

ano 16 - n. 64 | abril/junho - 2016  
Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210  
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL**

**A&C**

# A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo



© 2016 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &  
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.  
2003) . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada  
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.  
I. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

## Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

*A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

# Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – Contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos

## **Eduardo Cambi**

Professor dos Programas de Mestrado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Jacarezinho – PR, Brasil) e da Universidade Paranaense (Umuarama – PR, Brasil). Pós-Doutor em Direito Processual pela Università degli Studi di Pavia (Pavia, Itália). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Promotor de Justiça no Paraná. *E-mail:* <eduardocambi@hotmail.com>.

## **João Paulo A. Vasconcelos**

Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (Jacarezinho – PR, Brasil). Professor da Universidade do Oeste Paulista (Presidente Prudente – SP, Brasil). Advogado da União. *E-mail:* <j.paulo.vasconcelos@uol.com.br>.

---

**Resumo:** Este artigo discorre a respeito da aplicabilidade dos meios alternativos de solução de conflitos à Administração Pública. Retomando a teleologia do Estado Social, a crise do modelo democrático representativo, a separação das funções estatais, o papel do Judiciário e o exercício da atividade jurisdicional, adverte-se acerca da inviabilidade do controle judicial monolítico das políticas públicas e da necessidade de implantação da democracia deliberativa. Coerente com sociedade contemporânea, plural e multicultural, o Novo Código de Processo Civil estabelece ao Estado a criação de instrumentos destinados à desjudicialização das políticas públicas. Entende-se que a atuação extrajudicial do Ministério Público e da Advocacia Pública no âmbito dos conflitos envolvendo a Fazenda Pública fortalece a democracia, efetiva a ordem jurídica e revela mecanismo apropriado para escolhas corretas, além de conferir legitimidade democrática à atuação judicial de execução e satisfação dos compromissos assumidos por meio da conciliação, da mediação e da arbitragem.

**Palavras-chave:** Novo Código de Processo Civil. Administração Pública. Políticas públicas. Democracia. Solução extrajudicial de conflitos. Ministério Público. Advocacia Pública.

**Sumário:** Introdução – **1** A função jurisdicional na contemporaneidade – **2** Escolhas públicas, pluralismo e democracia deliberativa – **3** Políticas públicas: processualidade e democratização das decisões – **4** *Desjudicialização* das políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – **5** A atuação extrajudicial do Ministério Público e da Advocacia Pública na solução consensual dos conflitos – Conclusão – Referências

---

## Introdução

O Novo Código de Processo Civil é anunciado por seus elaboradores como instrumento de efetividade dos direitos. O novo diploma processual civil pode contribuir para a construção de uma sociedade igual, democrática e justa, se conseguir minimizar a cultura do litígio e da solução judicial centrada na figura do juiz pela via da composição dialógica e extrajudicial dos conflitos. A solução consensual dos litígios é um dever não apenas do Estado-juiz, que deverá incentivar e fomentar o consenso por meio da mediação ou da conciliação, mas principalmente dos demais poderes e seus órgãos.

Sem prejuízo da inafastabilidade da jurisdição acerca da ameaça ou lesão a direito, o direito processual civil passa a orientar-se segundo a lógica da *desjudicialização* ou da não judicialização.

Efetivar essa proposição na seara das relações entre particulares é factível, especialmente em face da disponibilidade dos interesses individuais patrimoniais. Situação diferente se coloca quando a Fazenda Pública – o Estado – integra a relação jurídico-processual.

Este artigo cuidará da sujeição da Administração Pública aos meios alternativos de solução de conflitos, especificamente no que toca à concretização de direitos por meio das chamadas políticas públicas e tendo em mira a atuação extrajudicial de duas instituições integrantes do sistema de distribuição de justiça: o Ministério Público e a Advocacia Pública.

Inicia-se o desenvolvimento deste trabalho com um diagnóstico acerca da função jurisdicional na contemporaneidade, para tanto retomando-se o papel do Estado, o conteúdo do princípio da separação de poderes na atual quadra evolutiva e a expansão da jurisdição constitucional e suas causas (a crise da legitimidade democrática dos eleitos e a inefetividade da Constituição). Segue-se ponderando acerca da necessidade histórica da democracia deliberativa, coadjuvando com a representativa, por conta das características da sociedade contemporânea – plural e multicultural. Na sequência, ingressando mais diretamente no tema, dedica-se ao estudo do instituto das políticas públicas, sua função de concretização de direitos sociais prestacionais e seu inexorável aspecto processual – compatível com a democracia deliberativa –, e da exigência da desjudicialização – das ações e programas estatais inclusive. Finalizando o trabalho, dispõe-se a respeito do exercício extrajudicial das funções essenciais à justiça: instrumentos colocados à disposição do Ministério Público e da Advocacia Pública federal (por uma questão de método enfrenta-se o tema tomando-se a Advocacia-Geral da União como paradigma), bem assim as vicissitudes que cercam a (in)acessibilidade da Administração Pública aos meios alternativos de solução de conflitos.

## 1 A função jurisdicional na contemporaneidade

Para conferir efetividade ao ordenamento jurídico, a nova ordem processual civil alinha-se ao modelo de Estado Social e Democrático de Direito, fundamentado no pluralismo e para concretizar os direitos sociais, econômicos e culturais (para os quais exige-se a implementação de políticas públicas), estabelece a participação popular como fonte de legitimidade das decisões estatais.

O surgimento dos novos direitos dá impulso à definição do acesso à justiça como garantia de realização, a fim de que não figurem retoricamente, como meras promessas ou declarações políticas. Em decorrência dessa orientação teleológica do direito público contemporâneo, Fabio Konder Comparato<sup>1</sup> pontua que a função primordial do Estado é, para além da edição de leis e da fixação de balizas de conduta, a realização de políticas públicas ou programas de ação governamental, em todos os níveis e setores.

A omissão e a ineficiência do Estado, abstendo-se de implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos sociais, levaram à expansão da atuação do Poder Judiciário e à revisão do princípio da separação dos poderes.<sup>2</sup>

Em outras palavras, antes reservado ao exercício do controle de constitucionalidade das leis, o Judiciário da atual quadra histórica, politicamente desneutralizado, passa a exercer uma *função socioterapêutica*, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais, e contribuindo, assim, para a construção do Estado Social e Democrático de Direito.<sup>3</sup>

Com a evolução do conceito de Estado e do seu papel, experimenta-se a progressiva diminuição da intensidade e estreitamento das fronteiras entre as diversas funções estatais. Com a fluidez e relatividade dos critérios de caracterização material e de diferenciação entre essas funções, não se descarta ou desvaloriza o princípio da separação, porquanto em uma dimensão orgânico-funcional, a separação dos poderes deve continuar a ser encarada como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estatal no interesse da liberdade, seguramente o seu núcleo imutável. O princípio da separação dos poderes deve, na atualidade, garantir uma *estrutura orgânica funcionalmente justa*, isto é, uma *organização ótima das funções*<sup>4</sup> do Estado contemporâneo, que deve ser ativo para atender às prestações

<sup>1</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 676-677.

<sup>2</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso aponta o desvanecimento da “concepção de uma resposta judiciária neutra, asséptica e desengajada”, reclamando-se “uma nova postura do juiz, que se diria pró-ativa, nesse sentido de não apegada apenas no desenvolvimento válido e regular do devido processo legal [...]” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 387).

<sup>3</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 196.

<sup>4</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 26 e 264.

correspondentes à efetivação dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais.

Essa nova perspectiva do princípio da separação de poderes – divisão de funções –, conformada pelo axioma da sociabilidade do Estado contemporâneo, torna os poderes verdadeiramente solidários na atividade de efetivar os direitos fundamentais. Elival da Silva Ramos a designa de *rateio funcional* e adverte que, no contexto de um Estado que reúne garantia da liberdade e igualdade, a separação dos poderes deve assumir outros contornos, diversos e compatíveis com a necessária eficiência na atuação estatal, admitindo-se o compartilhamento de atividades e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão.<sup>5</sup> Nesse contexto, acentua-se a função judicial de examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados.<sup>6</sup>

Embora a jurisdição seja marcada pela noção de Estado própria de determinado momento histórico,<sup>7</sup> desenvolve-se no Brasil – a partir da década de 1990 – a *judicialização das políticas públicas*. Tal fenômeno foi incentivado pelo baixo nível de organização e atuação política da sociedade civil que culmina no aumento da responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, ao qual é atribuída a função de implementar o projeto social preestabelecido ou de controlar a sua implementação.<sup>8</sup>

O exercício da *jurisdição constitucional* estabelece uma inevitável tensão com o princípio democrático, introduzindo-se no debate acerca do papel do juiz a figura do *ativismo judicial*, assim considerado, genericamente, como qualquer interferência do Judiciário na seara dos demais poderes.

Por uma questão de método, conquanto não se tratem de temas a serem explorados especificamente neste trabalho, faz-se necessário discorrer de modo sucinto a respeito da definição desses dois fenômenos imbricados: jurisdição constitucional e ativismo judicial.

Por *jurisdição constitucional*, compreende-se o conjunto de mecanismos processuais que tem como finalidade a defesa da supremacia constitucional.<sup>9</sup> A jurisdição constitucional funciona como garantia da efetivação da Constituição realizada por meio de um órgão jurisdicional e de processos jurisdicionais,<sup>10</sup> o que permite o controle

<sup>5</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 114.

<sup>6</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994. p. 18.

<sup>7</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21.

<sup>8</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 350.

<sup>9</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 345.

<sup>10</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 21-23.

de adequação da atuação dos poderes públicos às normas da Constituição. Com isso, a jurisdição é exercida para tutelar, manter e controlar a supremacia da Constituição,<sup>11</sup> o que faz com que os direitos fundamentais fiquem imunizados ao processo político majoritário e sua proteção seja tarefa do Judiciário.<sup>12</sup> Consequentemente, a jurisdição constitucional é atividade que se pauta na supremacia da Constituição e pode ser exercida amplamente, ou seja, por qualquer órgão do Poder Judiciário.<sup>13</sup>

Por outro lado, o termo *ativismo judicial* refere-se, no Brasil, ao excesso de atuação do Poder Judiciário em detrimento das funções constitucionais dos demais poderes. Lenio Streck apresenta um conceito para ativismo judicial, ao comentar o julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, afirmando que “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”.<sup>14</sup> É, pois, ativismo judicial a conduta que revela a falta de limites no processo interpretativo. Por sua vez, Luís Roberto Barroso compreende ativismo judicial como uma atitude que corresponde à escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. A ideia de ativismo judicial “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”,<sup>15</sup> e coloca entre as manifestações mais comuns da postura ativista a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, especialmente no que tange às políticas públicas. Ademais, Elival da Silva Ramos circunscreve o ativismo judicial à “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”.<sup>16</sup> É ativista – no sentido negativo do termo – a manifestação do Poder Judiciário quando incursiona insidiosamente sobre “o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”;<sup>17</sup> isso porque, do próprio texto constitucional, deflui a “gradação”

<sup>11</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 375-376.

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. p. 4-6; 19. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 17 set. 2010.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2009. p. 3-6. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 589.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2009. p. 6. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

<sup>16</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 114-117.

<sup>17</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 114-117.



do controle (a ser) exercido pelo Judiciário em relação a atos dos demais poderes (ou dele mesmo).

Portanto, conquanto empregada para traduzir a postura proativa do Judiciário, também no campo da correção de atos ou omissões dos demais poderes, notadamente quanto à concretização de direitos fundamentais, a expressão “ativismo judicial”, no *sentido negativo* que a acompanha desde a sua recepção no Brasil, deve ser utilizada nas hipóteses de extrapolação dos limites de exercício da atividade jurisdicional. Isto é, se e quando a decisão judicial se funda em argumentos meramente políticos, de cunho moral, conforme a convicção pessoal do julgador: quando ultrapassa os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico e o faz em detrimento dos demais poderes, usurpando as suas respectivas competências.

## 2 Escolhas públicas, pluralismo e democracia deliberativa

As escolhas que buscam resolver os problemas que permeiam o contexto social complexo e plural da contemporaneidade encerram tarefas das mais difíceis, principalmente em países periféricos e em desenvolvimento como o Brasil.

A não efetividade dos direitos fundamentais conduz às críticas à democracia representativa. O modelo representativo acaba sendo elitista, pois a maior parte do povo não é suficientemente educado para a democracia, faltando-lhe nível satisfatório de cultura, de amadurecimento social e de desenvolvimento econômico. Logo, a complexidade dos problemas sociais e econômicos da atualidade deveria estar a cargo de governantes profissionais, o que tornaria o elitismo um corolário necessário da complexidade administrativa e da exigência da eficiência estatal, pelo intermédio da racionalidade dos atores sociais (burocracia especializada). Além disso, o desinteresse generalizado dos cidadãos pela política leva às elites o poder de decidir. Ainda, faz-se uma relação como a de mercado: as elites produzem os bens políticos e os cidadãos são os consumidores.<sup>18</sup>

Também se questiona a efetividade da participação democrática restrita ao processo eleitoral de escolha dos representantes, ao colocar em dúvida que um grupo de indivíduos, tendo aumentado seu poder sobre os outros, seja capaz de representar fiel e imparcialmente os interesses dos demais.<sup>19</sup> Assim, as elites instaladas no poder priorizam seus próprios interesses em detrimento daqueles dos eleitores.

Entretanto, o Estado de Direito Democrático reclama a participação efetiva e operante do povo na coisa pública. Tal participação não se resume à democracia

<sup>18</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 74-76.

<sup>19</sup> SANTIAGO NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*. Tradução de Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 118.



representativa que é apenas um estágio da evolução do Estado Democrático, não traduzindo o seu completo desenvolvimento. Afinal, a democracia encerra um processo histórico e, portanto, inacabado.

A complexidade decorrente da sociedade pós-moderna, plural e multicultural, há de ser levada em consideração, porquanto se trata de um contexto no qual convivem tradicionalismo e pós-modernidade, miséria e consumismo, relações produtivas pré-capitalistas e desenvolvimentos econômico-tecnológicos de ponta, analfabetismo e sofisticação intelectual.<sup>20</sup> Na sociedade contemporânea uma quantidade praticamente ilimitada de possibilidades de experiência e de ação é apresentada ao intérprete, nela notando-se, ao mesmo tempo, uma capacidade reduzida de perceber, elaborar informação e agir.<sup>21</sup>

Se inúmeras são as demandas sociais e diferentes os padrões éticos de comportamento, torna-se difícil, senão inalcançável, chegar ao consenso. Aliás, a democracia é um sistema político que pressupõe dissenso,<sup>22</sup> ideia imanente às sociedades atuais, nas quais identificada a formação de grupos das mais variadas naturezas e com os mais diversos interesses.

Dessa forma, a tomada das decisões que afetam a sociedade deve seguir uma teoria que considere a condição da complexidade. Afiguram-se incompatíveis com o ambiente democrático e plural soluções individualizadas e monolíticas ou mesmo oligarquizadas. Um sistema jurídico deve conjugar um alto grau de complexidade interna para atender às demandas de outros subsistemas sem entrar em colapso.<sup>23</sup> A Constituição exige a criação das condições necessárias à deliberação, cuja legitimidade e aceitabilidade vinculam-se à observância da pluralidade social.

A *democracia deliberativa* vai além da prerrogativa majoritária na tomada de decisões políticas de interesse comum. O processo democrático não se reduz ao momento decisório, mas também inclui a possibilidade de se debater a respeito dos assuntos a serem decididos. Há, pois, uma valorização do momento comunicativo, do diálogo entre governantes e cidadãos, estabelecido com a finalidade de justificação de seus pontos de vista acerca das questões de interesse público. Essa nova veste da democracia, de sua materialização, tem a virtude de revisitar a noção de cidadania, de reclamar a transformação do povo em cidadão, isto é, alguém que exterioriza a soberania e que participa da direção da sociedade política.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. Tradução de Edilson Alkimim Cunha. São Paulo: LTr, 1998. p. 173.

<sup>21</sup> CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. Tradução de Edilson Alkimim Cunha. São Paulo: LTr, 1998. p. 182.

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 74 e 35.

<sup>23</sup> CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. Tradução de Edilson Alkimim Cunha. São Paulo: LTr, 1998. p. 184.

<sup>24</sup> ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 186.

A democracia deliberativa se alicerça na necessidade de justificação das decisões no processo deliberativo. Por isso, incorpora a ideia de “prestação de contas” (*accountability*) e torna obrigatória a sua observância no ambiente da formulação das políticas públicas.

Além da exigência de justificação, também caracterizam a democracia deliberativa: a *acessibilidade* dos cidadãos aos motivos apresentados no processo deliberativo (publicidade e conteúdo); o processo de deliberação produz uma decisão que *vincula* os sujeitos desse processo; o processo de tomada de decisões é *dinâmico*, o que possibilita o diálogo continuado e, assim, a melhor aceitação das discordâncias.

O conceito de democracia deliberativa resulta da combinação desses traços característicos, para ser forma de governo na qual cidadãos livres e iguais (e seus representantes) justificam suas decisões, em um processo cujos motivos, acessíveis aos participantes, são apresentados e mutuamente aceitos, com o objetivo de atingir conclusões que vinculem todos os cidadãos no presente, sem prejuízo de possibilitar discussões futuras.<sup>25</sup>

Pensando a democracia deliberativa para a América Latina, Roberto Gargarella<sup>26</sup> vislumbra um sistema político valioso em cujo debate coletivo os potencialmente afetados devem ser tratados com igualdade, respeito e consideração, a fim de resultar do processo deliberativo decisões coletivas e imparciais, não tendenciosas a beneficiar determinado grupo ou pessoa.

As correntes da democracia deliberativa polarizam as versões de Jürgen Habermas e de John Rawls. Embora esse tema não seja objeto deste trabalho, traz-se a lume apenas a conceituação de “espaço público”, posto que imanente ao processo comunicativo que gera legitimidade à razão – decisão – pública.

Tal espaço é o *locus* do debate público, em que há o entrelaçamento dos diversos atores sociais em busca de processos de formação democrática da opinião pública e da vontade política coletiva.<sup>27</sup> O espaço público é o âmbito no qual se dão as relações e a interação dos atores políticos; é o lugar no qual se define o conteúdo da discussão, o que se discute/argumenta e o que valoriza a deliberação, e ainda, é onde se dá a *ação comunicativa* e onde se revela como se desenvolve o *agir comunicativo*.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Tradução de Bruno Oliveira Maciel. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 17-78, jan./mar. 2007. p. 19-23.

<sup>26</sup> GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente ao gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. p. 177-178.

<sup>27</sup> BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 197.

<sup>28</sup> RABOTNIKOF, Nora. *El espacio público y la democracia moderna*. México: Instituto Federal Electoral, 1997. p. 8.

Assim, o espaço público diz respeito a um ambiente ou âmbito no qual se dá a deliberação; não é, pois, uma mera acepção física. Não se refere a um local que comporte a realização de assembleias para as quais migram os potencialmente afetados pela “ordem do dia” a ser colocada em discussão. É um âmbito de discussão, oposição, argumentação e interação, contínuo, público e não secreto, aberto, acessível a todos, cuja qualidade decisória e aceitabilidade e racionalidade das decisões se mede pela abertura, publicidade e acesso, bem como pela possibilidade de permanente participação em condições iguais e livres.<sup>29</sup>

Em busca de uma teoria da democracia adequada para o contexto de países periféricos, há de se conferir ao Estado a função de coordenador geral de fluxos de interesse e articulador de uma ideia pluralista de bem comum, para assimilar os movimentos sociais e promover a ressignificação do contrato social.<sup>30</sup>

No Brasil, a crise da democracia e a inafastabilidade da jurisdição acentuaram, nas últimas décadas, o protagonismo judiciário. Na seara das políticas públicas, o processo judicial monolítico não cumpre adequadamente com sua instrumentalidade, não pacífica, contribui para a desigualdade e não privilegia o princípio democrático. A judicialização tornou-se excessiva, a exigir um processo de desjudicialização que culminou com a promulgação do Novo Código de Processo Civil.

### 3 Políticas públicas: processualidade e democratização das decisões

O exercício democrático efetivamente participativo-deliberativo é intrínseco à formulação das políticas públicas. Instrumento adequado para concretização de direitos fundamentais, a definição de tais ações e programas deve levar em conta as peculiaridades socioeconômicas, culturais e geográficas do Estado brasileiro. Não é apropriado adotar como padrão de solução dos problemas locais modelos abstratos concebidos conforme as realidades europeias, por exemplo. Atraso econômico, desigualdade social e cultural e desnível de distribuição de renda são condições caracteristicamente periféricas que devem ser consideradas na reflexão sobre a redefinição do Estado e sua atuação.<sup>31</sup>

A compreensão de dois aspectos das políticas públicas é indispensável, quais sejam: seu conceito e a *processualidade* intrínseca à sua formulação.

<sup>29</sup> Na mesma linha, Carlos Santiago Nino (SANTIAGO NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*. Tradução de Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 154; 166-168; 178-181) pressupõe correta sob o aspecto da legitimidade a decisão imparcial, por ele considerada aquela proveniente de deliberação na qual todos os possivelmente afetados participam ou têm a oportunidade de participar, igualitariamente, da discussão e expressar seus interesses e opiniões.

<sup>30</sup> ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular – A construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 131-133.

<sup>31</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 3-4.

Políticas públicas são programas de ação governamental destinados a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. As políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos (procedimentos coordenados pelo governo para a interação entre sujeitos ou entre estes e a Administração, com o exercício do contraditório) que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a identificação dos interesses públicos reconhecidos pelo direito.<sup>32</sup>

A formulação da política pública consiste em um processo, sendo que os programas de ação do governo são as decisões decorrentes desse processo. Nesse sentido, o incremento das atividades voltadas à elaboração das políticas públicas e à sua execução insere-se em um movimento de *procedimentalização das relações entre os poderes públicos*.<sup>33</sup>

Com efeito, política pública abrange o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (processos eleitoral, de planejamento, de governo, orçamentário, legislativo e administrativo, não descartando o processo judicial), o qual atua para coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas voltadas à realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.<sup>34</sup> A política pública deve visar à concretização dos objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.<sup>35</sup>

Em outras palavras, políticas públicas são instrumentos de execução de programas políticos que demandam a intervenção do Estado na sociedade para garantir a igualdade de oportunidades aos indivíduos, cuja finalidade é assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.<sup>36</sup>

Sob o aspecto da intervenção do Estado no domínio econômico, as políticas públicas são mecanismos de execução das normas legais e constitucionais, ou seja, *law enforcement* (reforço para execução da lei). Logo, políticas públicas não se limitam a atos meramente políticos, de governo, atos de gestão, mas configuram, antes, *meios de planejamento* para a execução dos serviços públicos ou desempenho das atividades estatais.<sup>37</sup> Enquanto programa, obrigam o Estado às prestações positivas que podem ser exigidas pelo cidadão.

<sup>32</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241-265.

<sup>33</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 264-268.

<sup>34</sup> “É o conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objeto comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 808).

<sup>35</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

<sup>36</sup> APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 136.

<sup>37</sup> SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 33-34; 40-41.

Portanto, ainda que não haja um consenso quanto ao significado exato de políticas públicas, devem ser consideradas como *elementos integrantes* do seu conceito: a *juridicidade* (dimensão normativa), a *finalidade* de atendimento do interesse público (dimensão política) e a existência de um processo para tomada de decisões, no qual devem estar presentes a participação e o planejamento (dimensões da pluralidade e da formulação).

O programa de ação governamental que constitui a política pública resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados ou disciplinados, a saber, o administrativo, o legislativo, o de alocação de meios para a ação governamental (processos orçamentário e de planejamento), o judicial e o político-eleitoral.<sup>38</sup>

No âmbito da procedimentalização das políticas públicas, devem ser salientados dois elementos nucleares: a participação democrática e o planejamento, uma vez que ambos atuam na eficácia e eficiência dos programas e ações, mas também viabilizam o controle da Administração.

A coletivização da deliberação confere mais qualidade decisória e assegura a eficácia da política pública e a sua eficiência. Também potencializa seu êxito, envolvendo uma questão de economicidade.

A estruturação do contraditório no processo público de escolhas é de grande importância em sociedades complexas como a brasileira. Possibilita diferentes postulações e respostas que contribuem para a redução do déficit democrático e a maximização da escolha de ações eficientes. Por isso, a atividade administrativa deve exprimir não a decisão isolada e pessoal do agente público, mas as escolhas politicamente informadas no processo público de escolhas.<sup>39</sup>

A Constituição Federal brasileira exige a disponibilização de formas de participação dos administrados na Administração Pública, no art. 37, §3º. Com efeito, a ação administrativa, cuja finalidade principal é garantir a construção do Estado Social, encontra sua legitimação no processo democrático, cujo traço marcante é a *processualização* da atividade administrativa, com a exigência de estímulo à participação social nos processos de formulação das decisões administrativas.<sup>40</sup>

Disso resulta que as políticas públicas são cursos de ação e fluxos de informação, relacionados com um objetivo público definido de forma democrática e desenvolvidos pelo setor público, com a participação da comunidade e do setor privado.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 145-204; BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

<sup>39</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 267-269.

<sup>40</sup> BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 13, mar./maio 2008. p. 29-32.

<sup>41</sup> DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 136.



Aliás, quanto mais se conhece o objeto da política pública, maior é a possibilidade de efetividade e eficácia do programa de ação governamental, inclusive no que toca aos direitos fundamentais sociais, em que as prestações do Estado provêm do funcionamento articulado de um sistema complexo de estruturas organizacionais, recursos financeiros, figuras jurídicas, cuja apreensão é a chave de uma política efetiva e bem-sucedida.<sup>42</sup>

Para o êxito das políticas públicas, o planejamento se coloca como pressuposto indispensável à definição de todo programa de ação política, econômica ou social, bem como condiciona a escolha da política pública, orienta e define o *locus* apropriado para a tomada de decisão. Assim, o planejamento consiste em técnica de tomada de decisão que permite a escolha de objetivos bem determinados e seleciona os meios mais apropriados para atingi-los.<sup>43</sup>

A tecnicidade desse processo decisório apresenta três momentos distintos, intercalados e sequenciais de *formação* (apresentação dos pressupostos técnicos e materiais pela Administração ou pelos interessados para confronto com os trazidos pelos demais), de *execução* (compreende as medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa) e de *avaliação* (apreciação dos efeitos, sociais e jurídicos, sob o prisma do contraditório, de cada uma das escolhas possíveis, em virtude dos pressupostos apresentados).<sup>44</sup>

A compreensão desse processo em *ciclos* possibilita a melhor análise de cada elemento considerado na formulação da política pública. Não obstante a existência de vários modelos relativos ao ciclo das políticas públicas, é comum a identificação de cinco estágios: 1) a identificação do problema e a formação da entrada na agenda pública; 2) a formulação de uma solução (estudo de soluções); 3) a tomada de decisão; 4) a execução da ação (gestão/administração e produção de efeitos – impacto); 5) a avaliação (juízo de valor sobre os efeitos e reajuste da política adotada ou o seu encerramento). Nessa concepção de ciclo da política pública, observa-se uma clara substituição da noção de ato administrativo – próprio da visão liberalista-legalista da atuação estatal – pela de atividade administrativa.

A inexorabilidade da processualidade e do planejamento, inerente ao conceito de políticas públicas, questiona a utilização do processo judicial como *locus* político-decisório para a formulação dessas políticas.

Afinal, a *judicialização da política* dá margem à concentração do poder.<sup>45</sup> A intervenção judicial deve partir, pois, da criação de mecanismos formais ou informais

<sup>42</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 249.

<sup>43</sup> DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 132-135.

<sup>44</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 266.

<sup>45</sup> “O sistema de separação de Poderes cumpre melhor sua função na média em que não haja um Poder absolutamente preponderante sobre os demais. A essência do princípio está na separação harmônica e na conjugação de poderes” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 24).

de mediação, por meio de *diálogos institucionais* que permitam o estabelecimento das etapas e meios necessários para a implementação dos direitos e das políticas públicas.<sup>46</sup>

Ora, se a definição do plano, do programa, da ação, enfim, da política pública, não é decisão monolítica, isolada e pessoal do gestor, e sim escolha politicamente informada, discutida e da qual participa a população, a intervenção judicial deve ser excepcional, porque, especialmente quando imposta pela via da tutela de urgência, sem a prévia observância do contraditório, inibe a deliberação democrática. Lidar com a formulação de políticas públicas é estabelecer objetivos e metas coletivas, que se sobrepõem à ideia de individualismo. Por isso, deve-se dar preferência às soluções plurais para as quais se exige a figura do Estado-Administração, que deve ser, por excelência, o *locus* de decisão política ou o espaço central de convergências das ações políticas.<sup>47</sup>

Dessa forma, o planejamento é necessário à formulação de políticas públicas que pressupõe um ambiente processual-deliberativo no qual as decisões são construídas para a concreção das medidas necessárias à solução de problemas coletivos. Conseqüentemente, o Judiciário deve deliberar sobre políticas públicas, tão somente, de forma subsidiária.

E, ainda assim, faz-se necessária melhor regulamentação do processo especial para controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, deve ser salientado o Projeto de Lei nº 8.058/2014, de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira (PT/SP), resultado da contribuição do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (Cebepej).

#### 4 *Desjudicialização* das políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil

O controle judicial excessivo recebe críticas por realizar a *microjustiça*, negando observância à isonomia de tratamento ao distribuir desigualmente os recursos escassos de todos.<sup>48</sup>

Todas as pessoas que estiverem na mesma situação devem receber o mesmo tratamento. Exigir-se judicialmente do Estado algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições implica a

<sup>46</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 194-199.

<sup>47</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 9.

<sup>48</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 40.



criação de um sistema de distribuição de justiça desigual e excludente.<sup>49</sup> Por isso, é complexo admitir que o juiz atenda a uma necessidade específica de um dos cidadãos (necessidade individual), mesmo fundada na proteção de direitos fundamentais, se não há previsão legal ou por política pública já implementada. Quando o controle judicial atende individualmente a um direito à prestação positiva – social – do Estado, com prejuízo à efetivação de políticas públicas a toda a população, compromete-se o princípio da isonomia entre os cidadãos. A jurisdição funciona como fator de desequilíbrio das prestações sociais, para impor à Administração Pública a criação de um programa específico e exclusivo que venha a atender a uma situação individual.<sup>50</sup>

Além dessas críticas, o controle judicial desmedido de políticas públicas coloca o problema da incapacidade para a tomada de decisões tecnicamente corretas (escolhas de políticas públicas se fundam em elementos técnicos especializados), da morosidade e da insuficiência estrutural e material. Todos esses fatores acentuam a *tendência da desjudicialização do controle judicial de políticas públicas*.<sup>51</sup>

Na alegoria criada por Rodolfo de Camargo Mancuso, a autoestrada (o Judiciário) está congestionada, malconservada e com excesso de pedágios, encaminhando-se o tráfego (pessoas em busca de solução de conflitos) para as vicinais (os meios alternativos).<sup>52</sup> A excessiva duração do processo, a baixa qualidade da resposta jurisdicional e a cultura corporativa potencializa a necessidade de mecanismos alternativos de solução de controvérsias. A busca pela justa composição dos litígios, que deve incluir as causas envolvendo a Administração Pública, enfatiza a diretriz da democracia participativa e pluralista, ao possibilitar que todos – pessoas naturais e jurídicas – participem do esforço comum para a boa gestão da coisa pública.<sup>53</sup>

Com efeito, a deliberação judicial sobre políticas públicas, sobretudo quando perquirida individualmente, deve ser subsidiária, isto é, a *ultima ratio*. Ao contrário, deve-se estimular a participação da sociedade<sup>54</sup> na tomada de decisões, bem como

<sup>49</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 572.

<sup>50</sup> APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 173.

<sup>51</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso refere-se a esse movimento de desjudicialização na quadra de outras ocorrências antes sujeitas à intervenção do Estado-juiz: separações, divórcios e inventários (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 24).

<sup>52</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 219-220.

<sup>53</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 158.

<sup>54</sup> O debate condiz com o pensamento de Ingeborg Maus, cujas críticas alertam para a tendência atual de sacralização do Judiciário (superego da nação, da Constituição, que realiza a “teologia constitucional”), como se vê na excessiva judicialização das políticas públicas. A tutela judicial de liberdades pode levar ao arbítrio limitador da autonomia individual e da participação democrática. Também pode recusar um ideal constitucional de libertação e culminar por praticar a desqualificação da base social (MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”*. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, nov. 2000. p. 183-202).

incentivar o concurso de outros meios, agentes e instâncias capazes de recepcionar e resolver controvérsias e ocorrências, com a possibilidade de a solução ser tecnicamente consistente, de baixo custo e tempo reduzido.<sup>55</sup>

Nesse sentido, exige-se a ruptura paradigmática da cultura demandista para a da solução resolutiva, consensual e da não judicialização. A Administração Pública e os administrados devem se valer da arbitragem e da mediação ou, em caso de judicialização, optar pela conciliação.

Os problemas relativos à inefetividade dos direitos fundamentais sociais devem ser enfrentados democraticamente, pelos representantes da sociedade e com a participação dos afetados diretamente pela decisão (ou pela omissão). Deve-se, pois, evitar a atuação monolítica do Poder Judiciário. No limite, sendo imprescindível a judicialização da demanda, devem ser levados ao Estado-juiz os elementos colhidos no ambiente aberto que considerou a participação plural, submetendo-os à *accountability*, o que evita o ativismo judiciário.

O Novo Código de Processo Civil está alinhado a essa tendência de desjudicialização das políticas públicas. Além da conformação da atuação judicial (e da administrativa) ao postulado da “promoção da solução consensual dos conflitos”<sup>56</sup> e da previsão de criação dos “centros judiciários”<sup>57</sup> para o desempenho dessa função, como disposto no §2º do art. 3º e no art. 165 da Lei nº 13.1015/2015, o NCCPC determina ao Estado (às pessoas jurídicas de direito público interno) a criação de câmaras de mediação e conciliação com atribuições para a solução consensual de conflitos no âmbito administrativo e de outras formas vinculadas a órgãos institucionais ou ainda realizadas por intermédio de profissionais independentes.<sup>58</sup>

A conciliação e a mediação integram a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e voltada a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios

<sup>55</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 241.

<sup>56</sup> “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. §1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

<sup>57</sup> “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”.

<sup>58</sup> “Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica”.

adequados à sua natureza e peculiaridade.<sup>59</sup> Tanto a conciliação quanto a mediação são consideradas instrumentos efetivos de pacificação social, prevenção e resolução de litígios, além de técnicas de redução da excessiva judicialização dos conflitos de interesses e de redução da quantidade de recursos e execuções de sentenças. Tal Política Judiciária Nacional foi regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução nº 125, de 29.11.2010, e vem sendo incentivada em campanhas como a da Semana Nacional de Conciliação, na qual processos que tenham a possibilidade de acordo são selecionados pelos Tribunais, que intimam as partes envolvidas no conflito, ou são incluídos a pedido dos cidadãos ou de instituições, como empresas e órgãos públicos, quando identificam demandas padronizadas e repetitivas. O NCPC incentiva a execução de programas, instituídos pelo Poder Judiciário, para promover a autocomposição, prevendo a suspensão dos prazos processuais e incumbindo os Tribunais de especificar, com antecedência, a duração dos trabalhos (art. 221, parágrafo único, NCPC).

A nova ordem processual combate a cultura da litigiosidade e da judicialização. No terreno das políticas públicas, pode-se depreender do NCPC que o Judiciário não é o *locus* adequado para a tomada de decisões acerca de ações e programas destinados à concretização de direitos fundamentais sociais.

Portanto, o NCPC aposta na maximização da utilização de instrumentos extrajudiciais de solução de conflitos e na atuação mediadora e conciliatória do Ministério Público e da Advocacia Pública, instituições jurídicas tradicionalmente predispostas à litigiosidade.

## 5 A atuação extrajudicial do Ministério Público e da Advocacia Pública na solução consensual dos conflitos

Enquanto defensor do regime democrático,<sup>60</sup> o Ministério Público também atua extrajudicialmente e deve buscar a deliberação dialogada que atenda ao interesse dos beneficiários das políticas públicas.

Aliás, uma das maiores preocupações estratégicas do Ministério Público em âmbito nacional é ampliar a resolução extrajudicial dos conflitos.<sup>61</sup> Para prevenir os conflitos, reduzir a judicialização de demandas, assegurar maior eficiência e eficácia institucionais na proteção dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF) e ampliar os instrumentos efetivos de pacificação social, o

<sup>59</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 878.

<sup>60</sup> Tal como disposto no art. 127 da Constituição Federal: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

<sup>61</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 879.

Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução nº 118, de 1º.12.2014, para estabelecer a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição, para a implementação e a adoção de mecanismos como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais.

A instrumentalização dessa forma de atuação institucional decorre, especialmente, da Lei nº 7.347/1985, que prevê instrumentos, como o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta, para a apuração e a solução de conflitos envolvendo direitos coletivos e difusos.<sup>62</sup>

Essa atuação extrajudicial do Ministério Público confere maior agilidade para a efetividade dos direitos fundamentais sociais, porque os procedimentos administrativos instaurados pelos agentes ministeriais permitem a negociação com a Administração ou com os entes privados responsáveis pela implementação de políticas públicas. Nesses procedimentos administrativos, podem ser contempladas as grandes questões atinentes à implementação de políticas públicas, como as demandas sociais, a fixação de prazos e as adequações orçamentárias.<sup>63</sup>

Por isso, o inquérito civil não se resume a instrumento voltado à coleta de provas, preparatório da propositura da ação civil pública. Mais que isso, o inquérito civil, tal como os demais procedimentos administrativos instaurados pelo Ministério Público, é meio de aperfeiçoamento da democracia participativo-deliberativa na tomada de decisões sobre políticas públicas, ao abrir um espaço público à argumentação, à participação social e à construção de deliberações coletivas.

A partir dos fatos apurados nesses procedimentos administrativos, é possível celebrar termos de ajustamento de conduta, pelos quais a Administração e/ou ente privado se compromete a cessar a conduta legal ou inconstitucional (comissiva ou omissiva) no prazo e condições negociadas, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.<sup>64</sup>

O termo de ajustamento de conduta se insere na perspectiva da reavaliação das estratégias de atuação do Ministério Público na implementação de direitos fundamentais. Tal instrumento é mais efetivo que a sentença judicial, notadamente quando versa sobre a tutela de direitos fundamentais transindividuais, cuja conflituosidade pode ser melhor contornada pelo consenso obtido pelas partes envolvidas, sem prejuízo da força executiva que tem o termo de ajustamento de conduta como título executivo extrajudicial.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> ALONSO JÚNIOR, Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 174-175.

<sup>63</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 131-134.

<sup>64</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 137.

<sup>65</sup> ALONSO JÚNIOR, Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 178-179.

A defesa, pelo Ministério Público, de práticas decisórias democráticas inclui a figura da audiência pública, instrumento importante de promoção do diálogo dos órgãos públicos com os atores sociais para a melhor solução problemas coletivos, coleta de informações e de provas. Acima de tudo, trata-se de um procedimento de consulta à sociedade ou a grupos sociais interessados em determinado problema ou projeto a respeito de seus interesses específicos.

A realização de audiência pública tem previsão na Constituição Federal, que, compatível com a fundação de um Estado Democrático de Direito, concebe a participação popular na gestão da coisa pública em diversos dispositivos: arts. 10; 37, §3º; 58, §2º, inc. II; 187; 194; 198, inc. III; 204, inc. II; 206, inc. VI; e 216, §1º. No plano infraconstitucional, preveem a sua utilização, entre outros, os seguintes diplomas legais: Lei nº 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público; Lei nº 9.784/1999 – estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta; Lei nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade; Lei Complementar nº 101/2000. Deve ser acrescida, ainda, a Resolução nº 82, de 29.2.2012, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que dispõe sobre as audiências públicas no âmbito do Ministério Público da União e dos estados.

A audiência pública pode ser considerada uma modalidade semidireta de participação política e administrativa,<sup>66</sup> pois agrega ao modelo de democracia representativa um meio de recolher manifestações de pessoas e entidades interessadas nas decisões a serem tomadas, em busca de responsividade e eficiência. Com isso, amplia-se a legitimidade e a responsabilidade sociais do Ministério Público. Enquanto forma de participação política, as audiências públicas permitem o máximo de legitimidade na proteção do Ministério Público dos direitos fundamentais sociais dependentes de políticas públicas eficientes.<sup>67</sup>

Portanto, a audiência pública é um espaço de discussão e argumentação, um instrumento de participação político-administrativa aberto e acessível aos indivíduos interessados na decisão estatal e um filtro político. Situa-se, assim, entre os institutos processuais considerados, forma de aperfeiçoamento da democracia, que, na contemporaneidade, deixa de ser meramente representativa e majoritária e reclama a abertura à participação efetiva da sociedade.

Também atua extrajudicialmente nas questões atinentes às ações e programas estatais sujeitas à solução consensual a Advocacia Pública,<sup>68</sup> instituição

<sup>66</sup> Hugo Nigro Mazzilli a considera um mecanismo típico de democracias participativas, por meio do qual “os governados são tirados da letargia e levados a tomar responsabilidades e que ajuda a compatibilizar posições adversas e gerar o melhor conhecimento recíproco entre os distintos setores da sociedade” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 326).

<sup>67</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa e judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 36; 50-51.

<sup>68</sup> A Constituição Federal dispõe especificamente sobre a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal: “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão



igualmente essencial à distribuição da justiça.<sup>69</sup> Tradicionalmente recrutados para a atividade contenciosa (defensiva ou executivo-fazendária) e consultiva interna, os membros da Advocacia Pública podem concorrer ainda mais para a realização do Estado Democrático; desde que a eles assegurada a autonomia necessária para experiências transacionais resolutivas de controvérsias a respeito da implementação, execução e correção das políticas públicas.

A Advocacia Pública pode contribuir na evolução da sociedade com o desempenho de suas funções para a defesa das políticas públicas que atendam aos regramentos constitucionais.<sup>70</sup> Aspiração que, segundo Juan Pablo Couto de Carvalho, só será alcançada se os advogados públicos contarem com “plena independência funcional, necessária para poder enfrentar, quando necessário, as transitórias e circunstanciais políticas de eventuais ocupantes dos cargos do Estado”.<sup>71</sup>

Tomando-se por base, neste trabalho, a Advocacia-Geral da União (AGU), infere-se que, atualmente, são restritas as possibilidades de negociação e conciliação conferidas aos Advogados Públicos Federais (APF). Resumem-se à atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) e a algumas autorizações pontuais para a celebração de acordos voltados à recuperação de créditos ou ao pagamento de obrigações.

À Advocacia Pública Federal (APF) ainda é reservado um espaço limitado de conciliação, invariavelmente relacionado a temas ou matérias cujo desfecho já

---

vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas”. Em âmbito federal, a Advocacia Pública é desenvolvida pela Advocacia-Geral da União (AGU), órgão ao qual são vinculados os Advogados da União (competentes para a representação judicial e extrajudicial da Administração Pública Federal Direta), os Procuradores Federais (representam judicial e extrajudicialmente a Administração Pública Federal Indireta), os Procuradores da Fazenda Nacional, aos quais cumpre representar a União na execução da dívida ativa de natureza tributária, e ainda Procuradores do Banco Central do Brasil.

<sup>69</sup> “[...] a importância conferida pela Constituição Federal ao exercício da advocacia pública, colocando-a fora do Capítulo do Poder Executivo, para, assim, considerá-la função essencial à Justiça, no mesmo patamar institucional do Ministério Público, da advocacia em geral (privada) e da Defensoria Pública, não se fez a título gratuito ou ao sabor de grupos de pressão, mas sim para deixar evidente a independência deste órgão em relação às demais funções do Estado quando no desempenho de seus misteres constitucionais”. Ainda, para o autor, “a Advocacia Pública é peça fundamental na permanente batalha da sociedade por uma Administração Pública pautada no respeito à Constituição e às leis e, por conseguinte, aos direitos fundamentais da pessoa humana e do cidadão” (CARVALHO, Juan Pablo Couto de. *Advocacia-Geral da União: breve relato do maior escritório de advocacia do país*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado*. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 427).

<sup>70</sup> TASSE, Adel El. A missão do Advogado Público na defesa do Estado Democrático. *Revista CEJ*, Brasília, ano XV, n. 55, out./dez. 2011. p. 30-32.

<sup>71</sup> CARVALHO, Juan Pablo Couto de. *Advocacia-Geral da União: breve relato do maior escritório de advocacia do país*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado*. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 427.

está traçado na jurisprudência das Cortes Superiores e condicionado à edição de súmulas administrativas ou de Instruções Normativas a cargo do Advogado-Geral da União, como preconizado na Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (LOAGU), a Lei Complementar nº 73/1993.

Há que se destacar o pioneirismo da AGU, que instituiu a referida Câmara de Conciliação (CCAF) e assegura seu funcionamento desde o ano de 2007. Inicialmente limitada à solução administrativa de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, sua atribuição restou ampliada, passando a admitir a participação dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.<sup>72</sup>

Sendo a CCAF unidade da Consultoria-Geral da União, o procedimento conciliatório tramita em Brasília, sua sede, podendo, eventualmente, haver a descentralização para as unidades das Consultorias Jurídicas da União (CJU) existentes em cada estado, mas mantendo-se as atividades conciliatórias sob a supervisão do órgão central.<sup>73</sup> Diferentemente do que se dá com as Procuradorias Seccionais da União, da Fazenda Nacional e Federal, órgãos do contencioso, não há a interiorização da CJU, circunstância a dificultar e desestimular a solução consensual de litígios envolvendo a Administração Pública federal.

A CCAF tem potencial para expandir a sua atuação. A ampliação dessa atuação extrajudicial, contudo, é dificultada por vários fatores, como a falta de estrutura adequada da instituição AGU (situação decorrente da falta de investimentos e da desvalorização – funcional e remuneratória – de seus membros), o engessamento da (pouca) autonomia conferida aos seus agentes, a visão da Advocacia Pública ainda como mera advocacia de governo (e não de Estado) e, principalmente, a compreensão desatualizada – *desconstitucionalizada* – do direito administrativo. O enfrentamento de questões internas e pontuais acerca da AGU e seu funcionamento, contudo, não cabem neste trabalho. Por outro lado, nos limites da temática aqui tratada, é importante reconhecer a nova compreensão do direito administrativo.

A cultura da judicialização, no âmbito da Administração Pública, infelizmente, hostiliza o uso de meios alternativos de solução de conflitos, impondo-se com argumentos de legalidade estrita, de interesse público, de créditos indisponíveis,<sup>74</sup> os quais eram frequentemente apresentados<sup>75</sup> contra a utilização da arbitragem<sup>75</sup> no

<sup>72</sup> Atualmente, a competência da CCAF está prevista no art. 18, do Anexo I, do Decreto nº 7.392, de 13.12.2010.

<sup>73</sup> Outras informações sobre o funcionamento da CCAF podem ser obtidas consultando-se a cartilha por ela elaborada, que está em sua 3ª edição (2012) e disponível no *site* da instituição (<[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/327966](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/327966)>).

<sup>74</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Advocacia Pública, Câmara de Conciliação da Administração Federal e a cultura de judicialização: números, paradoxos e possibilidades. In: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes *et al.* *ANAJUR 25 anos: um olhar sobre a advocacia pública brasileira*. Brasília: 4 Art Produções Culturais, 2011. p. 55-59. Disponível em: <<http://www.anajur.org.br/downloads/livros/anajur-25-anos.pdf>>.

<sup>75</sup> Arbitragem é “um modo extrajudiciário de solução de conflitos em que as partes, de comum acordo, submetem a questão litigiosa a uma terceira pessoa, ou várias pessoas, que constituirão um tribunal arbitral”, ou seja, um instrumento alternativo à judicialização, por meio do qual as pessoas resolvem seus conflitos mediante



âmbito da Administração Pública.<sup>76</sup> Felizmente, tal dimensão foi superada pela Lei nº 13.129, de 26.5.2015.

A questão da arbitrabilidade dos conflitos que envolvem a Administração Pública é normalmente enfrentada na quadra dos contratos administrativos, em especial naqueles que dispõem sobre a concessão de serviços públicos. Dizia-se que, se a arbitragem estabelece entre os contratantes o compromisso de sujeição do conflito à jurisdição arbitral, haveria renúncia ou exclusão do controle judicial de mérito, contrariando a inafastabilidade da jurisdição. Ademais, a vedação ao juízo arbitral estava assentada na indisponibilidade do interesse público.

De qualquer forma, prevendo eventual arguição de inconstitucionalidade da Lei nº 13.129/2015, pode-se sustentar que a “reserva de Justiça estatal” de que trata o texto constitucional (art. 5º, inc. XXXV) 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. A heterocomposição dos litígios se harmoniza com a diretriz da democracia participativa e pluralista, pela qual as pessoas estão credenciadas e legitimadas a participar do esforço comum para a boa gestão da coisa pública.<sup>77</sup>

A resistência à utilização da arbitragem pela Administração Pública federal foi alimentada por decisões do Tribunal de Contas da União determinativas da abstenção da inclusão, em editais e contratos, da cláusula de compromisso arbitral por ausência de autorização legal.<sup>78</sup> Trata-se de exegese (a ser) superada objetivamente, uma vez que a Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem) passou por atualização trazida com a Lei nº 13.129/2015. Doravante, a Administração Pública está expressamente autorizada a valer-se da arbitragem quando o conflito versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Essa reforma é fruto da revisão pela qual passa o direito administrativo contemporâneo, cujos rigores excessivos não se compatibilizam com as necessidades

---

submissão a um árbitro (LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 59).

<sup>76</sup> Aqui considerada em seu perfil material: um complexo de atividades desenvolvidas pelo Estado tendo em vista o atendimento das necessidades públicas.

<sup>77</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 158. Registra-se que o autor não aborda, específica e expressamente, a figura da arbitragem, dedicando-se genericamente aos meios alternativos (à judicialização) de solução de conflitos.

<sup>78</sup> Cita-se, ilustrativamente, o julgamento do processo de Tomada Contas nº 003.499/2011-1, no qual proferido o Acórdão nº 2573/2012 – Ata nº 38. A Corte de Contas determinou à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que, na outorga para concessão, recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação da capacidade do trecho da rodovia BR-101/ES/BA, faça “constar expressamente no contrato de concessão proveniente do Edital 001/2011 BR101/ES/BA [...] a inaplicabilidade da arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão, haja vista o que dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001” (Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em: 15 jun. 2015).

da moderna Administração Pública e da sua democratização.<sup>79</sup> O novo direito administrativo pressupõe, destarte, uma releitura que envolve a participação, a flexibilidade e a consensualidade, interpretação que é mais consentânea com a Constituição Federal.<sup>80</sup> Assim, o princípio da legalidade, em sua visão tradicional (positivista-legalista), como um dos paradigmas clássicos do regime jurídico administrativo, é colocado em xeque, diante de transformações decorrentes da nova configuração do Estado Democrático de Direito,<sup>81</sup> fundado na constitucionalização do direito administrativo e na noção de *juridicidade administrativa*.

Registra-se, também quanto à arbitragem no âmbito da Administração Pública, que ainda suscita alguma discussão a chamada *arbitrabilidade objetiva* (inerente às matérias suscetíveis de solução arbitral), por conta da indisponibilidade do interesse público.

Embora o tema exija análise e desenvolvimento amplos, inviáveis neste trabalho, pode-se dizer que não se pode confundir a *indisponibilidade do interesse público* com a *disponibilidade de direitos patrimoniais* de titularidade do Estado. Mesmo em se tratando de conflito que envolva matérias de expressão social (interesse público propriamente dito, primário e indisponível), poderá haver espaço reservado à arbitragem, se também se tratar de *direitos patrimoniais disponíveis*, assim considerados os econômicos que se referem aos interesses públicos secundários, que são disponíveis e servem para operacionalizar (caráter instrumental) os interesses públicos originários.<sup>82</sup> Não por outro motivo a Lei de Arbitragem autoriza à Administração Pública o uso do instituto para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Tome-se como exemplo um contrato administrativo celebrado com entidade privada e que tem por objeto a construção de casas populares. Na ocorrência de um conflito referente a um aspecto econômico (equilíbrio contratual, por exemplo), caberá submetê-lo à jurisdição arbitral. A solução, no entanto, haverá de pautar-se nos princípios inerentes à Administração Pública, estampados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e na efetividade e concretização do direito fundamental à moradia (art. 6º/CF). Em tal hipótese, a redução da quantidade de casas cuja construção se contratou seria a última alternativa. Assegurar-se-ia o interesse público indisponível (acesso à moradia digna) mediante a disposição de um direito público patrimonial e econômico, mantendo-se hígida a implementação da política pública sem a necessidade de judicialização da demanda.

<sup>79</sup> LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 50-56.

<sup>80</sup> LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 105.

<sup>81</sup> BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 13, mar./maio 2008. p. 6.

<sup>82</sup> LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 141.

Na mesma linha de ampliação da utilização de meios não judiciais de solução de conflitos, não se olvide da existência de projeto de lei do Senado – PLS nº 517/2011,<sup>83</sup> aprovado pelo Congresso Nacional e encaminhado à sanção da Presidente da República, que regulamenta a *mediação*,<sup>84</sup> de cujo texto se pode destacar a abertura deste instrumento à Administração Pública, a possibilidade de maior participação da Advocacia Pública nas soluções negociadas e a expressa autorização para a transação a respeito de direitos indisponíveis (§2º do art. 3º). Com a aprovação definitiva do projeto, conferir-se-á ao próprio ente da federação, por meio de regulamento, a definição dos casos, conflitos ou temas suscetíveis de mediação (art. 30, §2º).

Portanto, a atuação direta da Advocacia Pública Federal<sup>85</sup> é mais condizente com as figuras da mediação e da conciliação, institutos reputados equivalentes na CCAF (e no âmbito da AGU), pois iguais em termos práticos e finalísticos, a despeito de o NCPC estabelecer certa distinção entre ambos, que se opera subjetiva e funcionalmente à medida que desigualados (mediador e conciliador) segundo, respectivamente, a existência ou não de vínculo anterior entre as partes (cfr. art. 165, §§2º e 3º).

## Conclusão

Desde a ruptura com o modelo do Estado moderno, o papel do Judiciário vem ganhando novos contornos. Politicamente desneutralizado, controla e corrige os atos dos demais poderes públicos, e diante da teleologia da Constituição dirigente, cumpre-lhe exercer, subsidiariamente, a função de concretização dos direitos fundamentais sociais. A omissão do Estado – legislador e administrador – e a crise de representatividade dos eleitos, decorrente das imperfeições do sistema político brasileiro, transfere para o Judiciário a tomada de decisões políticas públicas. Sua atuação se expande e, quando se torna ativista, deturpa a função judicial prevista na Constituição Federal.

A crise da democracia representativa impõe, para a maior legitimidade social das decisões estatais, a participação efetiva do cidadão nos espaços públicos. A sociedade civil deve ser estimulada a participar das deliberações coletivas. Nesse

<sup>83</sup> PROJETO de Lei do Senado nº 517, de 2011. *Senado*. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=101791](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=101791)>. Acesso em: 16 maio 2015.

<sup>84</sup> “Mediação é o mecanismo de abordagem consensual de controvérsias em que uma pessoa isenta e capacitada atua tecnicamente com vistas a facilitar a comunicação entre os envolvidos para que eles possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas” (TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 751).

<sup>85</sup> Sem descurar da atuação direta – e inexorável – da Consultoria Jurídica da União (AGU) também na arbitragem, extrajudicialmente.

contexto, a formulação de políticas públicas deve dar-se, prioritariamente, conforme a devida processualidade que lhe é inerente, com a qual incompatíveis escolhas individuais e monolíticas desprovidas de planejamento.

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 colaboram para a construção de um ambiente apropriado à desjudicialização. Com isso, não se pretende a exclusão da intervenção judicial, que é uma garantia fundamental prevista no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, mas sim incentivar meios alternativos de solução de controvérsias que exija a intervenção do Estado-Juiz apenas subsidiariamente, em *ultima ratio*.

O Novo Código de Processo Civil alinha-se a essa tendência, à medida que estabelece a promoção da solução consensual dos conflitos e exige da Fazenda Pública a instituição de câmaras de conciliação e mediação. A promoção da solução consensual (autocompositiva) é um dever dos juízes (art. 139, inc. V, NCPC), bem como uma exigência do Estado que deve evitar que a efetivação das políticas públicas ocorra por intermédio do Poder Judiciário. Tal perspectiva acentua a maximização da atuação extrajudicial das funções essenciais à Justiça, notadamente o Ministério Público e a Advocacia Pública.

A eficiência e a eficácia da atuação do Ministério Público incluíram a ampliação da resolução extrajudicial dos conflitos e a otimização da intervenção no processo civil. Por isso, a negociação, a mediação, a conciliação, as convenções processuais e as práticas restaurativas integram à política nacional de incentivo a autocomposição no âmbito do Ministério Público brasileiro (Resolução nº 118/CNMP). Tais instrumentos colaboram com a prevenção e a redução da litigiosidade, evitam a excessiva judicialização e permitem a melhor resolutividade da proteção dos direitos fundamentais.

A Advocacia Pública também pode contribuir com a maior pacificação social e o empoderamento dos cidadãos. Para isso, é preciso dotá-la de estrutura adequada e condizente com a sua importância e autonomia transaccional necessária para a realização eficiente e válida da mediação e da conciliação, enquanto instrumentos de execução e correção de políticas públicas e de concretização de direitos fundamentais.

A atuação extrajudicial do Ministério Público e da Advocacia Pública, além de fortalecer a democracia e dar efetividade à ordem jurídica, é a mais adequada, rápida e eficiente para a implementação de políticas públicas.

---

#### **Desjudicialization of public policy and the New Civil Procedure Code – Contribution of Public Prosecution and Advocacy Public to solution conflicts**

**Abstract:** This article talks about the applicability of alternative means of dispute resolution to the Public Administration. Returning to the teleology of the welfare state, the crisis of representative democratic

model, the separation of state powers, the role of the judiciary and the exercise of judicial activity, warns about the impossibility of monolithic judicial control of public policies and the need for implementation of deliberative democracy. Consistent with contemporary, plural and multicultural society, the new Civil Procedure Code establishes the State creating instruments for “desjudicialização” of public policy. It is understood that the extra-judicial role of the prosecutor and the Public Advocacy in the context of conflicts involving the Treasury strengthens democracy, effective the law and reveals appropriate mechanism to correct choices, besides conferring democratic legitimacy of judicial action execution and satisfaction the commitments made by conciliation, mediation and arbitration.

**Keywords:** New Civil Procedure Code. Public administration. Public policies. Democracy. Extrajudicial solution of conflicts. Public Ministry. Public Advocacy.

---

## Referências

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência política, Estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.
- ALONSO JÚNIOR, Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular – A construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1º nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 17 set. 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 13, mar./maio 2008.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.



- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. Tradução de Edilson Alkimim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.
- CARVALHO, Juan Pablo Couto de. Advocacia-Geral da União: breve relato do maior escritório de advocacia do país. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado*. Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente ao gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Advocacia Pública, Câmara de Conciliação da Administração Federal e a cultura de judicialização: números, paradoxos e possibilidades. In: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes *et al.* *ANAJUR 25 anos: um olhar sobre a advocacia pública brasileira*. Brasília: 4 Art Produções Culturais, 2011. Disponível em: <<http://www.anajur.org.br/downloads/livros/anajur-25-anos.pdf>>.
- GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Tradução de Bruno Oliveira Maciel. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 17-78, jan./mar. 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, nov. 2000.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa e judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

- RABOTNIKOF, Nora. *El espacio público y la democracia moderna*. México: Instituto Federal Electoral, 1997.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*. Tradução de Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997.
- SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- TASSE, Adel El. A missão do Advogado Público na defesa do Estado Democrático. *Revista CEJ*, Brasília, ano XV, n. 55, out./dez. 2011.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

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. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 225-251, abr./jun. 2016.

---

Recebido em: 29.01.2016

Aprovado em: 14.06.2016