativa à litigância nos tribunais federais;

¹⁰⁹⁶ TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*: Lei 13.303/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 583-584.

¹⁰⁹⁷ GAGLIARDI, Rafael Villar. Confidencialidade na arbitragem comercial internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 10, n. 36, p. 95 *et seq.*, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2013.

¹⁰⁹⁸ FERREIRA, Kaline. A autocomposição e a arbitragem envolvendo entes públicos: novos enfrentamentos para o advogado público. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em juízo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 679.

b) os procedimentos administrativos tornaram-se cada vez mais formais, onerosos e demorados, resultando em desperdícios desnecessários de tempo e em uma menor probabilidade de alcançarem a solução consensual das disputas;

c) os meios alternativos de solução de disputas vêm sendo utilizados no setor privado por muitos anos e, em circunstâncias apropriadas, produzem decisões mais rápidas, menos dispendiosas e menos contenciosas;

d) os meios alternativos de solução de disputas podem implicar resultados mais criativos, eficientes e sensíveis às necessidades das partes;

e) os meios alternativos de solução de disputas podem ser utilizados de forma vantajosa em uma ampla variedade de programas administrativos;

f) a autorização explícita do uso de técnicas de solução de disputas bem testadas tem o condão de eliminar a ambiguidade da autoridade das agências administrativas com relação a uma lei existente;

g) as agências administrativas federais podem não apenas receber o benefício de técnicas que foram desenvolvidas no setor privado, como também assumir a liderança no futuro desenvolvimento e aperfeiçoamento dessas técnicas; e

h) a disponibilidade de uma ampla gama de procedimentos de resolução de disputas, bem como uma maior compreensão do uso mais efetivo desses procedimentos, tem o potencial de melhorar o funcionamento do governo e de melhor atender ao público.

Baseado nessas conclusões, o *Administrative Dispute Resolution Act of 1996* (Lei de Resolução de Disputas Administrativas de 1996, em tradução livre) prevê a possibilidade do emprego dos *alternative dispute resolution* por parte do governo. A finalidade é aprimorar a resolução de questões controvertidas concernentes a programas administrativos federais, os quais envolvem a proteção do interesse público e a determinação de direitos, privilégios e obrigações de particulares por meio de elaboração de leis (*rule making*), adjudicação (*adjudication*), licenciamento (*licensing*) e investigação (*investigation*).

Os meios alternativos de resolução de controvérsias abrangidos pelo citado diploma legal incluem, de forma exemplificativa, a conciliação (*conciliation*), a facilitação (*facilitation*), a mediação (*mediation*), a descoberta de fatos (*fact finding*), os julgamentos simplificados (*mini-trials*), a arbitragem (*arbitration*) e o *ombudsman*, ou qualquer combinação entre eles.

Na mesma linha, o *Administrative Dispute Resolution Act of 1998* (Lei de Resolução de Disputas Administrativas de 1998, em tradução livre) objetiva expandir a utilização dos *alternative dispute resolution* pelas organizações governamentais americanas, por meio da autorização de processos “alternativos” de solução de disputas em todos os tribunais distritais. Esse diploma legal se baseia em três conclusões previstas na Segunda Seção que formam a sua “declaração de política pública” (*declaration of policy*):

a) os meios “alternativos” de solução de disputas, quando conduzidos pela magistratura (*bench*) ou pela ordem dos advogados (*bar*) e se utilizados de forma apropriada por terceiros neutros (*neutrals*) treinados em programas administrados pelos tribunais, têm o potencial de fornecer uma variedade de benefícios, incluindo maior satisfação das partes, inovação nos métodos de resolução de controvérsias, e grande eficiência na obtenção de acordos;

b) alguns métodos “alternativos” de solução de disputas – incluindo a mediação, o *early neutral evaluation* (avaliação neutral inicial, em tradução livre), os *mini-trials* (julgamentos simplificados, em tradução livre) e a arbitragem voluntária – podem ter o potencial de reduzir o grande estoque de casos pendentes em algumas cortes federais, possibilitando que os tribunais processem os casos remanescentes de maneira mais eficiente;

c) o contínuo crescimento de programas de mediação vinculados aos tribunais federais de apelação sugere que esse método alternativo pode ser efetivo em resolver disputas nessas instâncias, razão pela qual as cortes distritais também devem considerar a inclusão da mediação nos seus programas locais de incentivo ao emprego dos *alternative dispute resolution*.

Em obra específica sobre esse tema, Jeffrey M. Senger ressalta que, nos últimos anos, houve um aumento substancial da utilização dos *alternative dispute resolution* pelo governo americano para fins de solução de disputas internas e externas.

Segundo o autor, as organizações governamentais, a exemplo das entidades privadas, constataram que o emprego dos *alternative dispute resolution* é capaz de implicar uma gama de efeitos positivos, tais como: economia de tempo e recursos financeiros; maior previsibilidade quanto aos resultados advindos da resolução do litígio; recrudescimento do grau de criatividade e do número de opções para a construção da solução da disputa; preservação do relacionamento institucional entre os

sujeitos em conflito; e aumento do nível de satisfação das partes no que se refere ao desfecho do imbróglio.

Um dos casos emblemáticos que demonstra o emprego bem-sucedido de *alternative dispute resolution* pelo governo americano ocorreu no ano de 1998. Naquela oportunidade, o Departamento de Justiça dos EUA e uma série de Estados ingressaram com ações judiciais em face da *Microsoft Corporation*, visando a discutir possível violação à legislação antitruste.

No âmbito dessas disputas, optou-se pela utilização da mediação conduzida por um mediador especializado e experiente na matéria. Depois de exploradas várias alternativas de autocomposição, as partes, em poucas semanas de tratativas, celebraram um acordo posteriormente homologado em juízo, o qual, embora tenha sido objeto de inconformismo por parte de alguns Estados, atendeu às pretensões do Departamento de Justiça dos EUA.¹⁰⁹⁹

Por seu turno, Thomas Stipanowich destaca que boa parte dos conflitos que envolvem direitos públicos ou de repercussão coletiva são resolvidos na instância extrajudicial, no âmbito de “agências governamentais” (*Government Agencies*).¹¹⁰⁰ Marc Galanter igualmente ressalta a importância da “adjudicação administrativa” (*administrative adjudication*) por meio da atuação dos fóruns administrativos (*administrative forums*) de resolução de contendas.¹¹⁰¹ A mesma relevância é acentuada por Judith Resnik, ao frisar que a “adjudicação administrativa” (*administrative adjudication*) é algumas vezes exercida de forma não-adversarial.¹¹⁰²

A via arbitral também é particularmente disseminada nos EUA e ela é considerada uma das formas de solução alternativa de disputas mais antigas do sistema jurídico americano. A sua utilização teve expansão a partir da Segunda Guerra Mundial, sobretudo nas áreas do direito comercial e do direito do trabalho.

O número de arbitragens nos EUA vem aumentando continuamente ao longo dos últimos anos. No ano de 1990, por exemplo, a *American Arbitration*

¹⁰⁹⁹ SENGER, Jeffrey M. *Federal Dispute Resolution: Using ADR with the United States Government*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004, p. 1-9, tradução nossa.

¹¹⁰⁰ STIPANOWICH, Thomas J. ADR and the “Vanishing Trial”: The Growth and Impact of “Alternative Dispute Resolution”. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 900, November 2004, tradução nossa.

¹¹⁰¹ GALANTER, Marc. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 499-500, November 2004, tradução nossa.

¹¹⁰² RESNIK, Judith. Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 798-799, November 2004, tradução nossa.

Association (Associação de Arbitragem dos EUA, em tradução livre) realizou um pouco menos do que 61.000 (sessenta e uma mil) arbitragens. Já no ano de 2002, o número chegou a 230.000 (duzentos e trinta mil) arbitragens, o que representou um aumento de mais de 350% (trezentos e cinquenta por cento) em 12 (doze) anos.¹¹⁰³

Atualmente, a *American Arbitration Association* (Associação de Arbitragem dos EUA, em tradução livre), fundada em 1926, e a *JAMS Mediation, Arbitration, ADR Services* (JAMS Mediação, Arbitragem e Serviços em ADR, em tradução livre), criada em 1979, são as entidades sem fins lucrativos promotoras de arbitragem mais conhecidas e utilizadas nos EUA.

É possível citar no mínimo dois diplomas legais que contribuíram fortemente para a consolidação da arbitragem no sistema jurídico americano. O primeiro deles, denominado de *The United States Arbitration Act* (Lei de Arbitragem dos EUA, em tradução livre), também conhecido como *Federal Arbitration Act* (Lei de Arbitragem Federal, em tradução livre), de 1925, foi importante ao prever, em seu Título 9, parágrafos 1 a 14, regras para o emprego da via arbitral em transações e contratos comerciais marítimos, assim como em relações comerciais internacionais.

Por seu turno, o chamado *New York's Civil Practice Law and Rules* (Lei e Regras de Prática Civil de Nova York, em tradução livre), de 1962, é considerado um dos mais notáveis estatutos legais sobre arbitragem e serviu de modelo para a edição de outros diplomas normativos nas esferas estaduais dos EUA. Ao regulamentar a arbitragem no seu artigo 75, a referida legislação torna exequível (*enforceable*) os acordos escritos que submetem qualquer controvérsia futura ou já existente à via arbitral. O citado estatuto resguarda ainda a prevalência da convenção de arbitragem ao estipular que os tribunais judiciários não apreciarão e decidirão sobre o mérito de qualquer disputa na qual as partes convencionaram a utilização da via arbitral.

Especificamente no que tange à Administração Pública americana, a arbitragem também é especialmente importante. Nesse contexto, a *American Arbitration Association* (Associação de Arbitragem dos EUA, em tradução livre) relata uma longa história de trabalho com o governo federal na resolução de disputas por meio da arbitragem, em casos envolvendo a indústria automobilística, o Departamento de

¹¹⁰³ ATLAS, Scott; ATLAS, Nancy. Potential ADR Backlash: Where have all the trials gone? To mediation or arbitration. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association Section of Dispute Resolution, Volume The Vanishing Trial, p. 15, Summer 2004, tradução nossa.

Justiça, o sistema de seguros de saúde (*Medicare*), o uso de substâncias tóxicas e pesticidas, o Comitê Olímpico, a Agência Anti-Doping, dentre outros.¹¹⁰⁴

Também em outros países, especialmente na Europa, é difundida a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública.

A Convenção Europeia de Arbitragens Comerciais Internacionais, firmada em 1961, é um exemplo. Por meio do artigo 2º desse diploma internacional, diversos países europeus – tais como Áustria, Dinamarca, Alemanha, Luxemburgo e Moldávia – previram o exercício do direito de celebrar válidos compromissos arbitrais (*valid arbitration agreements*) por parte de pessoas jurídicas de direito público (*legal persons of public law*).¹¹⁰⁵

Já em Portugal, a própria Constituição da República Portuguesa, aprovada e decretada por meio de Assembleia Constituinte reunida na sessão plenária de 2 de abril de 1976, prevê no seu artigo 209, número 2, a possibilidade de existência de “tribunais arbitrais”.¹¹⁰⁶ Ademais, não há previsão de cláusula de reserva de jurisdição estatal no que tange especificamente à resolução dos conflitos envolvendo a Administração Pública, de maneira a conferir à legislação ordinária uma margem de liberdade para a atribuição de competência aos tribunais arbitrais para a solução de controvérsias decorrentes de relações jurídico-administrativas.¹¹⁰⁷

No que se refere à possibilidade de emprego da arbitragem no âmbito da administração pública portuguesa, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129, de 27 de abril de 1984, acarretou uma verdadeira reviravolta em favor da arbitragem na esfera administrativa. Isso porque o artigo 2º, número 2, do referido diploma legal estabelecia que “São admitidos tribunais arbitrais no domínio do contencioso dos contratos administrativos e da responsabilidade civil por prejuízos decorrentes de actos de gestão pública, incluindo o contencioso das acções de

¹¹⁰⁴ AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. *The American Arbitration Association: A Long History of Working With Government*, p. 1-2. Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/AAA%20Government%20Services.pdf.

Acesso em: 10 ago. 2018, tradução nossa.

¹¹⁰⁵ ACCIOLY, João Pedro. Arbitragem e Administração Pública: um panorama global. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 5, n. 1, p. 11, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2018.

¹¹⁰⁶ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, abril de 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹¹⁰⁷ MATOS, Federico Nunes de. *Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação*. 2017. 478 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 220-221.

regresso”.¹¹⁰⁸ Assim sendo, embora tenha havido a revogação do mencionado estatuto pela Lei n.º 13, de 19 de fevereiro de 2002, ele consagrou, de forma inovadora no direito português, uma “cláusula geral de admissibilidade da arbitragem no domínio do direito administrativo”,¹¹⁰⁹ influenciando alterações legislativas posteriores.

Igualmente merece menção a Lei da Arbitragem Voluntária (Lei n.º 63, de 14 de dezembro de 2011), a qual estabelece no seu artigo 1º, número 5, que “O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado”.¹¹¹⁰

Também o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15, de 22 de fevereiro de 2002, e alterado pela Lei n.º 4-A, de 19 de fevereiro de 2003 e pelo Decreto-Lei n.º 214-G, de 2 de outubro de 2015, preconiza no seu artigo 180º que o tribunal arbitral pode ser constituído, dentre outras hipóteses, para o julgamento de “Questões respeitantes a contratos, incluindo a apreciação de actos administrativos relativos à respectiva execução” (número 1, alínea “a”) e de “Questões relativas a actos administrativos que possam ser revogados sem fundamento na sua invalidade, nos termos da lei substantiva” (número 1, alínea “c”). Por seu turno, o artigo 182º consagra o “Direito à outorga de compromisso arbitral”, isto é, a possibilidade de “exigir da Administração a celebração de compromisso arbitral, nos termos da lei”, em favor daquele “interessado que pretenda recorrer à arbitragem no âmbito dos litígios previstos no artigo 180º”.¹¹¹¹

Outrossim, o Código dos Contratos Públicos (Decreto-Lei n.º 18, de 29 de janeiro de 2008), ao estabelecer “a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo”,

¹¹⁰⁸ PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 129/1984*, abril de 1984. Disponível em: http://www.stadministrativo.pt/pdf/legislacao/DecretoLei_129_84.pdf. Acesso em: 15 ago. 2018.

¹¹⁰⁹ MATOS, Frederico Nunes de. *Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública*: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação. 2017. 478 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 222.

¹¹¹⁰ PORTUGAL. *Lei da Arbitragem Voluntária*, dezembro de 2011. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/145578/details/maximized?print_preview=print-preview. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹¹¹¹ PORTUGAL. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.stadministrativo.pt/pdf/codigodeprocessonostribunaisadministrativos.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

estipula a possibilidade de “modificação objetiva” e extinção de contratos administrativos por meio de decisão arbitral (artigos 311 e 330, respectivamente).¹¹¹²

Finalmente, o Decreto-Lei n.º 10, de 20 de janeiro de 2011, regulamenta o “regime jurídico da arbitragem em matéria tributária” e institui o “Centro de Arbitragem Administrativa”, cujas decisões têm o “mesmo valor jurídico que as sentenças judiciais”. Segundo as justificativas do referido Decreto-Lei, a “introdução no ordenamento jurídico português da arbitragem em matéria tributária, como forma alternativa de resolução jurisdicional de conflitos no domínio fiscal”, possui três objetivos principais, a saber: a) “reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos”; b) “imprimir uma maior celeridade na resolução de litígios que opõem a administração tributária ao sujeito passivo”; c) “reduzir a pendência de processos nos tribunais administrativos e fiscais”.¹¹¹³

Como é possível perceber, a legislação portuguesa é extremamente avançada no que concerne à possibilidade do emprego da via arbitral no âmbito da administração pública. É nesse sentido que, segundo Federico Nunes de Matos, o direito português é aquele que, na Europa, foi o que “mais avançou na utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos envolvendo relações jurídico-administrativas”.¹¹¹⁴

Já na Alemanha a arbitragem também é amplamente propagada, uma vez que é aplicável para “qualquer direito patrimonial”. De acordo com João Pedro Accioly, o modelo alemão “não exige que os direitos controvertidos sejam concomitantemente patrimoniais e disponíveis”, sendo que, no que concerne ao relacionamento entre a Administração Pública e os administrados, “quaisquer conflitos que tenham por objeto direitos pecuniários podem ser resolvidos pelo método arbitral”.¹¹¹⁵

Na Itália, consoante leciona Giovanni Bonato, a arbitragem (*arbitraggio*) é prevista sob duas formas. A primeira delas, chamada de “arbitragem ritual”, está estatuída nos artigos 806 e seguintes do Código de Processo Civil italiano (*Codice di*

¹¹¹² PORTUGAL. *Código dos Contratos Públicos*, janeiro de 2008. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=2063&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹¹¹³ PORTUGAL. *Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária*, janeiro de 2011. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1414&tabela=leis. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹¹¹⁴ MATOS, Federico Nunes de. *Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação*. 2017. 478 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 218.

¹¹¹⁵ ACCIOLY, João Pedro. Arbitragem e Administração Pública: um panorama global. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 5, n. 1, p. 17-18, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2018.

procedura civile), e “constitui um verdadeiro processo (privado) jurisdicional”. Nessa hipótese, a decisão arbitral (*lodo rituale*) possui a mesma eficácia de uma sentença judicial e, se homologada por juiz togado, adquire força de título executivo.

Já a segunda forma, denominada de “arbitragem irritual” (*arbitrato irrituale*), consagrada no artigo 808-ter, possui uma “natureza apenas contratual”. A decisão dela proveniente é “dotada dos efeitos de um negócio jurídico” (*lodo contrattuale*) e, além de ser “anulável perante um juiz de primeiro grau”, é insuscetível de adquirir força de título executivo.¹¹¹⁶

Na esfera da administração pública italiana, o Decreto Legislativo n.º 104, de 02 de julho de 2010, que institui o Código de Processo Administrativo (*Codice del processo amministrativo*), inclui o relacionamento com a arbitragem (*Rapporti con l'arbitrato*) como um dos princípios da jurisdição administrativa. De acordo com o artigo 12, com a redação dada pelo Decreto Legislativo n.º 195, de 15 de novembro de 2011, as controvérsias relativas a direitos subjetivos conferidos à jurisdição do juízo administrativo podem ser resolvidas por meio de arbitragem.¹¹¹⁷

Igualmente o Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016, que estabelece o Código dos Contratos Públicos (*Codice dei contratti pubblici*), dispõe no seu artigo 209 sobre a possibilidade de utilização da arbitragem para a resolução de controvérsias versando sobre direitos subjetivos decorrentes de celebração de contratos públicos relativos a obras, serviços, insumos, e concursos de projetos e ideias. Também a via arbitral é viável para a solução de litígios envolvendo contratos públicos de concessão de obras, serviços e fornecimentos celebrados por empresa com participação pública ou suas subsidiárias.¹¹¹⁸

Conforme o ensinamento de Bruno Lopes Megna, a questão da “arbitrabilidade das relações administrativas” na Itália está centrada na “distinção entre ‘direitos subjetivos’ (*diritti soggettivi*) e ‘interesses legítimos’ (*interessi legittimi*)”. O “direito subjetivo” (*diritto soggettivo*), o qual comumente atrai a competência da

¹¹¹⁶ BONATO, Giovanni. *Panorama da arbitragem na França e na Itália*. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro, p. 16-17. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/208504/mod_resource/content/0/BONATO%2C%20Arbitragem%20na%20Fran%C3%A7a%20e%20na%20Italia..pdf. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹¹¹⁷ ITÁLIA. *Codice del processo amministrativo*, julho de 2010. Disponível em: http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2010_0104.htm#012. Acesso em: 10 ago. 2018, tradução nossa.

¹¹¹⁸ ITÁLIA. *Codice dei contratti pubblici*, abril de 2016. Disponível em: http://www.bosettiegatti.eu/public/2016_0050_codice_contratti.pdf. Acesso em: 10 ago. 2018, tradução nossa.

jurisdição ordinária, corresponde à “situação de vantagem protegida pelo ordenamento no *interesse individual* de alguém em relação ao Estado (*e.g.*, indenização pela desapropriação)”. Já o “interesse legítimo” (*interesse legittimo*), o qual está abrangido pela competência da jurisdição administrativa, refere-se à “proteção dada pelo ordenamento no *interesse geral* contra ilegítima ação do Estado, no exercício de seus poderes (*e.g.*, abuso de poder na desapropriação)”.

Nesse sentido, embora não parem dúvidas quanto à possibilidade de arbitrabilidade dos “direitos subjetivos”, discute-se no âmbito do direito italiano “se os ‘interesses legítimos’ são também arbitráveis”, tendo em vista a sua relação com o “interesse geral”. Atualmente prevalece a ideia de que a dualidade de jurisdições e “a *jurisdição exclusiva* dos juízes administrativos não exclui a possibilidade de exercício de jurisdição arbitral sobre a mesma controvérsia”. Isso porque as “repercussões patrimoniais” decorrentes da violação dos interesses legítimos “são de interesse individual e disponível” e, portanto, também “arbitráveis”.¹¹¹⁹

Por seu turno, os modelos vigorantes na Espanha e na França representam exceções no cenário europeu, tendo em vista a resistência geral das respectivas legislações quanto à admissão da arbitragem no âmbito da administração pública.

No sistema jurídico espanhol, em que pese o progresso da legislação sobre a utilização da arbitragem entre particulares, os avanços com relação à adoção da via arbitral na administração pública ainda são tímidos. Nesse sentido, Federico Nunes de Matos ensina que na Espanha prepondera uma “hesitação do legislador” no reconhecimento da arbitragem “como via ordinária para a resolução de conflitos entre entidades administrativas”.

Essa situação é visualizável na medida em que, embora inexista proibição legislativa expressa, vigora o entendimento de que o emprego da arbitragem no âmbito da administração pública espanhola “depende de habilitação legal específica, não sendo possível a aplicação da Lei de Arbitragem (Lei n.º 60/2003, de 23 de dezembro) aos conflitos em matéria de direito público”.

Assim sendo, é possível afirmar que o direito espanhol ainda é “refratário ao emprego da arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo a administração pública”, apesar da existência de recentes diplomas legislativos permissivos no tocante à

¹¹¹⁹ MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo*. 2017. 350 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 138-144, destaques no original.

utilização da arbitragem nas searas do orçamento público (artigo 7.3 da Lei n.º 47, de 26 de novembro de 2003) e do patrimônio das administrações públicas (artigo 31 da Lei n.º 33, de 3 de novembro de 2003) – desde que haja a edição de decreto real aprovado pelo Conselho de Ministros, ouvido o pleno do Conselho de Estado.¹¹²⁰

Por seu turno, o modelo francês segue uma orientação peculiar. De acordo com João Pedro Accioly, a França “é, dentre as maiores economias do mundo, o país mais restritivo às arbitragens que envolvam a Administração Pública”, tendo em vista que a “interdição à via arbitral é interpretada de modo ampliativo pelo judiciário francês, sobretudo pela justiça administrativa”.

Segundo o citado autor, a ampla limitação ao emprego da arbitragem (*arbitrage*) no âmbito da administração pública francesa decorre originalmente do Código de Processo Civil de 1806, o qual, embora revogado por codificação superveniente em 1975, instituiu a impossibilidade da utilização da via arbitral para a resolução de litígios administrativos. Posteriormente, o parecer (*avis*) firmado no dia 06 de março de 1986 pelo Conselho de Estado (*Conseil d'État*), emitido sob o número 339710, ratificou que “As pessoas públicas não podem se evadir das regras de determinação da competência dos tribunais nacionais, remetendo a um árbitro à resolução de litígios de que sejam partes”, bem como que “uma cláusula de arbitragem com o Estado será nula e essa nulidade será de ordem pública: se um compromisso for assinado, o juiz pode invocá-la de ofício”.

O autor relata ainda que, em 1989, o mesmo Conselho de Estado estendeu a “interdição à arbitragem” às pessoas jurídicas de direito privado concessionárias e delegatárias de serviços públicos. Também os artigos 2.059 e 2.060 do atual Código Civil apontam para a prevalência, na França, da regra geral da “proibição de que entidades públicas se submetam a arbitragens” (também chamada de “inarbitrabilidade do Poder Público”).

As exceções são poucas e podem ser exemplificadas conforme as hipóteses abaixo mencionadas:

a) a parte final do artigo 2.060 do Código Civil francês, o qual autoriza que as “entidades públicas de caráter industrial ou comercial” firmem compromissos arbitrais por meio de decreto – norma reproduzida também no artigo L432-1 do

¹¹²⁰ MATOS, Federico Nunes de. *Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação*. 2017. 478 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 205-218.

“Código de Relações entre o Público e a Administração”, em vigor desde 1º de janeiro de 2016;

b) o artigo 11 da *Ordonnance* n.º 2004-559, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 2008-735, o qual estabelece, como cláusula necessária nos contratos de parceria público-privada, a regulamentação das “modalidades de prevenção e de solução de litígios, incluindo eventualmente a que preveja arbitragem, desde que seja aplicável a Lei francesa”;¹¹²¹

c) artigo 9º da Lei n.º 972, de 19 de agosto de 1986, que admite a celebração de cláusula compromissória em contratos celebrados pelo Estado com sociedades estrangeiras para a realização de operações de interesse nacional.¹¹²²

Com visão semelhante, Federico Nunes de Matos afirma que o sistema jurídico francês é “extremamente conservador no que se refere à utilização da arbitragem para a resolução de controvérsias envolvendo a administração pública”. A regra geral que prevalece na França consiste na vedação de uso da via arbitral para a resolução de disputas nas quais pessoas jurídicas de direito público figurem como partes. Com isso, a possibilidade do emprego da arbitragem por parte do Estado é admitida apenas excepcionalmente, de forma casuística, e estritamente nas hipóteses expressamente previstas na legislação com o fim de relativizar o “princípio de proibição de recurso à arbitragem no direito administrativo”.¹¹²³

Da mesma forma, Bruno Lopes Megna afirma que vigora na França o “princípio da interdição da arbitragem aos entes públicos”. Embora o sistema jurídico francês vivencie atualmente um movimento de expansão e prestígio da arbitragem nas relações entre particulares, o mesmo não ocorre com relação à possibilidade de emprego da via arbitral pela Administração Pública.

O autor aduz que essa situação é explicada pela dualidade de jurisdições vigente na França, isto é: a jurisdição comum ou jurisdição judiciária (*jurisdiction publique*), exercida pelo Poder Judiciário; e a jurisdição administrativa (*jurisdiction*

¹¹²¹ ACCIOLY, João Pedro. Arbitragem e Administração Pública: um panorama global. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 5, n. 1, p. 11-14, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2018.

¹¹²² MATOS, Federico Nunes de. *Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação*. 2017. 478 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 201-203.

¹¹²³ MATOS, Federico Nunes de. *Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação*. 2017. 478 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 192.

administrative), por meio da qual a “Administração exerce jurisdição (embora com independência) sob si própria”, baseada no axioma de que “julgar a Administração é administrar”. A jurisdição administrativa, assim, ostenta caráter jurisdicional, embora não judiciário.

Com raízes históricas que remontam à Revolução Francesa de 1789, a jurisdição administrativa francesa não integra o Poder Judiciário e está inserida na esfera da própria administração pública. Os membros que nela atuam estão vinculados ao Conselho de Estado pertencente ao “Poder administrativo”, e exercem funções contenciosas e consultivas em observância ao “princípio da dupla pertença” – ou “princípio do duplo” (*principe de double*).

Fato é que não são todas as disputas que envolvem a Administração Pública que são julgadas pelo Conselho de Estado. Diversamente, a competência da jurisdição administrativa está relacionada aos casos que versam sobre o exercício da “função administrativa”, isto é, “que envolva atividade praticada por pessoa jurídica de direito público francês (condição orgânica), no exercício da função administrativa (condição material), sob o regime de direito público, dotado das prerrogativas que lhe são próprias (condição funcional)”. Já os conflitos nos quais a Administração Pública discute relações jurídicas privadas ou comerciais, a jurisdição comum é a competente para processamento e julgamento do caso.¹¹²⁴

É esse um dos motivos pelos quais, na França, há uma resistência peculiar ao emprego da arbitragem na esfera da administração pública. A existência de uma jurisdição administrativa de caráter jurisdicional, cuja competência abrange a resolução extrajudicial das controvérsias envolvendo a Administração Pública no exercício da sua típica “função administrativa”, tem o condão de tornar dispensável o emprego da arbitragem para a mesma finalidade. Por outro lado, a via arbitral se mostra admissível com relação aos conflitos de competência da jurisdição judiciária nos quais a Administração Pública figure como parte.

Alguns exemplos podem ser citados para corroborar essa afirmação. No caso “*Galakis*” julgado em 1996, por exemplo, a Corte de Cassação (*Cour de cassation*), integrante da jurisdição comum, firmou jurisprudência favorável à possibilidade de celebração de convenção de arbitragem pelas pessoas jurídicas de

¹¹²⁴ MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo*. 2017. 350 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 120-123.

direito público no que se refere às controvérsias envolvendo contratos internacionais, desde que não se referissem a assuntos internos do Estado francês.

Por outro lado, no âmbito da jurisdição administrativa, o Conselho de Estado (*Conseil d'État*) afirmou a vigência do “princípio da proibição da arbitragem às pessoas jurídicas de direito público” pelo menos em duas ocasiões: no ano de 1957, no caso “*Société Nacional de Vente des Surplus*”, quando o Conselho de Estado vedou a utilização da via arbitral para as pessoas jurídicas de direito público de caráter industrial e comercial; e no ano de 1986, no caso “*Eurodisneyland*”, quando o Conselho de Estado emitiu o já mencionado parecer (*avis*) n.º 339710, proibindo amplamente o emprego da arbitragem pelas pessoas jurídicas de direito público.¹¹²⁵

Portanto, atualmente prepondera na França, de forma geral, o “princípio da proibição da arbitragem às pessoas jurídicas de direito público” no que se refere às disputas envolvendo a “ordem pública” ou o exercício da típica “função administrativa”. Todavia, é preciso acentuar que esse princípio vem sendo questionado não apenas na esfera do parlamento francês, como também no âmbito do próprio Conselho de Estado.

Como exemplo, é possível mencionar o Projeto de Lei n.º 2.887/2010, o qual “pretende ampliar as hipóteses de arbitragem envolvendo o Estado para todas as disputas contratuais de que a Administração seja parte, com exceção das que concernam à prestação de serviços públicos”.¹¹²⁶ Igualmente o relatório emitido em 13 de março de 2007 pelo grupo de trabalho sobre arbitragem (*groupe de travail sur l'arbitrage*) do Conselho de Estado¹¹²⁷ – conhecido como Relatório “*Labetoulle*” – aponta as suas conclusões na direção de uma abertura gradual do emprego da arbitragem para todas as pessoas jurídicas de direito público, a fim de solucionar disputas nacionais e internacionais, iniciando-se no campo das relações contratuais.¹¹²⁸

Por conseguinte, ao que parece, o movimento atual é de ampliação gradativa das possibilidades de utilização da arbitragem pela Administração Pública também na

¹¹²⁵ MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo*. 2017. 350 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 124-125.

¹¹²⁶ ACCIOLY, João Pedro. Arbitragem e Administração Pública: um panorama global. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 5, n. 1, p. 13, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2018.

¹¹²⁷ FRANÇA. Conseil d'État, Groupe de travail sur l'arbitrage. *Rapport*. Paris, 13 de março de 2007. Disponível em: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_final.pdf. Acesso em: 11 ago. 2018, tradução nossa.

¹¹²⁸ MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo*. 2017. 350 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 127-128.

França – na esteira do que já ocorre em outros países europeus.¹¹²⁹ A conhecida “legislação vanguardista” sobre arbitragem existente na França¹¹³⁰ seguramente evoluirá em um futuro próximo para expandir as possibilidades de utilização do método arbitral também para questões *interna corporis* da administração pública francesa.

Enfim, a legislação brasileira, em consonância com a tendência predominante da normatização estrangeira ocidental, incentiva acertadamente o emprego dos métodos “alternativos” de solução de controvérsias pelo Estado, inclusive a arbitragem. Sem dúvidas, trata-se de tentativa oficial de institucionalização de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos envolvendo a Administração Pública, a qual, certamente, contribui para a implementação de uma cultura jurídica incompatível com a judicialização excessiva e desnecessária das disputas.

6.2.4 Exemplos de normas específicas e experiências práticas no Brasil de prevenção, gestão e solução consensual ou extrajudicial de conflitos na administração pública

Compreendida a cultura jurídica de tratamento dos conflitos ora proposta, assim como examinado o microssistema brasileiro de incentivo ao emprego dos meios adequados de solução de conflitos, passa-se à análise de normas específicas e experiências práticas no Brasil de prevenção, gestão e solução consensual ou extrajudicial de conflitos na administração pública.

O estudo desses exemplos é importante para verificar que a busca pela mudança da cultura jurídica de tratamento de disputas na seara administrativa representa uma tendência de implantação em diversos entes, entidades e órgãos públicos – embora de maneira gradativa. Seguramente, as situações abaixo explicitadas servem de alento no sentido de que, de fato, há um esforço contínuo de parcela significativa do Poder Público com vistas ao aperfeiçoamento dos métodos de solução dos conflitos nos quais o Estado é parte.

6.2.4.1 O exemplo emblemático na União

¹¹²⁹ MATOS, Federico Nunes de. *Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação*. 2017. 478 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 192.

¹¹³⁰ BONATO, Giovanni. *Panorama da arbitragem na França e na Itália*. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro, p. 2. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/208504/mod_resource/content/0/BONATO%2C%20Arbitragem%20na%20Fran%C3%A7a%20e%20na%20Italia..pdf. Acesso em: 10 ago. 2018.

O exemplo da União é emblemático para ilustrar a tentativa de institucionalização de uma cultura jurídica de prevenção, gestão e solução consensual de conflitos. Inúmeras práticas e atos normativos demonstram os esforços direcionados a sistematizar uma litigância mais racional por parte da Advocacia Pública federal, assim como a incentivar o emprego no âmbito administrativo da mediação e da conciliação nas disputas envolvendo órgãos, entes e entidades públicos federais, de um lado, e cidadãos, de outro.

As diretrizes gerais dessa cultura jurídica de tratamento de conflitos estão fixadas na Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, a qual institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (AGU). Dentre os pontos que merecem destaque, o artigo 4º da mencionada lei complementar enumera as seguintes atribuições ao Advogado-Geral da União:

a) “desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente” (inciso VI);

b) “fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal” (inciso X);

c) “unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal” (inciso XI);

d) “editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais” (inciso XII).

Igualmente é digno de nota o Termo de Acordo de Cooperação Técnica n.º 052/2009, firmado em 09 de junho de 2009 entre o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho da Justiça Federal, o Tribunal Superior do Trabalho, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho e a Advocacia-Geral da União.

Por meio desse termo, ficou acordado “o estabelecimento de medidas que possibilitem o intercâmbio de dados e informações de interesse recíproco dos partícipes, visando reduzir a litigiosidade e conferir maior celeridade no julgamento das ações judiciais”. Dentre os compromissos assumidos pela AGU, destaca-se:

a) “intensificar a identificação de matérias capazes de ensejar a edição de novas súmulas, atendidos os requisitos legais aplicáveis à espécie”;

b) “extinguir os processos cujo mérito já tenha sido objeto de súmula da Advocacia-Geral da União”;

c) “promover a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal litigantes em processo judicial já instaurado, com vistas à extinção do feito”;

d) “buscar a superação de divergências de interpretação jurídica acerca de temas acessórios, de forma a permitir, nos limites da lei, a conciliação para por fim à tramitação de processos cujo pedido tenha sido objeto de reconhecimento por parte da Advocacia-Geral da União”.

É possível dividir a análise sobre a experiência da União em três temáticas, a saber:

a) a instituição da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), com as finalidades de inibir a judicialização desnecessária de conflitos por meio do emprego de técnicas consensuais na esfera administrativa, bem como de viabilizar a celebração de acordos ou outras soluções autocompositivas com relação a conflitos já judicializados;

b) a previsão de um conjunto de normas que possibilitam o reconhecimento da procedência do pedido, a abstenção da apresentação de contestação, e a dispensa ou desistência da interposição de recursos no bojo de determinados processos judiciais, como forma de racionalizar a atuação do procurador público em respeito ao sistema de precedentes judiciais regulamentado pelo CPC;

c) a coleta e a organização de dados estatísticos que permitem aferir que a adoção de uma cultura jurídica de prevenção, gestão e solução consensual de conflitos resulta em expressivos benefícios econômicos diretos e indiretos ao erário público federal.

Quanto à primeira temática, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) foi instituída pelo Ato Regimental n.º 5, de 27 de setembro de 2009, posteriormente modificado pelo Ato Regimental n.º 2, de 9 de abril de 2009. A sua estrutura é regida pelo Decreto Federal n.º 7.392, de 13 de dezembro de 2010, com a redação alterada pelo Decreto Federal n.º 7.526, de 15 de julho de 2011.

O artigo 18 do referido Decreto Federal n.º 7.392/2010 atribui as seguintes competências à CCAF:

a) “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União”;

b) “requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação”;

c) “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”;

d) “buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial”;

e) “promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório”;

f) “propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação”; e

g) “orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados”.

Portanto, muito antes da previsão do artigo 174 do CPC no sentido de estabelecer a necessidade de criação de câmaras de conciliação e de mediação pelos entes federativos, a União já havia colocado em funcionamento uma instância administrativa de solução autocompositiva de disputas. De acordo com a cartilha divulgada no sítio eletrônico da AGU, a CCAF visa à “consolidação da prática conciliatória como mecanismo de redução dos conflitos”, de maneira a assegurar mais eficiência no sistema de resolução das disputas e a representar “a racionalização de custos pela redução de demandas administrativas e judiciais envolvendo organismos da Administração Federal”.

Considerando a “intenção de prevenir e reduzir o número de litígios judiciais” envolvendo os órgãos e entidades públicos federais, a CCAF tem como escopo “evitar a judicialização de novas demandas” e encerrar “processos já judicializados, reduzindo sobremaneira o tempo na solução desses conflitos”. Com isso, torna-se possível a melhor “articulação de políticas públicas” e o aprimoramento da interlocução institucional, na medida em que as reuniões de conciliação estimulam os órgãos públicos a “a dialogarem e cooperarem um com o outro”.¹¹³¹

¹¹³¹ CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL – CCAF. *Cartilha*. 3. ed., Brasília: Advocacia-Geral da União, Consultoria-Geral da União, 2012, p. 7-8. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/217576. Acesso em: 08 set. 2018.

Além da CCAF, também é importante mencionar a existência de alguns diplomas normativos que possibilitam a realização de acordos pelos órgãos da Advocacia Pública federal, mesmo se a demanda já tiver sido judicializada.

Nesse sentido, o artigo 1º da Lei Federal n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, dispõe que “O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais”.

Com previsão semelhante, o artigo 2º da mesma lei estabelece que “O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais mencionadas no *caput* do art. 1º poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento”.

Por seu turno, o artigo 4º regulamenta a hipótese de celebração de termo de ajustamento de conduta firmado pela AGU, com o fim de “prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações”.

Já a Portaria da AGU n.º 109, de 30 de janeiro de 2007, autoriza os representantes judiciais da União, suas autarquias e fundações “a transigir, deixar de recorrer, desistir de recursos interpostos ou concordar com a desistência do pedido, no âmbito dos Juizados Especiais Federais”.

Na hipótese, a celebração da transação, ou a não-interposição ou desistência de recurso, poderão ocorrer quando: a) “houver erro administrativo reconhecido pela autoridade competente ou, quando verificável pela simples análise das provas e dos documentos que instruem a ação, pelo advogado ou procurador que atua no feito, mediante motivação adequada”; b) “inexistir controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado”.

A portaria também estabelece a impossibilidade de realização de acordo nos seguintes casos: a) demandas “em que se discute penalidade aplicada a servidor”; b) processos judiciais envolvendo pedido de “dano moral, salvo se o agente causador do dano for entidade credenciada, contratada ou delegada de órgão de Administração Pública Federal e assuma, em juízo, a responsabilidade pelo pagamento acordado”; c) quando o litígio “estiver fundado exclusivamente em matéria de direito e houver a respeito enunciado da Súmula da AGU, parecer aprovado na forma do art. 40 da Lei

Complementar 73, de 1993 ou orientação interna adotada pelo Advogado-Geral da União contrários à pretensão”.

No que se refere à segunda temática, é possível citar um conjunto de normas que possibilitam o reconhecimento da procedência do pedido, a abstenção da apresentação de contestação, e a dispensa ou desistência da interposição de recursos no bojo de processos judiciais envolvendo órgãos e entidades públicos federais. O objetivo central desses diplomas normativos é racionalizar a atuação dos procuradores públicos em respeito ao sistema de precedentes judiciais regulamentado pelo CPC.

Nessa ótica, os artigos 39 a 40 da citada Lei Complementar n.º 73/1993 dispõem sobre a possibilidade de edição de pareceres jurídicos e enunciados de súmulas administrativas, dotados de força obrigatória, e que podem estabelecer inclusive as hipóteses de reconhecimento da procedência do pedido, de abstenção da apresentação de contestação, e de dispensa ou desistência da interposição de recursos.

O artigo 4º da mencionada Lei Federal n.º 9.469/1997 estipula que, na inexistência de súmula administrativa da AGU, “o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores”.

Por sua vez, o artigo 19 da Lei Federal n.º 10.522, de 19 de julho de 2002, autoriza a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional “a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante”, em hipóteses nas quais a decisão judicial, por exemplo, está em conformidade com orientação jurisprudencial consolidada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos, ainda que a tese tenha sido firmada de modo desfavorável à Fazenda Nacional (incisos IV e V, respectivamente).

O inciso II do mesmo artigo prevê a mesma situação com relação a “matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda”.

Já o inciso I do mesmo artigo, combinado com o artigo 18, desobriga não somente a apresentação de contestação ou recurso, como também dispensa a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União e

o ajuizamento da respectiva execução fiscal, assim como determina o cancelamento do lançamento fiscal e da inscrição em dívida ativa já efetuados, nas hipóteses descritas na lei que já foram objeto de uniformização jurisprudencial.

As Portarias da AGU n.º 487 e 488, ambas de 27 de julho de 2016, estabelecem os procedimentos para os casos de “reconhecimento da procedência do pedido, abstenção de contestação e de recurso e desistência de recurso” pelos Advogados da União e pelos Procuradores Federais, respectivamente. A tônica que permeia as referidas portarias é o respeito à “inovadora sistemática de precedentes vinculantes e técnicas de julgamento de casos repetitivos” consagrada pelo CPC.

Tanto é assim que a autorização para o reconhecimento da procedência do pedido, abstenção de apresentação de contestação, abstenção de interposição de recurso e desistência de recurso já interposto é outorgada com a finalidade de observar hipóteses tais como:

- a) respeito a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal;
- b) respeito a acórdão transitado em julgado proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade;
- c) respeito a acórdão transitado em julgado proferido em sede de recurso extraordinário repetitivo;
- d) respeito a acórdão transitado em julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário em incidente de resolução de demandas repetitivas;
- e) respeito a acórdão transitado em julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de incidente de assunção de competência;
- f) respeito a acórdão transitado em julgado proferido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, ou a súmula do Supremo Tribunal Federal, desde que observados os parâmetros estabelecidos em orientações administrativas específicas;
- g) respeito a acórdão transitado em julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial repetitivo;
- h) respeito a acórdão transitado em julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial em incidente de resolução de demandas repetitivas;
- i) respeito a acórdão transitado em julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de incidente de assunção de competência;

j) respeito a acórdão transitado em julgado proferido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça;

k) respeito a súmula do Superior Tribunal de Justiça;

l) respeito a acórdão transitado em julgado, proferido pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais em sede de incidente repetitivo, processado nos termos do art. 17º, VII, “a”, do Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização, nos processos que tramitam nos Juizados Especiais Federais;

m) respeito a súmula da AGU ou parecer aprovado nos termos dos artigos 40 ou 41 da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Também é prevista a dispensa da interposição de recurso extraordinário, recurso especial e respectivos agravos nas hipóteses em que a pretensão recursal não preenche os requisitos de cabimento, tais como:

a) matéria constitucional ou federal não prequestionada, nos termos das Súmulas n.º 282 ou 356 do STF e da Súmula n.º 211 do STJ;

b) pretensão de simples reexame de fatos e provas, nos termos da Súmula n.º 279 do STF e da Súmula n.º 7 do STJ;

c) deficiência na fundamentação do recurso, nos termos da Súmula n.º 284 do STF;

d) falta de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada ou outra deficiência na fundamentação do agravo, nos termos da Súmula n.º 287 do STF e da Súmula n.º 182 do STJ;

e) mais de um fundamento suficiente na decisão recorrida e o recurso não abranger todos eles, nos termos da Súmula n.º 283 do STF;

f) o acórdão recorrido se assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e não tiver sido interposto recurso extraordinário, conforme a Súmula n.º 126 do STJ;

g) entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal acerca da natureza infraconstitucional ou da constitucionalidade reflexa da matéria, desde que tenha sido interposto recurso especial na origem, ficando ressalvada a possibilidade de aplicação do artigo 1.033 do CPC;

h) entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça acerca da natureza constitucional da matéria, contanto que tenha sido interposto recurso extraordinário na origem, ficando ressalvada a possibilidade de aplicação do artigo 1.032 do CPC;

i) negativa de repercussão geral quanto à questão jurídica versada no recurso extraordinário, nos termos do artigo 1.035 do Código de Processo Civil, ficando ressalvada a possibilidade de aplicação do artigo 1.033 do CPC, nos casos em que o STF declarar a inexistência de repercussão geral sob o fundamento de que a matéria debatida é infraconstitucional;

j) jurisprudência uniforme, estável, íntegra e coerente do STF e/ou do STJ, consoante parâmetros estabelecidos em orientações administrativas específicas.

Finalmente, no que concerne ao terceiro ponto sob análise, cumpre asseverar que a coleta e a organização de dados estatísticos pela AGU permitem aferir que a adoção de uma cultura jurídica de prevenção, gestão e solução consensual de conflitos resulta em expressivos benefícios econômicos diretos e indiretos ao erário público federal.

De acordo com informações obtidas junto à AGU, a CCAF, em 2017, “atuou de forma eficiente em 21 processos, dentre acordos e resultados positivos, nos quais foram objeto de negociação o valor total de R\$ 35.577.483,76” (trinta e cinco milhões, quinhentos e setenta e sete mil, quatrocentos e oitenta e três reais e setenta e seis centavos). A tabela abaixo contém os dados quantitativos do número de reuniões realizadas e dos valores financeiros conciliados ou que decorreram de algum tipo de atuação decisiva da CCAF, no período de 01 de janeiro de 2008 até 30 de maio de 2018:

Tabela 1 – Atuação da CCAF/AGU (período de 01/01/2008 até 30/05/2018)		
Ano	Número de reuniões realizadas	Soma dos valores conciliados e com resultado favorável
2008	118	R\$ 7.552.089,44
2009	132	R\$ 2.799.364.132,87
2010	212	R\$ 45.937.389,81
2011	254	R\$ 615.310.244,57
2012	185	R\$ 413.405.280,44
2013	194	R\$ 336.788.143,39
2014	146	R\$ 1.063.076,74
2015	105	R\$ 11.456.070,45
2016	116	R\$ 1.076.241,30
2017	71	R\$ 3.437.419,59
2018 (ATÉ 30/05)	60	R\$ 264.211.142,62

Fonte: Advocacia-Geral da União, Consultoria-Geral da União, Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal¹¹³²

¹¹³² Dados estatísticos fornecidos pela Ilma. Dra. Maria Isabel Cohim Ribeiro de Freitas, Diretora Substituta da CCAF/CGU/AGU, a partir de solicitação realizada pelo *link* do Sistema Eletrônico do

Portanto, é possível inferir, com base nos dados quantitativos acima informados, que a CCAF, no interregno de aproximadamente uma década, atuou em 1.603 (mil seiscentos e três) reuniões que envolveram a conciliação, o pagamento ou a economia de R\$ 4.499.601.231,22 (quatro bilhões, quatrocentos e noventa e nove milhões, seiscentos e um mil, duzentos e trinta e um reais e vinte e dois centavos).

Por seu turno, Grégore Moreira de Moura também divulga dados estatísticos interessantes com relação à atuação da Procuradoria-Geral Federal no âmbito da Justiça Federal. Com base no “informativo PGF Comunica 237/2017”, o autor relata que, apenas no mês de novembro de 2017, houve na Procuradoria-Geral Federal a celebração de 8.339 (oito mil, trezentos e trinta e nove) acordos, os quais resultaram no pagamento de aproximadamente R\$ 107.300.000,00 (cento e sete milhões e trezentos mil reais) e em uma economia indireta estimada de cerca de R\$ 33.900.000,00 (trinta e três milhões e novecentos mil reais).

A tabela abaixo abrange os dados detalhados com referência aos acordos celebrados pela Procuradoria-Geral Federal no âmbito da Justiça Federal no mês de novembro de 2017:¹¹³³

Tabela 2 – Atuação da Procuradoria-Geral Federal nos tribunais da Justiça Federal (novembro de 2017)			
Região	Número de acordos	Valor pago	Economia estimada
1ª Região	2.434	R\$ 8.335.210,35	R\$ 3.086.198,79
2ª Região	419	R\$ 1.442.451,76	R\$ 352.050,27
3ª Região	1.903	R\$ 56.204.664,08	R\$ 22.686.550,98
4ª Região	2.491	R\$ 32.755.035,61	R\$ 4.943.269,24
5ª Região	1.092	R\$ 8.613.551,99	R\$ 2.838.028,15

O valor médio de pagamento em cada acordo foi de R\$ 12.873,36 (doze mil, oitocentos e setenta e três mil reais e trinta e seis centavos), equivalendo a uma

Serviço de Informação ao Cidadão (*e-SIC*) do sítio eletrônico do Governo Federal. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.aspx?ReturnUrl=%2fsistema%2f>. Acesso em: 01 out. 2018.

¹¹³³ MOURA, Grégore Moreira de. As formas alternativas de resolução de conflitos e a Advocacia Pública. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em júzo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 712-713.

economia média estimada por acordo de R\$ 4.065,97 (quatro mil, sessenta e cinco reais e noventa e sete centavos). Nesse mês, a Procuradoria-Geral Federal, por meio dos referidos acordos, pagou 76% (setenta e seis por cento) do valor que se estimava devido.

Já no mês de dezembro de 2017, o mesmo Grégore Moreira de Moura, com base no “informativo PGF Comunica 18/2018”, noticia que os órgãos da Procuradoria-Geral Federal celebraram 6.419 (seis mil, quatrocentos e dezenove) acordos, os quais acarretaram o pagamento de aproximadamente R\$ 98.300.000,00 (noventa e oito milhões e trezentos mil reais) e em uma economia indireta estimada de cerca de R\$ 33.200.000,00 (trinta e três milhões e duzentos mil reais).

O valor médio de pagamento em cada acordo foi de R\$ 15.325,14 (quinze mil, trezentos e vinte e cinco reais e quatorze centavos), o que corresponde a uma economia média estimada por acordo de R\$ 5.176,22 (cinco mil, cento e setenta e seis reais e vinte e dois centavos). A Procuradoria-Geral Federal, por meio dos referidos acordos, pagou 75% (setenta e cinco por cento) do valor que se estimava devido.

A tabela abaixo abarca os dados detalhados com referência aos acordos celebrados pela Procuradoria-Geral Federal no âmbito da Justiça Federal no mês de dezembro de 2017:¹¹³⁴

Tabela 3 – Atuação da Procuradoria-Geral Federal nos tribunais da Justiça Federal (dezembro de 2017)			
Região	Número de acordos	Valor pago	Economia estimada
1ª Região	1.434	R\$ 8.862.503,26	R\$ 4.745.719,70
2ª Região	187	R\$ 866.655,61	R\$ 277.506,85
3ª Região	1.823	R\$ 54.650.000,00	R\$ 21.856.000,00
4ª Região	2.070	R\$ 26.714.470,10	R\$ 4.048.798,31
5ª Região	905	R\$ 7.278.466,21	R\$ 2.298.126,25

É possível inferir que os diversos dados e normas acima compilados simbolizam um projeto tendente à instituição de um modelo federal de tratamento de conflitos mais condizente com o atual ordenamento jurídico, o qual resulta em significativos proveitos financeiros imediatos e mediatos ao tesouro público federal.

¹¹³⁴ MOURA, Grégore Moreira de. As formas alternativas de resolução de conflitos e a Advocacia Pública. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em júízo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 713-714.

Embora essa mudança de cultura jurídica seja de assimilação lenta e encontre obstáculos na prática jurídica – como é exemplificado pelo reiterado não-comparecimento de representantes legais às audiências de conciliação ou de mediação previstas no artigo 334 do CPC, ou pela resistência comumente verificada por parte de alguns órgãos e entidades públicos na celebração de acordos na esfera judiciária –, ela serve, no mínimo, de esperança para a comunidade jurídica e de inspiração para a adoção de normatização semelhante em Estados e Municípios.

6.2.4.2 Câmaras de conciliação e mediação e outras instâncias administrativas de solução de conflitos em Estados e Municípios

Embora com sistematização mais simples em comparação com a União, outros entes federativos também optaram por criar instâncias extrajudiciais de solução de conflitos. Independentemente da previsão na legislação federal acerca da necessidade de criação das câmaras de conciliação e mediação, alguns Estados e Municípios inclusive se anteciparam à tendência de emprego de *alternative dispute resolution* no âmbito da administração pública.

No Estado do Mato Grosso, por exemplo, o artigo 14, §2º, da Lei Complementar Estadual n.º 111, de 1º de julho de 2002, prevê a possibilidade de regulamentação, mediante lei específica, de uma “Central de Conciliação” vinculada à Subprocuradoria-Geral Administrativa e de Controle Interno da Procuradoria-Geral do Estado. A finalidade da referida Central de Conciliação é “estabelecer a conciliação e a mediação como meios para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam o Estado de Mato Grosso”.

No Município de Belo Horizonte, o Decreto n.º 14.971, de 06 de agosto de 2012, institui a “Junta Administrativa de Indenizações”, vinculada à Procuradoria Geral do Município, cuja competência é a “apreciação dos pedidos administrativos de indenização, decorrentes de danos causados pela Administração Pública a terceiros, segundo preceito do § 6º do art. 37 da Constituição da República”.

O objetivo é que a referida Junta, “quando constatado onexo causal entre uma ação ou omissão estatal e um dano efetivo”, defira na seara administrativa a respectiva indenização para a reparação do dano material causado ao particular. Segundo o mencionado decreto, o valor indenizatório se sujeita a valor máximo previsto

em ato administrativo. Ademais, não é possível à Junta deferir indenização por dano moral e tampouco quando configurada a prescrição da pretensão do requerente.

Ademais, em outros Estados e Municípios já é possível verificar a existência de esforços concretos tendentes à implementação de câmaras administrativas de conciliação e de mediação, com competências mais abrangentes de solução consensual de conflitos, na forma estabelecida pelo artigo 174 do CPC e pelo artigo 32 da Lei Federal n.º 13.140, de 26 de junho de 2015.

No Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Estadual n.º 14.794, de 17 de dezembro de 2015, cria o “Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação”, integrado ao “Sistema de Advocacia de Estado” (artigo 1º), com o objetivo de “instituir a conciliação e a mediação como meios para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a Administração Pública Estadual Direta e Indireta” (artigo 2º). O referido sistema é estruturado em duas instâncias, a saber: a instância ordinária, formada pelas Câmaras de Conciliação e Mediação, e a instância recursal, composta pelo Conselho de Mediação Administrativa (artigo 5º).

As diretrizes do Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação, constantes dos incisos do artigo 3º, são elucidativas para demonstrar as bases de uma adequada cultura jurídica de tratamento dos conflitos no âmbito da administração pública, conforme abaixo descrito:

- a) “a instituição de valores e meios jurídicos que aprofundem o relacionamento dos cidadãos com a Administração Pública”;
- b) “a prevenção e solução de controvérsias administrativas e judiciais entre os cidadãos e o Estado do Rio Grande do Sul ou entre órgãos da Administração Pública Estadual Direta e Indireta;
- c) “a garantia da juridicidade, da eficácia, da estabilidade, da segurança e da boa-fé das relações jurídicas e administrativas”;
- d) “a agilização e a efetividade dos procedimentos de prevenção e solução de controvérsias”;
- f) “a racionalização da judicialização de litígios envolvendo a Administração Pública Estadual Direta e Indireta”;
- g) “a redução de passivos financeiros decorrentes de controvérsias de repercussão coletiva”.

Percebe-se que todas as diretrizes traçadas na legislação gaúcha estão em consonância com a evolução do direito administrativo e com uma visão de

administração pública consentânea com o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, destaca-se:

a) o aprofundamento do relacionamento dos cidadãos com a administração pública, como decorrência da horizontalização do vínculo entre o Estado e os particulares;

b) a busca por uma cultura jurídica de prevenção, gestão racional e solução administrativa de controvérsias, evitando a judicialização irracional;

c) o respeito aos princípios administrativos mais caros a uma ordem democrática, tais como a juridicidade administrativa, a segurança jurídica e a boa-fé;

d) o objetivo de imprimir celeridade ao processo administrativo de resolução de conflitos;

e) a finalidade de proteção do erário público por meio da diminuição de passivos financeiros decorrentes de condenações judiciais em processos repetitivos e de repercussão coletiva.

Também no Município de Porto Alegre, a Lei Municipal n.º 12.003, de 27 de janeiro de 2016, cria a “Central de Conciliação”, vinculada à Procuradoria Geral do Município, com o propósito de “estabelecer a conciliação e a mediação como meios para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a Administração Municipal” (artigo 1º). De acordo com o artigo 6º, a Central de Conciliação é composta por três órgãos, a saber:

a) Câmara de Indenizações Administrativas, a qual compete “o exame, na forma de seu regimento, dos pedidos administrativos de indenização decorrentes de danos causados pelos órgãos da Administração Municipal a terceiros, segundo preceito estatuído no § 6º do art. 37 da Constituição Federal” (artigo 8º);

b) Câmara de Mediação e Conciliação, a qual compete: b.1) “prevenir e solucionar, de forma consensual, os conflitos no âmbito administrativo”; b.2) “dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Municipal”; b.3) “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Administração Municipal”; b.4) “promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta” na hipóteses previstas na legislação (artigo 10);

c) Câmara de Conciliação de Precatórios, a qual compete “compor, mediante acordo direto com os credores, o pagamento de precatórios devidos pelo Município de Porto Alegre, suas autarquias e suas fundações inseridas no regime especial de pagamento de precatórios” (artigo 13).

O diploma legislativo porto-alegrense conceitua, dentre outros institutos, a “transação administrativa”, como “o ato de reconhecimento de direitos e estabelecimento de obrigações, resultantes da composição da controvérsia posta a exame da Central de Conciliação” (artigo 2º, inciso III), bem como o “termo de transação”, consistente no “instrumento jurídico que encerra a controvérsia administrativa, possibilitando a produção dos efeitos jurídicos da transação” (artigo 2º, inciso IV). No caso da transação administrativa, a sua eficácia depende de “homologação do procurador-geral do Município” e forma “coisa julgada administrativa”, importando “renúncia a todo e qualquer direito no qual possa fundar uma ação judicial, assim como extinção daquela que estiver em tramitação” (artigo 4º).

No Município de São Paulo, o Decreto Municipal n.º 57.263, de 29 de agosto de 2016, ao reorganizar parcialmente a respectiva Procuradoria Geral do Município, cria a “Câmara de Solução de Conflitos da Administração Municipal” (artigo 33), com as seguintes atribuições: a) “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos por meios autocompositivos, notadamente conciliação e mediação, no âmbito da Procuradoria Geral do Município”; b) “requisitar, aos órgãos e entidades da Administração Pública Municipal, informações para subsidiar a sua atuação”; c) “dirimir, por meios autocompositivos, as controvérsias entre os órgãos e entidades da Administração Pública Municipal Direta e Indireta”; d) “promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta nos casos submetidos a meios autocompositivos”; e) “propor, quando couber, ao Procurador Geral do Município, o arbitramento das controvérsias não solucionadas por meios autocompositivos”.

No Estado do Rio de Janeiro, o Decreto Estadual n.º 45.590, de 04 de março de 2016, dispõe sobre a “Câmara Administrativa de Solução de Litígios”, a ser criada com a finalidade de “promover a obtenção de soluções consensuais em questões e litígios que envolvam órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, Direta e Indireta” (artigo 1º). A instituição da referida câmara será instrumentalizada “mediante colaboração entre a Procuradoria Geral do Estado e a Defensoria Pública”, com o objetivo de “priorizar a solução de conflitos envolvendo pessoas juridicamente necessitadas” (artigo 1º, parágrafo único).

No Estado de Goiás, a Lei Complementar n.º 144, de 24 de julho de 2018, institui a “Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual”, assim como estabelece “medidas para a redução da litigiosidade no âmbito administrativo e perante o Poder Judiciário”.

A referida câmara possui as seguintes competências (artigo 6º):

- a) “atuar em conflitos que versem sobre direitos disponíveis e sobre direitos indisponíveis que admitam transação, haja ou não pretensão econômica, envolvendo pessoas jurídicas de direito público e/ou de direito privado integrantes da Administração Pública estadual”;
- b) “decidir conflitos instaurados entre entes da Administração estadual”;
- c) “sugerir ao Procurador-Geral do Estado, quando o caso, a arbitragem das controvérsias não solucionadas por conciliação ou mediação”;
- d) “dirimir conflitos envolvendo os órgãos e as entidades da Administração Pública do Estado de Goiás”;
- e) “avaliar, com exclusividade, a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Administração estadual”;
- f) “promover, quando cabível, a celebração de termo de ajustamento de conduta”;
- g) “solucionar conflitos advindos de indeferimentos, suspensões e cancelamentos de benefícios previdenciários”;
- h) “incentivar e promover, nos termos da lei, a regularização das atividades sujeitas ao licenciamento ambiental que estejam sendo executadas de forma irregular, de modo a fomentar o ‘licenciamento de regularização’ ou ‘licenciamento corretivo’”.

Dentre as medidas para a redução da litigiosidade, a citada lei goiana prevê os seguintes objetivos (artigo 1º):

- a) “promover e estimular a adoção de medidas para a autocomposição de litígios judiciais e controvérsias administrativas no âmbito da Administração Pública estadual, com vistas à resolução de conflitos e pacificação social e institucional”;
- b) “propiciar eficiência e celeridade na condução e resolução de conflitos judiciais e extrajudiciais que envolvam a Administração Pública do Estado de Goiás”;
- c) “reduzir o quantitativo de processos contenciosos em sede administrativa e judicial em que a Fazenda Pública figure como parte ou interveniente”;
- d) “reduzir o dispêndio de recursos públicos na instauração, condução e no acompanhamento de processos administrativos e judiciais, nos quais os custos superem o potencial benefício decorrente dos prognósticos dos seus resultados”;
- e) “ampliar o diálogo institucional e a publicidade dos atos administrativos, de modo a fomentar a cultura de uma Administração Pública consensual, participativa e

transparente na busca por soluções negociadas que logrem amenizar os conflitos e as disputas”;

f) “fazer da Advocacia Pública um ente formador de agentes conciliadores e mediadores, com vistas à promoção de políticas e procedimentos fomentadores de uma cultura de resolução de conflitos por meio da conciliação e da mediação”;

g) “buscar soluções uniformes para os conflitos de massa que envolvam interesses da Administração Pública, de modo a proporcionar a esta e aos administrados maior segurança jurídica”.

No Estado de Mato Grosso do Sul, a Resolução da Procuradoria-Geral do Estado n.º 242, de 30 de junho de 2017, cria a “Câmara Administrativa de Solução de Conflitos no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado”, cujo objetivo é a “busca pela solução de conflitos em áreas a serem definidas pelo Procurador-Geral do Estado, tendo como parâmetro, conforme o caso, o posicionamento jurisprudencial sobre o tema, bem como os Pareceres emitidos por esta Procuradoria” (artigo 3º). Segundo o artigo 4º da aludida resolução, a câmara “poderá firmar acordos ou similares com outros órgãos ou entidades da Administração Direta ou Indireta”.

Dentre outras causas, os seguintes motivos foram apontados para justificar a criação da Câmara Administrativa de Solução de Conflitos, a saber:

a) “o crescente estímulo para adoção de medidas alternativas à jurisdição como mecanismos de promoção e concretização de direitos que coloquem em prática as garantias previstas no art. 5º, incisos LIV e LXXVIII, da Constituição Federal”;

b) “a abordagem extrajudicial espontânea dos conflitos pela Administração proporciona celeridade na sua solução e contribui para aliviar a sobrecarga de acesso ao Poder Judiciário”;

c) “a necessidade de serem adotadas práticas que evitem demandas judiciais, principalmente em matérias já decididas e sedimentadas pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e Pareceres da PGE, conferindo, assim, maior efetividade na prestação do serviço público e economia ao Erário”.

No Estado de Alagoas, a Lei Complementar Estadual n.º 47, de 27 de abril de 2018, alterando a Lei Complementar Estadual n.º 7, de 18 de julho de 1991, cria a “Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos”, como órgão integrante da estrutura organizacional da Procuradoria-Geral do Estado, com as seguintes competências: a) “dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública”; b) “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de

conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público”; c) “promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”; d) “compor, mediante acordo direto com os credores, o pagamento de precatórios devidos pelo Estado de Alagoas, suas autarquias e fundações” (artigo 25-F da Lei Complementar n.º 7/1991).

A atuação da referida Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos é pautada nas seguintes diretrizes (artigo 25-G da Lei Complementar Estadual n.º 7/1991):

a) “a instituição de valores e meios jurídicos que aprofundem o relacionamento dos cidadãos com a administração pública”;

b) “a prevenção e a solução de controvérsias administrativas e judiciais entre os cidadãos e o Estado de Alagoas ou entre órgãos da Administração Pública Estadual Direta e Indireta”;

c) “a garantia da juridicidade, da eficácia, da estabilidade, da segurança e da boa-fé das relações jurídicas e administrativas”;

d) “a agilização e a efetividade dos procedimentos de prevenção e solução de controvérsias”;

e) “a racionalização da judicialização de litígios envolvendo a Administração Pública Estadual Direta e Indireta”;

f) “a redução de passivos financeiros decorrentes de controvérsias de repercussão coletiva”;

g) “a redução de passivos financeiros decorrentes das ações judiciais e dos precatórios devidos pelo Estado de Alagoas, suas autarquias e fundações”.

Em outros Estados, há projetos de lei em tramitação que visam à criação de instâncias administrativas de solução de conflitos.

No Estado de Minas Gerais, por exemplo, o Projeto de Lei n.º 5302/2018 visa, dentre outros objetivos, a autorizar a criação da “Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos no âmbito da Advocacia-Geral do Estado”, com a finalidade de “instituir a conciliação e a mediação como meios para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a administração pública direta e indireta” (artigo 5º). O texto original do referido projeto de lei indica as seguintes diretrizes para a atuação da Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos (artigo 6º):

a) “instituir valores e meios jurídicos que aprofundem o relacionamento dos cidadãos com a administração pública”;

b) “prevenir e solucionar controvérsias administrativas e judiciais entre o particular e o Estado de Minas Gerais, ou entre órgãos da administração pública direta e indireta”;

c) “garantir juridicidade, eficácia, estabilidade, segurança e boa-fé nas relações jurídicas e administrativas”;

d) “agilizar e aumentar a efetividade dos procedimentos de prevenção e solução de controvérsias”;

e) “racionalizar a judicialização de litígios envolvendo a administração pública direta e indireta”;

f) “reduzir passivos financeiros decorrentes de controvérsias de repercussão coletiva”.

O projeto de lei em comento estabelece ainda que o funcionamento da Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos “observará o contraditório e a ampla defesa, a recorribilidade das decisões e o tempo razoável de tramitação dos processos” (artigo 9º), e se pautará pela observância dos “princípios da juridicidade, da impessoalidade, da igualdade, da moralidade, da imparcialidade, do interesse público, da segurança e estabilidade das relações jurídicas, da eficiência, da ampla defesa, do contraditório, da motivação, da boa-fé, da economicidade, da publicidade, da razoabilidade e da transparência” (artigo 10). As transações administrativas, cuja eficácia depende de homologação do Advogado-Geral do Estado (artigo 10, §1º), implicam a formação de “coisa julgada administrativa” (artigo 10, §2º).

No Estado do Amazonas, o Projeto de Lei Ordinária n.º 95/2018 dispõe, dentre outros aspectos, sobre a “conciliação, transação e desistência nas causas que envolvam o Estado do Amazonas”. Segundo o artigo 2º do referido projeto de lei, os Procuradores do Estado ficam autorizados à celebração de mediação, conciliação ou transação judicial e extrajudicial em processos judiciais que, por exemplo, “tenham proveito econômico imediato equivalente ao montante definido como obrigação pecuniária de pequeno valor no Estado do Amazonas” (inciso I).

Já o §5º do artigo 2º veda a celebração de mediação, conciliação ou transação judicial e extrajudicial em processos judiciais que, dentre outras situações: a) possuam declarada “relevância política, econômica, jurídica ou social” (inciso I); b) versam sobre “matéria tributária” (incisos II e III); c) “possuam efeito multiplicador”

com discussão sobre “questões de direito com interpretação controvertida nas instâncias ordinárias e superiores, ainda não pacificadas por precedentes firmados em julgamento de casos repetitivos” (inciso IV); d) versam sobre “causas fundadas em divergência jurisprudencial” (inciso V); e) versam sobre “causas que se enquadrem em procedimento de julgamento de casos repetitivos ou de formação de precedentes de caráter vinculante, cujos processos tenham sido suspensos por decisão do Tribunal competente” (inciso VI).

6.2.4.3 Solução administrativa de conflitos no âmbito das agências reguladoras e de outros órgãos e autarquias federais

De modo geral, as agências reguladoras consistem em entidades administrativas classificadas como “autarquia especial”, as quais é atribuída a “função administrativa regulatória” dentro de um contexto de “dissociação entre a prestação de serviços públicos e sua regulação”. Basicamente, elas estão “encarregadas da gestão setorial”, isto é, do gerenciamento regulatório de determinado setor econômico.

Como pertencem à Administração Pública indireta, pode-se dizer que as agências reguladoras estão sujeitas a um “regime jurídico que assegura a autonomia em face da Administração direta e que é investida de competência para a regulação setorial”. Elas são, portanto, dotadas de personalidade jurídica própria de direito público, e visam ao exercício da “competência regulatória setorial” por meio da edição de “normas abstratas infralegais”, prolação de decisões administrativas e composição de conflitos em determinado setor econômico.¹¹³⁵

No que importa às finalidades deste trabalho, cumpre asseverar que a legislação pertinente não apenas assegura, como incentiva a composição administrativa de conflitos na esfera interna das agências reguladoras. Certamente, esse estímulo normativo favorece a resolução extrajudicial de disputas envolvendo importantes setores da economia nacional – embora a decisão proferida pela agência reguladora seja passível de controle pela instância judiciária, inclusive quanto ao mérito.¹¹³⁶

¹¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 126, 704-708.

¹¹³⁶ Além da composição de conflitos na esfera interna das agências reguladoras, também é pertinente reiterar que a legislação também incentiva que essas agências adotem métodos “alternativos” à jurisdição estatal, com destaque para a arbitragem (CARDOSO, André Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25 et seq.).

A título exemplificativo, pode-se citar as seguintes normas atinentes à forma de solução de contendas no âmbito das agências reguladoras:

a) artigo 3º, inciso V, da Lei Federal n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996, o qual atribui à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) a competência para “dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores”;

b) artigo 19, inciso XVII, da Lei Federal n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, o qual confere à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) a competência para “compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações”;

c) artigo 20 da Lei Federal n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997, o qual dispõe que o regimento interno da Agência Nacional do Petróleo (ANP) “disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento”;

d) artigo 20, inciso II, alínea “b”, da Lei Federal n.º 10.233, de 5 de junho de 2001, o qual outorga às Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário, incluída a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), a função de “harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica”.

Embora fora da esfera das agências reguladoras, também é cabível mencionar autorizações legais para a adoção de soluções administrativas de conflitos em outros órgãos e autarquias federais, conforme situações abaixo exemplificadas:

a) possibilidade de celebração de acordos, termos de compromisso e termos de ajustamento de conduta em processos sancionatórios no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), conforme artigo 11 da Lei Federal n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976, e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), consoante artigos 9º, inciso V, e 85, da Lei Federal n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011;

b) artigo 2º, inciso VIII, da Lei Federal n.º 12.154, de 23 de dezembro de 2009, o qual prevê a competência da Superintendência Nacional de Previdência

Complementar (PREVIC) para “promover a mediação e a conciliação entre entidades fechadas de previdência complementar e entre estas e seus participantes, assistidos, patrocinadores ou instituidores, bem como dirimir os litígios que lhe forem submetidos” na forma da legislação nacional sobre arbitragem.

Como se percebe, o conjunto de normas acima citadas permite concluir que as agências reguladoras e outros órgãos e autarquias federais têm o potencial de contribuir para a consolidação de uma cultura jurídica de incentivo à solução adequada de conflitos na esfera extrajudicial.

6.2.4.4 Instrumentos de cooperação para viabilizar a conciliação em demandas de saúde

A solução da elevadíssima quantidade de demandas ajuizadas por particulares em face do Estado, envolvendo a pretensão de materialização do direito social à saúde (artigo 6º da Constituição), constitui um dos maiores desafios do Judiciário. O artigo 196 da Constituição, ao prever que “A saúde é direito de todos e dever do Estado” bem como que cabe ao Estado garantir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” por meio de “políticas sociais e econômicas”, suscita intensos debates sobre ativismo judicial, judicialização da política, politização do Judiciário e possibilidade de intervenção judicial na formulação e execução de políticas públicas a cargo do Executivo.

Em que pese a importância do debate de tais questões de índole constitucional – as quais não são objeto desta tese –, fato é que milhares de pessoas vêm sendo privadas do acesso apropriado à saúde pública e pleiteiam, na via judiciária, o fornecimento pelo Estado de tratamentos médicos, remédios, assistência hospitalar, dentre outras medidas similares.

No relatório de pesquisa denominado “Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde”, promovido pelo Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Fundação Getúlio Vargas e publicado por Ada Pellegrini Grinover *et al.*, é possível adquirir uma noção razoável do panorama da judicialização da saúde no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região e no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, durante o interregno de 2010 a 2012.

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 90,28% (noventa vírgula vinte e oito por cento) dos acórdãos analisados foram proferidos em ações tipicamente

individuais, o que reforça a prevalência do padrão brasileiro de litigiosidade massificada e repetitiva. Situação análoga foi constatada no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no qual mais de 92% (noventa e dois por cento) dos acórdãos foram proferidos em ações tipicamente individuais. Já no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, aproximadamente 89% (oitenta e nove por cento) dos casos se referiram a ações tipicamente individuais.¹¹³⁷

Também Lucélia de Sena Alves e Tiago Augusto Leite Retes apresentam compilação de dados estatísticos sobre o “perfil da judicialização da saúde no Estado de Minas Gerais”, com base em informações extraídas de diversas fontes.

Dentre as estatísticas coletadas, infere-se um crescimento vertiginoso do número de ações versando sobre tutela à saúde ajuizadas no Estado de Minas Gerais no período de 2000 a 2008. Nesse interstício, conforme dados fornecidos pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais (SPDiSa), foram encontrados 2.316 (dois mil trezentos e dezesseis) registros, sendo 07 (sete) no ano de 2000 e 1.012 (um mil e doze) no ano de 2008 – ou seja, um aumento na judicialização das demandas de saúde de aproximadamente 150 (cento e cinquenta) vezes em 08 (oito) anos.

Igualmente foi constatado um recrudescimento substancial das ações ajuizadas pelo Ministério Público para a tutela do direito à saúde. Com base em dados fornecidos pelo Sistema de Registro Único do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, verificou-se o número de 249 (duzentos e quarenta e nove) demandas, em 2003, e de 7.243 (sete mil, duzentos e quarenta e três) demandas, em 2012 – isto é, um aumento de aproximadamente 30 (trinta) vezes no intervalo de 09 (nove) anos.

A maioria das ações ajuizadas pelo Ministério Público produziu efeitos meramente individuais – o que novamente corrobora a prevalência do padrão brasileiro de litigiosidade massificada e repetitiva. Consoante dados fornecidos pela Escola de Saúde Pública de Minas Gerais (SPDiSa), ficou demonstrado que 56% (cinquenta e seis por cento) das ações geraram eficácia individual, 23% (vinte três por cento) eficácia mista e 21% (vinte e um por cento) eficácia coletiva.¹¹³⁸

¹¹³⁷ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada, Faculdade de Direito, Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais. *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*: relatório de pesquisa. GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.); WATANABE, Kazuo; PINTO SICA, Ligia Paula P. (Coord.); ALVES, Lucélia de Sena; SADEK, Maria Tereza; LANGENEGGER, Natalia; FERREIRA, Vivian. São Paulo, 2014, p. 38-76. Disponível em: http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judicializacao_da_saude.pdf. Acesso em: 29 mai. 2018.

¹¹³⁸ ALVES, Lucélia de Sena; RETES, Tiago Augusto Leite. *Judicialização da saúde*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 79-98.

É certo que o Judiciário não possui estrutura capaz de absorver satisfatoriamente o número excessivo de demandas individuais sobre esse tema. Cada vez mais se descortina a urgência na instrumentalização de uma política pública integrada entre vários setores do Estado, a fim de possibilitar o efetivo e adequado gozo do direito constitucional à saúde por parte da população brasileira.

Nesse contexto, cabe registrar, como uma iniciativa direcionada a “desjudicializar” o acesso à saúde pública, a celebração, em dezembro de 2017, de Termo de Cooperação Técnica entre o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o Comitê Estadual de Saúde de Minas Gerais (vinculado ao Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ) e o Município de Belo Horizonte (por meio da Secretaria Municipal de Saúde).¹¹³⁹

O objeto do referido termo consiste na “emissão de notas técnicas e/ou pareceres técnicos nas demandas de saúde pública”, os quais são elaborados por médicos cedidos pelo Município de Belo Horizonte e disponibilizados pela Secretaria Municipal de Saúde. A finalidade dos referidos pareceres e notas técnicas é de “proporcionar apoio técnico aos magistrados do Estado de Minas Gerais, em atendimento à Resolução n.º 238, de 06 de setembro de 2016, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, e à Portaria-Conjunta TJMG n.º 643, de 05 de junho de 2017”.

Uma das metas a ser atingida pelo TJMG, por intermédio da execução do plano de trabalho advindo do referido termo, é a de “assegurar a melhoria da prestação jurisdicional aos interessados, em atendimento à Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”, conforme a já citada Resolução n.º 125/2010 do CNJ. Isso porque o apoio técnico aos magistrados, por meio dos serviços oferecidos por médicos cedidos pela Prefeitura Municipal, tem o potencial de viabilizar a conciliação em controvérsias envolvendo demandas de saúde na comarca de Belo Horizonte, tanto na etapa processual como na fase pré-processual.¹¹⁴⁰

¹¹³⁹ O extrato do referido Termo de Cooperação Técnica foi disponibilizado em 01/12/2017 e publicado em 04/12/2017, no caderno “administrativo” do Diário do Judiciário Eletrônico (DJe) do TJMG, com a seguinte ementa: “Convênio – Extrato: Comitê Estadual de Saúde de Minas Gerais – Termo de Cooperação Técnica - Cv. 466/2017 de 01.12.2017 – Objeto: Emissão de notas técnicas e/ou pareceres técnicos nas demandas de saúde pública, elaboradas pelos médicos cedidos pelo Município de Belo Horizonte/MG, disponibilizados pela Secretaria, com vistas a proporcionar apoio técnico aos magistrados do Estado de Minas Gerais. – Vigência: 01.12.2017 a 30.11.2022 - Valor: Sem ônus para o Tribunal.” (Disponível em: <https://dje.tjmg.jus.br/pesquisarDiarioJudiciario.do>. Acesso em: 31 ago. 2018).

¹¹⁴⁰ Vale ressaltar que a notícia divulgada pela Assessoria de Comunicação Institucional do TJMG informa que, além de Belo Horizonte, também os Municípios de Contagem, Ervália, Ituiutaba, Juiz de Fora, Nanuque, Passos, Ribeirão das Neves e Três Marias celebraram, em março de 2018, termos de

Igualmente é oportuno destacar a existência, no Estado do Rio de Janeiro, da “Câmara de Resolução de Litígios de Saúde”, instituída por intermédio de convênio assinado em junho de 2012 pela Defensoria Pública da União, Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Com o objetivo de colaboração e ajuda mútua entre os citados órgãos públicos, a referida câmara visa à resolução extrajudicial de litígios envolvendo o direito à saúde pública, a partir da desjudicialização e do encaminhamento de demandas para solução na esfera administrativa – mediante, por exemplo, o fornecimento de medicamentos ou a autorização para a realização de exames médicos e procedimentos cirúrgicos sem a necessidade de intervenção judicial.¹¹⁴¹

Também no Estado da Bahia foi criada a “Câmara de Conciliação de Saúde”, instituída por meio do Convênio de Cooperação n.º 01/2015, de 29 de setembro de 2015, firmado por integrantes do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, do Ministério Público do Estado da Bahia, do Ministério Público Federal, da Defensoria Pública da União, da Defensoria Pública do Estado da Bahia, da Secretaria de Saúde do Município de Salvador, da Procuradoria Geral do Município de Salvador, da Procuradoria Geral do Estado da Bahia e da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia.

A mencionada câmara, cujo objetivo geral é promover o atendimento adequado de usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), visa especificamente a “encontrar soluções que minimizem a necessidade de pacientes acionarem a Justiça para resolver alguns tipos de questões relacionadas à Saúde, como a oferta de medicamentos e fornecimento de fórmulas alimentares especiais”. Para tanto, está assegurado que o paciente, antes de provocar a jurisdição estatal, apresente à câmara um requerimento médico que será “encaminhado à análise da Equipe Técnica”, para fins de possível deferimento na instância administrativa.¹¹⁴²

cooperação técnica com o TJMG, com o escopo de subsidiar os magistrados com dados técnicos nos processos envolvendo o direito à saúde e, por via de consequência, prevenir a judicialização e expandir a utilização de técnicas consensuais de solução desses conflitos (Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-e-municipios-mineiros-firmam-cooperacao-tecnica.htm#>. Acesso em: 31 ago. 2018).

¹¹⁴¹ Disponível em: <http://www.dpu.def.br/legislacao/leis?id=8597:convenio-preve-camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-no-rj&catid=79>. Acesso em: 06 set. 2018.

¹¹⁴² Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/sobre-a-sesab/camara-de-conciliacao-de-saude-ccs/>. Acesso em: 30 set. 2018.

6.2.4.5 Atos normativos estaduais e municipais de prevenção da judicialização desnecessária de conflitos por meio da dispensa da prática de atos processuais

Como visto, a dispensa da prática de atos processuais em face de decisões consentâneas com entendimentos jurisprudenciais vinculantes ou com orientações administrativas consolidadas representa uma das formas de prevenir a judicialização desnecessária de conflitos. Em situações específicas previamente definidas, a ausência da obrigatoriedade de apresentação de contestação e de interposição de recurso, assim como a autorização para o reconhecimento da procedência da pretensão da outra parte ou para a desistência de recurso já interposto, podem estar inseridas em uma política pública institucionalizada que vise à racionalização do enfrentamento da litigância serial por parte do respectivo ente federativo.

A União possui normatização própria a esse respeito, cujos exemplos são as já citadas Portarias da AGU n.º 487 e 488, ambas de 27 de julho de 2016. Também é possível verificar a existência de inúmeras disposições normativas semelhantes em Estados e Municípios, algumas mais e outras menos abrangentes e detalhadas, conforme exemplos abaixo transcritos:

I) Estado de São Paulo: Resolução da Procuradoria-Geral do Estado n.º 25, de 18 de novembro de 2015, a qual, ao instituir o programa “Litigar Menos e Melhor” com as vertentes de “redução da litigiosidade” e “racionalização das atividades do contencioso” (artigo 1º, parágrafo único), determina, como uma de suas ações, a “identificação de matérias em que as teses de defesa apresentadas pelo poder público em juízo têm sido majoritariamente rechaçadas, autorizando a dispensa de interposição de recursos” (artigo 2º, inciso I);

II) Município de São Paulo: artigo 16, incisos VI e VIII, do Decreto n.º 57.263, de 29 de agosto de 2016, os quais estabelecem que compete à Coordenadoria Geral do Contencioso Judicial, dentre outras atribuições, “confessar, desistir, transigir, firmar compromissos e reconhecer pedidos nas ações de interesse da Fazenda Municipal” e decidir sobre “a não interposição de recurso, ressalvadas as situações específicas previstas em lei ou regulamento”. Já o artigo 32, inciso X, do mesmo decreto dispõe que compete aos Diretores dos Departamentos da Procuradoria Geral do Município, dentre outras funções, “autorizar a dispensa de interposição de recursos e a não impugnação de embargos”;

III) Estado do Rio de Janeiro: Resolução da Procuradoria-Geral do Estado n.º 4099, de 30 de junho de 2017, a qual prevê o “procedimento para a não interposição de recursos judiciais”, considerando, dentre outros fatores, a “necessidade de sistematizar as hipóteses de descabimento e dispensa de recursos judiciais, desestimulando a multiplicação de recursos e incentivando o respeito aos precedentes judiciais”;

IV) Município do Rio de Janeiro: artigo 127 da Resolução da Procuradoria-Geral do Município n.º 866, de 20 de dezembro de 2017, o qual dispõe que “Os Procuradores poderão opinar pelo reconhecimento de requerimentos administrativos e, nos processos judiciais, mediante autorização da Chefia imediata, reconhecer a procedência do pedido, não contestar, não recorrer e desistir dos recursos já interpostos contra decisões judiciais, nos casos que estejam em integral consonância com os Enunciados da Procuradoria Geral, salvo existindo algum outro motivo que importe em óbice à pretensão formulada, seja de natureza processual ou de direito material”. Já o parágrafo único do mesmo artigo estipula que “É vedado aos Procuradores e assessores jurídicos integrantes do Sistema Jurídico Municipal contrariar os Enunciados da Procuradoria Geral, sob pena de responsabilidade funcional”;

V) Município de Porto Alegre: Provimento da Corregedoria-Geral da Procuradoria-Geral do Município n.º 003/2011, o qual regulamenta a “dispensa de recursos processuais”;

VI) Estado de Santa Catarina: artigo 66 do Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Estado, o qual disciplina a dispensa de interposição de recursos, assim como o art. 53, § 1º, da Lei Complementar Nº 381, de 7 de maio de 2007, com a redação dada pelo Art. 14 da Lei Complementar Nº 534, de 20 de abril de 2011, o qual prevê que, “para assegurar a adequação entre as práticas administrativas e a jurisprudência dos tribunais, compete ao Procurador-Geral do Estado editar enunciados de súmula administrativa ou determinar providências específicas de observância obrigatória pelas Secretarias de Estado, seus órgãos e entidades vinculadas”;

VII) Estado de Minas Gerais: tramitação do Projeto de Lei n.º 5302/2018, o qual dispõe, dentre outras matérias, sobre “a autorização para não ajuizar, não contestar ou desistir da ação em curso, não interpor recurso ou desistir do que tenha sido interposto”;

VIII) Município de Belo Horizonte: Portaria da Procuradoria-Geral do Município n.º 022/2016, a qual “Fixa procedimentos para reconhecimento da

procedência do pedido, dispensa de apresentação de contestação, dispensa de apresentação de recurso e desistência de recurso pelos Procuradores Municipais”, considerando, dentre outros fatores, “a necessidade de racionalização estratégica dos serviços jurídicos” e “a necessidade de aferição do risco de perdas em processos judiciais, a fim de possibilitar um melhor planejamento jurídico e orçamentário do Município, com relação ao ônus advindos das suas atividades judiciais, com redução do impacto de condenações judiciais e processuais no erário público municipal”;

IX) Estado de Goiás: Orientação Preventiva n.º 03/2010-CG da Corregedoria-Geral, a qual, com vistas a outorgar “maior autonomia ao Procurador do Estado” e a contribuir para “otimizar o trabalho” desenvolvido pela Procuradoria-Geral do Estado, permite a não interposição de recurso voluntário em processos judiciais independentemente de manifestação prévia do Procurador-Geral, mediante a apresentação de justificativa fundamentada;

X) Município de Goiânia: artigo 8º, inciso VII, do Decreto Municipal n.º 1.899, de 30 de junho de 2016 (Regimento Interno da Procuradoria Geral do Município de Goiânia), o qual atribui ao Procurador-Geral a competência para “autorizar a não interposição e desistência de recursos” nas ações de interesse do Município, conforme as hipóteses previstas nas alíneas do aludido inciso;

XI) Estado de Mato Grosso do Sul: artigo 1º, inciso IV, da Resolução da Procuradoria-Geral do Estado n.º 231, de 16 de março de 2016, o qual contém orientação aos Procuradores de Estado para “avaliar a viabilidade de sucesso na interposição de recursos, inclusive de Apelação, a fim de evitar a majoração dos honorários sucumbenciais, à luz da possibilidade de condenação em honorários recursais em caráter cumulativo, conforme art. 85, § 1º, do novo CPC”;

XII) Estado de Mato Grosso: Resolução da Procuradoria-Geral do Estado n.º 78, de 16 de dezembro de 2016, a qual “Dispõe sobre a consolidação dos enunciados, orientações normativas, orientações técnicas e resoluções sobre a atividade no contencioso dos procuradores do Estado, e regula a dispensa de apresentação de defesa e de interposição de recursos”;

XIII) Distrito Federal: Portaria da Procuradoria-Geral do Distrito Federal n.º 23, de 20 de dezembro de 2010, a qual enumera diversas situações de dispensa de interposição de recurso extraordinário e recurso especial;

XIV) Estado de Alagoas: Súmulas Administrativas da Procuradoria Geral do Estado n.º 14 e 15, ambas de 24 de outubro de 2011, as quais dispõem,

respectivamente, que “Fica dispensada a interposição de Recurso Extraordinário quando o Supremo Tribunal Federal não reconhecer repercussão geral sobre a matéria” e que “Fica dispensada a interposição de Recurso Especial quando o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso repetitivo representativo de controvérsia, julgar a matéria de forma contrária à tese jurídica defendida pelo Estado de Alagoas”;

XV) Estado da Paraíba: artigo 17 da Lei Complementar n.º 86, de 01 de dezembro de 2008, o qual estatui que “Nos casos em que entender incabíveis recursos ou medidas judiciais, o Procurador do Estado, logo no início do prazo para tal fim, deverá justificá-lo por escrito ao Procurador-Geral do Estado”;

XVI) Estado de Pernambuco: Portaria da Procuradoria-Geral do Estado n.º 157, de 03 de dezembro de 2014, a qual “Sedimenta os Enunciados do Contencioso Tributário, dispensando-se previamente a interposição de recursos em tais matérias, de modo que não seja mais necessário nesses casos o envio de solicitação de dispensa de recurso ao gabinete da PGE/PE”;

XVII) Estado de Roraima: artigo 7º, inciso XXIV, da Lei Complementar n.º 71, de 18 de dezembro de 2003, a qual atribui ao Procurador-Geral do Estado a competência para “analisar pedidos de dispensa de interposição de recursos que os Procuradores do Estado, tempestiva e motivadamente, fizerem na forma do Regimento Interno”;

XVIII) Estado do Amazonas: tramitação do Projeto de Lei Ordinária n.º 95/2018, o qual, dentre outros aspectos, dispõe sobre a “conciliação, transação e desistência nas causas que envolvam o Estado do Amazonas”;

XIX) Município de Manaus: artigo 15, inciso VII, da Lei Municipal n.º 144, de 15 de julho de 1992, o qual atribui ao Procurador-Geral do Município a competência para “autorizar, mediante delegação de competência do Prefeito, a não propositura ou desistência de ações, a dispensa de interposição de recursos judiciais cabíveis ou a desistência dos interpostos e a não execução de julgados em favor do Município, quando tais medidas forem contra-indicadas ou houver indícios de que resultarão infrutíferas”.

6.2.4.6 Cobrança extrajudicial de dívida ativa

A execução fiscal é um dos tipos de ação com maior presença nos órgãos judiciários brasileiros. Nessa hipótese, a Administração Pública novamente aparece

como litigante habitual, na condição de demandante. Alguns estudos já foram realizados para elucidar esse cenário.

No relatório intitulado “*A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário*”, produzido pelo CNJ e divulgado em julho de 2011, as execuções fiscais, no ano de 2010, corresponderam a 32% (trinta e dois por cento) do universo de processos em tramitação nos órgãos judiciários brasileiros, totalizando aproximadamente 27 (vinte e sete) milhões de demandas.

No âmbito da Justiça Federal, a União, principalmente por meio da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, e os conselhos de fiscalização das profissões liberais apareceram como os maiores demandantes no bojo das execuções fiscais, ocupando o polo ativo em, respectivamente, 59,2% (cinquenta e nove vírgula dois por cento) e 36,4% (trinta e seis vírgula quatro por cento) dos casos.¹¹⁴³

Embora os dados apresentados no citado relatório não sejam recentes e estejam defasados, eles foram importantes para demonstrar, provavelmente pela primeira vez, o tamanho do “gargalo” representado pelas execuções fiscais no âmbito do Judiciário nacional.

Tanto é assim que, no relatório “*Justiça em Números 2018*”, relativamente ao ano-base de 2017, o CNJ registra que, historicamente, “as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário”.¹¹⁴⁴ Os dados estatísticos coletados pelo CNJ são suficientes para corroborar essa afirmação.

No ano de 2017, as execuções fiscais representaram aproximadamente 39% (trinta e nove por cento) dos casos pendentes de solução nos órgãos judiciários brasileiros. Desse total, 85% (oitenta e cinco por cento) tramitam na Justiça Estadual e 14% (quatorze por cento) na Justiça Federal. Considerando apenas os processos de execução em processamento no Judiciário nacional, as execuções fiscais correspondem a aproximadamente 74% (setenta e quatro por cento) dos casos.

O maior problema concernente às execuções fiscais consiste, seguramente, na altíssima taxa de congestionamento, cuja média é de 91,7% (noventa e um vírgula sete por cento). Isso significa que, de cada 100 (cem) execuções fiscais em

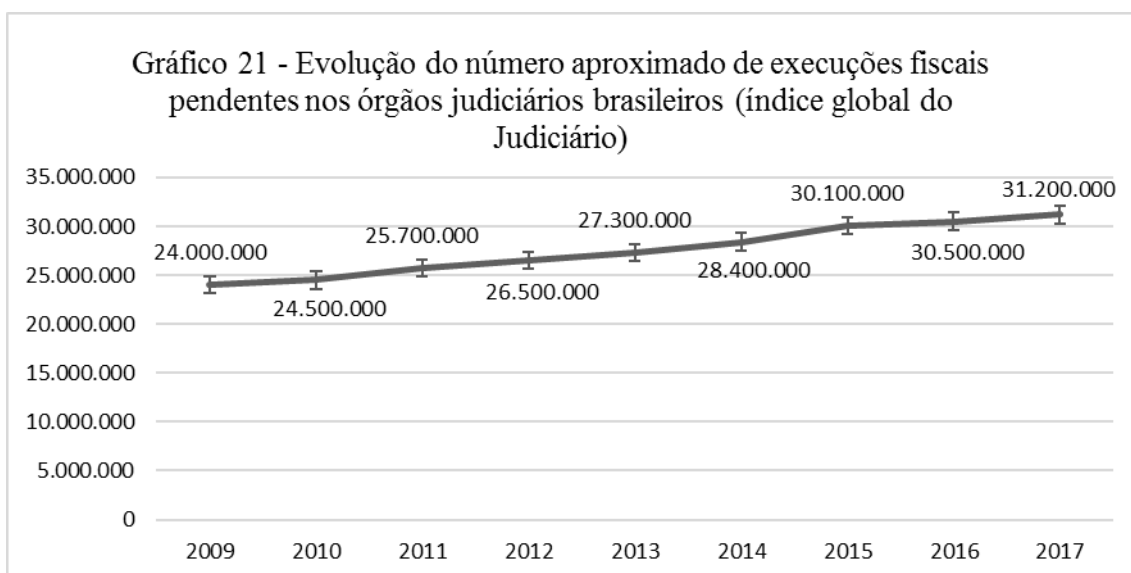
¹¹⁴³ BRASIL. *A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, julho 2011, p. 4; 11. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2017.

¹¹⁴⁴ BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 125. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 02 set. 2018.

processamento no ano de 2017, apenas 8 (oito) foram baixadas. Desprezando as execuções fiscais, a taxa de congestionamento global do Judiciário brasileiro seria 9% (nove por cento) menor, caindo de 72% (setenta e dois por cento) para 63% (sessenta e três por cento).

Não por outra razão, verifica-se um aumento contínuo do “estoque” de execuções fiscais pendentes de solução nos órgãos judiciários nacionais. No período de 2009 até 2017, o número de processos de execuções fiscais em tramitação passou de aproximadamente 24.000.000 (vinte e quatro milhões) para cerca de 31.200.000 (trinta e um milhões e duzentos mil), ou seja, um acréscimo de 30% (trinta por cento).

O gráfico abaixo contém a evolução do quantitativo de execuções fiscais pendentes de julgamento nos órgãos judiciários brasileiros:



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (Relatório Justiça em Números 2018 – ano-base 2017)

A situação é tão caótica que, segundo o CNJ, o tempo de giro do acervo de execuções fiscais pendentes é de 11 (onze) anos. Em outras palavras, ainda que o Poder Público parasse de ajuizar execuções fiscais, seria necessária mais de uma década para colocar em dia o passivo hoje existente.¹¹⁴⁵

Além do altíssimo número de execuções fiscais pendentes de solução, também são problemáticos o custo e o tempo envolvidos na tramitação desses processos.

¹¹⁴⁵ BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 125-128. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 02 set. 2018.

De acordo com relatório desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, “o custo unitário médio total” de uma execução fiscal promovida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional junto à Justiça Federal, no período entre novembro de 2009 até fevereiro de 2011, foi de R\$ 5.606,67 (cinco mil seiscentos e seis reais e sessenta e sete centavos). Já o “tempo médio total de tramitação” naquele interregno foi de 09 (nove) anos, 09 (nove) meses e 16 (dezesesseis) dias, com um índice percentual de recuperação integral do crédito na ordem de 25,8% (vinte cinco vírgula oito por cento).

Nesse contexto, cotejando o custo e o tempo de uma ação de execução fiscal, com a probabilidade percentual de recuperação do crédito, concluiu-se que o *breaking even point*, isto é, “o ponto a partir do qual é economicamente justificável promover-se judicialmente o executivo fiscal, é de R\$ 21.731,45” (vinte e um mil, setecentos e trinta e um reais e quarenta e cinco centavos). Isso quer dizer que, “nas ações de execução fiscal de valor inferior a este, é improvável que a União consiga recuperar um valor igual ou superior ao custo do processamento judicial”.¹¹⁴⁶

Não por outra razão, os artigos 1º-A e 1º-B da Lei Federal n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, autorizam o não-ajuizamento de execuções fiscais para a cobrança de créditos federais inferiores a determinados valores. Já o artigo 1º-C da mesma lei dispõe que, no caso de consumação da “prescrição do crédito, o representante judicial da União, das autarquias e fundações públicas federais não efetivará a inscrição em dívida ativa dos créditos, não procederá ao ajuizamento, não recorrerá e desistirá dos recursos já interpostos”.

Diante desse quadro conturbado, o próprio CNJ vem tentando incentivar uma mudança de postura por parte do Poder Público. Na já mencionada Resolução n.º 198/2014, o CNJ indica, como um dos macrodesafios do Poder Judiciário no interstício de 2015 a 2020, o “impulso às execuções fiscais, cíveis e trabalhistas”, por intermédio da implantação de práticas que visem à “efetividade das ações judiciais, propiciando a recuperação de bens e valores aos cofres públicos (execuções fiscais) e a solução definitiva dos litígios cíveis e trabalhistas”.

¹¹⁴⁶ CUNHA, Alexandre dos Santos; KLIN, Isabela do Valle; PESSOA, Olívia Alves Gomes. *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), novembro 2011, p. 16. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf. Acesso em: 08 set. 2018.

Para tanto, o CNJ indica a possibilidade de utilização dos seguintes mecanismos: a) “utilização tempestiva dos sistemas de bloqueio de ativos do devedor (BACENJUD, RENAJUD, INFOJUD)”;

b) “a realização de leilões judiciais”;

c) “a celebração de parcerias com as Procuradorias da Fazenda, juntas comerciais, cartórios de registro de imóveis e de protesto de títulos”;

d) a inscrição da dívida nos sistemas de proteção ao crédito, a exemplo do Serasa e SPC”.

Ademais, o CNJ também editou a Resolução n.º 261, de 12 de setembro de 2018, a qual, dentre outras providências, cria e institui a “Política e o Sistema de Solução Digital da Dívida Ativa”. Um dos escopos do referido sistema é “melhorar a composição entre o contribuinte e as Fazendas Públicas, em atenção à eficiência da execução e à razoável duração do processo” (artigo 1º).

O Sistema de Solução Digital da Dívida Ativa busca ainda a “disseminação da cultura de pacificação social”, observando, dentre outros pontos, “a necessidade de planejamento com base em probabilidades para a definição de acordos que respeitem os princípios da moralidade, da probidade administrativa e do interesse público” (artigo 2º, inciso IV). Dentre as atribuições do CNJ ao criar esse sistema, destaca-se “o objetivo de estimular e facilitar o acordo entre as partes, incentivando a pacificação social e a redução dos litígios fiscais, ampliando a probabilidade de recebimento de dívidas consideradas irre recuperáveis” (artigo 4º).

Outrossim, é oportuno destacar que a promoção da cobrança extrajudicial da dívida ativa vem se mostrando como uma das ferramentas aptas a produzir resultados positivos no índice de recuperação dos créditos tributários e não-tributários ao erário público, além de evitar a judicialização excessiva.¹¹⁴⁷

De acordo com o parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997, com o acréscimo determinado pela Lei Federal n.º 12.767, de 27 de dezembro de 2012, “incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas”. Após essa alteração legislativa, alguns

¹¹⁴⁷ É oportuno ressaltar que a execução ou cobrança extrajudicial de dívidas civis, de natureza tributária ou não, já é uma realidade em países europeus, embora ainda encontre resistência no Brasil. Em Portugal, por exemplo, verifica-se legislação recente instituindo a “desjudicialização da execução”, mediante a atribuição de tarefas de cunho executivo a um “agente de execução” instalado no ambiente extrajudicial. O objetivo é que o juiz fique exonerado da prática de atos processuais que não estejam diretamente relacionados à função jurisdicional, de maneira a possibilitar a realização de diligências de execução e de cobrança de dívidas fora do tribunal judiciário (RODRIGUES, Marco Antonio; RANGEL, Rafael Calmon. O procedimento extrajudicial pré-executivo lusitano (PEPEX): algumas lições para o sistema brasileiro. *Revista de Processo*, v. 282, ano 43, p. 457-458, São Paulo: RT, ago. 2018).

entes públicos vêm envidando esforços na busca pela maior eficiência no âmbito da arrecadação fiscal.¹¹⁴⁸

Na União, por exemplo, a realização de protestos extrajudiciais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional é uma realidade há alguns anos. Segundo informações obtidas junto à Coordenadoria-Geral da Dívida Ativa da União da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a União, por meio da realização de protestos extrajudiciais de certidões de dívida ativa, recuperou o montante de R\$2.449.521.095,51 (dois bilhões, quatrocentos e quarenta e nove milhões, quinhentos e vinte e um mil, noventa e cinco reais e cinquenta e um centavos) em um período de 06 (seis) anos.

A tabela abaixo contém os dados relativos aos protestos extrajudiciais de certidões de dívida ativa pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no interstício de 2013 a 2018:

Tabela 4 – Protesto extrajudicial de certidões de dívida ativa pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (período de 2013 até 2018)			
Ano do protesto	Quantidade de inscrições	Valor do protesto	Valor total recuperado
2013	25.013	R\$ 101.353.598,33	R\$ 21.519.714,79
2014	198.342	R\$ 783.095.346,88	R\$ 144.262.469,92
2015	365.396	R\$ 1.917.587.286,98	R\$ 259.530.800,11
2016	677.367	R\$ 7.795.799.501,65	R\$ 481.340.697,86
2017	1.230.755	R\$ 32.986.390.000,69	R\$ 892.580.149,34
2018	1.138.607	R\$ 16.481.996.916,35	R\$ 650.287.263,49

Fonte: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Coordenadoria-Geral da Dívida Ativa da União.¹¹⁴⁹

Situação semelhante é notada no Estado de Minas Gerais, sobretudo a partir da edição da Lei Estadual n.º 19.971, de 27 de dezembro de 2011 – a qual, além de autorizar a Advocacia-Geral do Estado a não ajuizar execução fiscal para a cobrança judicial de créditos inscritos em dívida ativa até determinado valor, estabeleceu a

¹¹⁴⁸ Além da modificação da Lei Federal n.º 9.492/1997, cumpre mencionar também a existência do Projeto de Lei n.º 2.412/2017, em tramitação na Câmara dos Deputados, o qual dispõe sobre a “execução administrativa da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de suas respectivas autarquias e fundações públicas, e dá outras providências” (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=376419>. Acesso em: 13 set. 2018).

¹¹⁴⁹ Dados estatísticos fornecidos pelo Ilmo. Dr. Antonio Leonardo Silva Lindoso, Coordenador-Geral da Dívida Ativa da União da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a partir de solicitação realizada pelo *link* do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (*e-SIC*) do sítio eletrônico do Governo Federal. Disponível em: <https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.aspx?ReturnUrl=%2fsistema%2f>. Acesso em: 17 out. 2018.

possibilidade de adoção de “medidas alternativas de cobrança, tais como o protexto extrajudicial” e a “cobrança administrativa do crédito” (artigo 2º).

No período compreendido entre 03 de abril de 2014 a 13 de julho de 2018, a quantidade de 889.594 (oitocentos e oitenta e nove mil quinhentos e noventa e quatro) processos administrativos tributários foram encaminhados para a fase de protesto extrajudicial, com índice percentual médio de recuperação do valor total do crédito na ordem de 26,21% (vinte e seis vírgula um por cento).¹¹⁵⁰ Segundo o Instituto de Estudos de Protesto de Títulos do Brasil Seção Minas Gerais (IEPTB-MG), o montante arrecadado pelo Estado de Minas Gerais por meio do protesto extrajudicial de certidões de dívida ativa, entre janeiro de 2016 até julho de 2018, ultrapassa os R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais).¹¹⁵¹

Também no Município de Belo Horizonte a realização de protestos extrajudiciais de certidões de dívida ativa vem produzindo resultados favoráveis na recuperação de créditos. No período de 25/11/2013 a 05/09/2018, o Município de Belo Horizonte efetivou 1.098.265 (um milhão, noventa e oito mil e duzentos e sessenta e cinco) protestos extrajudiciais, recuperando o montante de R\$417.174.862,91 (quatrocentos e dezessete milhões, cento e setenta e quatro mil, oitocentos e sessenta e dois reais e noventa e um centavos) ao erário público municipal.

A tabela a seguir abrange os dados relativos aos protestos extrajudiciais de certidões de dívida ativa pelo Município de Belo Horizonte:

Tabela 5 – Protesto extrajudicial de certidões de dívida ativa pelo Município de Belo Horizonte (período de 25/11/2013 até 05/09/2018)			
Ano do protesto	Quantidade de protestos efetivados	Valor total dos protestos	Valor total recuperado
2013/2014	6.230	R\$ 52.610.578,64	R\$ 13.488.316,76
2015	60.196	R\$ 142.298.324,15	R\$ 39.867.130,81
2016	358.444	R\$ 442.037.799,05	R\$ 146.241.653,98
2017	467.427	R\$ 2.805.406.760,18	R\$ 177.944.235,62
2018	205.968	R\$ 320.858.854,33	R\$ 39.633.525,74

Fonte: Secretaria Municipal de Fazenda de Belo Horizonte, Subsecretaria da Receita Municipal, Diretoria de Arrecadação, Cobrança e Dívida Ativa.¹¹⁵²

¹¹⁵⁰ Informações gentilmente fornecidas pelo Ilmo. Dr. Onofre Alves Batista Júnior, Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais.

¹¹⁵¹ Disponível em: <https://protestomg.com.br/minas-gerais-recupera-mais-de-3-bilhoes-via-protesto-de-cdas-nos-ultimos-3-anos/#>. Acesso em: 06 set. 2018.

¹¹⁵² Informações gentilmente fornecidas pelo Ilmo. Dr. Felipe Mantuano Pereira, Subprocurador-Geral Fiscal da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte.

Outra prática interessante perpetrada no Município de Belo Horizonte é a realização de audiências de conciliação em matéria tributária na fase pré-processual. Por meio dessas audiências, é conferida a oportunidade para que os contribuintes paguem os seus débitos perante a municipalidade antes do ajuizamento das respectivas execuções fiscais. As tabelas abaixo contêm os dados relativos aos mutirões de audiências de conciliação pré-processuais celebradas pelo Município de Belo Horizonte nos meses de setembro de 2017, dezembro de 2017 e maio de 2018:

Tabela 6 – Audiências de conciliação pré-processuais em matéria tributária realizadas pelo Município de Belo Horizonte			
Mês e ano	Quantidade de conciliações com contribuintes	Valor total devido	Valor recuperado com a conciliação
Setembro/2017	138	R\$ 686.160,32	R\$ 580.684,68 (84,6% de êxito)
Dezembro/2017	167	R\$ 659.496,87	R\$ 589.075,10 (89,3% de êxito)
Maio/2018	867	R\$ 6.690.071,52	R\$ 5.542.040,75 (82,8% de êxito)

Fonte: Secretaria Municipal de Fazenda de Belo Horizonte, Subsecretaria da Receita Municipal, Diretoria de Arrecadação, Cobrança e Dívida Ativa.¹¹⁵³

6.2.4.7 Conselhos administrativos em matéria tributária

Os conselhos administrativos em matéria tributária – genericamente conhecidos como conselhos de contribuintes – também merecem registro.

Esses conselhos consistem em órgãos administrativos vinculados ao Poder Executivo, com competência deliberativa e decisória no âmbito de uma “jurisdição administrativa” em matéria tributária consentânea com a “necessidade de valorização do processo administrativo fiscal”.¹¹⁵⁴ Trata-se de instâncias administrativas de resolução de conflitos com competência para apreciar e julgar recursos administrativos interpostos por contribuintes relativamente a lançamentos fiscais, exações tributárias e imposição de obrigações correlatas. As decisões administrativas proferidas por esses conselhos não afastam a possibilidade do controle jurisdicional, inclusive quanto ao mérito.

¹¹⁵³ Informações gentilmente fornecidas pelo Ilmo. Dr. Felipe Mantuano Pereira, Subprocurador-Geral Fiscal da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte.

¹¹⁵⁴ MOREIRA, Bernardo Motta. *Controle do Lançamento Tributário pelos Conselhos de Contribuintes: Aspectos Polêmicos do Processo Administrativo Fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 97-101, 130-136.

Na União, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão colegiado, paritário e integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, atua como a instância administrativa de julgamento de recursos em matéria tributária. O referido conselho foi criado pela Medida Provisória n.º 449, de 3 de dezembro de 2008, posteriormente convertida na Lei Federal n.º 11.941, de 27 de maio de 2009. A sua instalação foi regulamentada pela Portaria do Ministério da Fazenda n.º 41, de 17 de fevereiro de 2009.

De acordo com o artigo 25 do Decreto Federal n.º 70.235, de 6 de março de 1972, o qual dispõe sobre o processo administrativo fiscal na esfera federal, o julgamento de processos administrativos de “exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal” é de competência, em primeira instância, das “Delegacias da Receita Federal de Julgamento, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal” (inciso I). Já em grau recursal, cabe ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em segunda instância, “julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial” (inciso II).

Em boa parte dos Estados e Municípios também é possível verificar a existência de conselhos administrativos para julgamento de recursos administrativos em matéria tributária, conforme exemplos a seguir citados:

I) Estado do Rio de Janeiro: previsão do Conselho de Contribuintes, regulamentado pelo Decreto-Lei n.º 05, de 15 de março de 1975 (Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro);

II) Estado do Paraná: previsão do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, regulamentado pela Lei Complementar Sancionada n.º 1, de 07 de agosto de 1972;

III) Estado de Santa Catarina: previsão do Conselho Estadual de Contribuintes, regulamentado pela Lei Estadual n.º 2.825, de 29 de agosto de 1961;

IV) Estado do Espírito Santo: previsão do Conselho Estadual de Recursos Fiscais, regulamentado pela Lei Complementar n.º 225, de 8 de janeiro de 2002;

V) Estado de Minas Gerais: previsão do Conselho de Contribuintes, regulamentado pela Lei Estadual n.º 6.763, de 26 de dezembro de 1975;

VI) Município de São Paulo: previsão do Conselho Municipal de Tributos, regulamentado pela Lei Municipal n.º 14.107, de 12 de dezembro de 2005;

VII) Município de Porto Alegre: previsão do Tribunal Administrativo de Recursos Tributários, regulamentado pela Lei Complementar n.º 534, de 29 de dezembro de 2005;

VIII) Estado de Pernambuco: previsão do Tribunal Administrativo-Tributário do Estado, como órgão integrante do Contencioso Administrativo-Tributário do Estado, conforme regulamentado pela Lei Estadual n.º 15.683, de 16 de dezembro de 2015;

IX) Município de Recife: previsão do Conselho Administrativo Fiscal, com competência para instrução e julgamento do processo administrativo tributário em primeira e segunda instâncias, conforme regulamentado pela Lei Municipal n.º 18.276, de 02 de dezembro de 2016;

X) Estado da Paraíba: previsão do Conselho de Recursos Fiscais, regulamentado pela Lei Estadual n.º 6.379, de 2 de dezembro de 1996 com alterações posteriores;

XI) Estado do Rio Grande do Norte: previsão do Conselho de Recursos Fiscais, regulamentado pela Lei Estadual n.º 4.136, de 11 de dezembro de 1972;

XII) Município de Natal: previsão do Tribunal Administrativo de Tributos Municipais, órgão integrante do Contencioso Administrativo Tributário, conforme regulamentado pelo Decreto Municipal n.º 11.175, de 29 de dezembro de 2016;

XIII) Estado do Ceará: previsão do Conselho de Recursos Tributários, órgão integrante do Contencioso Administrativo Tributário, conforme regulamentado pela Lei Estadual n.º 15.614, de 29 de maio de 2014;

XIV) Município de Fortaleza: previsão do Conselho de Recursos Tributários, regulamentado pela Lei Municipal n.º 8.954, de 14 de setembro de 2005;

XV) Estado de Alagoas: previsão do Conselho Tributário Estadual, regulamentado pela Lei Estadual n.º 6.771, de 17 de novembro de 2006;

XVI) Município de Maceió: previsão do Conselho Tributário Municipal, regulamentado pela Lei Municipal n.º 4.283, de 29 de dezembro de 1993, com alterações posteriores;

XVII) Estado do Maranhão: previsão do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, regulamentado pela Lei Estadual n.º 7.765, de 23 de julho de 2002;

XVIII) Município de São Luís: previsão do Conselho de Contribuintes, regulamentado pela Lei Municipal n.º 6.289, de 28 de dezembro de 2017;

XIX) Estado de Sergipe: previsão do Conselho de Contribuintes, regulamentado pela Lei Estadual n.º 4.483, de 18 de dezembro de 2001;

XX) Município de Aracajú: previsão do Conselho de Contribuintes, regulamentado pela Lei Municipal n.º 1.547, de 20 de dezembro de 1989;

XXI) Município de Teresina: previsão do Conselho de Contribuintes, órgão integrante do Contencioso Administrativo Tributário, conforme regulamentado pela Lei Complementar n.º 4.974, de 26 de dezembro de 2016;

XXII) Estado da Bahia: previsão do Conselho de Fazenda Estadual, regulamentado pela Lei Estadual n.º 7.438, de 18 de janeiro de 1999;

XXIII) Município de Salvador: previsão do Conselho Municipal de Tributos, regulamentado pela Lei Municipal n.º 8.421, de 15 de julho de 2013;

XXIV) Estado de Goiás: previsão do Conselho Administrativo Tributário, regulamentado pela Lei Estadual n.º 16.469, de 19 de janeiro de 2009, com alterações posteriores;

XXV) Município de Goiânia: previsão do Conselho Tributário Fiscal, regulamentado pela Lei Municipal n.º 9.748, de 02 de fevereiro de 2016;

XXVI) Estado de Mato Grosso do Sul: previsão do Tribunal Administrativo Tributário, regulamentado pela Lei Estadual n.º 2.315, de 25 de outubro de 2001;

XXVII) Município de Cuiabá: previsão do Conselho de Recursos Fiscais, regulamentado pelo Decreto Municipal n.º 4.510, de 29 de dezembro de 2006;

XXVIII) Distrito Federal: previsão do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, regulamentado pela Lei do Distrito Federal n.º 4.567, de 09 de maio de 2011;

XXIX) Estado do Tocantins: previsão do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, regulamentado pela Lei Estadual n.º 1.288, de 28 de dezembro de 2001;

XXX) Estado de Roraima: previsão do Conselho de Recursos Fiscais, regulamentado pela Lei Estadual n.º 72, de 30 de junho de 1994;

XXXI) Município de Boa Vista: previsão do Conselho Municipal de Contribuintes, regulamentado pela Lei Complementar n.º 1.223, de 29 de dezembro de 2009;

XXXII) Estado de Rondônia: previsão do Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais, regulamentado pela Lei Estadual n.º 912, de 12 de julho de 2000;

XXXIII) Município de Porto Velho: previsão do Conselho de Recursos Fiscais, regulamentado pela Lei Complementar n.º 199, de 21 de dezembro de 2004;

XXXIV) Estado do Acre: previsão do Conselho de Contribuintes do Estado, regulamentado pela Lei Estadual n.º 679, de 11 de setembro de 1979;

XXXV) Estado do Pará: previsão do Tribunal Administrativo de Recursos Fazendários, regulamentado pela Lei Estadual n.º 6.710, de 14 de janeiro de 2005;

XXXVI) Município de Belém: previsão do Tribunal de Recursos Tributários, regulamentado pela Lei Municipal n.º 7.056, de 30 de dezembro de 1977;

XXXVII) Estado do Amazonas: previsão do Conselho de Recursos Fiscais, regulamentado pela Lei Complementar Estadual n.º 19, de 29 de dezembro de 1997;

XXXVIII) Município de Manaus: previsão do Conselho Municipal de Contribuintes, regulamentado pelo Decreto Municipal n.º 6.548, de 23 de maio de 1989.

7 ÚLTIMOS APONTAMENTOS: O BALIZAMENTO DA ALTERAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA A LIMITES, CONDICIONANTES E RESSALVAS NECESSÁRIOS À ADEQUADA COMPREENSÃO DA HIPÓTESE

À guisa de últimos apontamentos, é necessário esclarecer alguns pontos com vistas a evitar argumentações e ilações que não se coadunam com a adequada compreensão da hipótese proposta nesta tese.

Para tanto, este capítulo é destinado ao desenvolvimento de alguns limites, condicionantes e ressalvas necessários ao balizamento da alteração da cultura jurídica de tratamento dos conflitos ora proposta, quais sejam: a) a cultura jurídica de adequado tratamento dos conflitos não se confunde com “carta branca” para a disposição dos interesses públicos e nem para a violação sistemática de direitos dos cidadãos; b) os meios adequados de solução de conflitos não são a “solução mágica” para solucionar todos os problemas envolvendo a crise da justiça; c) a expansão do emprego dos meios adequados de solução de conflitos pela Administração Pública não significa a desconstrução institucional do Judiciário.

7.1 A cultura jurídica de adequado tratamento dos conflitos não se confunde com “carta branca” para a disposição dos interesses públicos e nem para a violação sistemática de direitos dos cidadãos: limites, condicionantes e controle

A adoção da cultura jurídica de tratamento dos conflitos proposta nesta tese não se confunde, definitivamente, com a concessão de uma espécie de “carta branca”¹¹⁵⁵ à Administração Pública para livremente dispor dos bens e interesses públicos, e nem tampouco representa uma “alforria” para a violação sistemática de direitos dos cidadãos por parte do Estado.

Em outras palavras, a adoção de mecanismos de prevenção, gestão e solução adequada de conflitos não equivale a atribuir aos agentes e procuradores públicos um poder ilimitado e incondicionado para, por exemplo, celebrarem transações administrativas a todo custo, reconhecerem a procedência de pedidos quando bem

¹¹⁵⁵ DUTRA, Raphael Vasconcelos. *O estatuto jurídico dos procuradores e das procuraturas municipais e o necessário aprimoramento constitucional*. 2016. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016, p. 71.

entenderem, deixarem de interpor recursos ao seu livre alvedrio, ou prescindirem do acesso ao Judiciário quando as particularidades do caso concreto assim o exigirem.

De maneira semelhante, o emprego de técnicas preventivas, consensuais ou extrajudiciais para dirimir contendas não é permissivo para que o Poder Público perpetue um comportamento de transgressão reiterada e contínua de direitos subjetivos de cidadãos, e muito menos de produção em série de ações judiciais repetitivas com chance de êxito praticamente nula para a Administração Pública.

Essas ressalvas são necessárias para evitar interpretações distorcidas acerca da hipótese formulada nesta tese. Ao mesmo tempo em que o “acesso à justiça adequado” não corresponde a um excesso de acesso à jurisdição ou a um estímulo para a litigiosidade desenfreada, ele também não significa renúncia à garantia constitucional de prestação judiciária sem que existam parâmetros objetivos previamente estabelecidos em norma própria.

Na verdade, conquanto o microssistema nacional de incentivo ao emprego dos meios adequados de solução de conflitos já seja suficiente para resguardar uma prática jurídica destinada a um enfrentamento racional e apropriado das disputas, é recomendável – e em algumas hipóteses é imprescindível – que os entes públicos editem a sua própria legislação sobre o tema. A institucionalização de uma política pública específica de tratamento de controvérsias em cada uma das pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública é importante em no mínimo dois aspectos.

O primeiro deles se refere à proteção jurídica daquele agente público que pratica um ato administrativo que, por exemplo, evita a judicialização de uma disputa ou promove concessões recíprocas para fins de celebração de acordo. Nessa hipótese, a fixação normativa em caráter objetivo, abstrato e geral dos parâmetros, limites e condições para o exercício da competência administrativa permite que o agente público pratique o ato administrativo com a segurança jurídica necessária para evitar a sua eventual responsabilização posterior por alegada “violação à indisponibilidade do interesse público primário”.

Nesse cenário, Eduardo Talamini enumera cinco tipos de “limites e condicionantes” à possibilidade de composição administrativa nos casos de reconhecimento total ou parcial da procedência da posição ou do pedido do particular, com a finalidade de evitar “fraudes, desvios e abusos” na prática administrativa, a saber:

a) “é necessário prévio processo administrativo, no qual a Administração constate objetivamente que não tem razão quanto à posição que está defendendo em

juízo” – tal como está disposto no artigo 5º, parágrafo único, do Decreto n.º 4.250, de 27 de maio de 2002, segundo o qual é necessária a instauração de processo administrativo quando o órgão da Administração Pública federal verificar a “plausibilidade da pretensão deduzida em juízo e a possibilidade de solução administrativa”;

b) a composição pelo agente público “depende de expressa autorização da autoridade administrativa que teria competência para o cumprimento espontâneo da obrigação em questão”, o que significa que “não pode a composição ocorrer por ato autônomo do procurador que atua no processo judicial”;

c) “a composição não ficará necessariamente imune ao controle desenvolvido pelos órgãos incumbidos de fiscalizar a Administração”, como a Corregedoria, o Tribunal de Contas e o Ministério Público;

d) é necessário o respeito aos princípios da isonomia e da impessoalidade, ou seja, todos os particulares que se encontrarem em idêntica situação de conflito com a Administração Pública merecem a mesma oferta de acerto da disputa, inclusive por meio da edição de ato normativo geral, não sendo possível ao Poder Público “selecionar” arbitrariamente apenas alguns deles para a composição”;

e) nos casos em que já existe condenação judicial transitada em julgado de natureza condenatória, com a determinação de pagamento de quantia por meio de precatório, é indispensável o respeito à ordem de preferência dos pagamentos estabelecida constitucionalmente.

Já nas hipóteses de celebração de “transação propriamente dita” – isto é, oferta de concessões recíprocas ao particular –, Eduardo Talamini sustenta com razão que, como se trata de “verdadeira renúncia”, é indispensável a expressa “autorização legislativa” contendo os parâmetros genéricos, as hipóteses, os termos e os limites para a celebração de acordos.¹¹⁵⁶

Na mesma linha, Ravi Peixoto igualmente se posiciona pela “prévia exigência de autorização legal para que membro da advocacia pública possa transigir em juízo”, considerando que é “inegável que a margem de liberdade para a realização de acordos pelo poder público é menor do que a existente para o setor privado”. O autor acrescenta ainda que, quanto ao “controle *a posteriori* das transações realizadas por

¹¹⁵⁶ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multipostas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 284-286.

entes públicos”, é indispensável averiguar a presença dos seguintes elementos: a) competência do agente; b) legitimidade da finalidade; c) razoabilidade dos motivos; d) *accountability*, isto é, a existência de “formas transparentes e controláveis”.¹¹⁵⁷

Por seu turno, Leonardo Carneiro da Cunha também entende que “a Administração Pública, uma vez constatando que não tem razão em determinado conflito, tem o dever de dar cumprimento ao direito da parte contrária”. Nesse caso, a decisão judicial é prescindível, pois é cabível que a própria Administração Pública faça “cumprir o direito do particular” na própria esfera administrativa, “em atenção aos princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade” e “desde que observado o devido processo administrativo”.

Para tanto, o autor enumera quatro requisitos – similares aos indicados por Eduardo Talamini – para que seja possível o reconhecimento da procedência do pedido do particular na esfera administrativa:

a) instauração de “prévio processo administrativo, por meio do qual a Administração Pública averigue e conclua objetivamente que não há razão na defesa a ser apresentada em juízo”;

b) existência de “prévia autorização da autoridade administrativa competente para o cumprimento da obrigação exigida pelo particular”, já que o reconhecimento da procedência do pedido não consiste em um “ato autônomo do advogado público”;

c) possibilidade de que o ato de reconhecimento do pedido “seja objeto de fiscalização pelos órgãos de controle, a exemplo do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas, entre outros”;

d) respeito aos princípios da isonomia e da impessoalidade, “de sorte que, havendo demandas repetitivas ou diversos casos em idêntica situação de conflito com a Administração Pública, o reconhecimento deve ocorrer em todos os casos, não sendo possível haver escolha ou seleção arbitrária de apenas alguns dos casos”.¹¹⁵⁸

Atualmente é bastante comum que os agentes administrativos se sintam desencorajados a buscarem o consenso com os cidadãos justamente em virtude do medo

¹¹⁵⁷ PEIXOTO, Ravi. Primeiras impressões sobre os meios consensuais de resolução de conflitos pelo poder público e as alterações promovidas pelo CPC/2015 e pela Lei 13.140/2015. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 351-352.

¹¹⁵⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 42 – Reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública*, 2014. Disponível em: <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinio/opinio-42-reconhecimento-da-procedencia-do-pedido-pela-fazenda-publica/>. Acesso em: 19 set. 2018.

de retaliações na própria esfera administrativa – seja do superior hierárquico ou da Corregedoria –, ou até mesmo em razão da incerteza de se submeterem a investigações ou processos no âmbito dos órgãos externos de controle – tais como o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

Também é possível verificar o “receio dos advogados públicos em serem responsabilizados pela não apresentação de defesa nos casos concretos”.¹¹⁵⁹ A “demasiada burocracia”, as dificuldades impostas e as inúmeras exigências fazem com que seja mais cômodo litigar do que buscar a transação¹¹⁶⁰ – o que, de certa forma, contribui para explicar a postura altamente litigiosa do Poder Público em juízo.

Dessa forma, a previsão, em legislação específica do respectivo ente federativo, dos requisitos e do procedimento para a prática de atos públicos e para a condução de processos administrativos que resultem em situações de composição administrativa serve não apenas para estimular o emprego efetivo dos meios adequados de solução de conflitos, mas também para orientar os próprios órgãos de controle no exercício do seu relevante mister. O mesmo raciocínio é aplicado em face da indispensabilidade da estipulação em lei dos parâmetros, dos limites e das possibilidades para a celebração de transações administrativas – tal como ocorre no âmbito da União com a Lei Federal n.º 9.469/1997.

A regulamentação normativa impede – ou ao menos mitiga – a possibilidade de agentes públicos virem a ser penalizados pela execução de práticas administrativas as quais, embora com a observância da juridicidade administrativa e em conformidade com a política pública institucional fixada pelo próprio ente federado, sejam consideradas excessivas, ilícitas ou ilegítimas por ocasião da fiscalização pela instância de controle.

Cumprido asseverar que essa afirmação não exprime, por óbvio, nenhuma pretensão de fragilização dos órgãos de controle ou de diminuição das competências fiscalizatórias. É inquestionável e indiscutível que, em um Estado Democrático de Direito, as instâncias de controle interno e externo são essenciais para assegurar a moralidade administrativa, o combate à corrupção e o respeito à legislação em geral.

Por outro lado, é necessário aperfeiçoar os instrumentos de controle, a fim de evitar investigações e punições de agentes públicos com base em critérios unicamente subjetivos, meramente políticos ou de caráter metajurídico – o que,

¹¹⁵⁹ FACCI, Lucio Picanço. *Administração pública e segurança jurídica: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 135.

¹¹⁶⁰ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I, p. 78.

infelizmente, não é raro na realidade brasileira. Assim como não é possível atribuir uma “carta branca” para que os agentes públicos disponham livremente dos bens e interesses públicos, também é imprescindível conter abusos eventualmente verificados no exercício da fiscalização dos atos administrativos.

Parece oportuna, portanto, a inserção em lei de ferramentas de proteção jurídica dos agentes públicos que promovem a autocomposição ou empregam os meios adequados de solução de conflitos, tais como a conciliação e a mediação. Trata-se de oferecer condições propícias para que a cultura jurídica de adequado tratamento dos conflitos seja realmente incorporada à administração pública com a necessária segurança jurídica.

Nessa esteira, é com acerto que o artigo 40 da Lei Federal n.º 13.140/2015, ao regulamentar a “autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público”, prevê que “Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem”.

Além da proteção jurídica do agente público que promove a autocomposição do conflito, a existência de normatização específica também é imprescindível para atribuir segurança jurídica à atuação processual do procurador público que reconhece em juízo a procedência do pedido da parte contrária, ou deixa de apresentar contestação ou de interpor recurso, ou desiste de recurso já interposto.

Conforme já demonstrado em oportunidade anterior, existem inúmeros instrumentos normativos nos órgãos da Advocacia Pública autorizando a dispensa de atuação processual do procurador público em face de decisões judiciais as quais, conquanto desfavoráveis ao Poder Público, estão em conformidade com precedentes judiciais vinculantes ou com orientações administrativas consolidadas no próprio ente federativo. Geralmente, essas autorizações constam expressamente de normas exaradas pela autoridade administrativa competente ou em leis formais editadas pelo parlamento.

Nessas hipóteses, uma vez institucionalizada a política pública de tratamento dos conflitos, a submissão do procurador público a ela se mostra como uma decorrência lógico-jurídica. Na medida em que a Administração Pública normatiza as diretrizes gerais e define as características que lhe são específicas quanto aos métodos de prevenção, gestão e solução de contendas, esse modelo de enfrentamento de disputas

não é apenas orientativo, mas sim vinculativo em face de toda a prestação do serviço público jurídico do respectivo ente federado.

Cuida-se, nas palavras de Paulo Modesto, de uma “autovinculação administrativa” (ou “autovinculação da Administração Pública”, ou “autolimitação da Administração Pública”). Melhor dizendo, a Administração Pública, mesmo diante de uma “competência aparentemente discricionária”, encontra-se “*predeterminada* na escolha de uma decisão dentre as possíveis no exercício de competência discricionária em razão da *reiterada adoção por ela mesma de um mesmo padrão decisório*”.¹¹⁶¹

A título exemplificativo, se existe norma estabelecendo a desnecessidade da interposição de recurso em determinada situação específica, o procurador público possui o poder-dever de deixar transcorrer *in albis* o prazo recursal, caso não verifique nenhuma exceção também prevista na mesma norma (v.g., a existência de questão processual que impeça o prosseguimento do feito). O mesmo raciocínio é aplicado para os casos de dispensa de apresentação de contestação, de desistência de recurso, ou do próprio reconhecimento da procedência da pretensão da parte contrária.

Observe que o procurador público, ao deixar de praticar o ato processual ou ao reconhecer uma posição favorável à parte contrária, não comete qualquer conduta ilícita e nem tampouco viola nenhuma obrigação supostamente existente de litigar “cegamente” até a última instância. Pelo contrário, ele age justamente em conformidade com a política pública oficializada pelo ente público a que pertence, no sentido de que admitir o trânsito em julgado de decisões judiciais quando o Poder Público não tem razão – ainda que desfavoráveis quanto ao *meritum causae* – representa, na verdade, uma forma de atendimento ao interesse público e de respeito à integridade, coerência e estabilidade do sistema estatal de resolução de disputas.

A rigor, conforme salienta Leonardo Carneiro da Cunha, se a Administração Pública constata que não tem razão em determinada contenda – como, por exemplo, na hipótese em que há enunciado de súmula vinculante contrário à sua pretensão –, compete a ela a obrigação de efetivar a satisfação imediata do direito da parte contrária. Nesses casos, como inexistente direito em favor da Administração Pública, sequer se pode

¹¹⁶¹ MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 24, p. 1-2, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, out./nov./dez. 2010.

cogitar de defesa de interesse público, “justamente porque atender ao interesse público é cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado”.¹¹⁶²

É importante aduzir que nessas hipóteses também não é cabível conjecturar de violação à autonomia técnico-funcional do procurador público. Isso porque as particularidades do caso ou a existência de outros fundamentos aferíveis *in concreto* podem, perfeitamente, autorizar a prática do ato processual cuja dispensa está prevista genericamente e *in abstracto*.

Como exemplo, as já citadas Portarias da AGU n.º 487 e 488, ambas de 27 de julho de 2016, ressalvam a inafastabilidade do dever do procurador público de contestar, recorrer ou impugnar especificamente em situações tais como:

- a) incidência de qualquer das hipóteses de preliminares de contestação enumeradas no artigo 337 do CPC;
- b) consumação de prescrição ou decadência;
- c) existência de controvérsia acerca da matéria de fato;
- d) ocorrência de pagamento administrativo;
- e) verificação de outras questões ou incidentes processuais que possam implicar a extinção da ação;
- f) existência de acordo entre as partes, judicial ou extrajudicial;
- g) verificação de circunstâncias específicas do caso concreto que possam modificar ou extinguir a pretensão da parte adversa;
- h) discordância quanto a valores ou cálculos apresentados pela parte ou pelo juízo, observadas as regulamentações internas já existentes a respeito da abstenção ou desistência de recurso acerca do tema;
- i) situação fática distinta ou questão jurídica não examinada nos precedentes dos Tribunais Superiores e da Turma Nacional de Uniformização que imponham solução jurídica diversa;
- j) superação dos precedentes judiciais referidos nas portarias por decisão judicial posterior, hipótese em que deverão ser consideradas as especificidades dos §§3º e 4º do artigo 927 do CPC, ou por alteração legislativa que altere total ou parcialmente o ato normativo objeto da interpretação fixada pelos Tribunais Superiores e pela Turma Nacional de Uniformização.

¹¹⁶² CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 42 – Reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública*, 2014. Disponível em: <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-42-reconhecimento-da-procedencia-do-pedido-pela-fazenda-publica/>. Acesso em: 19 set. 2018.

O segundo aspecto a ser abordado se refere ao fato de que a adoção da cultura jurídica proposta neste trabalho não representa, indiscutivelmente, nenhuma “alforria” para a violação sistemática de direitos dos cidadãos por parte do Estado. O emprego de técnicas adequadas de enfrentamento de controvérsias não se coaduna com a infringência de direitos subjetivos e garantias constitucionais, e sequer autoriza que o gestor administrativo pratique seguidamente atos administrativos que geram processos judiciais seriais com altíssima chance de condenações em desfavor do Poder Público.

Consoante ensina Eduardo Talamini, a composição administrativa – seja por meio de reconhecimento de posição ou pedido do particular, seja por meio de concessões recíprocas para fins de celebração de acordos – pode, em tese, ofender os princípios da moralidade, da legalidade e da boa-fé, na hipótese em que a Administração Pública “passa a usar tal expediente de modo reiterado e sistemático para aviltar os direitos dos particulares”. De fato, é reprovável a eventual postura contraditória da Administração Pública “de inicialmente resistir ao cumprimento de suas obrigações, embora desde logo sabedora da sua falta de razão, apenas para mais adiante obter uma composição com parcial renúncia a direitos pelo particular”.¹¹⁶³

De modo análogo, as eventuais tentativas de imposição de acordos por parte da Administração Pública – geralmente com um deságio substancial no valor do crédito do particular – merecem uma fiscalização séria por parte dos órgãos de controle. Outrossim, a atuação técnica do advogado do particular, especialmente quando está presente a sua hipossuficiência econômica, é indispensável para que haja uma adequada orientação jurídica acerca das vantagens e desvantagens da renúncia de parte do direito mediante a contrapartida de satisfação mais célere da posição subjetiva.

A atuação de um mediador ou conciliador igualmente se mostra recomendável. A desigualdade das partes, embora não seja um “óbice incontornável para a consensualidade na esfera pública”, requer atenção especial para mitigar a falta de isonomia entre elas e não tornar “inadequada a negociação direta entre as partes”.¹¹⁶⁴

¹¹⁶³ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 284.

¹¹⁶⁴ FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o Novo Código de Processo Civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 242.

Nesse cenário, Onofre Alves Batista Júnior adverte acerca da necessidade de demarcação das “margens negociais” do exercício de uma “administração concertada”, tendo em vista o “enorme risco de ruptura com a objetividade e com a igualdade, e, assim, em consequência, com a justiça, que a impessoalidade da lei assegura”. A contenção de abusos e ilegalidades perpassa pelo respeito absoluto aos princípios constitucionais – tais como a isonomia e a publicidade –, a fim de que “as transações administrativas celebradas sejam dadas ao amplo conhecimento dos administrados, de forma a possibilitar que todos os que estejam na mesma situação jurídica possam ser tratados isonomicamente pela Administração”.

Assim sendo, a indispensabilidade de se assegurar “transparência ao processo de negociação” aponta para uma maior “‘procedimentalização’ do processo administrativo decisório que assegure a participação do administrado, a interveniência de outros órgãos do poder e que garanta a legitimidade das decisões”. Com isso, aumenta-se as chances de concretização de “maior segurança e tratamento mais isonômico para o universo maior de administrados”.

A “demarcação de procedimentos administrativos que, democraticamente, possibilitem a participação formalizada dos administrados e as ações dos órgãos de controle” é essencial para resguardar um “equilíbrio razoável e prudente entre autoridade e liberdade, entre exigências ‘garantísticas’ e ‘eficientísticas’”. Todavia, mais do que isso, a delimitação de balizas e limites às “margens de discricionariedade” para a celebração de transações administrativas é imperativa para assegurar que a atividade administrativa negociada respeite as fronteiras da juridicidade administrativa, de modo que se possa “comprovar que o interesse da coletividade é atendido de forma otimizada através do manejo da via contratual”.¹¹⁶⁵

Observe-se que essas circunstâncias não são impeditivas para o cabimento de composições e transações administrativas. Pelo contrário, elas são indicativas da “necessidade de reprimir de modo rigoroso o descumprimento de obrigações pela Administração”, a fim de coibir “desvio de finalidade” que tomam “a patologia por normalidade”.¹¹⁶⁶

¹¹⁶⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária*, no contexto de uma administração pública mais democrática. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 546-557.

¹¹⁶⁶ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier

Portanto, a existência de exceções (isto é, a violação de direitos e deveres pela Administração Pública e até mesmo a corrupção administrativa) não pode impedir a prevalência da regra (qual seja, a ampla aceitação da consensualidade administrativa). Os limites da juridicidade administrativa e os órgãos de controle – interno e externo – atuam exatamente para coibir excessos, desvios e ilicitudes.

Outra situação extremamente comum – e que também merece ser controlada e combatida – diz respeito à prática reiterada de atos administrativos que geram processos judiciais seriais com chance de êxito praticamente nula para a Administração Pública. O problema é visualizável quando o agente público, ciente da improcedência da posição ou da pretensão do Estado, insiste em adotar práticas administrativas que abarrotarão os órgãos judiciários com inúmeras ações judiciais repetitivas com altíssimo risco de prolação sucessiva de condenações judiciais – evitáveis – em desfavor do Poder Público.

Geralmente, essas hipóteses são mais frequentes quando o agente público atua na defesa exclusiva de pretensões transitórias e imediatas de determinado mandatário político, sem se preocupar com as consequências duradouras ou futuras daí decorrentes. É comum que o comportamento de gerar processos judiciais seriais seja decorrência de uma concepção – equivocada – de administração pública como instrumento de satisfação de interesses pontuais e provisórios desse ou daquele governante.

Ademais, a postura de deslocar para o Judiciário as soluções de disputas que poderiam – e deveriam – ser realizadas na esfera administrativa oculta uma intenção – nem sempre subjacente – de atribuir à Administração Pública o “benefício” (ou privilégio) de contar com o pagamento a longo prazo de condenações judiciais por meio do moroso regime constitucional dos precatórios. Trata-se, indubitavelmente, de uma conduta censurável.

A institucionalização de um regime especial para pagamento de créditos mediante precatórios já é, por si só, potencialmente ofensora da moralidade administrativa, da ética administrativa, da confiança legítima e da necessidade de estabilização das relações jurídicas.¹¹⁶⁷ Utilizar esse sistema como instrumento de “rolagem de dívidas” e como mecanismo de transferência de débitos para mandatos

(Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 284.

¹¹⁶⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 394-400.

posteriores não se coaduna com uma ideia republicana e democrática de administração pública, a qual zele pelo adequado funcionamento das funções estatais.

Considerando o modelo de Administração Pública consensual e a busca pela maior horizontalidade do vínculo entre o Estado e o particular, cabe ao Poder Público atuar em prol do cidadão, com vistas à concretização de interesses públicos aferíveis *in concreto*, à efetivação das normas constitucionais, e à materialização dos direitos e das garantias fundamentais. Paralelamente, a posição de *repeat player* da Administração Pública não é um fator permissivo para que ela se comporte como se fosse um litigante habitual privado que persegue lucro a todo custo, e nem tampouco lhe autoriza a agravar a sobrecarga do Judiciário com a provocação de uma série de demandas similares que poderiam – e deveriam – ser resolvidas na esfera extrajudicial.

O ponto em discussão, portanto, é que a prática amiúde de atos administrativos que produzem ações judiciais com chance de êxito praticamente nula acarreta consequências negativas para o sistema jurídico-processual de resolução de disputas, inviabiliza ou dificulta a realização dos direitos dos cidadãos, e ainda causa prejuízos econômicos para o erário público – em decorrência de condenações judiciais evitáveis que impõem o pagamento não apenas do valor principal que já poderia ter sido quitado administrativamente, mas também de ônus sucumbenciais.

Nessa perspectiva, quando o gestor público, por exemplo, insiste em adotar uma postura governamental em discordância com um enunciado de súmula vinculante, ele está agindo em desconformidade com a própria lógica de tratamento adequado de conflitos pela Administração Pública. Não se trata de discutir acerca da existência ou não do dever do gestor público de se vincular ao sistema de precedentes judiciais.

Diferentemente, cuida-se de situação na qual se verifica uma atividade administrativa irracional e antiestratégica que engloba a assunção desnecessária de riscos de condenações judiciais, com significativo potencial de endividamento público e com a criação injustificada de obstáculos à satisfação de direitos dos cidadãos. Consoante frisado por Lucio Picanço Facci, o Estado, quando “estabelece um precedente administrativo” ou entabula um acordo, deve respeito aos direitos e às garantias fundamentais, ao mesmo tempo em que não pode impor ao cidadão-administrado o risco de ter os “seus direitos flutuando ao sabor das interpretações

jurídicas variáveis no tempo, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica”.¹¹⁶⁸

Nesses casos, é cabível se cogitar até mesmo da configuração, em tese, de ato de improbidade administrativa, com base no artigo 11 da Lei Federal n.º 8.429, de 2 de junho de 1992. Ora, se o gestor administrativo atua de modo a contribuir diretamente para o aumento da despesa pública e para o impedimento à efetivação de situações jurídicas estabilizadas de particulares, é possível que a sua conduta, mesmo que em circunstâncias excepcionais, caracterize violação a princípios constitucionais tais como os da legalidade (juridicidade administrativa), da moralidade, da impessoalidade, da eficiência (artigo 37, *caput*, da Constituição), da boa-fé, da segurança jurídica e da confiança legítima.

É oportuno frisar que não se está defendendo a responsabilização de agente público por mera violação a um suposto dever de observância de precedentes judiciais. Ainda que a jurisprudência vinculativa possua indiscutível força normativa (*v.g.*, artigo 103-A da Constituição e artigo 28, parágrafo único, da Lei Federal n.º 9.868/1999), a simples prática de atos administrativos em desconformidade com precedentes judiciais vinculantes não é suficiente para tipificar uma conduta ímproba.

É certo que outros requisitos são necessários para o eventual enquadramento da situação em improbidade administrativa, os quais são de observância cumulativa, tais como:

a) seja objetivamente comprovado, com fundamento em elementos concretos verificados no caso concreto, que o agente público agiu com dolo,¹¹⁶⁹ fraude, erro grosseiro, desvio de finalidade ou percepimento de vantagem indevida;

b) seja demonstrada a prática reiterada e injustificada (vale dizer, sem motivação idônea) de atos administrativos que tenham produzido uma série de processos judiciais análogos que resultaram, mediante comprovação objetiva, em expressivo e evitável desfalque ou endividamento público, ou em injustificável negativa

¹¹⁶⁸ FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o Novo Código de Processo Civil. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 240-241.

¹¹⁶⁹ Conforme entendimento jurisprudencial consolidado do STJ, a caracterização de ato de improbidade administrativa por infringência ao artigo 11 da Lei Federal n.º 8.429/1992 exige a demonstração do elemento subjetivo consubstanciado pelo dolo (Por todos: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.192.056/DF, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Relator para Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 26/09/2012).

da materialização de direitos já consolidados por jurisprudência vinculante em desfavor de inúmeros cidadãos em idêntica situação;

c) seja demonstrado objetivamente, na forma do artigo 11 da Lei Federal n.º 8.429/1992, que a ação ou omissão do agente público atentou contra os princípios da administração pública – tais como os da legalidade (juridicidade administrativa), da moralidade, da impessoalidade, da eficiência, da boa-fé, da segurança jurídica e da confiança legítima –, bem como violou os “deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”;

d) exista instrumento de controle prévio de juridicidade e, ainda assim, o gestor público insiste em praticar o ato administrativo em dissonância com a orientação jurídica anterior – é o caso, por exemplo, quando há parecer jurídico de natureza obrigatória ou vinculante, emitido pelo órgão consultivo da Advocacia Pública, recomendando determinada conduta ou firmando uma orientação jurídica específica, e o administrador público pratica reiteradamente atos administrativos em sentido dissonante;¹¹⁷⁰ ou quando existe legislação própria no ente federativo enumerando casos específicos em que deva ocorrer o reconhecimento da procedência da posição ou do pedido do particular, e o agente público se nega a fazê-lo.

Cumpra salientar que a presença dos requisitos acima mencionados não implica a caracterização automática de ato de improbidade administrativa, e nem acarreta a inevitável e instantânea responsabilização ou punição do gestor público.¹¹⁷¹ É

¹¹⁷⁰ Para que se configure essa hipótese, é necessário que a consulta ao órgão da advocacia pública seja obrigatória, ou que o parecer jurídico seja vinculante. Isso porque, conforme entendimento consolidado do STF, existem distintas repercussões à autoridade administrativa em decorrência da observância de parecer jurídico para fins de controle externo pelo Tribunal de Contas, conforme a natureza jurídico-administrativa da consulta. O STF diferencia essas situações em três hipóteses, conforme a seguir transcrito: a) “quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo”; b) “quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer”; c) “quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 24631, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJ 01/02/2008).

¹¹⁷¹ Ressalte-se que o CPC reforça as possibilidades de punição de agentes públicos. Como exemplo, cite-se a possibilidade de imposição de multa pessoal ao gestor administrativo que desobedeça ou deixe de cumprir condenação judicial que imponha obrigação de fazer, não fazer e entregar coisa (v.g., artigos 77, §§1º a 8º; 536, §§1º e 3º; 537, *caput*; 538, §3º), além da possível prática, em tese, de crime de desobediência. Para aprofundamento no assunto, conferir: VIANA, Emilio de Medeiros. A possibilidade de imposição de multa pessoal ao gestor público responsável pelo desatendimento de providimentos judiciais que imponham obrigações de fazer, não fazer e entregar no novo CPC. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 111 *et seq.*

óbvio que se mostra indispensável a comprovação objetiva e inequívoca dos requisitos no caso concreto, mediante atuação legítima do órgão público de controle, dilação probatória extensa e integral observância das garantias constitucionais, mormente as do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição).

7.2 Os meios adequados de solução de conflitos não são a “solução mágica” para solucionar todos os problemas envolvendo a crise da justiça

O modelo de Administração Pública consensual está intimamente relacionado com a expansão dos métodos autocompositivos de solução dos conflitos envolvendo o Poder Público e os cidadãos. A disseminação do emprego de meios de resolução de disputas “alternativos” à jurisdição se mostra como uma necessidade premente para o fim de aperfeiçoar o tratamento das controvérsias cíveis por parte da Administração Pública.

Entretanto, não se desconhecem os percalços envolvidos no incentivo e na adoção dos *alternative dispute resolution*. É por isso que o presente tópico visa a ressaltar expressamente a ciência no sentido de que os meios adequados de resolução de conflitos não são a “solução mágica” para a eliminação ou a solução de todos os problemas envolvendo a crise da justiça.

Na realidade, existem inúmeras causas que concorrem para a perpetuação do cenário de inefetividade crônica da jurisdição estatal. Dentre elas, é possível enumerar as seguintes:

- a) baixo grau de profissionalização da gestão de determinados órgãos judiciários;
- b) número insuficiente de juízes e serventuários em comparação com o volume de processos judiciais em tramitação;
- c) ausência de infraestrutura material e instalações físicas adequadas em alguns tribunais ou fóruns;
- d) dificuldades na implantação de um sistema eletrônico de processo judicial que tenha aplicação uniforme em todos os tribunais;
- e) resistência de parte dos juízes em aceitar mudanças nos procedimentos e na metodologia de trabalho;

f) funcionamento excessivamente burocrático de algumas secretarias e cartórios judiciários;

g) formação jurídica defeituosa de parcela da magistratura;

h) prevalência de uma educação jurídica que incentiva a litigiosidade;

i) judicialização excessiva de controvérsias que poderiam ser solucionadas em outras instâncias;

j) insistência na interposição de recursos protelatórios e expedientes que obstaculizam o andamento de processos judiciais por parcela dos advogados.

Como se percebe, a adoção de meios de solução de conflitos “alternativos” à jurisdição estatal não ataca boa parte dos fatores acima mencionados. É certo que a amplitude da crise da justiça verificada no Brasil não permite que haja uma única fórmula para combatê-la.

Nessa perspectiva, o estímulo à adoção dos *alternative dispute resolution* denota uma tentativa de enfrentar parte da crise, mas, obviamente, não é suficiente para solucioná-la por completo. Seguramente, as técnicas consensuais, autocompositivas e extrajurisdicionais de resolução de disputas não são uma invenção desse século¹¹⁷² e nem sequer uma maneira de “reinventar a roda”, como se o emprego dos *alternative dispute resolution* fosse revolucionar integralmente – e necessariamente para melhor – o modelo processual de tratamento das disputas.

Com essa linha de raciocínio, Andrés de la Oliva Santos ironiza que os meios alternativos de solução de disputas são hoje apregoados como a “redescoberta da água quente” (*riscoperta dell’acqua calda*). Em outras palavras, os métodos não-contenciosos de resolução de controvérsias são anunciados, sobretudo em reformas legislativas, como uma novidade salvífica (*novità salvifica*) que teria o condão de culminar na redenção dos problemas relacionados à solução dos conflitos sociais.

Todavia, o autor sustenta que o atual movimento de incentivo aos *alternative dispute resolution* – especialmente a mediação, a conciliação e a arbitragem – exprime um significado oblíquo extremamente negativo em desfavor da jurisdição estatal, atribuindo uma conotação nociva ao exercício da função jurisdicional exercida pelos tribunais. Diante de uma tradição legal de *civil law* que enfoca no sistema público de tutela jurídica praticado pelas cortes – como ocorre na Espanha, Itália, em outros

¹¹⁷² RESNIK, Judith. Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 10, Number 2, p. 212, 1995, tradução nossa.

países europeus e no Brasil –, é necessária cautela para que o estímulo à celebração de acordos não se torne um subterfúgio, promovido em favor de interesses econômicos escusos, com o fim de proceder a uma importação acrítica e forçada dos *alternative dispute resolution*.¹¹⁷³

Também Antonio do Passo Cabral adverte que o incentivo difundido ao emprego dos *alternative dispute resolution* se mostra, muitas vezes, como uma verdadeira tentativa de “fuga do Judiciário”, como se “evitar o processo judicial” fosse “a única solução possível” para combater a crise do Judiciário. O autor destaca que a escolha pelos meios alternativos de solução de conflitos pode ocorrer em razão de uma “total desilusão e descrença no processo estatal”. A inexistência de um “processo estatal adequado” provoca nas partes o ímpeto de buscar imediatamente qualquer forma de desjudicialização da controvérsia, por meio de uma “arbitragem ou mediação do desespero”.

Em face da ausência de proliferação e de consolidação das técnicas de solução extrajudicial no Brasil, o autor questiona até que ponto os *alternative dispute resolution* cumprem a sua promessa de fornecer às partes “alternativas viáveis e adequadas” de resolução de controvérsias. Diante desse contexto de vácuo de tutela adequada de direitos, de aparente ineficácia de os *alternative dispute resolution* se apresentarem como “funcionalmente equivalentes à jurisdição” e de vazio entre o espaço da arbitragem (privado-contratual) e do processo estatal (de natureza eminentemente publicista), o autor reflete até que ponto não é necessário buscar um “terceiro caminho” – como, por exemplo, a aceitação das convenções processuais como meio de “flexibilização formal” e de “adaptações dialogais” ao procedimento estatal.¹¹⁷⁴

Nessa ótica, Jordi Nieva-Fenoll questiona se a mediação consiste em uma alternativa razoável ao processo. Ao criticar o fascínio surpreendente da legislação atual de diversos países com relação aos métodos alternativos de resolução de conflitos, o autor discorda da concepção de que a mediação seja um método preferível à tutela jurisdicional a cargo do Estado.

Não obstante a mediação possua atrativos para determinados tipos de conflitos, não é possível aceitar, como premissa absoluta, que a jurisdição estatal, em que pese seja inegavelmente lenta, padeça de todos os defeitos possíveis e imagináveis.

¹¹⁷³ SANTOS, Andrés de la Oliva. ADR o la riscoperta dell’acqua calda. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXX, n. 2, p. 509-512, giugno 2016, tradução nossa.

¹¹⁷⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 205-208.

É necessário, pois, precaver-se sobre o chavão segundo o qual a mediação é muito positiva e a tutela jurisdicional é muito negativa.

A autoridade reconhecida aos juízes pela lei é essencial para atribuir uma espécie de prestígio social à função jurisdicional, de modo que as decisões judiciais sejam percebidas como justas no âmbito da comunidade. Ademais, é contestável afirmar que a celebração de uma transação seja o objetivo ideal de solução de um conflito de interesses, especialmente diante da possibilidade de que haja manipulações, desigualdades ou obtenção de vantagens indevidas durante o processo ou em face dos resultados advindos da adoção do meio autocompositivo. Na realidade, o escopo precípua de qualquer método de resolução de controvérsias é “dar a cada um o que lhe pertence”, como expressão do brocardo latim *suum cuique tribuere*.

Por esses motivos, Jordi Nieva-Fenoll não considera a mediação como um método melhor em cotejo com a tutela jurisdicional estatal. Pelo contrário, o autor indica que o processo judicial é qualitativamente mais evoluído em comparação com a mediação, inclusive porque possibilita um aprofundamento substancialmente maior da controvérsia no que tange aos elementos fáticos, probatórios e jurídicos envolvidos no conflito. A paridade de armas, a participação de advogados e a intervenção do juiz, na condição de terceiro imparcial, elevam a qualidade do debate jurídico relativamente aos fatos e evidências colhidos no processo judicial.

No âmbito da jurisdição estatal, as partes possuem não apenas a oportunidade, mas a garantia de que podem apresentar as suas alegações e provas no curso do procedimento, como expressão da garantia fundamental do contraditório. Diante desse amplo acervo fático e probatório, o juiz adquire uma visão mais abrangente do conflito em cotejo com o mediador.

Historicamente, o processo judicial denota um método de resolução pacífica dos conflitos, como mecanismo de combate à autotutela e à vingança privada. Em termos práticos, ele se mostra como o meio mais apropriado para que as partes exponham os seus motivos e obtenham a sua razão, isto é, aquilo que o magistrado lhes atribua como de sua titularidade.

Todos esses fatores contribuem para que o processo judicial, na visão do citado autor espanhol, revele-se como um meio mais adequado de se buscar e obter

justiça, embora ele reconheça que a mediação seja mais vantajosa em termos de economia, rapidez e aptidão para resolver definitivamente a controvérsia.¹¹⁷⁵

Com ponto de vista similar, Paula Costa e Silva contesta a difusão da preferência da autonomia em face da heteronomia, assim como a tentativa de se tornarem manifestas as vantagens dos meios alternativos em detrimento da jurisdição estatal. Para a autora, *slogans* como “negociação em vez de decisão” e o adágio popular de que “mais vale um mau acordo do que uma boa demanda” são inadequados porque desvalorizam o potencial de pacificação social do sistema formal de justiça.

Embora os meios alternativos ofereçam vantagens – *v.g.*, maior celeridade e adequação na obtenção de uma solução para o conflito –, é preciso destacar também que eles possuem inconvenientes – *v.g.*, “ausência de poderes de autoridade do mediador que implica a falência do procedimento quando as partes não são cooperantes”, e “descrédito dos esquemas formas de Justiça”.¹¹⁷⁶ É por isso que a autora defende a necessidade de se buscar uma saída “alternativa aos meios alternativos”.¹¹⁷⁷

Na verdade, é necessário que os meios “alternativos” de solução de conflitos convivam harmonicamente com a função jurisdicional, de maneira integrada e coordenada.¹¹⁷⁸ É importante que os métodos estejam disponíveis para as partes, a fim de tornar possível a escolha daquele que se mostre como o mais *adequado* de acordo com as particularidades de cada disputa.¹¹⁷⁹

Os *alternative dispute resolution* não servem para substituir ou eliminar a adjudicação pública, mas sim para complementar uma gama de técnicas que buscam a tutela de direitos de forma mais adequada, efetiva e tempestiva.¹¹⁸⁰ É imprescindível

¹¹⁷⁵ NIEVA-FENOLL, Jordi. La mediazione: un’alternativa ragionevole al processo? *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXVII, n. 4, p. 1.327-1.344, dicembre 2013, tradução nossa.

¹¹⁷⁶ SILVA, Paula Costa e. O Acesso ao Sistema Judicial e os Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias: Alternatividade Efetiva e Complementariedade. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 783-784.

¹¹⁷⁷ SILVA, Paula Costa e. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra, 2009, p. 35-36.

¹¹⁷⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas. *Revista de Direito*, n. 5, p. 272, Santa Cruz do Sul, out. 2014.

¹¹⁷⁹ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 69.

¹¹⁸⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e*

superar o entendimento segundo o qual há uma competição quase que mercadológica entre os vários mecanismos de solução de disputas, como se houvesse uma rivalidade entre os tribunais públicos e as instituições privadas.¹¹⁸¹

É necessário cuidado com o discurso que defende o emprego dos *alternative dispute resolution* interligado a um enfraquecimento da jurisdição pública. Na verdade, é importante entender que os métodos autocompositivos de resolução de controvérsias se relacionam com a adjudicação estatal por intermédio de um vínculo de complementariedade¹¹⁸² – e não de competição, de “alternatividade”, de concorrência, de hierarquia, ou de definição de qual é primário ou secundário.¹¹⁸³

Com esse entendimento, Neil Andrews sustenta que o relacionamento entre as variadas formas de resolução de disputas – públicas ou privadas, judiciais e não-judiciais – possui um caráter complementar (*complementary*) e entrelaçado (*entwined*). A associação entre os diversos mecanismos de solução de conflitos fortalece o sistema de justiça civil exatamente porque implica o aperfeiçoamento de sistemas complementares (*complementary systems*) que se mostram conexos entre si.¹¹⁸⁴

Os meios consensuais e os métodos adjudicatórios são complementares e integrados entre si, e podem coexistir como opções adequadas a serem oferecidas às partes – sem que haja uma disputa sobre qual dos mecanismos é melhor ou pior. Os *alternative dispute resolution* não visam a usurpar competência jurisdicional, e nem a restringir ou substituir a atuação dos tribunais. O objetivo é empreender esforços direcionados a aprimorar o sistema de tratamento dos conflitos, sem que as ferramentas

outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 61; TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 87-88.

¹¹⁸¹ GARTH, Bryant. Privatization and the New Market for Disputes: A Framework for Analysis and a Preliminary Assessment. *Studies in Law, Politics, and Society*, Volume 12, p. 389 *et seq.*, 1992, tradução nossa.

¹¹⁸² CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 207; SILVA, Paula Costa e. O Acesso ao Sistema Judicial e os Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias: Alternatividade Efectiva e Complementariedade. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 769.

¹¹⁸³ GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. Audiência(s) e Sessão(ões) de Mediação na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015). In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 515-516.

¹¹⁸⁴ ANDREWS, Neil. The Modern Civil Process in England: Links Between Private and Public Forms of Dispute-Resolution. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 787-788, tradução nossa.

extrajudiciais representem uma ameaça à importância do papel dos juízes no âmbito da adjudicação formal.¹¹⁸⁵

Nessa ótica, Eduardo Oteiza alerta que a recepção dos “Métodos Alternos de Solución de Conflictos (MARC)” não pode suprimir o caráter central das obrigações do Estado de garantir o acesso à justiça e de assegurar o direito ao devido processo legal, na condição de direitos humanos básicos e pressupostos essenciais do Estado Democrático de Direito. Considerando o acesso à justiça como um problema de política pública, o autor afirma que os *alternative dispute resolution* não podem ocupar o lugar do processo judicial como proteção jurídica final dos direitos.

Assim sendo, apresenta-se como um equívoco abordar a questão como se houvesse a necessidade de uma suposta escolha maniqueísta entre o processo judicial e os *alternative dispute resolution*. Os métodos alternativos de solução de conflitos possuem a capacidade de complementar a resposta do Estado como uma opção legítima, tendo em vista que, em determinadas hipóteses, outorgam maiores benefícios aos sujeitos em conflito. No entanto, em outras circunstâncias os *alternative dispute resolution* se mostram inadequados para a solução do caso concreto, mormente quando são aplicados em situações nas quais há desigualdade de forças e disparidade de recursos entre as partes – sem que haja mecanismos de controle suficientes para equilibrar a potencial quebra da isonomia.¹¹⁸⁶

Já Mauro Cappelletti, ao debater sobre as posições apresentadas por Nicola Picardi e Vittorio Denti no encontro da Associação Italiana de Estudiosos do Processo Civil ocorrido nos dias 15 e 16 de dezembro de 1979 em Milão, observa a existência de um “progressivo e impressionante declínio da figura do conciliador no panorama jurídico italiano”. De acordo com o autor, é possível constatar uma quase irrelevância da função do conciliador na Itália, como decorrência, dentre outros fatores, de uma “perda da autoridade social” (ou “legitimação social”) resultante da contradição de se “querer unir na mesma pessoa e no mesmo órgão funções de caráter jurisdicional e funções que não são jurisdicionais”.

¹¹⁸⁵ RESNIK, Judith. Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 10, Number 2, p. 253-261, 1995, tradução nossa.

¹¹⁸⁶ OTEIZA, Eduardo. Punto de vista: Marc/Adr y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 738-740, tradução nossa.

Esse cenário no qual se pretende a “combinação de funções e papéis diversos no mesmo órgão” produz, segundo o autor, “resultados muito dúbios e geralmente negativos”. As diversidades verificadas nos modos de execução e nas finalidades da conciliação extrajudicial e da jurisdição estatal geram conflitos e não são capazes de resolver o “problema da resolução ou composição das controvérsias”. Assim é que o engrandecimento da “justiça conciliativa” (ou “mediativa”, ou “coexistencial”), em cotejo com a “justiça jurisdicional (ou contenciosa)”, mostrou-se insuficiente, apenas parcialmente eficiente e não acarretou resultados significativos na realidade jurídico-social italiana.¹¹⁸⁷

Aliás, até mesmo nos EUA existem críticas contundentes à eventual pretensão de subtrair a importância da jurisdição pública por meio da valorização dos métodos autocompositivos de solução de conflitos. O movimento do *vanishing trial* estudado no capítulo 3 (três) não está imune a censuras de boa parte dos doutrinadores americanos que buscam ressaltar a relevância da tutela jurídica exercida pelos tribunais.

Discorrendo sobre a necessidade de alcançar um equilíbrio entre a adjudicação pública formal e os *alternative dispute resolution*, Stephen Yeazell aduz que a existência de baixas taxas de julgamento, como decorrência do movimento do *vanishing trial*, não representa um estado de “nirvana” e nem constitui uma emergência nacional. Para o autor, é preciso ponderar que algumas vezes o “copo está cheio pela metade” (*the glass is half full*), enquanto em outras ocasiões ele está “vazio pela metade” (*half empty*).

Em outras palavras, os sucessos provenientes da privatização do sistema de justiça civil (*privatization of civil justice*) – tais como, *v.g.*, a melhor distribuição dos custos judiciários, o menor volume de investimentos públicos e o aprimoramento da investigação dos fatos – não podem acobertar as desvantagens que existem no âmbito de um sistema público de justiça civil que julga uma quantidade pequena de casos.¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Notas sobre conciliadores e conciliação. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Tradução de Hermes Zaneti Jr. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 755-759, 762.

¹¹⁸⁸ YEAZELL, Stephen C. Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 943-971, November 2004, tradução nossa.

De modo semelhante, Gillian K. Hadfield constata que a queda substancial das taxas de julgamento pode indicar uma erosão do sistema de adjudicação pública, causando malefícios à estrutura de produção de precedentes legais.¹¹⁸⁹

Também Judith Resnik tece críticas à possibilidade conceitual que indica a necessidade de uma reinvenção da função dos tribunais, a qual proponha que eles se transformem, primordialmente, em instituições promotoras de acordos, com um conseqüente desvirtuamento da sua condição de instância pública produtora de decisões (*public decision making*).¹¹⁹⁰

Em outra oportunidade, a mesma Judith Resnik novamente contesta o discurso que preconiza a prevalência dos *alternative dispute resolution* sobre a adjudicação pública. Com um viés pessimista sobre o futuro da jurisdição estatal, a autora alerta que a existência de múltiplas portas para a solução dos conflitos pode implicar o efeito oblíquo de fechamento da porta da adjudicação estatal.

É cabível indagar se, realmente, os *alternative dispute resolution* são mais eficientes, rápidos, baratos, convenientes, justos e, portanto, aptos a produzirem melhores resultados em comparação com a adjudicação pública. Mais do que isso, é possível questionar se os meios consensuais não estão, de fato, apenas ocupando o vácuo deixado pela falência da jurisdição estatal em cumprir as suas promessas de possibilitar e qualificar o acesso à justiça.

Para a autora, não é pertinente afirmar que os *alternative dispute resolution* são intrinsecamente superiores à adjudicação pública, considerando que eles estão tão somente preenchendo um espaço vazio e assumindo as expectativas frustradas pela ineficiência da jurisdição estatal. As portas dos métodos autocompositivos estão cada vez mais abertas justamente porque a porta da adjudicação pública está funcionalmente fechada ou ligeiramente entreaberta.¹¹⁹¹

Outrossim, Owen Fiss registra expressamente a sua posição adversa à exaltação da autocomposição. Ao se mostrar contrário à cultura da valorização dos acordos em detrimento da adjudicação pública, o autor censura a concepção segundo a

¹¹⁸⁹ HADFIELD, Gillian K. Where Have All the Trials Gone? Settlements, Nontrial Adjudications, and Statistical Artifacts in the Changing Disposition of Federal Civil Cases. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 708-709, November 2004, tradução nossa.

¹¹⁹⁰ RESNIK, Judith. Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 824-832, November 2004, tradução nossa.

¹¹⁹¹ RESNIK, Judith. Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 10, Number 2, p. 241-265, 1995, tradução nossa.

qual uma decisão heterônoma, proferida por um terceiro estranho aos fatos, equivale a um rompimento das relações sociais previamente existentes entre as partes.

De acordo com o autor, a autocomposição não pode ser institucionalizada como um método preferível à jurisdição estatal, inclusive porque, em boa parte das vezes, o consenso é obtido por meio de coação moral praticada pela parte em posição menos vulnerável no processo de negociação. É comum que a troca de barganhas ocorra em um ambiente de desequilíbrio entre poderes e sem nenhum nível de autoridade.

Nessa seara, Owen Fiss conclui que a autocomposição (*settlement*) não deve nem ser estimulada e nem ser glorificada, já que é da sua essência a aceitação de níveis desiguais de recursos entre as partes. Diversamente, o sistema jurídico deve incentivar o julgamento (*judgment*), tendo em vista que é exatamente por meio da adjudicação pública que os juízes, investidos em posição de autoridade, têm a oportunidade de combater essa mesma desigualdade entre as partes, a fim de melhor equilibrar os níveis de poder entre elas.¹¹⁹²

Outra complicação usualmente verificada diz respeito à compulsoriedade da utilização dos *alternative dispute resolution* em determinados tipos de conflitos. Nesse caso, a adoção do meio “alternativo” de solução da disputa é imposta pela legislação ou por um contrato firmado entre as partes.

É possível enumerar no mínimo dois problemas derivados da obrigatoriedade do emprego de qualquer método de resolução de controvérsia, especialmente aqueles de caráter autocompositivo. O primeiro deles se refere ao próprio desvirtuamento da natureza consensual do método, caso ele seja de aplicação forçada pelos disputantes.

O segundo problema se relaciona ao maior potencial de obtenção de vantagens desproporcionais pelos litigantes habituais em face de litigantes ocasionais, sobretudo por meio da inserção unilateral de cláusula em contrato de adesão que exija a adoção de determinado método de solução de disputa. Nessa hipótese, vislumbra-se, ao menos em tese, um aumento das chances de os *repeat players* manipularem o processo de solução de disputas massificadas, principalmente mediante a imposição contratual do emprego de um método de solução de disputa extremamente oneroso – como é a arbitragem – que dificulte, ou até mesmo inviabilize, a reparação de direitos sistematicamente violados em desfavor de *one-shotters*.

¹¹⁹² FISS, Owen. Against Settlement. *The Yale Law Journal*, Yale Law School, Volume 93, p. 1.073-1.078, 1984, tradução nossa.

Felizmente, no Brasil essa possibilidade é categoricamente rechaçada pela legislação. O artigo 3º da Lei Federal n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, prevê expressamente que a arbitragem no Brasil é facultativa, cabendo às partes interessadas submeterem a solução do litígio ao juízo arbitral mediante a celebração de convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Conforme o artigo 4º da citada lei, a cláusula compromissória se refere à “convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Trata-se, portanto, de avença escrita por meio da qual os disputantes elegem a via arbitral para a solução de eventuais conflitos futuros, os quais potencialmente podem vir a ocorrer em decorrência de um vínculo contratual anteriormente firmado entre eles.

De acordo com o §2º do mencionado artigo 4º, a cláusula compromissória, inserida no bojo de contratos de adesão, “só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”. Nesse sentido, a legislação protege a parte presumivelmente hipossuficiente da relação contratual, ao impedir a eleição do juízo arbitral sem que haja iniciativa, concordância expressa ou ciência inequívoca do aderente.

Também no caso do compromisso arbitral, a legislação permite a fiscalização dos requisitos para a sua instituição. Consoante o artigo 9º da aludida lei, o compromisso arbitral consiste na “convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”. Cuida-se, logo, de avença por meio da qual os disputantes elegem a via arbitral, seja de um árbitro ou de um painel de árbitros, para a solução de um conflito já instaurado.

O controle da existência, validade ou eficácia da instituição do compromisso arbitral, inclusive para fins de tutela da parte presumivelmente hipossuficiente, é explicitamente assegurado pela legislação. No caso do compromisso arbitral firmado extrajudicialmente, o §2º do artigo 9º da Lei Federal n.º 9.307/1996 exige que a sua celebração ocorra por meio de instrumento público ou escrito particular assinado por duas testemunhas. Já na hipótese do compromisso arbitral firmado judicialmente, o §1º do artigo 9º da Lei Federal n.º 9.307/1996 estipula que a sua celebração dar-se-á por meio de “termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda”.

Em ambas as situações, o parágrafo único do artigo 8º da mesma lei, como expressão do princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*),¹¹⁹³ atribui ao árbitro o dever de controle, cabendo-lhe “decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. Para tanto, de acordo com o artigo 20 da citada lei, cabe à parte arguir questões relativas à nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem “na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem”.

Por fim, assegura-se ainda o controle *a posteriori* pelo Judiciário da validade da decisão proferida pelo juízo arbitral, por meio do ajuizamento de ação de declaração de nulidade da sentença arbitral na forma do artigo 33 da aludida lei. Assim sendo, ao árbitro cabe a decisão prévia sobre a sua própria competência, inclusive sobre a validade da pactuação da convenção de arbitragem entre as partes, sendo que ao Judiciário apenas é permitida a fiscalização da validade da sentença arbitral posteriormente à sua prolação – e nas hipóteses estritamente previstas no artigo 32 da Lei Federal n.º 9.307/1996.¹¹⁹⁴

Na mesma linha, o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei Federal n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) igualmente estabelece norma protetiva ao consumidor no âmbito de contrato firmado com fornecedor, tendo em vista a sua presumida hipossuficiência. Nesses termos, o artigo 51, VII, do CDC, ao dispor sobre as cláusulas abusivas, prevê que são nulas de pleno direito “as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que determinem a utilização compulsória de arbitragem”.

Além da vedação legislativa à arbitragem compulsória, também no âmbito da jurisdição estatal está assegurada a fiscalização de eventual convenção que imponha o emprego de determinado método de solução de conflito – como, por exemplo, a mediação pré-processual obrigatória. Nessa seara, o parágrafo único do artigo 190 do CPC determina que cabe ao juiz controlar a validade dos negócios jurídicos processuais, recusando-lhes aplicação “nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

¹¹⁹³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 18, 175-177.

¹¹⁹⁴ MARQUES, Ricardo Dalmaso. O STJ, as medidas antiarbitragem e o princípio da competência-competência na Lei 9.307/1996: comentários às decisões da MC 17.868/BA. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 9, v. 32, p. 296, jan./mar. 2012.

Embora no Brasil a legislação proteja a parte presumivelmente hipossuficiente – geralmente litigantes ocasionais – em face da imposição do emprego de meios de solução de disputas, no sistema jurídico americano a situação é controversa. Aliás, uma das maiores críticas à utilização disseminada de *alternative dispute resolution* nos EUA é justamente a condescendência, inclusive por parte da Suprema Corte, acerca da possibilidade da instituição de arbitragem obrigatória (*mandatory arbitration*) em contratos firmados com partes presumivelmente hipossuficientes – especialmente consumidores e empregados.

Nesse cenário, Theodore Eisenberg *et al.* registram que a maioria das avenças que envolvem vínculos consumeristas contêm cláusula de arbitragem compulsória, ao contrário do que ocorre com os contratos firmados para discutir relações empresariais. Essa situação sugere que a inclusão reiterada de cláusulas de imposição da via arbitral oculta um esforço subjacente das grandes sociedades empresárias, no sentido de impedir que os consumidores se agreguem visando à reparação coletiva de eventuais direitos violados como decorrência da mesma situação fática ou jurídica.

De acordo com os autores, a compulsoriedade da arbitragem, justificada a partir de um discurso que preconiza a própria eficiência do juízo arbitral em contraposição com a inefetividade da adjudicação pública, acoberta, na realidade, uma intenção dissimulada de minar a capacidade de os consumidores se mobilizarem na defesa dos seus direitos. Isso porque, ao proibir o manejo de ações coletivas, obriga-se que o consumidor prejudicado tenha que acessar a via arbitral individualmente, o que tende a ocorrer de maneira pouco frequente considerando o universo de pessoas lesadas. A imposição da via arbitral, logo, parece se mostrar potencialmente benéfica para os litigantes habituais, servindo como um mecanismo de proteção contra ações coletivas ajuizadas para a discussão de transgressão massificada de direitos.¹¹⁹⁵

De maneira similar, Carrie Menkel-Meadow alerta sobre os potenciais perigos advindos da imposição do emprego de *alternative dispute resolution* comumente engendrada pelos *repeat players*. Segundo a autora, é irônico notar que o movimento de estímulo a um sistema mais adequado de tratamento dos conflitos, por meio da difusão de variados métodos de solução de disputas, possibilitou a adoção de

¹¹⁹⁵ EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P.; SHERWIN, Emily. Arbitration's Summer Soldiers: An Empirical Study of Arbitration Clauses in Consumer and Nonconsumer Contracts. *University of Michigan Journal of Law Reform*, University of Michigan Law School, Volume 41, p. 871-876, 2008, tradução nossa.

processos compulsórios (*mandatory process*) tanto no âmbito privado – usualmente envolvendo cláusulas de arbitragem obrigatória em contratos de adesão – como no setor público – comumente por meio de restrições à escolha de determinados tipos de *alternative dispute resolution*.

A insistência dos litigantes habituais na inclusão de cláusulas contratuais de arbitragem compulsória (*mandatory arbitration clauses*) parece demonstrar que a imposição da via arbitral implica vantagens no enfrentamento da litigância massificada.¹¹⁹⁶ Nessa ótica, Thomas Stipanowich adverte que um bom número de *repeat players* se sentem encorajados pela jurisprudência dos tribunais a firmar contratos com cláusula de arbitragem obrigatória, sobretudo em face de consumidores e empregados, ainda que haja disparidade do poder de barganha entre as partes.¹¹⁹⁷

Também Judith Resnik destaca que é comum a presença, no bojo de contratos de adesão firmados entre grandes sociedades empresárias e consumidores, de cláusulas contratuais que contenham a concordância com a eleição do juízo arbitral para a solução de eventuais disputas, bem como que prevejam a renúncia ao direito de ir a juízo ou de participar de ações coletivas (*class actions*) para discutir conflitos decorrentes do contrato.

Segundo a autora, a disseminação dessas cláusulas é fruto da prevalência de um discurso contrário à adjudicação pública, o qual parece desconsiderar que a previsão da arbitragem compulsória, em virtude dos altos custos envolvidos, pode inviabilizar a via arbitral como uma técnica adequada para a reivindicação de direitos.¹¹⁹⁸ É por isso que Jean R. Sternlight chega até mesmo a questionar se a arbitragem obrigatória consiste mesmo em um tipo de *alternative dispute resolution*, ou se não retrata apenas uma técnica artificial de solução de disputas.¹¹⁹⁹

Na verdade, a possibilidade de instituição de arbitragem compulsória vem sendo alvo de discussões recentes no âmbito da Suprema Corte dos EUA.

¹¹⁹⁶ MENKEL-MEADOW, Carrie. Do the “Haves” Come Out Ahead in Alternative Justice Systems? Repeat Players in ADR. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 15, Number 1, p. 38-39, 1999, tradução nossa.

¹¹⁹⁷ STIPANOWICH, Thomas J. ADR and the “Vanishing Trial”: The Growth and Impact of “Alternative Dispute Resolution”. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 911-912, November 2004, tradução nossa.

¹¹⁹⁸ RESNIK, Judith. Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 784-785, 814-816, November 2004, tradução nossa.

¹¹⁹⁹ STERNLIGHT, Jean R. Is Binding Arbitration a Form of ADR? An Argument That the Term “ADR” Has Begun to Outlive Its Usefulness. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2000, Number 1, p. 97 *et seq.*, 2000, tradução nossa.

Em 2011, no julgamento do emblemático caso *AT&T Mobility LLC v. Concepcion et ux.*, a Suprema Corte americana entendeu que a Lei Federal de Arbitragem (*Federal Arbitration Act*) permite que companhias telefônicas insiram, no bojo de contratos de prestação de serviços de telefonia celular firmados com consumidores, cláusulas que estabeleçam arbitragem obrigatória de caráter individual, bem como que contenham a renúncia ao ajuizamento e participação em ações coletivas.¹²⁰⁰ Esse precedente serviu para a propagação de contratos com cláusulas de arbitragem compulsória na esfera das relações de consumo.

A partir de então, iniciou-se um amplo debate na sociedade americana, inclusive com a intensa participação da mídia, questionando se a imposição da onerosa via arbitral não seria um artifício apto a possibilitar a violação constante de direitos de baixo valor econômico.

Assim é que, em 02 de outubro de 2017, a Suprema Corte dos EUA veio a ser novamente provocada a se manifestar sobre a questão. No caso *Epic Systems Corp. v. Lewis*, consolidado pelos casos *Ernst & Young v. Morris* e *National Labor Relations Board v. Murphy Oil USA*, discutiu-se se é lícito, com base na Lei Nacional de Relações de Trabalho (*National Labor Relations Act*), que contratos de trabalho proíbam empregados de se valerem da litigância coletiva, por meio da arbitragem coletiva ou ações coletivas, para discutir violações a direitos derivados dos seus respectivos vínculos laborais.

No dia 21 de maio de 2018, a Suprema Corte dos EUA, por maioria de 5 (cinco) a 4 (quatro), decidiu que as convenções de arbitragem que impedem ações coletivas no âmbito das relações de trabalho são executáveis.¹²⁰¹ Reafirmou-se, então, a jurisprudência americana no sentido da possibilidade de imposição da arbitragem, ainda que uma das partes seja presumidamente hipossuficiente.

Em conclusão, o presente tópico é importante para advertir que o emprego disseminado dos meios “alternativos” de solução de conflitos, caso não haja as devidas conformações jurídicas, pode ocultar perigos e riscos à concretização de um adequado acesso à justiça, especialmente pelas partes hipossuficientes. A utilização dos *alternative dispute resolution* não está imune a críticas e nem tampouco consiste na panaceia para a solução de todos os problemas envolvendo a crise da justiça.

¹²⁰⁰ Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-893.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2018.

¹²⁰¹ Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-285_q811.pdf. Acesso em: 21 out. 2018.

Todavia, o conhecimento dos seus problemas não impede que se defenda a expansão da adoção dos meios adequados de solução de conflitos no âmbito da administração pública. Pelo contrário, é exatamente compreendendo as suas fragilidades que se adquire as melhores condições para a utilização verdadeiramente adequada e efetiva de todos os métodos disponíveis para a resolução mais apropriada de cada disputa, de acordo com as suas especificidades.

7.3 A expansão do emprego dos meios adequados de solução de conflitos pela Administração Pública não significa a tentativa de desconstrução institucional do Judiciário

Assim como não se sustenta que os *alternative dispute resolution* são a “solução mágica” para resolver todos os problemas da crise da justiça, também é preciso acentuar que a defesa da expansão do emprego dos meios adequados de solução de conflitos pela Administração Pública, inclusive na seara extrajudicial, não significa nenhuma pretensão ou tentativa de desconstrução da importância institucional do Judiciário.

Não se desconhece que, por razões de origens diversas – de natureza histórica, cultural, política, social e econômica –, a jurisdição estatal é, no Brasil, o método principal de solução de conflitos cíveis. Essa é uma realidade inegável e a presente tese não tem como objetivo questioná-la, e nem tampouco indicar que a função jurisdicional se coloque em uma posição inferior em face dos outros meios de resolução de controvérsias.

No tópico 2.3 deste trabalho, já foi exaustivamente debatida a questão acerca da inexistência apriorística e abstrata de uma escala de valoração entre os variados métodos de resolução de disputas. Afirmar a necessidade de emprego dos *alternative dispute resolution* não implica conferir um caráter secundário, residual ou subsidiário à jurisdição estatal.

Da mesma forma, os meios autocompositivos e extrajurisdicionais de solução de controvérsias não podem ser encarados como “alternativos” ou acessórios ao método adjudicatório judicial. A escolha da técnica mais apropriada para a resolução de um conflito específico está baseada em um juízo de adequação,¹²⁰² considerando uma

¹²⁰² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier

“teia de cooperação”¹²⁰³ que implica uma integração dinâmica, complementar e permanente entre eles.

Ademais, o estudo do sistema jurídico-processual americano realizado no capítulo 3 (três) não visa a sugerir que se deva adotar, no Brasil, um modelo de tratamento de conflitos equivalente ou semelhante ao dos EUA, o qual atribua à jurisdição estatal um papel acessório ou subsidiário. A finalidade não é propor um modelo processual que revolucione por completo a forma de tratamento dos conflitos no Brasil, e igualmente não é incorporar, ao sistema jurídico nacional, uma metodologia de direito comparado de enfrentamento do excesso de disputas que desconsidere os fundamentos e princípios consagrados na Constituição.

Diversamente, o escopo é outro, qual seja, demonstrar que a implementação de uma cultura jurídica de tratamento das controvérsias cíveis pela Administração Pública, a qual privilegie a utilização dos meios adequados de solução de conflitos, constitui uma resposta efetiva à crise da justiça. Porém, reitera-se, essa proposta não objetiva e nem causa o efeito de enfraquecer o Judiciário ou de minar a importância institucional da jurisdição estatal como um método primário de solução de disputas.

É incontroverso que o Judiciário consiste em uma instância basilar para o funcionamento legítimo de qualquer democracia constitucional, exercendo um papel central na arquitetura do Estado Democrático de Direito. A sua relevância institucional, jurídica, política, social e cultural requer uma estruturação apropriada da magistratura, a qual seja apta a reforçar a importância da jurisdição estatal como um mecanismo adequado de pacificação social, solução de disputas, concretização de direitos fundamentais e materialização das normas constitucionais.

A existência de uma magistratura preparada, independente, politicamente responsável e juridicamente respaldada pelas garantias constitucionais é imprescindível para a sustentação do Estado Democrático de Direito. Indubitavelmente, o Judiciário consubstancia um fator de justificação do próprio Estado de Direito, exercendo um papel essencial de legitimação democrática do processo de solução de disputas sociais e de tutela das liberdades fundamentais.

(Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 61.

¹²⁰³ CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas. *Revista de Direito*, n. 5, p. 272, Santa Cruz do Sul, out. 2014.

Portanto, a utilização de meios “alternativos” não equivale à formulação de questionamentos acerca da relevância do Judiciário como instância legitimamente democrática de pacificação social. O exame da adequação das diversas técnicas de solução de disputas de acordo com as particularidades do caso concreto não mitiga a relevância institucional da jurisdição estatal como meio de resolução de controvérsias.

A defesa da difusão do emprego de meios adequados de solução de disputas, inclusive pela Administração Pública e na esfera extrajudicial, não implica a desestruturação da magistratura e nem a vulneração política ou fragilização institucional do Judiciário. É preciso valorizar o Judiciário, ao mesmo tempo em que é necessário aperfeiçoar a utilização dos *alternative dispute resolution* no Brasil, seja dentro ou fora do Judiciário, dentro da ideia de um Sistema Multiportas que instrumentaliza a integração de variados métodos de solução de disputas.

Aliás, até mesmo nos EUA, a importância do Judiciário é expressamente ressaltada por boa parte dos doutrinadores. Isso quer dizer que a relevância da magistratura em prol da democracia é destacada também em um país que experimentou um marcante e recente movimento histórico de desjudicialização dos conflitos (*vanishing trial*), e no qual a jurisdição estatal não ostenta atualmente a posição de método principal de solução de disputas cíveis.

Patrícia Lee Refo, por exemplo, declara-se como uma admiradora do sistema adversarial (*adversary system*). Segundo a autora, o modelo de jurisdição pública, particularmente o júri (*jury trial*), legitima a democracia, a cidadania e o autogoverno, uma vez que oportuniza que cidadãos participem do sistema de justiça.¹²⁰⁴

Por sua vez, Stephen Yeazell salienta que a adjudicação pública, especialmente quando exercida por meio do júri, representa um importante valor democrático. Por meio do método adjudicatório, assegura-se não apenas que a lei seja aplicada de forma motivada em face dos cidadãos, como igualmente possibilita que esses mesmos cidadãos tenham acesso aos órgãos judiciários para o fim de exigir a aplicação da lei.

Isso faz com que a adjudicação simbolize uma virtude democrática inserida em um sistema público de justiça, na medida em que permite o exercício da cidadania por intermédio tanto da maior acessibilidade à jurisdição, como também da ampliação do entendimento da legislação para além de uma elite profissional.

¹²⁰⁴ REFO, Patricia Lee. The Vanishing Trial. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. vi, November 2004, tradução nossa.

Além disso, o autor salienta que o julgamento (*trial*), em função da sua natureza pública, agrega um nível maior de publicidade e transparência em cotejo com os procedimentos negociais de solução de conflitos (*settlement*). Nesse paralelo, a adjudicação pública possui a vantagem de permitir a solução de um caso concreto ao mesmo tempo em que tem o condão de produzir informações acerca de padrões de resolução de disputas (*patterns of resolutions*).

O autor sustenta que a prolação reiterada de decisões jurisdicionais tem o potencial de gerar a formação de precedentes de forma íntegra, estável e coerente. Por outro lado, uma política de estímulo excessivo à celebração de acordos, ao menos em tese, não contribui para a uniformização da jurisprudência.

Outrossim, as soluções não-jurisdicionais dos conflitos, sobretudo quando exercidas com caráter de confidencialidade, privam as partes de acesso a todas as informações que envolvem a disputa. É por isso que, em uma sociedade que privilegia a cultura da autocomposição (*culture of settlement*), é importante que haja uma adequada distribuição das informações suficientes sobre os padrões de consenso (*settlement patterns*), a fim de garantir que as partes tenham condições racionais de celebrar acordos que sejam razoáveis em comparação com outras avenças similares.¹²⁰⁵

Nesse cenário, Lisa Blomgren Bingham aduz que a questão mais relevante nessa discussão se refere ao controle sobre a informação. Nos processos privados de solução de disputas – como na mediação e na conciliação –, as partes possuem melhores possibilidades de fiscalização sobre o procedimento e sobre o fluxo de informações em comparação com o modelo adversarial jurisdicional. Isso faz com que, geralmente, as comunicações entre elas e as decisões sejam confidenciais, a não ser que elas concordem em publicá-las. Com isso, as partes detêm um maior nível de gerenciamento e de poder sobre quais informações elas divulgam entre si, assim como para terceiros.

Por outro lado, o julgamento na esfera jurisdicional é um evento público e, por via de regra, as partes possuem uma menor capacidade de restringir a divulgação pelo juiz de informações para terceiros. A adjudicação pública, nessa ótica, é uma forma de participação popular que visa a assegurar que valores democráticos como a transparência e a publicidade sejam materializados por ocasião da aplicação da lei. O processo judicial é uma ferramenta de fiscalização de atos estatais, o qual, geralmente,

¹²⁰⁵ YEAZELL, Stephen C. Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 965-971, November 2004, tradução nossa.

instrumentaliza a divulgação pública para a sociedade de todas as informações envolvidas nas soluções das disputas.¹²⁰⁶

Já Robert M. Ackerman sugere que o movimento do *vanishing trial* é motivo de preocupações, tendo em vista que, ao reduzir a quantidade de julgamentos, pode criar potenciais obstáculos à efetiva participação dos litigantes no procedimento público de solução de disputas. O *trial* e o júri, como símbolos da sociedade democrática americana, fornecem uma excepcional oportunidade para a cidadania participativa e revelam o sentido de importância comunitária dos tribunais. O Judiciário consiste em uma instituição que, dentre outras atribuições, atua pedagogicamente na educação dos cidadãos quanto às suas responsabilidades cívicas e democráticas.

Consoante o autor, a diminuição do grau de participação popular no sistema de justiça atribui aos tribunais um caráter elitista e não democrático. Por outro lado, é justamente a responsabilidade pública (*public accountability*) inerente ao processo judicial de julgamento que o distingue dos métodos privados de solução de disputas.

A jurisdição estatal guarda uma relação direta com o maior nível de confiança da população no sistema de pacificação social. O Judiciário atende satisfatoriamente à percepção de justiça (*perception of fairness*) das partes quando, simultaneamente, fornece-lhes oportunidade de voz, assegura que o juiz efetivamente leve em consideração os seus argumentos e provas (contraditório substancial), trate-as de maneira digna por meio de um procedimento legítimo, e garanta que o magistrado decida com imparcialidade e justiça.¹²⁰⁷

De maneira semelhante, Judith Resnik realça que, mesmo em um contexto de desvalorização normativa dos julgamentos decorrente do *vanishing trial*, os tribunais continuam exercendo um papel relevante de promotores de publicidade. Em face da sua dimensão pública, as cortes judiciárias representam uma instância de acesso a processos públicos por parte de cidadãos que desejam informações e resultados sobre fatos e direitos controvertidos. Atribui-se ao Judiciário uma função de atuar como fonte (*source*) de informação pública, a qual decorre não apenas do repúdio a procedimentos estatais secretos, como também da necessidade de instrumentalizar a adjudicação com propósitos pedagógicos e fiscalizatórios em prol da população.

¹²⁰⁶ BINGHAM, Lisa Blomgren. When We Hold No Truths to be Self-Evident: Truth, Belief, Trust, and the Decline in Trials. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 150-154, 2006, tradução nossa.

¹²⁰⁷ ACKERMAN, Robert M. Vanishing Trial, Vanishing Community? The Potential Effect of the Vanishing Trial on America's Social Capital. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 167-173, 2006, tradução nossa.

De fato, uma das formas de desenvolver cidadania e aumentar o conhecimento da população é abrir as portas dos órgãos jurisdicionais. De acordo com a autora, a confidencialidade típica dos acordos firmados fora do Judiciário pode se mostrar prejudicial à proporção que restringe a publicidade de informações necessárias para a tomada de decisões racionais por parte da população em geral.

Segundo a autora, o movimento tendencialmente contrário à adjudicação pública (*anti-trial movement* ou *anti-adjudication movement*) encobre esforços direcionados a uma privatização da solução dos conflitos (*privatization of conflicts*), por meio da qual o consensualismo (*consensualism*), baseado em contratos privados, triunfa sobre o constitucionalismo (*constitutionalism*).

É por esse motivo que a cada vez maior privatização dos processos de solução de disputas (*privatization of disputing processes*), em confronto com o modelo de adjudicação pública (*public adjudicatory model*), pode teoricamente colocar em risco a dimensão pública dos tribunais, gerando a reflexão acerca da necessidade de também se assegurar uma dimensão pública para o emprego dos *alternative dispute resolution*.¹²⁰⁸ A ampla privatização da produção probatória (*privatization of fact investigation*) é capaz de criar um mercado (*market*) por meio do qual as partes realizam pesados investimentos para se tornarem competitivas no âmbito da litigância.¹²⁰⁹

Enfim, até mesmo em países que não adotam a jurisdição estatal como o método principal de solução de conflitos, a importância do Judiciário é valorizada em todos os seus aspectos – institucional, democrático, político, jurídico, social, econômico e cultural. O caráter público do método heterônomo judicial consiste, certamente, em um fator de justificação democrática e de legitimação constitucional desse método de pacificação de conflitos.

Não há, nessa afirmação, qualquer incompatibilidade com a ideia de ampliar o emprego dos *alternative dispute resolution* dentro de uma rede de gestão integrativa e colaborativa de técnicas plurais e de múltiplos métodos de resolução adequada de disputas – seja dentro ou fora do Judiciário, seja de maneira autocompositiva ou heterocompositiva, a depender das particularidades do caso concreto.

¹²⁰⁸ RESNIK, Judith. Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 785-789, 813, 824-833, November 2004, tradução nossa.

¹²⁰⁹ YEAZELL, Stephen C. Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 965-966, November 2004, tradução nossa.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise da justiça brasileira é uma situação incontestável. O altíssimo índice de congestionamento nos órgãos judiciários, a morosidade exagerada na tramitação dos processos judiciais e o volume incomensurável de demandas pendentes de julgamento permitem afirmar, sem exageros, que se vivencia hoje no Brasil um contexto caótico de prestação do serviço público jurisdicional.

A realidade demonstra que o Judiciário nacional não é capaz de absorver satisfatoriamente as expectativas e as pretensões que lhe são dirigidas. Os órgãos judiciários, por uma série de motivos, estão incapacitados de cumprir a sua função constitucional de outorgar aos cidadãos uma tutela jurídica tempestiva, adequada e efetiva. A ausência de uma pronta resposta jurisdicional implica a privação de acesso dos cidadãos a uma ordem jurídica justa.

Entretanto, o próprio Judiciário não é o único causador desse preocupante cenário. É absolutamente temerário e improcedente atribuir o fardo da inefetividade da tutela jurisdicional estatal exclusivamente à ineficiência dos órgãos judiciários – embora esse seja um fator de extrema relevância.

Nessa ótica, mostra-se como de fundamental importância debater, de forma séria e responsável, a contribuição decisiva das partes, dos advogados e do próprio Estado na manutenção e no agravamento das deficiências da jurisdição estatal. É por essa razão que nesta tese se propôs examinar a crise da justiça sob um ângulo diverso, a fim de ampliar o foco da discussão para abranger não somente os defeitos dos órgãos judiciários, mas também os problemas deletérios decorrentes da vigente *cultura jurídica de tratamento dos conflitos*.

Na verdade, a crise da justiça está inserida em um contexto maior de crise de todo o Estado brasileiro e de intensa desorganização social verificada no país. O Poder Público se mostra incapaz, em boa parte das vezes, de oferecer de forma apropriada os serviços públicos aos seus usuários.

Concomitantemente, a própria sociedade se revela desordenada e sem preparo educacional para exercer os seus direitos e deveres de modo consciente e com responsabilidade. Esse panorama de instabilidade generalizada produz uma relação de recíproca influência: ao mesmo tempo em que o desequilíbrio da sociedade e do Estado é refletido na crise da justiça, a própria crise da justiça é também reflexo de acentuadas tensões institucionais, culturais, políticas e sociais.

Diante desse quadro, a mudança da cultura jurídica de enfrentamento das controvérsias cíveis é uma necessidade premente. Os conflitos sociais e intersubjetivos sempre existirão e são decorrência da própria vida em sociedade. Importa alterar, portanto, a forma e os meios de administrá-los, encará-los e solucioná-los.

A judicialização excessiva das disputas cíveis representa o sintoma de uma sociedade com problemas estruturais graves e com falhas profundas na educação de base dos cidadãos. O baixo grau de desenvolvimento cultural da sociedade brasileira é, simultaneamente, causa e consequência de uma tradição jurídica que confunde a garantia constitucional do acesso à justiça com a necessidade de provocação desproporcional da jurisdição estatal.

Essa cultura do litígio (ou cultura do processo, ou cultura da sentença) produz uma comunidade nacional altamente beligerante, considerando que grande parte das controvérsias desemboca no Judiciário. Os abusos demonstrados pela provocação abundante dos órgãos judiciários atestam que uma parcela considerável das pessoas se comporta inadequadamente em face da tutela jurídica que lhes é garantida constitucionalmente.

É óbvio que não cabe generalizar. A utilização patológica do Judiciário consiste em uma situação que, embora não seja rara, é atribuída a litigantes – habituais ou ocasionais – que se excedem na presença perante os órgãos judiciários e na utilização de instrumentos processuais de forma procrastinatória ou abusiva. Essa litigiosidade “doentia” traduz um problema cultural visualizável principalmente quando há o exercício desvirtuado da garantia constitucional do acesso à justiça, ocasionando denegação de justiça, ineficiência da prestação jurisdicional e descrédito do Judiciário.

Ao contrário de outros países, a educação jurídica prevalente no Brasil forma o cidadão para o embate, e não para a prática de vias conciliatórias de solução de disputas. Genericamente, pode-se dizer que o brasileiro, desde a sua formação inicial, é instruído para a litigância e treinado para recorrer a uma autoridade externa cuja incumbência é resolver e decidir impositivamente os conflitos que lhe são dirigidos.

Por via de regra, ainda são baixos o grau de empoderamento das partes e o incentivo oficial para que os cidadãos, na prática, solucionem as suas contendas em fóruns extrajudiciais e por seus próprios meios, ou ao menos com o emprego de técnicas autocompositivas. A valorização da autonomia privada merece maior prestígio na medida em que os métodos autônomos atribuem, aos sujeitos em conflito, o papel de protagonistas do procedimento de resolução das suas próprias controvérsias.

Nessa perspectiva, torna-se necessário repensar as formas de solução das contendas, para que seja possível proceder a uma releitura da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição). Os princípios da democracia e da cidadania não podem servir de subterfúgio para uma litigiosidade desmedida praticada por alguns litigantes que deturpam propositadamente a busca pela adequada, efetiva e tempestiva prestação jurisdicional.

De maneira semelhante, é relevante conferir maior efetividade às normas processuais que asseguram a promoção do acesso à justiça. O alto nível de procedimentalidade e a rigidez de regras e formalidades, em vez de estimular o cumprimento de deveres e a solução consensual dos conflitos, acabam por favorecer a excessiva contenciosidade.

A democracia e a cidadania guardam vinculação direta com a ideia do *acesso à justiça adequado*, e não com a litigiosidade desenfreada. O acesso qualificado à ordem jurídica justa não possui equivalência com o abuso de provocação do Judiciário. A garantia fundamental do acesso à justiça não significa *excesso* de acesso à jurisdição, sendo equivocado identificá-la com a pura e simples judicialização.

Por outro lado, a garantia fundamental do acesso à justiça não corresponde ao acesso *exclusivo* ao Judiciário para a resolução das disputas cíveis. Isso quer dizer que inafastar a tutela jurídica (artigo 5º, XXXV, da Constituição) não exprime que o acesso à justiça ocorre tão somente por meio da prolação de uma decisão judicial heterônoma. Acessar a justiça também é instrumentalizar a solução dos conflitos por vias “desjudicializadas”, “autônomas”, extrajudiciais, privadas, autocompositivas e consensuais.

Não por outro motivo, o §1º do artigo 1º da Portaria Interinstitucional do Ministério da Justiça n.º 1.186, de 02 de julho de 2014 – a qual instituiu a “Estratégia Nacional de Não Judicialização” no âmbito do Ministério da Justiça, da Advocacia-Geral da União (AGU), do Ministério da Previdência Social e do Conselho Nacional do Ministério Público – prevê acertadamente que “O acesso à justiça é entendido como a oportunidade de o cidadão buscar a concretização de seus direitos quando ameaçados ou lesados, seja por meios jurisdicionais, pela apreciação de juiz competente em prazo razoável e com decisão justificada, seja por meios não jurisdicionais, pela participação do cidadão em procedimentos que satisfaçam seus interesses reais”.

Nesse cenário, a transformação da cultura jurídica de tratamento dos conflitos é extremamente importante. O ideal é que a tutela judiciária assegurada no

âmbito das garantias fundamentais conviva harmonicamente com uma política oficial de estímulo ao emprego de ferramentas consensuais e autocompositivas de solução de disputas, inclusive na seara extrajudicial. Os *alternative dispute resolution* possuem vínculo imediato com a busca pela pacificação social, e a via conciliatória consiste, sem dúvidas, em uma das alternativas viáveis para enfrentar a crise da justiça – ou ao menos parte dela.

Felizmente, a legislação brasileira vem avançando consideravelmente nesse propósito. A edição recente de um Código de Processo Civil, o qual consagra a promoção e o estímulo ao emprego dos métodos de solução consensual de conflitos como uma das *normas fundamentais* do processo civil brasileiro, é alentador a esse respeito.

Outrossim, a promulgação da Lei Federal n.º 13.140/2015 – a qual dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública –, assim como as alterações na Lei Federal n.º 9.307/1996 – a qual dispõe sobre a arbitragem –, comprovam o esforço do legislador na implementação de uma política legislativa de incentivo normativo à utilização dos meios adequados de resolução de controvérsias.

Todavia, é certo que algumas ressalvas merecem registro. Esses contrapontos são relevantes para deixar claro, mais uma vez, que não se sustenta a conclusão ingênua de que a utilização difundida dos métodos autocompositivos ou extrajudiciais representa a “solução mágica” para todos os problemas da crise da justiça nacional. A adoção de ferramentas consensuais requer critérios para a sua necessária adaptação ao caso concreto, e não pode ser banalizada sob nenhuma justificativa. Ao mesmo tempo, a fixação de condicionantes ou requisitos para a apreciação jurisdicional de lesão ou ameaça de lesão não pode implicar restrições ilegítimas ao exercício do acesso à justiça

Sobretudo considerando as características da sociedade brasileira, na qual preponderam as desigualdades sociais e econômicas, o mero estímulo normativo à adoção dos meios adequados de solução de conflitos não se mostra suficiente. A precariedade do diálogo comumente verificada no Brasil – não apenas no que se refere à falta de interlocução institucional entre os poderes constituídos, como também no que concerne às falhas de comunicações entre os próprios cidadãos – dificulta a expansão e a consolidação de técnicas de resolução de controvérsias que se baseiam eminentemente na alteridade e na horizontalidade.

Se a assimetria social prevalece, é natural que a tolerância tende a diminuir e o radicalismo a aumentar. A falta de empatia mútua entre as pessoas cria obstáculos para a solução de conflitos com base na interação e no consenso. Passa a ser preferível outorgar a um terceiro imparcial o poder de autoridade para decidir conflitos que são encarados sob uma ótica estritamente adversarial. O alto nível de demandismo é o resultado, dentre outros fatores, da falta de identidade entre os atores sociais: o cidadão não vê o outro como igual, e muito menos se vê representado ou tutelado pelo Estado. Os vínculos sociais comumente se fundam na verticalidade.

Não por outra razão, é possível constatar que a expansão dos meios extrajudiciais de solução de conflitos apresenta maior consolidação em países com menor índice de desigualdade social aparente, os quais proporcionam aos seus cidadãos uma distribuição de recursos mais igualitária e um acesso mais facilitado aos serviços públicos básicos. Por conseguinte, é pertinente afirmar que a tendência à solução consensual das disputas é o reflexo também de uma sociedade educacional e culturalmente mais evoluída, com noções sociais de cidadania e democracia mais bem desenvolvidas.

Acresce-se a essa constatação o fato de que, nesses países, o Judiciário goza de um maior grau de respeitabilidade perante os cidadãos, os quais nele projetam uma instância de estabilização de liberdades individuais e de garantias fundamentais. Isso faz com que a solução de conflitos sociais de baixo valor ou de pouca complexidade usualmente ocorra em fóruns extrajudiciais, sendo raro o seu encaminhamento para os órgãos judiciários.

No Brasil, contudo, o cenário se mostra diametralmente oposto, tornando imprescindível que haja um empenho consistente e duradouro para a implementação de uma real transformação na maneira como os conflitos são enfrentados. Esses esforços são indispensáveis não apenas no âmbito legislativo, mas principalmente na esfera da *vontade política* de efetivamente se buscar soluções reais para os problemas advindos da crise da justiça.

Parece utópico imaginar que a mudança da tradição jurídica de tratamento dos conflitos ocorrerá naturalmente, sem que existam incentivos concretos para essa finalidade, inclusive econômicos, direcionados aos litigantes, principalmente os habituais. Esses estímulos envolvem, por exemplo, o reforço na aplicação de sanções e multas que visam a coibir a litigância temerária e, conseqüentemente, a fortalecer uma atuação processual ética pautada na cooperação processual – como ocorre no vigente

CPC (v.g., artigos 5º; 6º; 77; 79; 80; 81; 774; e 1.026, §§2º, 3º e 4º). Além disso, a possibilidade de obter economia financeira consiste em outra maneira de promover o emprego dos meios de solução consensual de conflitos – como vem sendo constatado no âmbito da União.

A norma fundamental do processo civil brasileiro, consistente na promoção dos meios consensuais de solução de controvérsias, não se materializará apenas porque a legislação brasileira assim determina. É necessário concretizar o seu aspecto normativo, com o fim de consumir a mudança de comportamento processual dos litigantes – especialmente os habituais – por meio da confrontação da realidade fática frequentemente direcionada para o desprezo dos métodos autocompositivos.

Esse contexto é particularmente importante para balizar a necessidade de transformação da cultura jurídica de tratamento dos conflitos dos *litigantes habituais*, especialmente da Administração Pública. O combate à postura de omissão sistemática quanto à respeitabilidade de direitos, garantias, deveres, normas e precedentes judiciais consubstancia um fator primordial para frear a litigiosidade imoderada de boa parte dos *repeat players*.

No caso da Administração Pública, essa exigência de modificação da forma de atuação processual é ainda mais evidente quando se constata, com base em qualquer pesquisa oficial sobre o assunto, que os órgãos, entes e entidades públicos são os maiores *repeat players* do sistema de justiça civil, à frente, respectivamente, das instituições bancárias e das companhias telefônicas.

O atual panorama da litigância cível no Brasil demonstra a urgência de consolidação de um modelo de administração pública que esteja direcionado ao aperfeiçoamento das etapas de prevenção, gestão e resolução dos seus próprios conflitos. Com esse enfoque, o gerenciamento e a solução das controvérsias no âmbito da própria administração pública, com a expansão das possibilidades do emprego de técnicas consensuais ou extrajudiciais, representa uma premissa para a realização de um modelo de Estado que realmente se preocupe em dirimir os problemas dos cidadãos – e não em postergar a resolução das controvérsias com os fins únicos de preservar interesses transitórios e imediatos de determinado mandato político, ou de inadimplir ou adiar o cumprimento de obrigações ou condenações judiciais.

As posturas usualmente praticadas consistentes na litigiosidade desmedida, na provocação desproporcional dos órgãos judiciários e na interposição protelatória de recursos e incidentes processuais inviabilizam a realização da democracia e da

cidadania no âmbito da justiça civil. Além disso, elas são contrárias à lógica de um sistema de litigância baseado na necessidade de atuação processual ética, no respeito à cooperação processual e na observância dos precedentes judiciais. Isso sem contar que a insistência na contenciosidade “a todo custo” vem se mostrando como prejudicial à própria higidez econômica do erário público.

Com efeito, a conduta processual regularmente adotada pela Administração Pública de utilização do processo judicial como um instrumento de “rolagem de dívidas”, em vez de implicar economia ao erário público, vem se revelando capaz de implicar uma situação mais desfavorável à Fazenda Pública. Como se não bastasse, a conviência com a morosidade processual, além de incoerente com o sistema processual, não é condizente com uma ideia republicana e democrática de administração pública.

É por isso que uma atuação processual mais dinâmica e racional, com a utilização de ferramentas autocompositivas ou extrajudiciais, é mais vantajosa para a administração pública não apenas em termos de arrecadação e economia para o erário público, como também para fins de aperfeiçoamento da democracia, da cidadania e do acesso à justiça. Cabe ao Estado atuar em prol do cidadão por meio da busca de soluções concretas e efetivas para os problemas sociais, não lhe competindo agir sob uma ótica apenas financeira baseada unicamente em cálculos atuariais e em gerenciamento de riscos econômicos.

A prevenção, a gestão racional e a resolução apropriada dos conflitos envolvendo o Poder Público, inclusive na esfera administrativa, é corolário da própria garantia constitucional do acesso à justiça adequado. A materialização de políticas públicas institucionais que visem ao aprimoramento do emprego das ferramentas autocompositivas pelo próprio Estado (Administração Pública consensual) fortalece a busca pela efetividade e eficiência na gestão das disputas nas quais o Estado é parte (Administração Pública gerencial).

Em última instância, trata-se de concretizar, no âmbito do sistema de litigância cível, a ideia de que o deslocamento da instância de resolução dos conflitos também para dentro da administração pública, de forma integrada com o Judiciário e com outros fóruns públicos e privados, concretiza uma maneira eficaz de ampliação da garantia constitucional do acesso à justiça. O alargamento das possibilidades de participação do cidadão na solução de suas controvérsias perante o Poder Público consiste em uma manifestação direta da democracia, da cidadania, do princípio republicano e do próprio Estado Democrático de Direito.

De fato, compete à Administração Pública contribuir para solucionar não somente os seus próprios conflitos, como também o problema social do acesso à justiça. Embora seja importante para o Estado a prática da análise econômica do direito na sua atuação processual, sob um viés atuarial de contingenciamento dos riscos financeiros derivados da litigância repetitiva, é incabível que a Administração Pública atue em juízo exclusivamente com supedâneo em cálculos econômicos, como se fosse um litigante privado que persegue somente o lucro.

Como consectário do Estado Democrático de Direito, à Administração Pública compete atuar com respeito a um modelo processual pautado na eticidade e na cooperação, impedindo que objetivos puramente econômicos se sobreponham aos princípios constitucionais. A cultura jurídica predominante, a qual está direcionada à judicialização excessiva das controvérsias envolvendo a Administração Pública e os administrados, é dissonante de um sistema jurídico que prima pelo respeito aos direitos e às garantias fundamentais.

Definitivamente, acessar a justiça não significa apenas o direito de acesso ao Judiciário. Outras “portas” de solução de conflitos têm de ser abertas para que os cidadãos possam, realmente, buscar a via mais *adequada* de solução do caso concreto, de acordo com as peculiaridades da situação conflituosa, as necessidades das partes e as exigências do direito material. É certo que boa parte dos conflitos que envolvem o Estado deveriam ser solucionados na esfera administrativa e interna da própria administração pública, e não na instância judiciária – como atualmente ocorre.

Dentro dessa ótica, a criação e a consolidação de instâncias e espaços administrativos de prevenção, gestão e solução de conflitos aparece como uma medida extremamente salutar. A criação de câmaras de mediação e de conciliação que visem à solução administrativa de disputas no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública – como aquelas previstas no artigo 174 do CPC e no artigo 32 da Lei Federal n.º 13.140/2015 –, bem como a maior utilização da via arbitral, consistem em providências imprescindíveis para retirar do Judiciário o ônus – hoje quase exclusivo – de dirimir conflitos de toda sorte envolvendo o Poder Público.

É oportuno ressaltar que a necessidade de aprimoramento da resolução extrajudicial de disputas não significa que são todos os direitos tutelados ou perseguidos pela Fazenda Pública que podem ser objeto de autocomposição. Igualmente não se sustenta que o Judiciário tenha excluída a sua responsabilidade de decidir as controvérsias que envolvem o Estado.

Diferentemente, a proposta é formulada no sentido da expansão dos mecanismos procedimentais de participação dos cidadãos na gestão dos seus conflitos na esfera administrativa. Ainda que as técnicas consensuais também sejam promovidas no âmbito dos órgãos judiciários – e é positivo e necessário que assim seja –, também é imprescindível que as práticas conciliatórias sejam conduzidas na seara da própria administração pública.

Por seu turno, é evidente que existem direitos, inclusive de natureza pública, que não são passíveis de autocomposição. Geralmente em virtude de sua natureza, não é recomendável que alguns tipos de conflitos sejam objeto de resolução consensual ou administrativa. Nesses casos, não há dúvidas de que o Judiciário pode se mostrar como a instância apropriada.

A ideia, portanto, não é defender que todas as disputas sejam alvo de tentativa de solução extrajudicial ou consensual. Diversamente, apenas os conflitos que comportam a resolução por essas técnicas merecem o encaminhamento para a “porta” administrativa. Novamente, a noção de *adequação* emerge como de fundamental importância.

Sob esse ponto de vista, importa destacar que alguns tipos de direitos defendidos e tutelados pela Administração Pública permitem, de fato, uma solução de natureza autocompositiva, inclusive na esfera extrajudicial. Para que se alcance a conclusão de que a Administração Pública também pode transigir, é imprescindível superar a concepção de que o dogma da indisponibilidade do interesse público e o princípio da legalidade consistem em supostos entraves à possibilidade de consensualidade no âmbito da administração pública.

A diferenciação entre a *indisponibilidade* do direito e a possibilidade da sua *transigibilidade* é relevante para delinear que a natureza indisponível do direito material não pode ser obstáculo imediato à sua negociação. O caráter de indisponibilidade tem a ver com a característica do direito material, e não propriamente com a forma de solução de um conflito no qual ele esteja em discussão.

Assim sendo, a natureza indisponível do “interesse público” não denota um impedimento automático para que seja possível *dispor da via judicial* para o seu acertamento, se assim for mais apropriado diante das circunstâncias particulares do caso concreto. Isso porque *dispor da via judicial* não equivale a *dispor* (renunciar) do direito material, especialmente diante de um sistema jurídico que oferece *múltiplas portas* para a solução de disputas.

Enfim, a mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos cíveis, principalmente no âmbito da administração pública, requer uma verdadeira vontade política do Estado e de todos os envolvidos de seriamente promoverem o emprego dos meios adequados de solução de conflitos como uma forma de combate à crise da justiça. A grande resistência na aceitação de alterações na atual tradição jurídica litigiosa, especialmente considerando o setor público usualmente refratário a novidades, sinaliza um futuro no mínimo desafiador.

A melhor estratégia para essa transformação cultural consiste no convencimento gradativo de que o processo judicial não consubstancia o único instrumento idôneo de resolução de controvérsias. A mudança da cultura jurídica de tratamento das disputas cíveis pressupõe admitir que a jurisdição estatal não consiste no único método de solução de conflitos, tendo em vista que as ferramentas consensuais e extrajudiciais também representam uma resposta adequada frente à inefetividade da função judiciária.

De maneira nenhuma, a defesa do sistema multiportas significa a eliminação do Judiciário, ou a redução da sua importância institucional, política ou jurídica. Não se questiona que a jurisdição estatal exerce um papel fundamental na solução dos conflitos.

Isso não impede, todavia, que o Judiciário atue em conjunto e de forma integrada com outros métodos “alternativos” na busca pela resolução mais apropriada dos conflitos. O objetivo é sempre o mesmo: obter a solução que se mostre como a mais *adequada* para aquele específico caso concreto.

É nesse sentido que os métodos autocompositivos e extrajudiciais consubstanciam mecanismos complementares e integrados à jurisdição estatal, os quais se mostram como essenciais para a prevenção da judicialização desnecessária, para a gestão racional de controvérsias e para a solução adequada dos conflitos, inclusive na seara da administração pública. O emprego de métodos “alternativos” pelo Estado, também no âmbito administrativo, é capaz de potencialmente reduzir a necessidade da tutela judiciária heterônoma e, por conseguinte, contribui de forma eficaz para reduzir as tensões advindas da crise da justiça e da inefetividade do serviço público jurisdicional.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, João Pedro. Arbitragem e Administração Pública: um panorama global. *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 5, n. 1, p. 01-31, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2018.

ACKERMAN, Robert M. Vanishing Trial, Vanishing Community? The Potential Effect of the Vanishing Trial on America's Social Capital. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 165-180, 2006.

ALBISTON, Catherine. The Rule of Law and the Litigation Process: The Paradox of Losing by Winning. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 869-910, 1999.

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução do italiano para o espanhol de Buenaventura Pellisé Prats. 3. ed., Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970. t. I, 374 p.

_____. *Principi di diritto amministrativo: i soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*. Terza edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974. v. I, 539 p.

ALLEGRETTI, Umberto. *Amministrazione pubblica e costituzione*. Padova: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, 254 p.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 335-349.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, 665 p.

ALVES, Lucélia de Sena; RETES, Tiago Augusto Leite. *Judicialização da saúde*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, 207 p.

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 233 p.

_____. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o Poder Público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 329-348.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. *The American Arbitration Association: A Long History of Working With Government*, p. 1-7. Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/AAA%20Government%20Services.pdf. Acesso em: 10 ago. 2018.

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Attacking Litigation Costs and Delay: Final Report of the Action Commission to Reduce Court Costs and Delay*. Chicago: American Bar Association, 1984, 84 p.

AMORIM, Aureliano Albuquerque. *A relação entre o sistema arbitral e o Poder Judiciário*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2011, 234 p.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 141-169.

ANDREWS, Neil. Multi-Party Litigation in England. *Legal Studies Research Paper Series*, University of Cambridge Faculty of Law, Paper n. 39, p. 1-15, September 2013.

_____. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 576 p.

_____. The Modern Civil Process in England: Links Between Private and Public Forms of Dispute-Resolution. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 787-815.

_____. *The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England*. Berlin: Springer, 2012, 298 p.

ARAÚJO, Mayara de Carvalho. O direito humano fundamental à razoável duração do processo e a responsabilidade civil do Estado pelo seu descumprimento. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, UniBrasil Centro Universitário, Curitiba, v. 1, n. 17, p. 284-307, 2012.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, 267 p.

ARENA, Gregorio. Introduzione all’amministrazione condivisa. In: *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*. Padova: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1998. v. primo, p. 151-197.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 427 p.

ARMSTRONG, Nick. Making Tracks. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Ed.). *Reform of Civil Procedure: Essays on ‘Access to Justice’*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 97-118.

ASSIS, Christiane Costa. O interesse público na teoria discursiva do direito. In: MARINS, Vinícius (Coord.). *Novas vertentes do direito administrativo*. Belo Horizonte: Líder, 2011, p. 241-252.

ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinário e especial repetitivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, 315 p.

ATLAS, Scott; ATLAS, Nancy. Potential ADR Backlash: Where have all the trials gone? To mediation or arbitration. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association Section of Dispute Resolution, Volume The Vanishing Trial, p. 14-17, Summer 2004.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 171-215.

AVRITZER, Leonardo *et al.* *Para uma nova cartografia da justiça no Brasil*. Observatório da Justiça Brasileira, Centro de Estudos Sociais da América Latina, Secretaria de Reforma do Judiciário, Ministério da Justiça. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2010, 103 p. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/59078623/Relatorio-OJB-Para-uma-nova-cartografia-da-justica-no-Brasil>. Acesso em: 03 ago. 2017.

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1994, 344 p.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 322 p.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: Jus Podivm, 2017, 430 p.

BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. Lei de arbitragem – considerações sobre sua aplicação em contratos na Administração Pública Direta e Indireta. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, v. 15, p. 19-45, Belo Horizonte: Del Rey, 2º sem. 2007.

BARRETT, Jerome T; BARRETT, Joseph P. *A history of alternative dispute resolution: the story of a political, cultural, and social movement*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004, 336 p.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 31-63.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/1>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BASSI, Nicola. *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001, 505 p.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, Brooklyn Law School, Volume 71, Issue 3, p. 1.109-1.180, 2006.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, 575 p.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, 191 p.

BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os Grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 260-287, 549 p.

BENVENUTI, Feliciano. Per un diritto amministrativo paritario. In: *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*. Padova: Cedam, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975, p. 807-830.

BEZERRA, André Augusto Salvador. Explosão da litigiosidade e dano social em ações individuais. In: MORAES, Vânia Cardoso André de. *As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), 2016, p. 233-240.

BIERMAN, Scott H.; FERNANDEZ, Luis. *Teoria dos jogos*. 2. ed., São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011, 432 p.

BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora*, ano 1, n. 1, p. 219-227, Belo Horizonte, jan./dez. 2011.

_____. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 743-780.

_____. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 145-204.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, 378 p.

BINGHAM, Lisa Blomgren. When We Hold No Truths to be Self-Evident: Truth, Belief, Trust, and the Decline in Trials. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 131-154, 2006.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação Administrativa Interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017, 460 p.

BLACKWELL, Michael. Do the haves come out ahead in tax litigation? An empirical study of the dynamics of tax appeals in the UK. *Working Papers Series*, University of Oxford, Oxford University Centre for Business Taxation, p. 1-33, November 2013.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3. ed., São Paulo: Paz e Terra, 1990, 173 p.

BONATO, Giovanni. *Panorama da arbitragem na França e na Itália*. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro, p. 1-38. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/208504/mod_resource/content/0/BONATO%20C%20Arbitragem%20na%20Fran%C3%A7a%20e%20na%20Italia..pdf. Acesso em: 10 ago. 2018.

BOYARIN, Yishai. Court-Connected ADR – A time of crisis, a time of change. *Marquette Law Review*, Marquette University Law School, Volume 95, p. 993-1.041, 2012.

BRASIL. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011, 25 p. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 03 ago. 2017.

_____. *100 maiores litigantes*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012, 33 p. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. *A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, julho 2011, 21 p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2017.

_____. *A reforma do Estado no Brasil*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/MARE, 1998, 25 p.

_____. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, 2010, 384 p. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2017.

_____. *Justiça em Números 2011*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2011, 189 p. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf. Acesso em: 14 jan. 2016.

_____. *Justiça em Números 2012*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012, 451 p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 14 jan. 2016.

_____. *Justiça em Números 2013*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2013, 339 p. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf. Acesso em: 14 jan. 2016.

_____. *Justiça em Números 2014*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2014, 395 p. Disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf. Acesso em: 14 jan. 2016.

_____. *Justiça em Números 2015*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2015, 499 p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 14 jan. 2016.

_____. *Justiça em Números 2016*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2016, 404 p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2017.

_____. *Justiça em Números 2017*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2017, 190 p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

_____. *Justiça em Números 2018*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2018, 214 p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

_____. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/MARE, 1995, 68 p.

_____. *Supremo em Ação*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Judiciárias, junho 2017, 88 p. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/supremo-em-acao>. Acesso em: 04 ago. 2017.

BURBANK, Stephen B. Keeping Our Ambition Under Control: The Limits of Data and Inference in Searching for the Causes and Consequences of Vanishing Trials in Federal

Court. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 571-590, November 2004.

_____. Vanishing Trials and Summary Judgment in Federal Civil Cases: Drifting Toward Bethlehem or Gomorrah? *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 591-626, November 2004.

BUTLER, Paul. The Case for Trials: Considering the Intangibles. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 627-636, November 2004.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2016, 384 p.

_____. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 147, ano 32, p. 123-146, São Paulo: RT, maio 2007.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação Direta ou Resolução Colaborativa de Disputas (*Collaborative Law*): “Mediação sem Mediador”. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 709-726.

CABRAL, Antonio do Passo; ZANETI JR., Hermes. *Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil*, 2018, 30 p. Disponível em: http://www.academia.edu/37368086/Entidades_de_infraestrutura_espec%C3%ADfica_para_a_resolu%C3%A7%C3%A3o_de_conflitos_coletivos_as_claims_resolution_facilities_e_sua_aplicabilidade_no_Brasil_Claims_resolution_facilities_and_their_applicability_in_Brazilian_Law_. Acesso em: 26 set. 2018.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010 e respectiva Emenda n. 1 de 31 de janeiro de 2013*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 473 p.

CALHAO PEDROSO, Antônio Ermani. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTR, 2010, 300 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 5. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 162 p.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL – CCAF. *Cartilha*. 3. ed., Brasília: Advocacia-Geral da União, Consultoria-Geral da União, 2012, 48 p. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/217576. Acesso em: 08 set. 2018.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Ministério Público resolutivo: o modelo contemporâneo de atuação institucional. *Revista dos Tribunais*, v. 982, ano 106, p. 107-134, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, agosto 2017.

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery* no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. *Revista de Processo*, v. 245, ano 40, p. 425-444, São Paulo: RT, jul. 2015.

CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 83-110.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2002, 1.522 p.

CAPONI, Remo. La Mediazione Nelle Legislazioni Straniere. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 751-754.

_____. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. Tradução de Sérgio Cruz Arenhart. *Revista de Processo*, v. 192, ano 36, p. 397-415, São Paulo: RT, fev. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*. Bologna: Il Mulino, 1994, 206 p.

_____. Notas sobre conciliadores e conciliação. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Tradução de Hermes Zaneti Jr. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 755-768.

_____. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. v. 2, 207 p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, 168 p.

CARDOSO, André Guskow. As agências reguladoras e a arbitragem. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 15-61.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, 571 p.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1, 435 p.

CARSON, Clara N. *The lawyer statistical report: the U.S. legal profession in 2000*. Chicago: American Bar Foundation, 2004, 250 p.

CASSESE, Sabino. Fortuna e decadenza della nozione di Stato. *In: Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. v. I, p. 91-103.

_____. Il cittadino e l'amministrazione pubblica. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, anno XLVIII, p. 1015-1033, Milano, 1998.

_____. *Il mondo nuovo del diritto: Un giurista e il suo tempo*. Bologna: Il Mulino, 2008, 374 p.

_____. La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito. *In: Trattato di diritto amministrativo: diritto amministrativo generale*. (a cura di Sabino Cassese). Seconda edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. Tomo primo, p. 1-93.

_____. Le basi costituzionali. *In: Trattato di diritto amministrativo: diritto amministrativo generale*. (a cura di Sabino Cassese). Seconda edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003. Tomo primo, p. 173-250.

_____. *Le basi del diritto amministrativo*. Sesta edizione, Milano: Garzanti Editore, 2000, 524 p.

_____. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, anno LII, p. 27-40, Milano, 2002.

_____. *Oltre lo Stato*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2006, 196 p.

_____. Tendenze e problemi del diritto amministrativo. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, anno LIV, p. 901-912, Milano, 2004.

CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2018, 235 p.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas*. Salvador: Jus Podivm, 2015, 676 p.

CHEN, Kong-Pin; HUANG, Kuo-Chang; LIN, Chang-Ching. Party Capability versus Court Preference: Why Do the "Haves" Come Out Ahead? An Empirical Lesson from the Taiwan Supreme Court. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Oxford University Press, Volume 31, Number 1, p. 93-126, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, 392 p.

CIOFFI, Alessandro. L'interesse pubblico nell'azione amministrativa. *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, anno XXIII, fascicolo 4, p. 797-840, Giuffrè editore: Milano, 2015.

COASE, Ronald. The Nature of the Firm. *Economica*, New Series, Volume 4, Issue 16, p. 386-405, London: The London School of Economics and Political Science, 1937.

_____. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, University of Chicago, Volume 3, p. 1-44, Chicago: The University of Chicago Press, 1960.

COELHO, Daniela Mello. *Administração pública gerencial e direito administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 213 p.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, 142 p.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto). *Revista de Direito Comparado*, v. 2, n. 2, p. 267-322, Belo Horizonte: UFMG, mar./1998.

COOLEY, John W. *Mediation Advocacy*. Second Edition, Boulder: National Institute for Trial Advocacy, 2002, 472 p.

CORRÊA, Priscilla Pereira Costa. *Direito e desenvolvimento: aspectos relevantes do Judiciário brasileiro sob a ótica econômica*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014, 159 p.

_____. Meios consensuais de solução de conflitos e demandas repetitivas de direito público: um desafio a ser enfrentado. In: MORAES, Vânia Cardoso André de (Coord.). *As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro*. Brasília: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), 2016, p. 21-31.

CORSO, Guido. *La giustizia amministrativa*. Seconda edizione, Bologna: Il Mulino, 2005, 136 p.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Precedentes no Código de Processo Civil de 2015: somos ainda *civil law*? *Revista de Processo*, v. 258, ano 41, p. 387-418, São Paulo: RT, ago. 2016.

CRETELLA JUNIOR, José. Esquemas privatísticos do direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 24, n. 96, p. 263-274, Brasília, out./dez. 1987.

CUNHA, Alexandre dos Santos; KLIN, Isabela do Valle; PESSOA, Olívia Alves Gomes. *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), novembro 2011, 17 p. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnica_diest1.pdf. Acesso em: 08 set. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, 879 p.

_____. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 193, ano 36, p. 255-279, São Paulo: RT, mar. 2011.

_____. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, n. 2, p. 235-268, Pouso Alegre: jul./dez. 2009.

_____. *Opinião 42 – Reconhecimento da procedência do pedido pela Fazenda Pública*, 2014. Disponível em: <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-42-reconhecimento-da-procedencia-do-pedido-pela-fazenda-publica/>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____. Prefácio ao FACCI, Lucio Picanço. *Administração pública e segurança jurídica: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 17-19.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas. *Revista de Direito*, n. 5, p. 272-289, Santa Cruz do Sul, out. 2014.

CURY, Cesar Felipe. Mediação. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 485-507.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 687 p.

DAKOLIAS, Maria. *O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma*. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Washington: Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento/Banco Mundial, 1996, 61 p.

DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 211-231.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, 163 p.

DANTAS, Bruno. *Teoria dos recursos repetitivos: tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ (arts. 543-B e 543-C do CPC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 192 p.

DENHARDT, Robert B. *Teorias da administração pública*. Tradução da 6ª edição norte-americana de Francisco G. Heidemann. São Paulo: Cengage Learning, 2012, 367 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da Arbitragem em Contratos Administrativos. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em*

Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 201-219.

_____. *Direito Administrativo*. 23. ed., São Paulo: Atlas, 2010, 875 p.

_____. Privatização e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 427-439.

DIAMOND, Shari Seidman; BINA, Jessica. Puzzles about Supply-Side Explanations for Vanishing Trials: A New Look at Fundamentals. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 637-658, November 2004.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, 270 p.

DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. *Revista de Processo*, v. 108, ano 27, p. 23-31, São Paulo: RT, out./dez. 2002.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 35-66.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A função das Cortes Supremas na América Latina. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2000. v. II, p. 779-796.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, 724 p.

DINGWALL, Robert; DURKIN, Tom. Time Management and Procedural Reform: Some Organizational Questions for Lord Woolf. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Ed.). *Reform of Civil Procedure: Essays on 'Access to Justice'*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 371-392.

DOTAN, Yoav. Do the "Haves" Still Come Out Ahead? Resource Inequalities in Ideological Courts: The Case of the Israeli High Court of Justice. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 1.059-1.080, 1999.

DORÉ, Laurie Kratky. Secrecy by Consent: The Use and Limits of Confidentiality in the Pursuit of Settlement. *Notre Dame Law Review*, University of Notre Dame, Volume 74, Issue 2, p. 283-402, 1999.

DRASCO, Dennis J. Public Access to Information in Civil Litigation vs. Litigant's Demand for Privacy: Is the "Vanishing Trial" an Avoidable Consequence? *Journal of*

Dispute Resolution, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 155-164, 2006.

DUTRA, Raphael Vasconcelos. *O estatuto jurídico dos procuradores e das procuraturas municipais e o necessário aprimoramento constitucional*. 2016. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010, 570 p.

EDELMAN, Lauren B.; SUCHMAN, Mark C. When the “Haves” Hold Court: Speculations on the Organizational Internalization of Law. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 941-992, 1999.

EDWARDS, Barry. Renovating the Multi-Door Courthouse: Designing Trial Court Dispute Resolution Systems to Improve Results and Control Costs. *Harvard Negotiation Law Review*, Harvard Law School, Volume 18, p. 281-347, Spring 2013.

EISENBERG, Melvin Aron. Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking. *Harvard Law Review*, Harvard Law School, Volume 89, Number 4, p. 637-681, February 1976.

EISENBERG, Theodore. Appeal Rates and Outcomes in Tried and Nontried Cases: Further Exploration of Anti-Plaintiff Appellate Outcomes. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 659-688, November 2004.

EISENBERG, Theodore; LANVERS, Charlotte. What is the Settlement Rate and Why Should We Care? *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 6, Issue 1, p. 111-146, March 2009.

EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P. Attorneys’ Fees and Expenses in Class Action Settlements: 1993-2008. *Law & Economics Research Paper Series*, New York University School of Law, NYU Center for Law, Economics and Organization, Working Paper n. 09-50, p. 1-33, November 2009.

_____. Attorney Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 1, p. 27-78, March 2004.

_____. Incentive Awards to Class Action Plaintiffs: An Empirical Study. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 53, p. 1.303-1.351, 2006.

_____. The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues. *Vanderbilt Law Review*, Vanderbilt University Law School, Volume 57, p. 1.529-1.567, 2004.

EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey P.; SHERWIN, Emily. Arbitration’s Summer Soldiers: An Empirical Study of Arbitration Clauses in Consumer and

Nonconsumer Contracts. *University of Michigan Journal of Law Reform*, University of Michigan Law School, Volume 41, p. 871-896, 2008.

EPP, Charles R. The Two Motifs of “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead” and Its Heirs. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 1.089-1.098, 1999.

EPSTEIN, Richard A. Class Actions: Aggregation, Amplification, and Distortion. *The University of Chicago Legal Forum*, University of Chicago Law School, Volume 2003, p. 475-518, 2003.

ESTEVES DE ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz. *Avaliação da Gestão Pública: A Administração Pós Burocrática*. A Coruña: Conferencia da Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2007, 16 p.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999, 407 p.

EWICK, Patricia; SILBEY, Susan S. Common Knowledge and Ideological Critique: The Significance of Knowing That the “Haves” Come Out Ahead. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 1.025-1.042, 1999.

FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o Novo Código de Processo Civil. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 229-248.

_____. *Administração pública e segurança jurídica: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, 168 p.

FALECK, Diego. Introdução ao *Design* de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 23, p. 7-32, São Paulo, 2009.

FAROLE JR., Donald J. Reexamining Litigant Success in State Supreme Courts. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 1.043-1.058, 1999.

FENN, Paul; RICKMAN, Neil; VENCAPPA, Dev. *The impact of the Woolf reforms on costs and delay*. Nottingham: Nottingham University Business School, Centre for Risk and Insurance Studies, March 2009, 40 p.

FENOLL, Jordi Nieva. *Jurisdicción y Proceso: estudios de ciencia jurisdiccional*. Madrid: Marcial Pons, 2009, 984 p.

_____. La mediazione: un’alternativa ragionevole al processo? *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXVII, n. 4, p. 1.327-1.344, dicembre 2013.

FERRARA, Rosario. La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla “specialità” amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia? *Diritto amministrativo*: rivista trimestrale, anno V, fascicolo 2, p. 225-269, Giuffrè editore: Milano, 1997.

FERRARO, Marcella Pereira. *Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural*. 2015. 224 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FERRAZ, Luciano. Prefácio. In: MARINS, Vinícius (Coord.). *Novas vertentes do direito administrativo*. Belo Horizonte: Líder, 2011, p. 5-6.

_____. Modernização da Administração Pública e Auditorias de Gestão. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 155-166.

FERREIRA, Kaline. A autocomposição e a arbitragem envolvendo entes públicos: novos enfrentamentos para o advogado público. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em juízo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 663-690.

_____. A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público: o que mudou depois da lei de mediação? *Revista dos Tribunais*, v. 982, ano 106, p. 323-333, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, agosto 2017.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, 633 p.

_____. Instrumentos da Administração Consensual. A audiência pública e sua finalidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 383-399.

FINE, Erika S.; PLAPINGER, Elizabeth S. *Containing Legal Costs: ADR Strategies for Corporations, Law Firms, and Government: Innovative Strategies for Case Management, Early Settlement, and Dispute Resolution*. New York: Butterworth Legal Publishers, Center for Public Resources, CPR Legal Program, 1988, 589 p.

FISS, Owen. Against Settlement. *The Yale Law Journal*, Yale Law School, Volume 93, p. 1.073-1.090, 1984.

_____. *Um novo processo civil: estudos estadunidenses sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 351 p.

FITZPATRICK, Brian T. An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 7, Issue 4, p. 811-846, December 2010.

FONT Y LLOVET, Tomàs. Desarrollo reciente de los instrumentos de la Administración Consensual en España. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 363-382.

FRANÇA. Conseil d'État, Groupe de travail sur l'arbitrage. *Rapport*. Paris, 13 de março de 2007, 19 p. Disponível em: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_final.pdf. Acesso em: 11 ago. 2018.

FRANCO, Marcelo Veiga; LEROY, Guilherme Costa. O efeito desjudicializante dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 267, ano 42, p. 171-194, São Paulo: RT, maio 2017.

FRANZONI, Diego; VOSGERAU, Isabella Moreira de Andrade. Negócios jurídicos processuais atípicos e a Administração Pública. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 259-280.

FREER, Richard D. *Civil Procedure*. Second Edition. New York: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, 838 p.

FREIRE, Alexandre; MARQUES, Leonardo. O Novo CPC, a estrutura de incentivos do Advogado Público e a racionalização da Justiça na sindicabilidade das condutas estatais. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 17-25.

FREITAS, Juarez. *Discricionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, 143 p.

FRIEDENTHAL, Jack H.; MILLER, Arthur R.; SEXTON, John E.; HERSHKOFF, Helen. *Civil Procedure: cases and materials*. Eleventh Edition, St. Paul: West Academic Publishing, 2013, 1.367 p.

FRIEDMAN, Lawrence M. The Day Before Trials Vanished. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 689-703, November 2004.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada, Faculdade de Direito, Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais. *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde: relatório de pesquisa*. GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.); WATANABE, Kazuo; PINTO SICA, Ligia Paula P. (Coord.); ALVES, Lucélia de Sena; SADEK, Maria Tereza; LANGENEGGER, Natalia; FERREIRA, Vivian. São Paulo, 2014, 93 p. Disponível em: http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judicializacao_da_saude.pdf. Acesso em: 29 mai. 2018.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório Índice de Confiabilidade na Justiça – ICJ Brasil*, 1º trimestre/2014-4º trimestre/2014, ano 06, 2014, 34 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/14089>. Acesso em: 11 jan. 2017.

GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da. Are the Haves Getting Even More Ahead Than Ever? Reflections on the political choices concerning access to justice in Brazil in the search of a new agenda. *SSRN English & Commonwealth Law eJournal*, University of Oxford Faculty of Law, Volume 1, p. 1-23, 2017.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. Considerações acerca do aumento da litigiosidade e do combate às causas da morosidade do sistema de Justiça brasileiro. In: GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 151-156.

_____. Considerações gerais. In: GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 24-30.

GABBAY, Daniela Monteiro; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; ASPERTI, Maria Cecília; COSTA, Susana Henriques da. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. *SSRN English & Commonwealth Law eJournal*, University of Oxford Faculty of Law, Volume 1, p. 1-26, 2016.

GAGLIARDI, Rafael Villar. Confidencialidade na arbitragem comercial internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 10, n. 36, p. 95-135, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2013.

GALANTER, Marc. A settlement judge, not a trial judge: judicial mediation in the United States. *Journal of Law and Society*, Cardiff University Law School, Volume 12, Number I, p. 1-18, Spring 1985.

_____. A World Without Trials? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 7-33, 2006.

_____. Farther Along. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 1.113-1.124, 1999.

_____. Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 31, p. 4-71, 1983.

_____. The Civil Jury as Regulator of the Litigation Process. *The University of Chicago Legal Forum*, University of Chicago, Volume 1990, Issue 1, p. 201-271, 1990.

_____. The emergence of the judge as a mediator in civil cases. *Judicature*, Duke University School of Law – Duke Law Center for Judicial Studies, Volume 69, Number 5, p. 257-262, February-March, 1986.

_____. The Hundred-Year Decline of Trials and the Thirty Years War. *Stanford Law Review*, Vol. 57, Number 05, Stanford Law Review Symposium: The Civil Trial: Adaptation and Alternatives, p. 1.255-1.274, April, 2005.

_____. The quality of settlements. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 1988, p. 55-84, 1988.

_____. The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 459-570, November 2004.

_____. The Vanishing Trial: What the numbers tell us, what they may mean. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association, Volume Summer 2004, p. 3-6, 2004.

_____. Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 9, Number 1, p. 95-160, 1974.

_____. *Why the “Haves” Come Out Ahead: The Classic Essay and New Observations*. New Orleans: Quid Pro Books, 2014, 142 p.

_____. Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach about Legal Process. *Journal of Legal Education*, Association of American Law Schools, Volume 34, Number 2, p. 268-276, 1984.

GALANTER, Marc; CAHILL, Mia. “Most Cases Settle”: Judicial Promotion and Regulation of Settlements. *Stanford Law Review*, Stanford University, Volume 46, p. 1.339-1.391, July 1994.

GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. Audiência(s) e Sessão(ões) de Mediação na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015). In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 509-527.

GARNER, Bryan A. (Editor in Chief). *Black’s Law Dictionary*. Second Pocket Edition. St. Paul: West Group, 2001, 796 p.

GARTH, Bryant. Privatization and the New Market for Disputes: A Framework for Analysis and a Preliminary Assessment. *Studies in Law, Politics, and Society*, Volume 12, p. 389-413, 1992.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, 1.058 p.

GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella; RAMOS, Luciana de Oliveira; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. In: GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Org.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41-52.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Terza edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993. v. primo, 465 p.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 525 p.

GLASER, William A. *Pretrial Discovery and the Adversary System*. New York: Russell Sage Foundation, 1968, 320 p.

GLENN, Brian J. The Varied and Abundant Progeny of Marc Galanter's "Why the 'Haves' Come Out Ahead". In: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. (Ed.). *In Litigation: Do the "Haves" Still Come Out Ahead?* Stanford, California: Stanford Law and Politics, Stanford University Press, 2003, p. 371-419.

GOMES, Frederico Augusto. Estabilização da tutela antecipada antecedente contra o Poder Público. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 281-298.

GONÇALVES, Gláucio Maciel. Direito e Tempo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FÁRIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Org.). *Processo civil – novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 281-293.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 66, p. 291-326, jan./jun. 2015.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Informação Legislativa – RIL*, Brasília, ano 52, n. 2008, p. 189-202, out./dez. 2015.

_____. Ensaio sobre teoria dos jogos e litigância repetitiva: reflexões, à luz do contraditório, para uma política judiciária adequada. In: BARBOSA, Cláudia Maria; FREITAS, Sérgio Henrique Zandona; SILVA, Lucas Gonçalves da (Org.). *Política judiciária, gestão e administração da justiça*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 97-115.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; FRANCO, Marcelo Veiga. As novas modalidades de produção antecipada da prova do Código de Processo Civil de 2015: o *discovery* "à brasileira". In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FÁRIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes (Org.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 367-380.

GRAY, Ericka B. Creating History: The Impact of Frank Sander on ADR in the Courts. *Negotiation Journal*, Harvard Law School, Volume 22, Issue 4, p. 445-454, April 2006.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I, 496 p.

_____. *Instituições de processo civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II, 456 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de Processo*, v. 101, ano 26, p. 11-27, São Paulo: RT, jan.-mar./2001.

_____. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e Exposição de Motivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 448-464.

_____. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da LACP e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 302-308.

_____. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 14, ano 4, p. 1-6, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set./2007.

GROSS, Samuel R.; SYVERUD, Kent D. Don't Try: Civil Jury Verdicts in a System Geared to Settlement. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 44, p. 1-64, 1996.

_____. Getting to No: A Study of Settlement Negotiations and the Selection of Cases for Trial. *Michigan Law Review*, University of Michigan Law School, Volume 90, p. 319-393, 1991.

GROSSMAN, Joel B.; KRITZER, Herbert M.; MACAULAY, Stewartigo Do the "Haves" Still Come Out Ahead? *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 803-810, 1999.

GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 243-272.

HAARHUIS, Carolien Klein; NIEMEIJER, Bert. Vanishing or Increasing Trials in the Netherlands? *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 71-106, 2006.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, 55 p.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, 354 p.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II, 356 p.

HADFIELD, Gillian K. Where Have All the Trials Gone? Settlements, Nontrial Adjudications, and Statistical Artifacts in the Changing Disposition of Federal Civil Cases. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 705-734, November 2004.

HALEY, John Owen. The Myth of the Reluctant Litigant. *The Journal of Japanese Studies*, University of Washington, Society for Japanese Studies, Volume 4, Number 2, p. 359-390, Summer 1978.

HAMPSHIRE, Stuartigo. *Justice is conflict*. Princeton: Princeton University Press, 2000, 120 p.

HARRIS, Beth. Representing Homeless Families: Repeat Player Implementation Strategies. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 911-940, 1999.

HE, Xin; SU, Yang. Do the “Haves” Come Out Ahead in Shanghai Courts? *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 10, Issue 1, p. 120-145, March 2013.

HEDEEN, Timothy. Remodeling the Multi-Door Courthouse to “fit the forum to the folks”: how screening and preparation will enhance ADR. *Marquette Law Review*, Marquette University Law School, Volume 95, p. 941-954, 2012.

HENDLEY, Kathryn; MURRELL, Peter; RYTERMAN, Randi. Do Repeat Players Behave Differently in Russia? Contractual and Litigation Behavior of Russian Enterprises. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 833-868, 1999.

HENSLER, Deborah R. Of Groups, Class Actions, and Social Change: Reflections on From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 61, p. 126-134, 2013.

HERMAN, G. Nicholas; CARY, Jean M. *Legal counseling, negotiating, and mediating: a practical approach*. Second Edition. New Providence: LexisNexis, 2009, 478 p.

HODGES, Christopher; VOGENAUER, Stefan; TULIBACKA, Magdalena. *The Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2010, 562 p.

HOGAN, Michael R. Judicial settlement conferences: empowering the parties to decide through negotiation. *Willamette Law Review*, Willamette University College of Law, Volume 27, p. 429-462, Summer 1991.

HOROCHOVSKI, Rodrigo Rossi. *Empoderamento: definições e aplicações*, 30 p. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/papers-30-encontro/gt-26/gt18-22/3405-rhorochovski-emponderamento/file>. Acesso em: 05 mar. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Projeção da População do Brasil e das Unidades da Federação. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 14 jan. 2016.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Quarta edizione, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1999, 220 p.

ITÁLIA. *Codice dei contratti pubblici*, abril de 2016, 184 p. Disponível em: http://www.bosettiegatti.eu/public/2016_0050_codice_contratti.pdf. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. *Codice del processo amministrativo*, julho de 2010. Disponível em: http://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2010_0104.htm#012. Acesso em: 10 ago. 2018.

JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil – novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 235-258.

JAYME, Fernando Gonzaga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Recursos extraordinário e especial repetitivos. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto (Coord.). JAYME, Fernando Gonzaga; GONÇALVES, Gláucio Maciel; FARIA, Juliana Cordeiro de; FRANCO, Marcelo Veiga; ARAÚJO, Mayara de Carvalho; CREMASCO, Suzana Santi (Org.). *Processo Civil Brasileiro: Novos Rumos a partir do CPC/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 253-268.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 1.408 p.

_____. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 65-85.

JUSTEN NETO, Marçal. Segredo de justiça e Administração Pública. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 299-325.

KAUTZ, Barbara; ROWCLIFFE, Stacey A. *Civil litigation for the new millennium: a guide for paralegals*. New York: Aspen Publishers, 2003, 528 p.

KESSLER, Gladys; FINKELSTEIN, Linda J. The Evolution of a Multi-Door Courthouse. *Catholic University Law Review*, The Catholic University of America, Columbus School of Law, Volume 37, Issue 3, p. 577-590, Spring 1988.

KESTNER, Prudence B.; HYDE, Richard D.; JOHNSON, John M.; COLLINS, Becky; SMILEY, Alison. *Court and Community: Partners in Justice – The Multi-Door*

Experience. Washington: The American Bar Association, Standing Committee on Dispute Resolution, 1991, 37 p.

KINSEY, Karyl A.; STALANS, Loretta J. Which “Haves” Come Out Ahead and Why? Cultural Capital and Legal Mobilization in Frontline Law Enforcement. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 993-1.024, 1999.

KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 63-109.

KOPCZYNSKI, Mary Helen Nuxoll. The Haves Coming Out Behind: Galanter’s Theory Tested on the WTO Dispute Settlement System. *Asper Review of International Business and Trade Law*, Faculty of Law at the University of Manitoba, Volume 8, p. 25-50, 2008.

KRITZER, Herbert M. Arbitration and the pace of litigation. In: ADLER, Jane W.; WILLIAM, Felstiner F.; HENSLER, Deborah R.; PETERSON, Mark A. *The Pace of Litigation: Conference Proceedings*. The Institute for Civil Justice, Santa Monica: Rand, 1982, 145 p.

_____. Litigation. *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Elsevier Science, Volume 13, p. 8.989-8.995, 2001.

_____. The Government Gorilla: Why Does Government Come Out Ahead in Appellate Courts? In: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. (Ed.). *In Litigation: Do the “Haves” Still Come Out Ahead?* Stanford, California: Stanford Law and Politics, Stanford University Press, 2003, p. 342-370.

KRITZER, Herbert M.; ANDERSON, Jill K. The arbitration alternative: a comparative analysis of case processing time, disposition mode, and cost in the American Arbitration Association and the courts. *The Justice System Journal*, Taylor & Francis Group, Volume 8, Number 1, p. 6-19, 1983.

KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. Introduction. In: KRITZER, Herbert M.; SILBEY, Susan S. (Ed.). *In Litigation: Do the “Haves” Still Come Out Ahead?* Stanford, California: Stanford Law and Politics, Stanford University Press, 2003, p. 3-12.

LANDE, John. How Much Justice Can We Afford? Defining the Courts’ Roles and Deciding the Appropriate Number of Trials, Settlement Signals, and Other Elements Needed to Administer Justice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 213-252, 2006.

_____. Introduction to Vanishing Trial Symposium. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 1-5, 2006.

_____. Judging judges and dispute resolution processes. *Nevada Law Journal*, William S. Boyd School of Law at the University of Nevada, Volume 7, p. 457-467, Spring 2007.

LANDSMAN, Stephan. So What? Possible Implications of the Vanishing Trial Phenomenon. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 973-984, November 2004.

LANGBEIN, John H. The Disappearance of Civil Trials in the United States. *The Yale Law Journal*, Yale Law School, Volume 122, p. 522-572, 2012.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 24. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2009, 117 p.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em Números e Valores*, 2017, 3 p. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf. Acesso em: 09 set. 2018.

_____. *Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, 319 p.

LEMPERT, Richard. A Classic at 25: Reflections on Galanter's "Haves" Article and Work It Has Inspired. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 1.099-1.112, 1999.

LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil: exame à luz da *Group Litigation Order* britânica. *Revista de Processo*, v. 196, ano 36, p. 165-206, São Paulo: RT, jun. 2011.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração Pública Dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013, 500 p.

LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. *Revista do Serviço Público*, ano 49, n. 2, p. 5-31, Brasília, abr./jun. 1998.

LITTLE, Anderson J. *The Multi-Door Courthouse Has Finally Arrived: New Settlement Procedures are Now Available in Superior Court*, 2009. Disponível em: <http://www.mediationincnc.com/2009/05/the-multi-door-courthouse-has-finally-arrived-new-settlement-procedures-are-now-available-in-superior-court/>. Acesso em: 08 abr. 2017.

LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y Derecho Procesal: los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*. Pamplona: Thomson Reuters, 2009, 325 p.

_____. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Bosch, 2008, 282 p.

LUDWIG, Edmund V. A Judge's View: The trial/ADR interface. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association Section of Dispute Resolution, Volume The Vanishing Trial, p. 11-13, Summer 2004.

_____. The Changing Role of the Trial Judge. *Judicature*, Duke University School of Law – Duke Law Center for Judicial Studies, Volume 85, Number 5, p. 216-253, March-April, 2002.

MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 465-483.

MACEY, Jonathan R.; MILLER, Geoffrey P. Judicial Review of Class Action Settlements. *Journal of Legal Analysis*, University of Oxford, Oxford University Press, Volume 1, Number 1, p. 167-205, Winter 2009.

_____. The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform. *The University of Chicago Law Review*, University of Chicago Law School, Volume 58, Number 1, p. 1-118, Winter 1991.

MACFARLANE, Julie. Culture Change – A Tale of Two Cities and Mandatory Court-Connected Mediation. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2002, Issue 2, p. 241-325, 2002.

MACFARLANE, Julie; MANWARING, John. Reconciling Professional Legal Education with the Evolving (Trialless) Reality of Legal Practice. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 253-272, 2006.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A (in)compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o modelo constitucional de processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, 344 p.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (Ed.). *Encyclopedia of Law and Economics: The History and Methodology of Law and Economics*. v. I, p. 65-117, Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2000.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 169-213.

MAGENDIE, Jean-Claude. *Célérité et qualité de la justice: la gestion du temps dans le procès*. Ministère de la Justice de France: Septembre 2004, 186 p. Disponível em: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/044000433/index.shtml>. Acesso em: 18 fev. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 798 p.

_____. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 312 p.

MANNORI, Luca; SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. Quarta edizione, Roma-Bari: Editori Laterza, 2006, 551 p.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. A Audiência do Artigo 334 do Código de Processo Civil: da Afronta à Voluntariedade às Primeiras Experiências Práticas. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 129-140.

MARCUS, Richard L. 'Déjà Vu All Over Again'? An American Reaction to the Woolf Report. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Ed.). *Reform of Civil Procedure: Essays on 'Access to Justice'*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 219-243.

MARÇAL, Felipe Barreto. *Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro*. 2018. 212 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 542 p.

MARINS, Vinícius. A afluência da noção de parceria no Direito Administrativo Econômico: algumas precisões conceituais. In: MARINS, Vinícius (Coord.). *Novas vertentes do direito administrativo*. Belo Horizonte: Líder, 2011, p. 9-68

_____. Apresentação. In: MARINS, Vinícius (Coord.). *Novas vertentes do direito administrativo*. Belo Horizonte: Líder, 2011, p. 7-8.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. O STJ, as medidas antiarbitragem e o princípio da competência-competência na Lei 9.307/1996: comentários às decisões da MC 17.868/BA. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 9, v. 32, p. 275-307, jan./mar. 2012.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, 237 p.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004, 406 p.

MAUET, Thomas A. *Pretrial*. Seventh Edition. New York: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, 520 p.

MAUGHAN, Ellen B. Compulsory Automobile Arbitration: New Jersey's Road to Reducing Court Congestion, Delay, and Costs. *Rutgers Law Review*, Rutgers Law School, Volume 37, p. 401-432, 1985.

MARZINETTI, Miguel. *Justiça Multiportas e o paradoxo do acesso à justiça no Brasil: da falência do Poder Judiciário aos métodos integrados de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, 143 p.

MATOS, Frederico Nunes de. *Novas fronteiras da arbitragem aplicável aos litígios da administração pública: incidência sobre conflitos extracontratuais, especialmente na desapropriação*. 2017. 478 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 67-89.

_____. Métodos ou tratamentos adequados de conflitos? In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes; LANNA, Helena (Coord.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 113-128.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 185-214.

MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 405-419.

_____. *Direito administrativo moderno*. 18. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 491 p.

_____. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 298 p.

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo*. 2017. 350 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

MEIRELLES, Delton R. S.; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Meios alternativos de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. *Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, Universidade Estadual de Maringá. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 6385-6417.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, 831 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2014, 1.138 p.

MELLO, Rafael Munhoz. Arbitragem e Administração Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, n. 6, p. 47-81, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, 464 p.

MENDONÇA, Clarice Corrêa de; SERAFIM VIEIRA, Raphael Diógenes; FIGUERÊDO PORTO, Nathália França. *1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, 102 p.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Do the “Haves” Come Out Ahead in Alternative Justice Systems? Repeat Players in ADR. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 15, Number 1, p. 19-61, 1999.

_____. For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 33, p. 485-593, 1985.

_____. Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 31, p. 754-842, 1983.

_____. When Litigation is Not the Only Way: Consensus Building and Mediation As Public Interest Lawyering. *Journal of Law & Policy*, Washington University, p. 37-61, 2002.

_____. Will managed care give us access to justice? In: SMITH, Roger (Ed.). *Achieving Civil Justice: Appropriate Dispute Resolution for the 1990s*. London: Legal Action Group, 1996, p. 89-118.

MENKEL-MEADOW, Carrie J.; LOVE, Lela Porter; SCHNEIDER, Andrea Kupfer; STERNLIGHT, Jean R. *Dispute Resolution Beyond the Adversarial Model*. New York: Aspen Publishers, 2005, 993 p.

MERUSI, Fabio. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni “trenta” all’“alternanza”*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2001, 292 p.

MICHAEL, Zander. Why Lord Woolf’s Proposed Reforms of Civil Litigation should be Rejected. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Ed.). *Reform of Civil Procedure: Essays on ‘Access to Justice’*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 79-95.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Negócio processual e o compromisso de ajustamento de conduta pelo Ministério Público. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA,

Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes (Org.). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 201-214.

MILLER, Geoffrey P. Competing Bids in Class Action Settlements. *Hofstra Law Review*, Hofstra University School of Law, Volume 31, Number 3, p. 633-650, Spring 2003.

_____. Conflicts of Interest in Class Action Litigation: An Inquiry into the Appropriate Standard. *The University of Chicago Legal Forum*, University of Chicago Law School, Volume 2003, Issue 1, p. 581-630, 2003.

_____. Overlapping Class Actions. *New York University Law Review*, New York University School of Law, Volume 71, p. 514-546, April-May 1996.

_____. Review of the merits in class action certification. *Hofstra Law Review*, Hofstra University School of Law, Volume 33, p. 51-87, 2004.

MILLER, Geoffrey P.; SINGER, Lori S. Nonpecuniary Class Action Settlements. *Law and Contemporary Problems*, Duke University School of Law, Volume 60, Number 4, p. 97-154, Autumn 1997.

MINDA, Gary. *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*. New York: New York University Press, 1995, 362 p.

MNOOKIN, Robert H.; KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the Shadow of the Law: the Case of Divorce. *The Yale Law Journal*, Vol. 88, N. 05, Dispute Resolution, p. 950-997, Apr., 1979.

MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 24, p. 1-18, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, out./nov./dez. 2010.

MOLOT, Jonathan T. An old judicial role for a new litigation era. *The Yale Law Journal*, Yale Law School, Volume 113, p. 27-118, 2003.

MOOG, Robert. Piercing the Veil of Statewide Data: The Case of Vanishing Trials in North Carolina. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 6, Issue 1, p. 147-176, March 2009.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, 207 p.

MOREIRA, Bernardo Motta. *Controle do Lançamento Tributário pelos Conselhos de Contribuintes: Aspectos Polêmicos do Processo Administrativo Fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, 379 p.

MOREIRA, João Batista Gomes. A nova concepção do princípio da legalidade no controle da Administração Pública. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 65-84.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. *In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 543-563.

_____. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, n. 116, ano 29, p. 79-102, Brasília, out./dez. 1992.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, 667 p.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 351 p.

_____. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 442 p.

_____. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. *In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 63-98.

MOURA, Grégore Moreira de. As formas alternativas de resolução de conflitos e a Advocacia Pública. *In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). Advocacia Pública em juízo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 691-716.

_____. *Direito constitucional fraterno*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, 244 p.

MOURA, Grégore Moreira de; FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. As prerrogativas da Advocacia Pública: um olhar sobre a Advocacia Pública Federal. *Revista da Advocacia Pública Federal*, v. 1, n. 1, p. 163-175, Brasília: ANAFE, 2017.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. O cidadão usuário de serviços públicos na Constituição Federal. *In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Coord.). Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 119-154.

MOURÃO, Carlos Figueiredo. A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração. *In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 129-137.

MULLENIX, Linda S. *Civil Procedure*. Eagan: Thomson West, 2004, 607 p.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. *Direito fundamental à boa administração pública*. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 199 p.

MUSETTI GROTTI, Dinorá Adelaide. A participação popular e a consensualidade na Administração Pública. *In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). Uma*

avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 647-662.

NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 27-34.

_____. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 183 p.

NEW YORK STATE UNIFIED COURT SYSTEM. *What is Alternative Dispute Resolution (ADR)?* Disponível em: http://www.nycourts.gov/ip/adr/What_Is_ADR.shtml. Acesso em: 14 abr. 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2017, 304 p.

NOLASCO, Rita Dias; SANTOS, Luis Felipe Freind dos. Demandas Repetitivas e a Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 439-454.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2011, 281 p.

NUNES, Dierle; COELHO MARQUES, Ana Luiza Pinto; MACHADO WERNECK; Isadora Tofani Gonçalves; FREITAS, Laura. O perigo da utilização estratégica do IRDR por litigantes habituais e a necessidade dos tribunais refletirem sobre sua cooptação: a proibição do incidente preventivo e o caso Samarco. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). *Panorama atual do novo CPC 2*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 121-145.

NUNES, Dierle José Coelho; FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo. Por um paradigma democrático de processo. In: DIDIER JR., Fredie. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Segunda série. Salvador: Jus Podivm, 2010. v. 2, p. 159-180.

OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA. *A Administração e Gestão da Justiça: Análise comparada das tendências de reforma*. Direção científica de Boaventura de Sousa Santos; Coordenação de Conceição Gomes. Coimbra: Centro de Estudos Sociais do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2001, 346 p.

O'LEARY, Rosemary; RAINES, Susan Summers. Lessons Learned from Two Decades of Alternative Dispute Resolution Programs and Processes at the U.S. Environmental Protection Agency. *Public Administration Review*, American Society for Public Administration, Volume 61, Issue 6, p. 682-692, November/December 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, 308 p.

_____. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 421-440.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e a nova contratualização administrativa. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 273-317.

_____. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 4, n. 12, p. 29-58, São Paulo, jan./mar. 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 303-322, São Paulo, jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, Rafael Machado de. Impactos do novo Código de Processo Civil na atuação da Advocacia Pública. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em juízo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 23-55.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da. Judicialização das relações sociais e desigualdade de acesso: por uma reflexão crítica. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da; ANDRADE, Oyama Karyna Barbosa (Coord.). *Justiça do Século XXI*. São Paulo: LTr, 2014, p. 59-68.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do “excesso de acesso à justiça”. *Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI*. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, Universidade Federal Fluminense – UFF. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 142-170.

OSBORNE, David; GAEBLER, Ted. *Reinventando o governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. Tradução de Sérgio Fernando Guarischi Bath e Ewandro Magalhães Júnior. Brasília: MH Comunicação, 1994, 436 p.

OSÓRIO, Fábio Medina. O conceito de sanção no direito administrativo brasileiro. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 315-359.

_____. Novos Rumos da Gestão Pública Brasileira: dificuldades teóricas ou operacionais? In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (Coord.). *Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 283-300.

OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de Sistema de Solução de Conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. 2014. 202 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Departamento de Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

OSTROM, Brian J.; STRICKLAND, Shauna M.; HANNAFORD-AGOR, Paula L. Examining Trial Trends in the State Courts: 1976-2002. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 755-782, November 2004.

OTEIZA, Eduardo. Punto de vista: Marc/Adr y diversidad de culturas: el ejemplo latinoamericano. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 727-749.

OTTAVIANO, Vittorio. Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico. In: *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988. v. secondo, p. 369-405.

PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, 292 p.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, 326 p.

PARLAMENTO EUROPEO. Il documento del Gruppo di lavoro «diritto amministrativo» della Commissione Affari Giuridici del Parlamento europeo. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, p. 1091-1100, Milano: Giuffrè, 2011.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 138 p.

_____. *Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo*. Salvador: Jus Podivm, 2013, 314 p.

PASTORI, Giorgio. Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrato. In: *Scritti in onore di Pietro Virga*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994. Tomo II, p. 1305-1321.

PATTERSON, Roger J. Dispute Resolution in a World of Alternatives. *Catholic University Law Review*, The Catholic University of America, Columbus School of Law, Volume 37, Issue 3, p. 591-604, Spring 1988.

PEIXOTO, Ravi. Primeiras impressões sobre os meios consensuais de resolução de conflitos pelo poder público e as alterações promovidas pelo CPC/2015 e pela Lei 13.140/2015. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 347-364.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto; PEREIRA GIOVANINI, Ana Elisa Pretto. Arbitragem na administração pública brasileira e indisponibilidade do interesse público. *Quaestio Iuris*, v. 10, n. 2, p. 1146-1161, Rio de Janeiro, 2017.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 131-149.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, 489 p.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7. ed., Rio de Janeiro: FGV, 2007, 316 p.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 32, n. 62, Belo Horizonte, p. 29-50, jul./dez. 2000.

PINTO, José Emilio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 6, p. 25-36, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2005.

PIRES, Maria Coeli Simões. A Revisão Paradigmática do Estado e do Direito: um Exercício em Prol da Democratização do Sistema Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 127-200.

PORTUGAL. *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.stadministrativo.pt/pdf/codigodeprocessonostribunaisadministrativos.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. *Código dos Contratos Públicos*, janeiro de 2008. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=1&artigo_id=&nid=2063&pagina=1&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. *Constituição da República Portuguesa*, abril de 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. *Decreto-Lei n.º 129/1984*, abril de 1984. Disponível em: http://www.stadministrativo.pt/pdf/legislacao/DecretoLei_129_84.pdf. Acesso em: 15 ago. 2018.

_____. *Lei da Arbitragem Voluntária*, dezembro de 2011. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/145578/details/maximized?print_preview=print-preview. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. *Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária*, janeiro de 2011. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1414&tabela=leis. Acesso em: 10 ago. 2018.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Relatório de Atividades 2017*, 48 p. Disponível em: <http://www.pge-admin.rs.gov.br/upload/arquivos/201803/29094043-relatorio-2017-2.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2018.

RAIFFA, Howard. *The art and science of negotiation: how to resolve conflicts and get the best out of bargaining*. Cambridge: Belknap Press, 1982, 384 p.

RAU, Alan Scott; SHERMAN, Edward F.; PEPPET, Scott R. *Arbitration*. Second Edition, New York: Foundation Press, 2002, 333 p.

REED, John W. Review of Pre-Trial. *Michigan Law Review*, University of Michigan Law School, Volume 49, p. 924-926, 1951.

REFO, Patricia Lee. The Vanishing Trial. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. v-vii, November 2004.

RESNIK, Judith. Managerial judges. *Harvard Law Review*, Harvard Law School, Volume 96, p. 374-448, 1982.

_____. Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 10, Number 2, p. 211-265, 1995.

_____. Migrating, Morphing, and Vanishing: The Empirical and Normative Puzzles of Declining Trial Rates in Courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 783-841, November 2004.

RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, 241 p.

RIBEIRO, Rodrigo Araújo. Precedentes judiciais no novo Código de Processo Civil brasileiro e suas implicações para a Advocacia Pública. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em juízo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 441-464.

RIBEIRO, Wilson Fontes. *Alternative Dispute Resolution in the Public Sector: The American Experience*. Institute of Brazilian Business and Public Management Issues. Washington: The George Washington University, 2005, 29 p.

RICKMAN, Neil. The Economics of Cost-shifting Rules. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Ed.). *Reform of Civil Procedure: Essays on 'Access to Justice'*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 327-345.

ROBINSON, Peter. Adding Judicial Mediation to the Debate about Judges Attempting to Settle Cases Assigned to Them for Trial. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Number 2, p. 335-385, 2006.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no processo civil*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2016, 401 p.

_____. Prefácio ao CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. *Advocacia Pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 11-13.

RODRIGUES, Marco Antonio; RANGEL, Rafael Calmon. O procedimento extrajudicial pré-executivo lusitano (PEPEX): algumas lições para o sistema brasileiro. *Revista de Processo*, v. 282, ano 43, p. 455-471, São Paulo: RT, ago. 2018.

ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JR., Júlio César. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, p. 7-23, Curitiba, ago./dez. 2009.

RUHLIN, Charles; SCHEIBER, Harry N. Umpiring the Multi-Option Justice System. *Judicature*, Duke University School of Law – Duke Law Center for Judicial Studies, Volume 80, Number 2, p. 58-61, September-October, 1996.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 360 p.

SANDER, Frank E. A. *Varieties of Dispute Processing*. Eagan: West Publishing Company, 1976, 24 p.

SANTOS, Andrés de la Oliva. ADR o la riscoperta dell'acqua calda. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LXX, n. 2, p. 509-514, giugno 2016.

SARAT, Austin. The litigation explosion, access to justice, and court reform: examining the critical assumptions. *Rutgers Law Review*, Rutgers University Law School, Volume 37, p. 319-336, 1985.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 23-117.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 31-68.

_____. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (pós-modernidade constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Crises e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 375-414.

_____. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 97-143.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Tradução do alemão para o inglês de Matthew Braham. Cheltenham: Edward Elgar, 2004, 473 p.

SCHLANGER, Margo. What We Know and What We Should Know about American Trial Trends. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 35-50, 2006.

SCHNEIDER, Andrea Kupfer. Not Quite a World Without Trials: Why International Dispute Resolution is Increasingly Judicialized. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2006, Issue 1, p. 119-129, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 308 p.

SCHWIND, Rafael Wallbach; KUKIELA, Marina. Câmaras de conciliação e mediação da Administração Pública: comentários ao artigo 174 do novo Código de Processo Civil. In: TALAMINI, Eduardo (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Processo e Administração Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 327-345.

SCOTT, I. R. Caseflow Management in the Trial Court. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Ed.). *Reform of Civil Procedure: Essays on 'Access to Justice'*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 1-30.

SENGER, Jeffrey M. *Federal Dispute Resolution: Using ADR with the United States Government*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004, 401 p.

SILVA, Leonardo Rodarte de Almeida e. A consagração da mediação no NCPC para solução de controvérsias inerentes ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em juízo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 717-742.

SILVA, Paula Costa e. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra, 2009, 192 p.

_____. O Acesso ao Sistema Judicial e os Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias: Alternatividade Efetiva e Complementariedade. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 769-786.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de Processos Judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, 168 p.

SIPES, Larry L. Reducing delay in State Courts: a march against folly. *Rutgers Law Review*, Rutgers Law School, Volume 37, p. 299-318, 1985.

SMITH, Adam. *Riqueza das Nações*. Tradução de Luis Cristóvão de Aguiar. 5. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, 816 p.

SMITH, Roger. Access to justice: innovation in North America. In: SMITH, Roger (Ed.). *Achieving Civil Justice: Appropriate Dispute Resolution for the 1990s*. London: Legal Action Group, 1996, p. 33-62.

_____. The context. In: SMITH, Roger (Ed.). *Achieving Civil Justice: Appropriate Dispute Resolution for the 1990s*. London: Legal Action Group, 1996, p. 7-32.

SONGER, Donald; KUERSTEN, Ashlyn; KAHENY, Erin. Why the Haves Don't Always Come Out Ahead: Repeat Players Meet Amici Curiae for the Disadvantaged. *Political Research Quarterly*, The University of Utah, Volume 53, Number 3, p. 537-556, September 2000.

SONGER, Donald; SHEEHAN, Reginald S.; HAIRE, Susan Brodie. Do the "Haves" Come Out Ahead over Time? Applying Galanter's Framework to Decisions of the U.S. Courts of Appeals, 1925-1988. *Law & Society Review*, Law and Society Association, Volume 33, Number 4, p. 811-832, 1999.

SORABJI, John. *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms: A Critical Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, 284 p.

SORACE, Domenico. *Diritto delle amministrazioni pubbliche: una introduzione*. Quarta edizione, Bologna: Il Mulino, 2007, 502 p.

SORDI, Bernardo. Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto. *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, anno III, fascicolo 4, p. 483-518, Giuffrè editore: Milano, 1995.

SOUZA, Artur César de. *Resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Almedina, 2015, 227 p.

SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 87-127.

_____. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de*

Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 165-185.

_____. *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas.* Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014, 266 p.

_____. Resolução de conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. *In: MARRARA, Thiago (Org.). Direito Administrativo: transformações e tendências.* São Paulo: Almedina, 2014, p. 487-501.

SPASIANO, Mario R. La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva. *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, anno X, fascicolo 2, p. 283-310, Giuffrè editore: Milano, 2002.

STEDMAN, Barbara Epstein. Multi-option justice at the Middlesex Multi-Door Courthouse. *In: SMITH, Roger (edit.). Achieving Civil Justice: Appropriate dispute resolution for the 1990s.* London: Legal Action Group, 1996, p. 119-141, 215 p.

STEMPEL, Jeffrey W. Reflections on Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture, or Fledgling Adulthood? *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 11, Number 2, p. 297-395, 1996.

STEMPEL, Jeffrey W.; BAICKER-MCKEE, Steven; COLEMAN, Brooke D.; HERR, David F.; KAUFMAN, Michael J. *Learning Civil Procedure.* St. Paul: West Academic Publishing, 2013, 990 p.

STERNLIGHT, Jean R. Is Binding Arbitration a Form of ADR? An Argument That the Term "ADR" Has Begun to Outlive Its Usefulness. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri School of Law, Volume 2000, Number 1, p. 97-111, 2000.

STIPANOWICH, Thomas J. ADR and the "Vanishing Trial": The Growth and Impact of "Alternative Dispute Resolution". *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 843-912, November 2004.

_____. The Multi-Door Contract and Other Possibilities. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, The Ohio State University, Moritz College of Law, Volume 13, Number 2, p. 303-404, 1998.

_____. ADR and 'The Vanishing Trial': What we know – and what we don't. *Dispute Resolution Magazine*, American Bar Association, Volume Summer 2004, p. 7-10, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse Público em Sentido Mínimo e em Sentido Forte: o Problema da Vigilância Epidemiológica Frente aos Direitos Constitucionais. *In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho.* Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 29-48.

_____. O Direito Administrativo entre os *clips* e os negócios. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 1. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 87-93.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONFLITO DE COMPETÊNCIA: CC 111.230/DF, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Segunda Seção, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014.

_____. CONFLITO DE COMPETÊNCIA: CC 139.519/RJ, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relatora p/ Acórdão Ministra Regine Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe 10/11/2017.

_____. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008.

_____. RECURSO ESPECIAL: REsp 612.439/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005, DJ 14/09/2006.

_____. RECURSO ESPECIAL: REsp 904.813/PR, Relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012.

_____. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.192.056/DF, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Relator para Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 26/09/2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 52181, Relator: Ministro Bilac Pinto, Tribunal Pleno, julgado em 14/11/1973, DJ 15/02/1974.

_____. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 24631, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJ 01/02/2008.

_____. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 631240/MG, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, DJ 10/11/2014.

_____. SENTENÇA ESTRANGEIRA: SE 5206 AgR, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30/04/2004.

TÁCITO, Caio. A Constituição e o Direito Administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord.). *Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 21-28.

_____. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 202, p. 1-10, Rio de Janeiro, out./dez. 1995.

_____. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 3, 544 p.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 275-297.

_____. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia. *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 333-358.

_____. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JR., Hermes (Org.). *Processo coletivo*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 109-131.

TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 565-606.

TALESH, Shauhin. How the “haves” come out ahead in the twenty-first century. *DePaul Law Review*, DePaul University College of Law, Volume 62, p. 519-554, 2013.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, 318 p.

TASSE, Adel El. *A “crise” do Poder Judiciário: a falsidade do discurso que aponta os problemas, a insustentabilidade das soluções propostas e os apontamentos para a democratização estrutural*. Curitiba: Juruá, 2001, 119 p.

TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 173-182.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 3. ed., Salvador: Jus Podivm, 2018, 320 p.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 125, ano 30, p. 61-78, São Paulo: RT, jul./ago. 2005.

_____. Demandas repetitivas. Direito jurisprudencial. Tutela plurindividual, segundo o novo Código de Processo Civil: incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes; LANNA, Helena (Coord.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 469-486.

_____. *Direito e processo: Direito Processual Civil ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997. v. 5, 332 p.

_____. Prefácio ao MARZINETTI, Miguel. *Justiça Multiportas e o paradoxo do acesso à justiça no Brasil: da falência do Poder Judiciário aos métodos integrados de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. XIII-XVI.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 189, ano 35, p. 9-52, São Paulo: RT, nov. 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 367 p.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, 281 p.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LV, n. 2, ano 55, p. 381-410, Milano: Giuffrè, 2001.

TRUBEK, David M.; SARAT, Austin; FELSTINER, William L. F.; KRITZER, Herbert M.; GROSSMAN, Joel B. The costs of ordinary litigation. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 31, p. 72-127, 1983.

UNITED STATES OF AMERICA IN CONGRESS. Alternative Dispute Resolution Act. *Public Law*, October 1998. Disponível em: <https://www.adr.gov/ADR%20ACT%201998.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2017.

_____. *Federal Rules of Civil Procedure*, 2005. Disponível em: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iv-parties/rule-23-class-actions/>. Acesso em: 27 jul. 2018.

VELOSO, Juliano Ribeiro Santos. A Advocacia Pública e o IRDR: entre o gerenciamento de casos e a formação de precedentes. In: RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FÉRES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). *Advocacia Pública em juízo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 511-532.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2007, 502 p.

_____. Transação de direitos indisponíveis? In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 405-429.

VERA, José Bermejo. Privatización y el nuevo ejercicio de función pública por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma avaliação das*

tendências contemporâneas do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 403-426.

VIANA, Emilio de Medeiros. A possibilidade de imposição de multa pessoal ao gestor público responsável pelo desatendimento de provimentos judiciais que imponham obrigações de fazer, não fazer e entregar no novo CPC. *In*: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Advocacia Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 111-122.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Contrato de Trabalho com o Estado*. 2. ed., São Paulo: LTr, 2002, 256 p.

VINCENZI, Brunela Vieira de; REZENDE, Ariadi Sandrini. A mediação como forma de reconhecimento e empoderamento do indivíduo. *In*: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). DIDIER JR., Fredie (Coord. Geral). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 529-540.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 637 p.

WARD, Richard; AKHTAR, Amanda. *Walker & Walker's English Legal System*. 11th edition, Oxford: Oxford University Press, 2011, 732 p.

WARREN, Elizabeth. Vanishing Trials: The Bankruptcy Experience. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 913-942, November 2004.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In*: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudo em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

_____. *Da cognição no processo civil*. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000, 190 p.

_____. Modalidade de mediação. *In*: DELGADO, José *et al.* (Coord.). *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, Conselho da Justiça Federal, 2003, p. 42-50, 70 p.

_____. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, v. 139, ano 31, p. 28-35, São Paulo: RT, set. 2006.

WATSON, Garry D. From an adversarial to a managed system of litigation: a comparative critique of Lord Woolf's Interim Report. *In*: SMITH, Roger (Ed.). *Achieving Civil Justice: Appropriate Dispute Resolution for the 1990s*. London: Legal Action Group, 1996, p. 63-88.

WEINSTEIN, Mark. *Introduction to Civil Litigation*. Third Edition. St. Paul: West Publishing Company, 1993, 364 p.

WHEELER, Stanton; CARTWRIGHT, Bliss; KAGAN, Robert A.; FRIEDMAN, Lawrence M. Do the “Haves” Come Out Ahead? Winning and Losing in State Supreme Courts, 1870-1970. *Law and Society Review*, Law and Society Association, Volume 21, Number 3, p. 403-445, 1987.

WOODLEY, Ann E. *Litigating in Federal Court: a guide to the rules*. Second Edition, Durham: Carolina Academic Press, 2014, 184 p.

WOOLF, Lord Harry. *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: Lord Chancellor’s Department, July 1996, 370 p.

_____. *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London: Lord Chancellor’s Department, June 1995, 266 p.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 63-80.

YEAZELL, Stephen C. *Civil Procedure*. Seventh Edition. New York: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, 870 p.

_____. *Civil Procedure*. Eighth Edition. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2012, 928 p.

_____. Collective Litigation as Collective Action. *University of Illinois Law Review*, University of Illinois College of Law, Volume 1989, Number 1, p. 43-68, 1989.

_____. *Contemporary Civil Litigation*. New York: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, 576 p.

_____. From Group Litigation to Class Action – Part I: The Industrialization of Group Litigation. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 27, p. 514-564, 1980.

_____. From Group Litigation to Class Action – Part II: Interest, Class, and Representation. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 27, p. 1.067-1.121, 1980.

_____. Getting What We Asked For, Getting What We Paid For, and Not Liking What We Got: The Vanishing Civil Trial. *Journal of Empirical Legal Studies*, Cornell University Law School, Volume 1, Issue 3, p. 943-971, November 2004.

_____. Unspoken Truths and Misaligned Interests: Political Parties and the Two Cultures of Civil Litigation. *UCLA Law Review*, University of California School of Law, Volume 60, p. 1.752-1.791, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Giulio Einaudi, 1992, 217 p.

ZANETI JR., Hermes. Litigiosidade repetitiva? Avanços, desafios e perspectivas de futuro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; NORATO REZENDE, Ester Camila Gomes; LANNA, Helena (Coord.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 487-505.

_____. *O valor vinculante dos precedentes*. 3. ed., Salvador: Jus Podivm, 2017, 464 p.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 17, n. 2, p. 237-253, ago. 2012.

ZHOU, Jun. In Litigation: How Far Do The “Haves” Come Out Ahead? A Game Theoretical Study. *CentER Discussion Paper*, Tilburg University, Volume 2007, p. 1-23, January 2007.

ZUCKERMAN, A. A. S. Lord Woolf’s Access to Justice: Plus a Change. *The Modern Law Review*, Volume 59, Number 6, p. 773-796, November 1996.

_____. Reform in the Shadow of Lawyer’s Interests. In: ZUCKERMAN, A. A. S.; CRANSTON, Ross (Ed.). *Reform of Civil Procedure: Essays on ‘Access to Justice’*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 61-77.