

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

LEILA APARECIDA COELHO FERREIRA

O DIREITO FUNDAMENTAL À PRÉVIA E JUSTA INDENIZAÇÃO
EM DINHEIRO E O ACESSO À JUSTIÇA:
mediação e arbitragem como garantias de celeridade e justo preço nos processos de
desapropriação por utilidade pública a partir da Lei 13.867/19

Uberlândia - MG

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

F383d
2022 Ferreira, Leila Aparecida Coelho, 1966-
 O direito fundamental à prévia e justa indenização em dinheiro e o
 acesso à justiça [recurso eletrônico] : mediação e arbitragem como
 garantias de celeridade e justo preço nos processos de desapropriação por
 utilidade pública a partir da Lei 13.867/19 / Leila Aparecida Coelho
 Ferreira. - 2022.

 Orientador: Carlos José Cordeiro.
 Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia.
 Programa de Pós-Graduação em Direito.
 Modo de acesso: Internet.
 Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2022.5061>
 Inclui bibliografia.

 1. Direito. I. Cordeiro, Carlos José, 1969-, (Orient.). II. Universidade
 Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III.
 Título.

CDU: 340

André Carlos Francisco
Bibliotecário - CRB-6/3408

LEILA APARECIDA COELHO FERREIRA

O DIREITO FUNDAMENTAL À PRÉVIA E JUSTA INDENIZAÇÃO
EM DINHEIRO E O ACESSO À JUSTIÇA:

mediação e arbitragem como garantias de celeridade e justo preço nos processos de desapropriação por utilidade pública a partir da Lei 13.867/19

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito, na área de concentração de Direitos e Garantias Fundamentais, na linha de pesquisa 2 - Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Uberlândia - MG

2022

LEILA APARECIDA COELHO FERREIRA

A dissertação intitulada “O DIREITO FUNDAMENTAL À PRÉVIA E JUSTA INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO E O ACESSO À JUSTIÇA: MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM COMO GARANTIAS DE CELERIDADE E JUSTO PREÇO NOS PROCESSOS DE UTILIDADE PÚBLICA A PARTIR DA LEI 13.867/19”, foi considerada _____ pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos José Cordeiro - Orientador- UFU

Prof. Dr. Luiz Carlos Goiabeira Rosa – UFU

Prof. Dr. Arthur Pinheiro Basan - UNISINOS



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
 Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito
 Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP 38400-902
 Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br



ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 167, PPGDI				
Data:	Primeiro de setembro de dois mil e vinte e dois	Hora de início:	10:00	Hora de encerramento:	12:00
Matrícula do Discente:	12012DIR011				
Nome do Discente:	Leila Aparecida Coelho Ferreira				
Título do Trabalho:	O DIREITO FUNDAMENTAL À PRÉVIA E JUSTA INDENIZAÇÃO EM DINHEIRO E O ACESSO À JUSTIÇA: MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM COMO GARANTIAS DE CELERIDADE E JUSTO PREÇO NOS PROCESSOS DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA A PARTIR DA LEI 13.867/19				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Direitos e Deveres na Sociedade de Risco				

Reuniu-se, utilizando tecnologia de comunicação à distância, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito, assim composta: Professores Doutores: Arthur Pinheiro Basan - UniRV; Luiz Carlos Goiabeira Rosa - UFU; e Carlos Jose Cordeiro - UFU - orientador da candidata.

Iniciando os trabalhos o presidente da mesa, Dr. Carlos Jose Cordeiro, apresentou a Comissão Examinadora e a candidata, agradeceu a presença do público, e concedeu à Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação da Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos examinadores, que passaram a arguir a candidata. Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando a candidata:

Aprovada.

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Neste ato, e para todos os fins de direito, os examinadores e a discente autorizam a transmissão ao vivo da atividade. As imagens e vozes não poderão ser divulgadas em nenhuma hipótese, exceto quando autorizadas expressamente pelos examinadores e pela discente. Por ser esta a expressão da vontade, nada haverá a reclamar a título de direitos conexos quanto às imagens e vozes ou quaisquer outros, nos termos firmados na presente.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora e pela discente.



Documento assinado eletronicamente por **Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Professor(a) do Magistério Superior**, em 02/09/2022, às 08:48, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Carlos José Cordeiro, Professor(a) do Magistério Superior**, em 05/09/2022, às 18:33, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Arthur Pinheiro Basan, Usuário Externo**, em 06/09/2022, às 12:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Leila Aparecida Coelho Ferreira, Usuário Externo**, em 09/09/2022, às 20:42, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **3886630** e o código CRC **6766CFFB**.

DEDICATÓRIA

A todos os meus familiares e amigos!

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que nos deu o dom da vida, da saúde e intelectualidade suficiente para aqui chegarmos, com a consciência de que no país em que vivemos, somente uma ínfima parcela da sociedade tem a chance de chegar até aqui.

Agradeço, em segundo lugar, a minha família, ao meu esposo José Paulo e a meus filhos Vítor Augusto e Guilherme, pela paciência, compreensão e aceitação dos momentos de ausência, os quais foram necessários para que eu pudesse terminar este trabalho.

Ao professor Dr. Carlos José Cordeiro, pela orientação e direcionamento desta pesquisa, que sem dúvida, contribui para o meu crescimento acadêmico, profissional e pessoal.

RESUMO

Apesar de ser um direito fundamental a prévia e justa indenização em dinheiro prevista no inciso XXIV, do artigo 5º da Constituição Federal, a realidade cotidiana demonstra que a desapropriação por utilidade pública incorre num pagamento a *posteriori* da indenização do expropriado, consubstanciado no depósito judicial de uma quantia insuficiente a se configurar justa e uma complementação por meio de pagamento sob o regime de precatório – e isso, após longos e exaustivos anos. Para que venha a fazer justiça e receber a adequada indenização a que tem direito, o expropriado inevitavelmente se submete a um longo, moroso e excruciante desenrolar da ação de desapropriação, num cenário em que a Fazenda Pública, sabidamente senão a maior uma das maiores litigantes no Poder Judiciário, age de forma a obstaculizar ao máximo uma decisão judicial justa e favorável ao particular. A esse respeito, o presente trabalho visa a analisar a efetivação do direito fundamental do acesso à Justiça e a respectiva possibilidade de efetivação do direito fundamental à indenização justa, prévia e em dinheiro do expropriado por meio da mediação e arbitragem no âmbito da desapropriação por utilidade pública. Por meio do método dedutivo, pretende-se inicialmente discorrer sobre os direitos fundamentais no âmbito do Estado Constitucional e Democrático de Direito, para se chegar à possibilidade de se adotar a mediação e arbitragem enquanto consectários de uma indenização justa, prévia e em dinheiro ao expropriado, buscando-se assim identificarem-se os mecanismos de garantia de celeridade e justo preço nos processos de desapropriação por utilidade pública pela via da mediação.

Palavras-chave: prévia e justa indenização; desapropriação; mediação e arbitragem

ABSTRACT

Despite being a fundamental right to prior and fair compensation in cash provided for in item XXIV, article 5 of the Federal Constitution, the daily reality shows that expropriation for public utility incurs an a posteriori payment of compensation for the expropriated, embodied in the judicial deposit of an insufficient amount to be considered fair and a supplement through payment under the precatory regime – and that, after long and exhausting years. In order to do justice and receive the adequate compensation to which he is entitled, the expropriated person inevitably undergoes a long, lengthy and excruciating course of expropriation action, in a scenario in which the Public Treasury, known if not the largest one of the largest litigants in the Judiciary, acts in such a way as to hinder as much as possible a fair and favorable judicial decision. In this regard, the present work aims to analyze the realization of the fundamental right of access to justice and the respective possibility of realization of the fundamental right to fair, prior and cash compensation of the expropriated through mediation and arbitration in the context of expropriation for utility. public. Through the deductive method, it is initially intended to discuss fundamental rights in the context of the Constitutional and Democratic State of Law, in order to reach the possibility of adopting mediation and arbitration as consequences of a fair, prior and cash compensation to the expropriated. , thus seeking to identify the mechanisms to guarantee speed and fair price in the processes of expropriation for public utility through mediation.

Keywords: prior and fair compensation; expropriation; mediation and arbitration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO	12
1.1 Do Estado Legal ao Estado Constitucional de Direito	12
1.2 A “virada kantiana” do Direito	23
1.3 Suporte fático e restrições dos direitos fundamentais	26
1.4 Proibição de proteção insuficiente (proibição de proteção deficiente, proibição de insuficiência ou proibição por defeito).....	34
2 AS ONDAS RENOVATÓRIAS DO ACESSO À JUSTIÇA.....	50
2.1 Cappelletti e as três ondas de acesso à justiça	55
2.2 Kim Economides e a quarta onda	61
2.3 A “quinta onda” de Roberto Bacellar e a acepção contemporânea do acesso à justiça	64
3 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM ENQUANTO MEIOS DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL NA DESAPROPRIAÇÃO	79
3.1 A desapropriação: entre o interesse público e os direitos e garantias constitucionais do expropriado	81
3.2 Mediação e arbitragem na desapropriação	98
3.2.1 <i>Noções gerais</i>	100
3.2.2 <i>O contexto expropriatório</i>	104
CONCLUSÃO.....	127
REFERÊNCIAS	132

INTRODUÇÃO

A desapropriação por utilidade pública é um instituto jurídico previsto no ordenamento pátrio, com a finalidade de a Administração Pública apropriar-se de bem de domínio particular sob a justificativa decretada de atender a um interesse público-social, fundamentado no princípio da supremacia do interesse público e tendo como regra geral a indenização ao proprietário.

Previsto no artigo 5º, inciso XXIV, e no art. 184 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem como regulamentação principal o Decreto-lei 3.365, de 21 de julho de 1941, que pode ser considerado como o diploma legal fundamental das desapropriações em geral. Apesar de editado em pleno período ditatorial brasileiro conhecido como Estado Novo (1937-1945), foi o instituto reconhecido e expressamente previsto nas sucessivas constituições brasileiras (1946, 1967 e emenda nº1 de 1969) e recepcionado pela atual ordem constitucional.

Trata-se, por óbvio, de instrumento de intervenção do Estado na ordem econômica e social, com a finalidade de oferecer meios materiais à realização de políticas públicas, porém, devendo sempre ser considerado em conjunto o respeito ao direito fundamental de propriedade do particular: se este é aliado de sua propriedade, deve ser ressarcido devidamente, para que se preserve sua dignidade humana enquanto proprietário.

De outra forma, o conjunto dos limites e dos vínculos impostos a quaisquer poderes, para além da mera realização formal dos procedimentos formais, deve garantir materialmente a realização da justiça e, no que toca às desapropriações, o atendimento dos interesses público e privado somente se concretizarão no momento em que se fixa a justa e prévia indenização, pois é somente através desta que se torna possível harmonizar o direito individual do particular afetado com o interesse coletivo com ele colidente. É dizer: no contexto da desapropriação, deve-se sempre ter como um dos objetivos precípuos a obediência ao princípio da igualdade, onde a perda da propriedade para a Administração Pública dever corresponder ao particular a equivalente indenização.

Com efeito, a ideia de igualdade perpassa pelo necessário nivelamento entre os atores de uma relação jurídica. Não sem motivo, a finalidade precípua dos direitos fundamentais é positivar as prerrogativas intrínsecas e indissociáveis de

uma vida digna, para que, uma vez dotados de força constitucional, sejam imperiosos no sopesamento inevitável que ocorre quando ocorre um conflito de interesses.

Nesse contexto, no âmbito da desapropriação por utilidade pública observam-se entre outros os imperativos de celeridade e justo preço face ao direito fundamental à prévia e justa indenização em dinheiro prevista no inciso XXIV, do artigo 5º da Constituição Federal. Sob esse norte, o expropriado terá a respectiva contrapartida à perda da propriedade: para deixar de ser proprietário de um bem em prol do interesse público, terá o direito de ser devidamente ressarcido pelo prejuízo.

Não obstante e na prática, a realidade cotidiana demonstra que a desapropriação por utilidade pública incorre num pagamento *a posteriori* da indenização do expropriado, consubstanciado no depósito judicial de uma quantia insuficiente a se configurar justa e uma complementação por meio de pagamento sob o regime de precatório – e isso, após longos e exaustivos anos.

Isso contraria frontalmente o primado constitucional da prévia e justa indenização em dinheiro, previsto no art. 5º inciso XXIV da Constituição Federal de 1988: o expropriado primeiramente é alijado de sua propriedade para só após receber a respectiva indenização e ainda assim de forma parcelada, denotando-se aí um desvirtuamento de tal modalidade de intervenção na propriedade pelo Estado em que o então proprietário não tem seu direito fundamental da “justa e prévia indenização em dinheiro” garantido. Essa desarmonia é verificada principalmente quando o pagamento é feito, repita-se, pelo regime de precatórios, descumprindo-se claramente o direito fundamental “à justa e prévia indenização em dinheiro” na medida em que resta notória a enorme demora no recebimento por tal meio. E isso, quando não ocorre o igual notório e corriqueiro fato de a Administração Pública indenizar incorretamente o expropriado quando paga quantia inferior à que o expropriado aquiesce pelo bem desapropriado, pelo que não raras vezes o expropriado necessita ingressar com a respectiva ação para se discutir, comprovar e exigir o justo pagamento.

Infelizmente tal cenário é corriqueiro, mormente quando a Administração Pública vale-se da declaração de urgência para a desapropriação, onde se imite na posse mediante a respectiva declaração e o depósito de quantia que entende ser

necessária para a indenização – e que quase nunca o é. Nisso, para que venha a fazer justiça e receber a adequada indenização a que tem direito, o expropriado inevitavelmente se submete a um longo, moroso e excruciante desenrolar da ação de desapropriação, num cenário em que a Fazenda Pública, sabidamente senão a maior uma das maiores litigantes no Poder Judiciário, age de forma a obstaculizar ao máximo uma decisão judicial justa e favorável ao particular.

Isso, num contexto de crise em que o Poder Judiciário se encontra mal aparelhado para atender às cada vez mais crescentes demandas expropriatórias, aliando-se ao fato de que não dispõe de recursos humanos suficientes a atender não só aos conflitos decorrentes da desapropriação, mas também a tantos outros de outras áreas que são submetidos à apreciação judicial. Um Judiciário que, se por um lado tem amenizada, não tem por resolvida sua crise com a tão-só reforma legislativa a respeito de processos e procedimentos, revelando-se claramente necessária uma atualização e adequação estruturais para atender com maior eficácia e efetividade à sociedade.

Essa situação forçosamente levou à necessidade de se perquirir alternativas à via judicial para a solução do litígio expropriatório, alternativas essas que reunissem ao mesmo tempo o respeito aos preceitos constitucionais garantidores de uma Administração Pública eficiente enquanto gestora do interesse público, e ao mesmo tempo o direito do expropriado a uma indenização justa. Assim foi com a inclusão, no Decreto-Lei nº 3.365/1941, da mediação e arbitragem enquanto instrumentos alternativos de resolução dos conflitos envolvendo a desapropriação.

Nesse sentido, pode o direito fundamental à indenização justa, prévia e em dinheiro do expropriado ser efetivado com maior eficiência através dos meios alternativos de resolução de conflitos inseridos pela Lei 13.867 de 26 de agosto de 2019 no Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941?

A esse respeito, o presente trabalho visa a analisar a efetivação do direito fundamental do acesso à Justiça e a respectiva possibilidade de efetivação do direito fundamental à indenização justa, prévia e em dinheiro do expropriado por meio da mediação e arbitragem no âmbito da desapropriação por utilidade pública. Por meio do método dedutivo, pretende-se inicialmente discorrer sobre os direitos fundamentais no âmbito do Estado Constitucional e Democrático de Direito, para se

chegar à possibilidade de se adotar a mediação e arbitragem enquanto consectários de uma indenização justa, prévia e em dinheiro ao expropriado, buscando-se assim identificarem-se os mecanismos de garantia de celeridade e justo preço nos processos de desapropriação por utilidade pública pela via da mediação.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Na vida em sociedade, tem o indivíduo direito a prerrogativas e garantias mínimas de uma vida digna, pelo tão-só fato de “ser” humano. Nessa linha é que se denotam os direitos fundamentais enquanto positivação de prerrogativas intrínsecas ao cidadão, essenciais a um viver dignamente e inerentes a um Estado Constitucional e Democrático de Direito.

1.1 Do Estado Legal ao Estado Constitucional de Direito

A Constituição Federal de 1988 representou uma mudança radical de paradigmas, principalmente no tocante ao eixo axiológico do ordenamento jurídico na medida em que o patrimônio (o “ter”) cedeu lugar à pessoa humana (o “ser”) e, por consequência, a positivação de princípios norteadores e asseguradores da dignidade humana, rompendo assim com o modelo estático normativo-estatal até então vigente.

No absolutismo monárquico, o rei era a autoridade máxima e, por isso, detinha os poderes legislativo e executivo. Essa concentração de poderes, aliada ao fato de que o judiciário era composto apenas por nobres, os quais ou eram nomeados pelo rei ou herdavam o título – o cargo de juiz era passado de ascendente para descendente -, gerava um quadro de profunda insegurança nas relações jurídicas: por exemplo, o rei poderia elaborar e imediatamente mandar executar uma lei que prejudicasse a um, a alguns ou a todos, sem se preocupar com a justiça ou injustiça de tal norma, pelo tão-só fato de ter o poder absoluto em suas mãos. E, uma demanda que envolvesse alguém do povo e um nobre, inexoravelmente, seria julgada em favor deste último.

Nesse contexto, em fins do século XVIII e na França, a então nascente burguesia encontrava-se restrita em suas atividades comerciais, dada a ausência

legislativa quanto a uma regulação justa das relações comerciais e ao mesmo tempo ao excesso de leis que privilegiavam a nobreza em detrimento de todo o resto da população. Tendo o poder econômico, mas não sendo protegida pelo poder político, sob o pretexto de se exigir do Estado o reconhecimento às liberdades e aos direitos individuais, a classe burguesa incitou as classes mais baixas que compunham o povo em geral a se insurgirem contra o sistema absolutista monárquico e a respectiva ordem paternalista em favor da nobreza que constituíam o chamado *Anciën Regime*.

Assim, com o paradigmático evento da queda da Bastilha em 1789, a burguesia impôs ao Estado-rei o dever de respeitar o indivíduo em si considerado e suas respectivas liberdades, numa concretização ao anseio geral de reconhecimento do indivíduo enquanto cidadão pelo Estado – anseio esse que a burguesia aproveitou para atingir seu principal objetivo: a não intervenção estatal em suas práticas comerciais.

Para se impedir de vez o retorno do absolutismo, criou-se então um instrumento normativo que positivou as garantias individuais frente ao Estado – a Constituição -, no qual constariam essencialmente regras de tratamento igualitário entre os cidadãos e de limitação à autoridade e atividade estatais, onde se ressalta, nesse último caso, o fracionamento do poder estatal nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com as respectivas funções claramente delimitadas de forma a que um Poder não invadisse a esfera de competência e atuação de outro e vice-versa (sistema de freios e contrapesos), coibindo-se assim, repise-se, o autoritarismo estatal ora vigente no absolutismo: ao Legislativo, função legiferante; ao Judiciário, dirimir conflitos entre particulares ou entre estes e a Administração Pública; ao Executivo, desincumbir-se da função burocrática¹ (SOARES, 2001, p. 267-268) e, assim, uma vez delimitada a abrangência de cada Poder, igualmente o era sua esfera de influência na vida do cidadão.

Conforme observa Dalmo de Abreu Dallari:

Foi a intenção de enfraquecer o poder do Estado, complementando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a separação de poderes como um dos dogmas do Estado Moderno, chegando-se

¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado** – o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.267-268.

mesmo a sustentar a impossibilidade de democracia sem aquela separação. [...] Essa preocupação com a separação dos poderes visando a proteger a liberdade refletiu-se imediatamente em todo o movimento constitucionalista.²

Nesse sentido, bem observa Montesquieu:

[...] a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer. Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer. Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam esse poder.³

De se ressaltar que essa ideia de liberdade passou a se aplicar não só em relação ao cidadão como também ao Estado, na medida em que este também deveria se submeter ao império das leis. Aqui então denota-se o surgimento do Estado de Direito, aquele que se constitui e se regula por meio das diretrizes previstas na respectiva Constituição, à qual o Estado enquadra-se e se submete para que se garantam as liberdades individuais e se coíbam os excessos então existentes no absolutismo. Consolidam-se aqui as ideias de soberania nacional, separação de poderes e de Constituição, sendo esta não só o balizador mor da atividade estatal como também o garantidor da previsão e defesa dos direitos e liberdades individuais, pelo que, o Estado de Direito perfaz-se num Estado que realiza suas atividades debaixo da ordem jurídica, contrapondo-se ao superado Estado-Polícia, onde o poder político era exercido sem limitações jurídicas, apenas se valendo de normas jurídicas para se impor aos cidadãos⁴.

Outrossim, a preocupação em se afastar o fantasma do absolutismo de certo modo maculou a tripartição de poderes, dado o ranço que ainda se mantinha quanto à forma em que o rei havia deles se utilizado. Bem a propósito é o escólio de Almeida e Bittencourt:

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed.. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 214.

³ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. 2. tir.. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166.

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. 10. tir.. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 36.

Dos três poderes, o Judiciário encontrava-se em absoluto descrédito, por ser notadamente parcial. O Executivo carecia de legitimidade, já que há bem pouco tempo abusara do poder a ele conferido. Por essa razão, o novo texto constitucional deu nítida preferência ao Legislativo, com base no pensamento de Montesquieu, que afirmava ser um governo de leis melhor do que um governo de homens, pois os homens são arbitrários e injustos, enquanto a lei é igual a todos. Ademais, instituiu-se um sistema representativo em que o povo, mesmo que indiretamente, fazia as leis. Surgiu, então, a figura do “parlamento fábrica de leis”.⁵

Também é nesse sentido o entendimento de Mauro Cappelletti, para quem os juízes do *Ancién Regime*:

[...] estavam de tal maneira identificados com o regime feudal que consideravam inaceitável qualquer inovação liberal. Os cargos eram hereditários, podendo ser comprados e vendidos. O trabalho dos juízes devia ser pago pelos litigantes como se a administração da justiça fosse um privilégio dos magistrados e não uma obrigação. *Status*, educação, família e interesses pessoais de classe se combinavam para motivar comportamentos extremamente conservadores, fato que, eventualmente, contribuiu para a deflagração da explosão revolucionária.⁶

Assim, sobressaiu-se o Poder Legislativo enquanto garantidor da erradicação do absolutismo, ao ser incumbido da formulação de leis que restringissem o Estado e garantissem ao indivíduo liberdades até então sonegadas:

[...] a teoria da separação dos poderes coloca a estrutura organizacional política do Estado de forma tal que o Legislativo termina por assumir uma predominância clara sobre os demais, ao tempo em que o Judiciário é politicamente neutralizado por força do princípio da legalidade e do princípio da subsunção racional-formal, que determina ser a aplicação do direito uma subsunção lógica de fatos a normas, desprovidas totalmente de referências sociais, éticas ou políticas.⁷

⁵ ALMEIDA, Francisco Provázio Lara de; BITTENCOURT, Liliana. Judicialização do Direito: do Estado Legislativo ao Estado Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia-GO, v. 32, n. 1, p. 247-260, jan. / jun. 2008. Disponível em: <<https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/12129>>. Acesso em 18 out. 2021, p. 249.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu?** A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre-RS, v. 20, out. 2001, pp. 261-286. Disponível em <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71892>>. Acesso em 10 out. 2021, pp. 268-269.

⁷ VIDIGAL, Erick. **Protagonismo político dos juízes:** Risco ou oportunidade? Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 67.

Some-se a isso o advento do positivismo enquanto doutrina norteadora, onde se preconizava o Direito enquanto sistema dotado de caráter eminentemente objetivo, sem nenhuma conotação subjetiva ou influência metajurídica, de forma a se compreender que a lei, enquanto imperativo de ordem, deveria ser seguida e cumprida literalmente, não cabendo interpretações outras além da literal. Justa ou injusta a lei, deveria ser seguida literalmente para a manutenção da ordem, ignorando-se ou se secundarizando a influência de fatores sociais tal qual se se tratasse de um assunto relacionado às ciências exatas.

João Neto e Bárbara Thomaselli aludem sobre:

Uma norma jurídica não é mais válida por ser justa, mas, exclusivamente, por ter sido posta” por uma autoridade dotada de competência legislativa. Verifica-se aí a inversão do princípio jusnaturalista, até então vigente, *veritas, non auctoritas facit iudicium*. Agora, diz-se que *auctoritas, non veritas facit legem*, princípio do positivismo jurídico do Estado Legal de Direito.⁸

Luiz Marinoni observa, a respeito:

O princípio da legalidade, assim, acabou por constituir um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa. [...] A juridicidade da norma está desligada de sua justiça intrínseca, importando somente se foi editada por uma autoridade competente e segundo um procedimento regular.⁹

Nesse contexto, no Estado Legal de Direito, a Constituição exerceria um papel limitador do Estado, ao prever expressamente *standards* delimitadores da atuação estatal. Contudo, restringia-se a Constituição a tão-só limitar a atividade estatal cabendo às leis regerem as relações particulares, onde se denota que à Lei Maior relegava-se um papel secundário, meramente político.

Nesse ponto, leis foram elaboradas partindo do pressuposto de que todos estariam no mesmo nível, em face do que, o “todos são iguais perante a lei”

⁸ NETO, João dos Passos Martins; THOMASELLI, Bárbara Lebarbenchon Moura. Do Estado de Direito ao Estado de Justiça. **Sequência**, Florianópolis, n. 67, p. 309-334, dez. 2013. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p309>>. Acesso em 01 nov. 2021, p. 312.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil** - Teoria Geral do Processo. 8. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 25.

somente o era no sentido de que a lei era a mesma para todos: tal igualdade restava somente no plano formal, haja vista que a lei ignorava as diferenças sociais entre os indivíduos e, assim, pobre ou rico, analfabeto ou letrado, o indivíduo era formalmente igual a seus semelhantes porque deveria obedecer à lei tal qual os demais membros da sociedade, e não porque o protegeria na proporção de suas necessidades. Liberdade e igualdade eram vistas apenas no plano formal, ignorando-se a clara desigualdade social e material que a respectiva indiferença do Estado gerava injustiças.

É dizer: o Estado Legal de Direito, inspirado pelos ditames positivistas, considerava o ser humano tão-somente enquanto sujeito de direito, desprezando características sociais e outras mais metajurídicas que efetivamente influenciavam na participação da pessoa junto às relações jurídico-sociais. Isto porque, tal modelo, por óbvio, ignorou por completo que nem todos os indivíduos pertencentes à sociedade pertenciam à mesma classe, havendo classes mais vulneráveis econômica e socialmente: formulou-se um modelo de ordenamento jurídico que partia da premissa de que todos possuíam uma mesma ou semelhante condição socioeconômica, quando a realidade social provava cabalmente o contrário.

Não obstante, o Estado Legal de Direito mostrou-se falho na prática social: os indivíduos eram livres e iguais formalmente, porém a grande maioria era discriminada e marginalizada quando instada a defender seus direitos e não dispor dos meios necessários e adequados que só os mais fortes economicamente tinham ao alcance, dado que a Constituição restringia-se a ditar normas que afastassem o Estado das relações particulares, ficando a cargo das leis o respectivo regramento do comportamento individual sob os influxos da igualdade formal. Bem assim, a submissão positivista à lei implicou na redução do julgador a um repetidor da letra da lei, sem a possibilidade da necessária abstração e consideração de fatores outros que influem numa decisão justa e que não se encontram na letra da lei.

O Estado Legal de Direito, pois, revelou-se insuficiente à condução de um Estado igualitário, sendo sua principal deficiência o legalismo – isto é, a adoção da letra fria da lei e a respectiva interpretação literal como paradigmas, fazendo-se com que o Direito se restringisse à lei e o que não estivesse previsto pela letra legal não fosse objeto do Direito, sendo irrelevante se a lei fosse justa ou não, desde que

tivesse sido (im)posta pela respectiva autoridade imbuída de competência legislativa.

Luiz Carlos Goiabeira Rosa e Nathanny Marques comentam a propósito:

[...] o erro conceitual dos liberais fora adotar a igualdade formal como uma situação independente e preexistente a qualquer outra situação social entre os sujeitos de uma relação jurídica: esqueceram-se de que, para se chegar à igualdade formal, é necessário primeiramente chegar-se a uma igualdade jurídica, esta obtida através do balanceamento e sopeso da tutela estatal proporcional à desigualdade econômica e técnica entre as partes. A igualdade formal é um requisito de estabilidade das relações jurídicas, mas somente após se chegar a um nível de equilíbrio na relação jurídica, alcançado com a prévia gradação da tutela jurisdicional a cada um segundo suas necessidades e na medida necessária ao contrapeso da desigualdade material.¹⁰

Dada a comprovação da ineficiência do modelo liberal-positivista de Estado – eis que este, enquanto representante e gestor da sociedade, não a vinha gerindo de forma a suprir a respectiva necessidade de assistência e tutela estatal de seus membros -, surgiu a necessidade de se repensar o modelo estatal e a forma de se considerar e compreender as relações jurídicas.

Nesse mister, a partir da segunda metade do século XIX, passou-se a compreender o ordenamento jurídico enquanto instrumento de ordenação e organização da sociedade, e não apenas e precipuamente das relações entre particulares. Bem assim, as relações jurídicas deixaram de ser consideradas apenas do ponto de vista formal, onde se via tão-somente uma estrutura composta por sujeitos e objeto, passando a ser compreendida como um evento gerador de situações e efeitos jurídicos para as partes e para a sociedade, devendo ser então tratada a partir desta perspectiva.

Isto porque, as classes economicamente inferiores passaram a se conscientizar de que também eram titulares dos mesmos direitos básicos das classes mais abastadas, e por isso passaram a exigir a respectiva tutela de seus direitos ao Estado, o qual então se viu na contingência de abandonar o modelo

¹⁰ ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; MARQUES, Nathanny Dias Xavier. A evolução paradigmática do sistema jurídico: da propriedade à pessoa humana. **Derecho y Cambio Social**, Lima, v. 1, p. 1-36, 2015. Disponível em <https://www.derechocambiosocial.com/revista041/A_EVOLU%C3%87AO_PARADIGMATICA_D_O_SISTEMA_JURIDICO.pdf>. Acesso em 18 jan. 2022, p. 16.

omissivo do Estado Legal para adotar um modelo intervencionista, de forma a garantir o pleno desenvolvimento da subjetividade humana a qualquer cidadão – o dirigismo estatal.

Ainda, restou inexorável que certas situações jurídicas exigiam uma interpretação e aplicação do Direito de forma diferenciada e específica, seja porque as leis não eram autossuficientes em razão do notório descompasso entre seus preceitos formais e os novos valores sociais, seja porque simplesmente as leis não tratavam nem genericamente ou parcialmente ou secundariamente do assunto específico. Apesar de essenciais à consecução do equilíbrio nas relações jurídicas, valores como justiça e direitos fundamentais eram simplesmente ignorados pela lei, e bem assim somente evocados os respectivos preceitos constitucionais em caso de intervenção estatal.

Essa mudança verificou-se na transição do Estado Liberal para o Estado Social, onde, além dos já existentes direitos fundamentais de proteção contra atos estatais atentatórios à vida, liberdade e propriedade do indivíduo, surgiram os direitos de participação política no processo democrático de formação de opinião e vontade (direitos sociais) garantindo aos cidadãos uma renda mínima e a seguridade social¹¹.

Segundo o escólio de Fábio Konder Comparato:

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente; é o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização.¹²

Cuidou-se, então, de se garantir de forma inequívoca essa proteção ao cidadão, o que somente seria possível se essa proteção adquirisse um caráter soberano. Assim, a partir do século XX, na Europa, as constituições tiveram seu caráter ampliado, deixando de ser meros documentos políticos limitadores da

¹¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Op. cit., pp. 291-292.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45.

atividade estatal para serem normas estruturais de uma sociedade, contendo também as respectivas regras e princípios norteadores e garantidores dos direitos individuais. As constituições deixaram de ser um mero instrumento legislativo, para ser a referência maior, para não só o legislador como até então o era, mas também para os órgãos do Poder Judiciário e do Executivo na aplicação do Direito e até mesmo para os cidadãos, nas relações particulares entre si.

Elevou-se a Constituição ao *status* de Lei Maior, contendo os direitos e garantias à liberdade do indivíduo, as quais deveriam ser respeitadas inexoravelmente pelas leis, estas deixando então de ser estritamente interpretadas sob o aspecto formal e passando a ser interpretadas também sob um contexto material e social, e em consonância com as diretrizes constitucionais.

Surge então o Estado Constitucional, no qual, conforme João Neto e Bárbara Thomaselli:

No Estado Constitucional, a validade das leis em geral não depende apenas da sua forma de produção, senão também da coerência de seus conteúdos com as normas constitucionais. A vigência das leis, que no paradigma positivista havia se dissociado da ideia de justiça, dissocia-se agora da ideia de validade formal, sendo possível que uma lei formalmente válida e, por conseguinte vigente, seja substancialmente inválida pelo contraste de seu significado com as normas constitucionais. Ocorre a superação do paradigma típico do Estado Legal de Direito, referente à estrutura do direito, porquanto agora só serão consideradas como leis válidas aquelas produzidas pela autoridade competente e de acordo com a forma previamente estabelecida, mas cujos conteúdos estejam em conformidade com as normas constitucionais.¹³

O Estado Constitucional, portanto, estabelece diretrizes inafastáveis e supremas de asseguramento e efetividade dos direitos fundamentais do cidadão, intervindo e se omitindo quando necessário à consecução da harmonia entre o controle da economia e a tutela das necessidades dos cidadãos, como por exemplo na primeira metade do século XX a Constituição de Weimar, cujo art. 151 trouxe esse mister ao preconizar que “a economia deve ser organizada baseada nos

¹³ NETO, João dos Passos Martins; THOMASELLI, Bárbara Lebarbenchon Moura. Op. cit., p. 319.

princípios de justiça, com o objetivo de promover a vida e a dignidade de todos”¹⁴ (tradução nossa).

Nessa linha, as atrocidades ocorridas nas duas Grandes Guerras e, particularmente, na Segunda Guerra Mundial, provocaram um despertar da sociedade mundial para a necessidade de tutela do ser humano em si considerado: a implantação das ideologias nazista e fascista só foram possíveis a ponto de simplesmente se ignorarem atributos como a individualidade, liberdade, consciência e tantos outros, desprezando-se por completo a importância da pessoa humana individualmente considerada no contexto da evolução social, porque até então, mesmo com o advento das constituições e o realce de sua importância no contexto da estruturação do ordenamento jurídico, ainda havia a forte inspiração do positivismo e conseqüentemente do Estado Legal e, ato contínuo, uma vez que a lei fora elaborada e validada pela autoridade competente, deveria ser obedecida pouco importando o seu conteúdo racista e xenófobo. Tanto é que, conforme observa Luis Roberto Barroso, quando de seu julgamento pelos crimes cometidos na Segunda Guerra, “os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente”¹⁵.

Fato é que os horrores da Segunda Guerra Mundial erradicaram de vez qualquer pretensão fundamento que se pudesse utilizar para se justificar a manutenção de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e humanísticos, bem como da lei enquanto uma estrutura a ser utilizada somente sob um contexto formal. Conforme bem observa Manuel Hespánha, o pós-guerra suscitou um movimento espontâneo de refundamentação do direito em valores suprapositivos, indisponíveis para o legislador, porém indispensáveis a efetivação dos direitos humanos e fundamentais e imprescindíveis à aplicação do Direito, valores esses que necessitavam ter assegurada a sua efetividade e proteção por serem intrínsecos à pessoa humana e conseqüentemente à garantia de uma vida digna¹⁶.

¹⁴ ALEMANHA. Constituição (1919). **Constituição de Weimar**. Weimar, 1919. Disponível em <<http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html>>. Acesso em 10 nov. 2021. No original: “Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen”.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 351.

¹⁶ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Européia**: síntese de um novo milênio. Florianópolis: Boiteux, 2005, p. 470.

A pessoa humana, então, passou a ser considerada o centro do sistema social e normativo e, sob esse influxo, foram elaboradas ou reformuladas as Constituições no pós-guerra, ao que Canotilho explica que “o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos”¹⁷. A propósito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos vaticinou em seu artigo 1º: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”¹⁸, pelo que, a Constituição de 1949 da República Federal da Alemanha (antiga Alemanha Ocidental) serviu de exemplo pioneiro ao reconhecer a dignidade da pessoa humana enquanto princípio supremo, ao preconizar em seu artigo 1º que “a dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la serão obrigações de toda autoridade estatal”¹⁹ (tradução nossa).

É o advento da pós-modernidade, a respeito da qual entende Eliana Calmon Alves:

A tendência veloz rompe com a modernidade, implode o direito posto e inaugura a era da pós-modernidade, com valores e referenciais inteiramente novos, quebrando-se os paradigmas do ordenamento jurídico. Dentro da visão da pós-modernidade, procura-se estabelecer novos valores, novos princípios e o direito dos iguais e dos fraternos, o Direito Civil passa a sofrer uma profunda influência do Direito Público. Afinal, a sedimentação dos direitos fundamentais e a questão da liberdade individual, com o surgimento de novas e diferentes necessidades, transformadas em direitos individuais, passam a ser a pedra de toque do direcionamento político. Abre-se um campo profícuo para a valorização da transparência, da verdade, da sinceridade, com ênfase aos laços fraternos. Abandona-se a igualdade formal da Revolução Francesa, a igualdade substancial que marcou o final da era da modernidade, porque o importante não é a igualdade, e sim a equidade.²⁰

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 380.

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 02 nov. 2021.

¹⁹ ALEMANHA. Constituição (1949) **Constituição da República Federal da Alemanha**. Berlim, 1949. Disponível em <http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01.html>. Acesso em 11 nov. 2021. No original: “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”.

²⁰ ALVES, Eliana Calmon. **Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: temas limítrofes**. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/166>>. Acesso em: 4 nov. 2021.

Na pós-modernidade, portanto, a Constituição sedimentou seu lugar de norma suprema e referencial de validade de todo o ordenamento jurídico, ao que Luis Roberto Barroso bem observa que tal fenômeno “[...] produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático”²¹. No Brasil, essa nova forma de organização política (Estado Democrático de Direito) iniciou-se com o advento da Constituição Federal de 1988, onde os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana são erigidos à condição de fundamentais, sobrepondo-se, assim, enquanto vetores de validade, ao ordenamento e relações jurídicas e, ao mesmo tempo, enquanto referenciais para o equilíbrio entre a liberdade individual, o interesse social e a atividade estatal.

Essa estrutura trazida pela Constituição de 1988, portanto, fez-se e se fez numa axiologia que se escora nos princípios da igualdade, solidariedade e sociedade, e bem assim, que tem por vetor o Princípio da Dignidade Humana e seus corolários - os direitos fundamentais, os quais se consubstanciam igualmente em vetores imperativos.

1.2 A “virada kantiana” do Direito

Em fins do século XX, os filósofos neokantianos iniciaram a enxergar uma relação entre ética e direito e a busca por valores. Ricardo Torres, em meados da década de 1970, lembra que Otfried Höffe cunhara a expressão “virada kantiana” para designar essa escola, marcando a reaproximação entre direito e moral²².

Nesse momento de aproximação entre Direito e moral, é realçada a objetividade dos valores e especialmente nos princípios de justiça, o que revela a importância da argumentação jurídica²³. Assim, essa “virada kantiana” expressa aquilo que está acima de qualquer preço, como a pessoa humana, e, assim, compreende uma dignidade, de forma que a própria finalidade do Direito justifica

²¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo**. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 279.

²² TORRES, Ricardo Lobo. A jurisprudência dos valores. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 503-525.

²³ Op. cit., p. 511.

esse ideal. Portanto, essa “virada kantiana” no Direito consiste no redirecionamento da pessoa humana para o epicentro do sistema do Direito.

Segundo Luis Roberto Barroso, um dos marcos filosóficos de transformação jurídica brasileira veio desse momento de aproximação entre Filosofia e Direito, ocasionada pelo desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais e construída sob a fundação da dignidade humana. Defende o ministro, portanto, que o marco teórico e histórico justificador dessa “virada kantiana” foi a promulgação da Constituição Federal de 1988.²⁴

Destaque-se que nossa Constituição realizou uma virada epistemológica ao eleger a dignidade humana como fundamento da República, conforme art. 1º, III, instituindo a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, colocando a pessoa no centro do nosso Direito²⁵. A esse respeito, Piero Perlingieri leciona que “o princípio da tutela da pessoa, como supremo princípio constitucional, funda a legitimidade do ordenamento e a soberania do Estado”²⁶.

Dessa maneira, face ao contexto de uma ordem constitucional tão protetiva aos direitos fundamentais, como é a nossa, até o Direito Privado passa a influenciado não só da Lei Maior, mas, também, das transformações sociais, passando-se a exigir leis mais voltadas para os novos anseios instituídos pelo poder constituinte originário.

Ou seja, dessas mudanças sociais que levaram à atual Constituição, nesse contexto de “virada kantiana”, sobressaiu, outrossim, a influência para mutações de direito privado enquanto “direito dos particulares como portadores de sua própria singularidade”²⁷.

A esse respeito, leciona Gustavo Tepedino que:

A pessoa humana, portanto – e não mais o sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio -, qualificada na concreta relação

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição...**, p. 214.

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-Constitucional brasileiro. In TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 54.

²⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 460-461.

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 131.

jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se a categoria central do direito privado.²⁸

Ou seja, o Direito privado também vê, na pessoa humana, uma fonte primária de seu sistema, submetendo-se, portanto, ao movimento conhecido como “virada kantiana”.

A respeito da primazia da pessoa humana no Direito Privado, Perlingieri afirma que:

[...] o primado dos valores da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais exclui que a área do direito privado possa ser exaurida em uma concepção patrimonialista, fundada ora sobre a centralidade da propriedade, ora sobre a noção de empresa. O direito civil constitucional – segundo a tendência do constitucionalismo contemporâneo – reconhece que a forte ideia do sistema é não somente o mercado, mas também a dignidade da pessoa, de uma perspectiva que tende a despatrimonializar o direito.²⁹

Destacamos que nem todos os sujeitos têm situações patrimoniais a serem protegidas. Porém, há situações existenciais comuns a todos que também são merecedoras da tutela jurídica: vida, saúde, honra, nome, etc. Isso indica de que, sob esse prisma, o epicentro do direito privado está contido no *ser* e não no *ter*, ou seja, na realização daqueles interesses existenciais legítimos dos cidadãos³⁰.

Assim, sob a égide da “virada kantiana”, evidencia-se a inexistência de fronteiras entre interesses individuais e coletivos ou sociais, posto que estão relacionadas à tutela da pessoa humana, inexistindo qualquer fim social maior que este. Ou seja, “a pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se assim

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. In TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil, Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342.

²⁹ PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In TEPEDINO, Gustavo (Org.) **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 5.

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fins**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 75.

tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais. Em outras palavras, as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas às existenciais”³¹.

Ademais, conforme Martins-Costa:

[...] se em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa – isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente -, passa o Direito a construir princípios e regras que visam a tutelar essa dimensão existencial, na qual, mais do que tudo, ressalta a dimensão ética das normas jurídicas. Então o direito civil reassume a sua direção etimológica e do direito dos indivíduos passa a ser considerado o direito dos civis, dos que portam em si os valores da civilidade.³²

Por isso, partindo das informações acima, de tutela da pessoa pelo Direito, tanto em nível constitucional quanto infraconstitucional, destaca-se a “virada kantiana” no direito brasileiro, trazendo ainda maior relevância à promoção de situações existenciais das pessoas.

1.3 Suporte fático e restrições dos direitos fundamentais

Denota-se, também, que a dignidade humana é a pedra angular dos direitos fundamentais, conforme preleciona Jorge Miranda:

A Constituição, a despeito do seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, proclama no artigo 1º, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. [...] Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdade e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns tem a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. [...] Para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa. A conjugação dos diferentes direitos e dos preceitos constitucionais, legais e internacionais a eles atinentes torna-se clara a essa luz.³³

³¹ TEPEDINO, Gustavo. **Direito civil contemporâneo...**, p. 365.

³² MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 132.

³³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4, pp. 180-182.

Com efeito, uma vez erigida ao *status* de macroprincípio do sistema normativo, ao ser expressamente prevista no art. 1º, inciso III da Constituição Federal, a dignidade humana impõe sua necessária observação em qualquer contexto que envolva direta ou indiretamente pretensão exclusão ou relativização de liberdades, de forma a se coibir injustiças que impeçam a consecução plena do ser humano, sendo, portanto, vetor orientador e direcionador dos direitos fundamentais.

Apesar de a dignidade humana não ser o único princípio de que decorrem os direitos fundamentais – haja vista, por exemplo, também o serem os demais macroprincípios previstos no art. 1º da Constituição Federal (soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político) -, é o que se sobressai. Assim, se por um lado Ingo Sarlet observa que, no tocante aos direitos fundamentais, o princípio da dignidade humana “cuida-se em verdade, de critério basilar, mas não exclusivo, já que em diversos casos outros referenciais podem ser usados”³⁴, por outro lado Duque explica que, “quanto maior for o significado concreto de um direito fundamental para a realização da dignidade humana, maior será o peso que lhe deve ser conferido”³⁵.

Direitos fundamentais são imperativos categóricos de reconhecimento, promoção e manutenção das condições mínimas para uma vida digna: desconsiderá-los implica em negar ao indivíduo sua dignidade. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli entende que:

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 177.

³⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 162.

[...] são “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a “todos” os seres humanos dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou de pessoas com capacidade de produzir, entendendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva “de prestações”, ou negativa (de não sofrer lesões) vinculada ao sujeito por uma norma jurídica; e por *status* a condição de um sujeito, prevista assim mesmo por uma norma jurídica positiva, como pressuposto da sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que caracterizem seu exercício.³⁶ (tradução nossa)

Quanto à previsão constitucional, os direitos fundamentais foram inseridos em momentos históricos que os caracterizaram.

O primeiro momento histórico foi o do Estado Liberal de Direito, onde os direitos fundamentais visavam precipuamente à abstenção estatal acerca da esfera individual do cidadão, no sentido de coibirem o Estado de forma a que o cidadão fosse livre para gerir seu patrimônio e garantir sua segurança enquanto indivíduo. O segundo momento ocorrera posteriormente à Revolução Industrial e por ocasião do Estado Social, onde se positivaram constitucionalmente direitos fundamentais que redundavam em obrigações do Estado em agir positivamente, de forma a intervir ativamente nas relações particulares para se obter o equilíbrio entre as partes, por meio de atividade regulatória consubstanciada entre outros em políticas públicas eficazes.

Num terceiro momento histórico, com a configuração do Estado Democrático de Direito, a crescente complexidade trazida pela pós-modernidade impôs a necessidade de se proteger não só o indivíduo como também a coletividade em si considerada e em todos os níveis – desde a família até o meio-ambiente -, de forma a se proteger não só o indivíduo como também o meio e o grupo em que vive. Surgiram então os direitos fundamentais calcados na fraternidade, com um caráter difuso e transindividual.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 7. ed. Madri: Trotta, 2010, p. 37. No original: “son ‘derechos fundamentales’ todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘*Status*’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

Concernente à fraternidade, Cláudia Lima Marques aduz estar fundada integralmente as ideias de solidariedade e justiça comungadas na sociedade pós-moderna:

No meio caminho entre o interesse centrado em si (*egoísmo*) e o interesse centrado apenas no outro (*altruismo*) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo, o conjunto social, o indivíduo na função e no papel de cada um na vida em sociedade (*humanitas*).³⁷

Alguns autores defendem a existência de uma quarta categoria de direitos fundamentais e até mesmo de quinta geração, a exemplo de Paulo Bonavides:

A ética social da contemporaneidade cultiva a pedagogia da paz. Impulsionada do mais alto sentimento de humanismo, ela manda abençoar os pacificadores. Elevou-se, assim, a paz ao grau de direito fundamental de quinta geração ou dimensão (as gerações antecedentes compreendem direitos individuais, direitos sociais, direito ao desenvolvimento, direito à democracia).³⁸

Referente aos momentos históricos em que surgiram, parte da doutrina divide-os em gerações e parte os seleciona em dimensões. Entendemos ser incorreta a designação “gerações” pois, conforme explicam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

Tal opção terminológica (e teórica) é bastante problemática, já que a ideia das gerações sugere uma substituição de cada geração pela posterior, enquanto no âmbito que nos interessa nunca houve abolição dos direitos das anteriores “gerações”, como indica claramente a Constituição brasileira de 1988, que inclui indiscriminadamente direitos de todas as “gerações”.³⁹

Com efeito, os direitos fundamentais decorrentes dos diferentes momentos históricos têm igual importância, na medida em que concorrem harmonicamente e se completam na efetivação da dignidade humana.

³⁷ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 23.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed.. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 608.

³⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23.

Outrossim, a natureza da Constituição, enquanto Lei Maior no Estado Constitucional, acarreta na igual inafastabilidade dos direitos fundamentais, haja vista serem, conforme já dito, imprescindíveis à consecução da dignidade humana. De acordo com Ernst-Wolfgang Böckenförde:

Todos os direitos fundamentais são direito diretamente aplicáveis, vinculam especialmente também o legislador (art. 1, 3), e esta vinculação submete-se ao controle judicial (art. 93, 1, art. 100). Sua limitação só é possível de maneira restrita, e somente na medida em que permitida expressamente (art. 19, 1 e 2).⁴⁰ (tradução nossa)

Destarte, outrora possível no Estado Legal, no Estado Constitucional os direitos fundamentais não podem ser suprimidos pelo legislador ordinário. Bem a propósito observam João Vitor Longhi e Fernando Veloso:

Nesse contexto, fica evidente que o ordenamento jurídico constitucional estabelecido em 1988 impõe um paradigma de consolidação de direitos fundamentais que devem ser aplicados pelo Estado Brasileiro. Diferentemente de outras Constituições de paradigma liberal, que apenas delimitam competências estatais e limitam o poder do Estado perante o particular, a Constituição de 1988 funda um novo pacto social. Estabelece valores que devem ser buscados não apenas pela Estado, mas também pela sociedade. Cria obrigações não apenas negativas, mas também positivas. Limita a ação do legislador a ter uma ação em conformidade com os valores estabelecidos pelo ordenamento constitucional. Diferente das ordens liberais, onde o Poder Legislativo era soberano e praticamente absoluto, a própria Constituição passa a ser soberana, inclusive subordinando o Poder Legislativo e o próprio poder Constituinte Derivado.⁴¹

Portanto, a menos que se trate de uma das hipóteses permitidas de restrição – o que será abordado mais adiante -, os direitos fundamentais devem não só ser precipuamente e primeiramente considerados como também devem ser aplicados

⁴⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 69. No original: Todos los derechos fundamentales son derecho directamente aplicable, vinculan especialmente también al legislador (art. 1, 3), y esta vinculación se somete al control judicial (art. 93, 1, art. 100). Su limitación es sólo posible de manera restringida, y sólo en la medida em que este permita expresamente (art. 19, 1 y 2).

⁴¹ LONGHI, João Vitor Rozzati; VELOSO, Fernando Mundim. Austeridade fiscal vs. vedação ao retrocesso social: ADI nº 5595 e a inconstitucionalidade material da emenda nº 86 de 2015. In: ALVES, Cândice Lisbôa et. al. (orgs.) **A insanidade do mesmo**: ética e hermenêutica a céu aberto. Belo Horizonte: Arraes, 2017, pp. 162-177, p. 165.

na maior amplitude possível. É a concretização do princípio da máxima efetividade da norma constitucional, bem explicado por José Joaquim Gomes Canotilho:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).⁴²

Contudo, situações há em que, se aplicado invariavelmente em sua máxima amplitude, o direito fundamental produz o efeito contrário: ofende o direito alheio de forma a lhe causar injustamente um prejuízo de difícil ou até mesmo impossível reparação. Assim é que, num mecanismo de equilíbrio, há restrições a determinados direitos fundamentais na limitação e delimitação da amplitude da respectiva efetividade de forma a se conciliar harmonicamente os direitos fundamentais de todos os cidadãos.

A esse respeito, Canotilho explica a existência de três modalidades de restrições de direitos fundamentais⁴³. A primeira hipótese é a expressamente prevista pela Constituição, em que o próprio texto constitucional, ao descrever o direito fundamental ou no decorrer da Lei Maior, traz explicitamente a restrição ou condicionamento do direito fundamental na medida em que detalha precisamente os limites da abrangência e efetividade, como por exemplo no caso do direito fundamental à reunião (CF, art. 5º, XVI) (BRASIL, 1988), segundo o qual, a liberdade de reunião é expressamente restrita a fins pacíficos, e condicionada à ausência de armas e a não frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local.

A segunda hipótese é aquela em que a lei infraconstitucional estabelece limites ao direito fundamental, porém, mediante prévia e expressa autorização da Constituição. É o caso do art. 5º, XXXII, da CF (BRASIL, 1988), o qual estabelece que a proteção do consumidor não será feita de forma absoluta e discricionária pelo Estado, mas sim, na forma da lei – ou seja, a CF determina que a lei

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 14. reimp.. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.224.

⁴³ Op. cit., p. 450.

infraconstitucional delimitará a forma pela qual o consumidor, nessa qualidade, terá seus direitos protegidos.

A terceira hipótese não é feita nem por previsão expressa da Constituição e nem por lei infraconstitucional constitucionalmente autorizada, mas através de um sopesamento entre direitos fundamentais: a restrição se dá porque, na ponderação entre os direitos fundamentais aplicáveis em tese ao caso concreto, aplica-se aquele que mais se adegue à efetivação da dignidade humana, afastando-se o grau de incidência dos demais na proporção da necessidade de afastamento para se assegurar a dignidade humana.

É o que se entende por “limite imanente”, conforme explica Canotilho:

[...] os chamados “limites imanentes” são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito protectivo de um direito, liberdade ou garantia. Assim, por exemplo, o direito de greve inclui, *prima facie*, no seu âmbito de protecção, a greve dos trabalhadores dos serviços de saúde, mas, através da ponderação de princípios (bens) jurídico-constitucionais – direito à greve, saúde pública, bem da vida -, pode chegar-se a excluir, como resultado dessa ponderação, a “greve total” que não cuidasse de manter os serviços estritamente indispensáveis à defesa da saúde e da vida.⁴⁴

Nessa linha, entende Ingo Sarlet:

No que diz respeito às espécies de limitações, registra-se substancial consenso quanto ao fato de que os direitos fundamentais podem ser restringidos tanto por expressa disposição constitucional como por norma legal promulgada com fundamento na Constituição. Da mesma forma, há quem inclua uma terceira alternativa, vinculada à possibilidade de se estabelecerem restrições a direitos por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo inexistindo limitação expressa ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador. Embora tal hipótese possa ser subsumida na segunda alternativa, considera-se que a distinção entre os três tipos de limites referidos torna mais visível e acessível o procedimento de controle da atividade restritiva em cada caso. Além disso, verifica-se, como já demonstram as três espécies de limitações referidas, que, em qualquer caso, uma restrição de direito fundamental exige, seja direta, seja indiretamente, um fundamento constitucional.⁴⁵

⁴⁴ Op. cit., p. 1.282.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais...** p. 541.

No caso de colisão entre regras e princípios, José Afonso da Silva anota que:

Há autores que sustentam que entre *regras* e *princípios* há uma diferença de grau. Há aqueles que sustentam que o que distingue ambos seria o grau de importância: *princípios* seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as *regras* seriam aquelas normas que concretizariam esses princípios. Há também aqueles que distinguem ambos a partir do grau de abstração e generalidade: princípios seriam mais abstratos e mais gerais que as regras⁴⁶. (grifo do original)

Assim, a aparente hierarquia entre regras e princípios em que a primeira seria superior ao segundo não se sustenta, principalmente porque a regra é o resultado da ponderação de princípios, na medida em que estes, uma vez que se tratam de mandamentos de otimização⁴⁷, após a respectiva concretização dessa otimização, tornam-se diretrizes de comportamento e portanto regras. E justamente por serem uma etapa posterior à otimização do princípio – e, portanto, uma depuração deste -, Robert Alexy bem aponta que a regra deve ser prioritariamente seguida:

Como as regras exigem que seja feito exatamente aqui o que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.⁴⁸

Destarte, sendo indubitável que a otimização do princípio redundou numa regra, e sendo esta válida tanto em seu conteúdo quanto no processo formal de sua validade, não pode ser esta afastada por um princípio antagônico, dado ser inadmissível aplicar um mandado de otimização a uma situação que já está devidamente otimizada – entenda-se, já submetida a uma otimização na medida em que regida por um preceito já otimizado (regra).

É dizer: de antemão, o legislador já fez a ponderação de princípios aplicáveis ao caso, já procedeu à respectiva otimização de forma a que se

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 44.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 91

⁴⁸ Op. cit., p. 104.

concluísse qual o melhor princípio aplicável à situação, e em razão disso perfectibilizou essa otimização por meio da elaboração e validação da regra.

Bem elucida Eduardo Júnior:

Um dos papéis mais importantes das regras no ordenamento jurídico é o de aumentar o grau de segurança na aplicação do direito, e deve-se compreender que uma regra de direito ordinário já é produto de um *sopesamento*, mas feito pelo legislador, que considerou todos os princípios envolvidos no tema para a edição daquele mandamento definitivo. Desse modo, a relação entre regra e princípio não é uma relação de colisão, mas uma relação de *restrição*: uma regra que proíba uma conduta permitida *prima facie* por um princípio nada mais é do que um processo de restrição a tal princípio, resultado da legislação ordinária.⁴⁹

Lado outro, quando a regra não atende integralmente à efetivação do direito, faz-se mister sua complementação com outros princípios além daqueles que a fundamentaram, desde que estes não mais se prestem integralmente à consecução da justa garantia de um direito fundamental, restando superados portanto⁵⁰. É dizer: desde que os princípios que fundamentam a regra tenham se tornado insuficientes à efetivação do direito fundamental ora tratado, pode a regra ser relativizada a ponto de outros princípios mais adequados serem adotados.

1.4 Proibição de proteção insuficiente (proibição de proteção deficiente, proibição de insuficiência ou proibição por defeito)

O Brasil se classifica como Estado Democrático de Direito, conforme art. 1º, *caput*, da Constituição. A importância de referido dispositivo reside no fato de dele partirem todos os princípios fundamentais, os quais por sua vez constituem o núcleo essencial da Constituição, servindo de supedâneo e informam toda a ordem constitucional. São tidos como fundamentais os princípios que foram sendo

⁴⁹ JÚNIOR, Eduardo Canizella. **Princípios, limites da ponderação e argumentação jurídica na obra de Robert Alexy**. 100 p.. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo-SP. 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6597/1/Eduardo%20Canizella%20Junior.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2021, pp. 34-35.

⁵⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 105.

assimilados pelo direito com o passar da história e, hoje, estão, explícita ou implicitamente nas constituições modernas. Considerando sua natureza fundamental e caráter constitucional, tais princípios têm força normativa, vinculando os três poderes: são hierarquicamente superiores às demais sejam positivas ou consuetudinárias, subdividindo-se em princípios político-constitucionais e jurídico-constitucionais⁵¹.

Assim, uma vez dotado de *status* constitucional, o princípio da proporcionalidade tem força vinculante e pode ser empregado em sentido lato tendo assim relação muito próxima com os demais, com destaque para a legalidade, a isonomia e a razoabilidade.

Importante destacar que, conforme Paulo Bonavides, por meio desse princípio é que:

Chegamos, por conseguinte, ao Estado democrático de direito, à plenitude da constitucionalidade material. Sem o princípio da proporcionalidade aquela constitucionalidade ficaria privada do instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais contra possíveis e eventuais excessos perpetrados com o preenchimento do espaço aberto pela Constituição ao legislador para atuar formulativamente no domínio das reservas de lei.⁵²

Tal princípio se insere na estrutura normativa da Constituição juntamente com os demais princípios gerais que norteiam a interpretação das regras. Com a visão sistemática da Constituição por ele viabilizada, se permite o auferimento de sua existência de maneira implícita, devendo ele guiar o Judiciário na interpretação e o Legislativo na elaboração de normas infraconstitucionais.

Parcela considerável da doutrina lança as bases do fundamento da proporcionalidade no próprio Estado de Direito, como Gilmar Mendes⁵³ e Luís

⁵¹ Os primeiros derivam de decisões políticas fundamentais que aparecem na própria carta constitucional, trazendo opções políticas. Na nossa Constituição Federal de 1988, eles aparecem nos primeiros quatro artigos do título I. Já os jurídico-constitucionais “são princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais” (In SILVA, José Afonso da. **Curso...**, p. 95). Tais princípios são de suma importância para efetivar o ordenamento jurídico, pois norteiam o intérprete de todas as normas, constitucionais ou não.

⁵² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 435.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 337.

Roberto Barroso⁵⁴. Há, ainda, quem entenda que a proporcionalidade faz parte do direito brasileiro por meio da cláusula de abertura do rol de direitos fundamentais do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, decorrendo do regime e dos princípios da Carta Magna, conforme lição de Willis Guerra Filho⁵⁵.

De toda forma, é da Constituição Federal que parte todo estudo acerca do princípio da proporcionalidade:

O conteúdo jurídico-material do princípio da proporcionalidade decorre inelutavelmente do reconhecimento da supremacia hierárquico-normativa da Constituição. A proporcionalidade como princípio jurídico implícito do Estado de Direito é uma garantia fundamental para uma concretização ótima dos valores consagrados na Constituição. A proporcionalidade é princípio que concretiza o postulado segundo o qual o Direito não se esgota na lei (ato estatal que deve representar a síntese da vontade geral).⁵⁶

Ainda assim, a proporcionalidade só apareceu explicitamente na Constituição Federal de 1988 com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe o inciso LXXVIII para o art. 5º: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Assim como a proporcionalidade, a razoabilidade é uma norma que enforma a aplicação adequada das demais normas. Por isso, tanto razoabilidade quanto proporcionalidade são postulados normativos aplicativos. Contudo, frise-se que razoabilidade e proporcionalidade não são sinônimos apesar de muitas vezes serem tratados como se fossem: Luis Roberto Barroso observa que, quanto ao princípio da razoabilidade, "[...] os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira"⁵⁷.

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo**. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 291.

⁵⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. IN: GRAU, Eros; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, pp. 268-283, 2003, p. 278.

⁵⁶ PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 51.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da constituição de 1988 (foi bom pra você também?). **Revista de Direito Administrativo**, v. 214, pp. 1-25, 1998, p. 18.

Não obstante, são princípios diferentes, inclusive em sua gênese, conforme leciona Virgílio Afonso da Silva:

É comum, em trabalhos sobre a regra da proporcionalidade, que se identifique sua origem remota já na Magna Carta de 1215. Este documento seria a fonte primeira do princípio da razoabilidade e, portanto, também da proporcionalidade. Essa identificação histórica é, por diversas razões, equivocada. Em primeiro lugar, visto que ambos os conceitos – razoabilidade e proporcionalidade – não se confundem, não há que se falar em proporcionalidade na Magna Carta de 1215. [...] A não-identidade entre os dois conceitos fica ainda mais clara quando se acompanha o debate acerca da adoção do Human Rights Act de 1998 na Inglaterra. Somente a partir daí passou a haver um real interesse da doutrina jurídica inglesa na aplicação da regra da proporcionalidade, antes praticamente desconhecida na Inglaterra.⁵⁸

Ademais, conforme Helenilson Pontes:

Com fundamento nas lições da doutrina nacional e comparada, vislumbramos pelo menos quatro diferenças, a saber: a) O princípio da proporcionalidade exige maior motivação racional nas decisões do que o princípio da razoabilidade; b) O princípio da razoabilidade, ao contrário da proporcionalidade, prescinde de consideração da relação meio-fim; c) Enquanto a razoabilidade constitui princípio geral de interpretação, a proporcionalidade, além dessa qualidade também consubstancia princípio jurídico material; d) Finalmente, a razoabilidade tem função eficaz de bloqueio, enquanto a proporcionalidade, além desta função, também assegura a concretização dos interesses constitucionalmente consagrados.⁵⁹

De toda forma, ambos os princípios almejam a impedir arbitrariedades nas atividades estatais. Voltando à discussão para a questão da proporcionalidade, é importante destacar que há três subprincípios que a compõem: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁶⁰

Quando se fala em necessidade, importante destacar que ela pode ter mais ou menos peso conforme as circunstâncias da situação. Quando se trata da adequação, aplica-se o princípio apenas quando é adequado para aquela

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo-SP, v. 798, 2002, pp. 29-30.

⁵⁹ PONTES, Helenilson. Op. cit., p. 83.

⁶⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 161.

situação específica. E proporcionalidade em sentido estrito é a necessidade de os ganhos superarem as perdas.

A ordem de apreciação dos subprincípios deve ser respeitada, conforme leciona Virgílio Afonso da Silva:

A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre indica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si.⁶¹

De toda forma, o juiz nem sempre vai analisar todos os subprincípios ao controlar o ato abusivo. É dizer, a análise da necessidade só é exigível se a querela já não tiver sido resolvida na adequação; já a proporcionalidade em sentido estrito só será analisada após o estudo da adequação e da necessidade.

Cumprir destacar, outrossim, que a proporcionalidade decorre diretamente do próprio Estado Democrático de Direito, no modelo expressamente adotado pela Constituição Federal de 1988, que veio a sujeitar o Estado a alguns fins diretos identificados com a justiça social.

Tal modelo pressupõe que os sujeitos tenham direitos indispensáveis à existência e ao desenvolvimento de sua personalidade, travando arbitrariedades estatais⁶². São os direitos fundamentais explicados alhures.

Os direitos fundamentais têm um caráter duplo. Se, por um lado, são direitos subjetivos da pessoa, funcionando como meio de defesa contra arbitrariedades do Estado, na chamada dimensão subjetiva, orbitando a posição jurídica do sujeito, que passa a poder exigir ações ou abstenções por parte do ente estatal, por outro, temos uma dimensão objetiva. Tal dimensão dos direitos fundamentais leva a um conjunto de decisões axiológicas objetivas por parte da Carta Magna, com eficácia no Direito como um todo, providenciando diretrizes para os três poderes e, dessa maneira, consagrando valores mais importantes para o Direito, consubstanciando-se em interesses de toda a sociedade.

⁶¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 34.

⁶² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 28.

Conforme lição de Peter Häberle, os direitos fundamentais compõem um sistema unitário, em relações de reciprocidade, ao mesmo tempo em que condicionam outros bens jurídicos presentes na constituição. Assim, seu conteúdo e limites se delimitam em razão desse reconhecimento de outros bens jurídico-constitucionais.⁶³

Assim, com o fito de garantir a justiça social, que é o *telos* máximo do Estado Democrático de Direito, havendo conflito entre direitos fundamentais e/ou outros direitos presentes na Constituição, há que se utilizar o princípio da proporcionalidade, com vistas a concretizar esses axiomas mais fundamentais, tendo a dignidade humana como norte.

Nossa Carta Constitucional reconhece tanto a existência quanto a importância da dignidade humana, transformando-a num supervalor em nosso ordenamento jurídico, eis que ela é, inclusive, um dos fundamentos da República, conforme inciso III do art. 1º da Constituição.

A esse propósito, leciona Ingo Sarlet que a dignidade possui

[...] uma função instrumental integradora e hermenêutica na medida em que serve de parâmetro de aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo ordenamento jurídico.⁶⁴

Corolário da unidade do texto constitucional, as normas constitucionais estão todas no mesmo patamar hierárquico. Portanto, todas as normas inseridas na Constituição Federal, independentemente de seu conteúdo – por exemplo, direitos fundamentais, organização dos poderes, etc. -, elas terão o mesmo valor.

Outrossim, é possível entender que a interpretação de normas de caráter constitucional há de ser feita de maneira harmônica, guardando-se a coerência interna do sistema constitucional, evitando-se, assim, divergência entre dispositivos constitucionais.

⁶³ HÄBERLE, Peter. La garantía **Del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Dykinson. S. L. Madrid, 2003, p. 33.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9. ed.. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 83.

Não obstante, em alguns momentos, as normas de direitos fundamentais se veem no chamado conflito aparente. É dizer, no caso concreto, pode-se ter um comando constitucional permissivo e outro proibitivo ao exercício do mesmo direito fundamental.

Tais conflitos são cada vez mais frequentes no dia-a-dia do judiciário brasileiro, dado o alargamento do âmbito e da intensidade de aplicação dos direitos fundamentais em nossa ordem constitucional, principalmente pelo fato de nossa Constituição ter um caráter analítico.

Ora, nenhum direito – fundamental ou não – é absoluto, ou seja, a relatividade é uma de suas características mais elementares. Assim, estando em conflito dois direitos fundamentais, é impossível estabelecer uma relação apriorística de prevalência de um sobre outro, já que só da análise do caso concreto será possível estabelecer qual a melhor solução.

É dizer, conforme Gustavo Branco:

Os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos [...] Até o elementar direito à vida tem limitação no inciso XLVII, a, do art. 5^a em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.⁶⁵

Assim, mesmo possuindo aplicação imediata, os direitos fundamentais possuem limitações, consubstanciadas pelos outros direitos que a ordem constitucional protege. É dizer, a própria Lei Maior traz restrições a direitos e garantias fundamentais, como, por exemplo, na restrição ao sigilo telefônico imposta pelo art. 5^o, XII, ou a restrição ao exercício de trabalhos, ofícios ou profissões, constante do inciso XIII do mesmo artigo, ou até mesmo as restrições ao direito de locomoção, constantes do inciso XV, muito embora tenhamos o *habeas corpus* como uma das ações constitucionais mais conhecidas.

Da análise do escólio de Daniel Sarmiento, pode-se compreender que, existindo a chance de colisão entre direitos fundamentais quando da solução de querelas judiciais, não há outra solução que não a utilização de uma técnica que seja maleável sem se transformar no puro subjetivismo, dando conta da

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., pp. 230-231.

complexidade do fenômeno constitucional sem perder a seriedade da atividade judicial.⁶⁶

Assim, importou-se o princípio da proporcionalidade da Alemanha, bem como seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito conforme dito alhures e o utilizamos para parametrizar o controle de eventuais restrições impostas pela ordem estatal aos direitos fundamentais das pessoas.

Tal limitação, de acordo com Konrad Hesse:

[...] deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido estrito, isto é guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.⁶⁷

Portanto, a ponderação se apresenta como método ideal para sopesar eventuais colisões entre princípios do mesmo patamar hierárquico, almejando-se a alcançar um ponto ideal, restringindo cada um dos direitos envolvidos o mínimo possível, apenas o suficiente para salvaguardar o direito fundamental que aparece do outro lado da balança.

É dizer, de acordo com George Marmelstein Lima:

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores.⁶⁸

A primeira vez que se utilizou esse método no BVerfG foi no famoso caso *Lüth*, quando se entendeu pela constitucionalidade de se restringir direitos

⁶⁶ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 22.

⁶⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 256.

⁶⁸ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed.. São Paulo: Atlas, 2014, p. 382.

fundamentais, garantindo-se o direito fundamental à liberdade de expressão em um caso que é mais conhecido por ser a primeira decisão judicial na história a garantir a chamada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, pois envolvia dois particulares.

A metodologia da ponderação impõe que, antes de mais nada, o intérprete concilie ou harmonize os interesses em disputa, por intermédio do princípio da concordância prática. Não sendo possível conciliar os interesses, recorre-se ao chamado sopesamento de princípios, que é a ponderação propriamente dita.⁶⁹

Quando se chega à ponderação propriamente dita, o magistrado procurará o ponto de equilíbrio entre os direitos envolvidos na pendenga, atendendo aos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Dessa maneira, o juiz vai dar efetividade aos princípios constitucionais em disputa, por meio de uma interpretação hierárquica, norteadada pela dignidade da pessoa humana.

Aplicando-se o princípio da proporcionalidade para resolver conflitos entre interesses constitucionais conflitantes, bens jurídicos em conflito, valores e direitos fundamentais envolvidos em querelas judiciais, garante que se proteja a dignidade humana, que é o limite máximo à aplicação do Direito, considerado o mínimo que deve ser preservado quando se pensa na proteção do sujeito contra as arbitrariedades cometidas pelo Estado atuando em defesa dos interesses sociais⁷⁰.

Ou seja, cabe ao juiz encontrar o equilíbrio casuisticamente dos interesses conflitantes, com base na principiologia da Constituição Federal, sem declarar o Direito.

Essas limitações se restringem pelo próprio direito, que não pode ser tolhido além do que é necessário. Ora, o direito fundamental pode até não ser absoluto, mas, ainda assim, há que se perscrutar até onde eles podem ser limitados, evitando-se, assim, sua completa anulação ou desvirtuamento.

⁶⁹ Op. cit., p. cit..

⁷⁰ D'URSO, Flávia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 61-63.

Só se admite a relativização de direitos fundamentais se essa relativização se compatibilizar com as normas constitucionais, respeitando-se o princípio da proporcionalidade por intermédio da técnica da ponderação.

Ante a esse comando de estabelecer limites às restrições, os alemães criaram a teoria do Limite dos Limites, conforme explicado por Gilmar Mendes e Paulo Branco:

Da análise dos direitos fundamentais pode-se extrair a conclusão direta de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que *tais restrições são limitadas*. Cogita-se aqui dos chamados “limites dos limites” (*Schranken-Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses *limites*, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.⁷¹

Destarte, tal teoria traz a necessidade de se preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o qual se diz ser o limite dos limites em razão de limitar a possibilidade de limitar, “porque señala um limite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentaes y de las libertades publicas”⁷². É assim que a defesa da cidadania impede ações arbitrárias perpetradas pelos agentes estatais.

Há que se ter em mente, também, que a proteção dos direitos fundamentais face a qualquer restrição que lhe afete o conteúdo essencial deve ser tratada como “reduo inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição”⁷³.

Observa-se, pois, que o conteúdo essencial é aquela parte mínima e intocável do direito fundamental, sempre protegida, independentemente da situação, sob pena de inconstitucionalidade gravíssima. Portanto, tais restrições só podem ser tidas como constitucionais se respeitarem esse limite dos limites, esse núcleo essencial.

⁷¹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. **Curso...**, pp. 315-316.

⁷² MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y. **Derechos Fundamentales y Constitución**. Madri: Civitas, 1992, p. 126.

⁷³ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 111.

A doutrina diverge no que diz respeito à proteção desse núcleo essencial, pois há tanto uma teoria absoluta como uma teoria relativa da proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Para a primeira corrente, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais constitui-se de uma unidade substancial autônoma, protegida contra qualquer legislação nova, independentemente do caso concreto. Assim, há um espaço interior dos direitos fundamentais que é completamente isento de atuações estatais. Ou seja, o legislador pode limitar uma parte de um direito fundamental, mas não seu núcleo essencial. Portanto, há direitos restringíveis e direitos irrestingíveis.

Já a segunda corrente – da teoria relativa – defende que o conteúdo essencial de um direito fundamental muda conforme o caso concreto, observando-se, para isso, o objetivo da norma restritiva. Ponderam-se meios e fins para se aferir qual é o conteúdo essencial do direito, com base no princípio da proporcionalidade estudado alhures. Assim, o significado da proteção do núcleo essencial seria meramente declaratório.

De toda forma, as duas correntes reconhecem a existência do núcleo essencial intransponível pelo legislador. É dizer, não se nega que há um espaço no qual a lei não pode se imiscuir sem ser inconstitucional. Ou seja, o controle de constitucionalidade também é um meio de proteção de direitos fundamentais.

O ordenamento jurídico brasileiro não chega a tratar da matéria de maneira direta e específica, mas o art. 60, §4º, IV, da Constituição impede propostas de emenda constitucionais tendentes a abolir direitos e garantias fundamentais, que se transformam em cláusulas pétreas. Claramente, existe uma tentativa, ainda que tímida, de criar limites aos limites.

Nossa Suprema Corte já chegou a utilizar a teoria em alguns julgados, a exemplo da ADC nº 29/DF:

O princípio da proporcionalidade constitui um critério de aferição da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais. Trata-se de um parâmetro de identificação dos denominados limites dos limites (*Schranken-Schranken*) aos direitos fundamentais; um postulado de proteção de um núcleo essencial do direito, cujo conteúdo o legislador não pode atingir. Assegura-se uma margem de ação ao legislador, cujos limites, porém, não podem ser

ultrapassados. O princípio da proporcionalidade permite aferir se tais limites foram transgredidos pelo legislador.⁷⁴

Ora, proporcionalidade e concretização de direitos fundamentais são elementos que mantêm o equilíbrio das ações estatais. Impede-se a violação do núcleo essencial pelo Legislativo. Impede-se, outrossim, que o Judiciário restrinja um direito mais do que o estritamente necessário à solução do caso concreto. Não pode, pois, o Estado agravar demasiadamente um direito fundamental com vistas à proteção de outro.

É a conhecida proibição do excesso, conforme o escólio de Ingo Sarlet:

para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, por ora, maior elucidação.⁷⁵

Esse princípio, que é corolário da proporcionalidade, aparece para evitar abusos estatais que ocorriam principalmente no tempo do absolutismo. Suas raízes remontam ao tempo do iluminismo, quando autores como Montesquieu e Beccaria tratam da proporcionalidade das penas com relação aos delitos.

É dizer, a grande notoriedade do princípio se dá no âmbito penal, principalmente no que diz respeito à aplicação das penas. A conduta punível gera, para o ente estatal, o poder-dever de aplicar a sanção penal. Portanto, as penas não de ser proporcionais ao crime perpetrado. O Estado deve punir o criminoso com

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Constitucionalidade n. 29/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 15 fev. 2012, publicado em 29 jun. 2012. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em 20 jun. 2022.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição do excesso e de insuficiência em matéria criminal. **Revista da Anjuris**, v. 35, n. 109, mar. 2008, p. 155.

fulcro no que é determinado pela lei penal, enquanto que o próprio delinquente tem um direito de não ser punido além desse limite.

Obviamente, não se utiliza esse princípio como supedâneo para a prática de ilícitos jurídicos, mas tão-somente com vistas a preencher seus subprincípios, com vistas à previsão abstrata e à aplicação concreta da pena ao ilícito praticado, sendo este um ilícito penal, civil, administrativo, etc.

Tal princípio não passa despercebido pela jurisprudência das nossas Cortes Superiores, conforme se depreende do julgado abaixo:

HABEAS CORPUS” – VEDAÇÃO LEGAL IMPOSTA, EM CARÁTER ABSOLUTO E APRIORÍSTICO, QUE OBSTA, “IN ABSTRACTO”, A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, CAPUT” E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL VEDATÓRIA (ART. 33, § 4º, E ART. 44) PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE (HC 97.256/RS) – OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE – O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO”: FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO – CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DO ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO – O LEGISLADOR NÃO PODE VEDAR A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÃO PENAL ALTERNATIVA, SEM A IMPRESCINDÍVEL AFERIÇÃO, PELO MAGISTRADO, DOS REQUISITOS DE ÍNDOLE SUBJETIVA E DOS PRESSUPOSTOS DE CARÁTER OBJETIVO DO SENTENCIADO (CP , ART. 44), SOB PENA DE GERAR SITUAÇÕES NORMATIVAS DE ABSOLUTA DISTORÇÃO E DE SUBVERSÃO DOS FINS QUE REGEM O DESEMPENHO DA FUNÇÃO ESTATAL – PRECEDENTES – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO EM PARTE . – O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, reconheceu a inconstitucionalidade de normas constantes da Lei nº 11.343 /2006 (Lei de Drogas), no ponto em que tais preceitos legais vedavam a conversão, pelo magistrado sentenciante, da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos. – O Poder Público, especialmente em sede penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. – Atendidos os requisitos de índole subjetiva e os de caráter objetivo, previstos no art. 44 do Código Penal, torna-se viável a substituição, por pena restritiva de direitos, da pena privativa por pena restritiva de direitos, da pena privativa de liberdade imposta aos condenados pela

prática dos delitos previstos no art. 33, “*caput*” e § 1º, e arts. 34 a 37, todos da Lei nº11.343/2006.⁷⁶

Além do Direito Penal, o Direito Administrativo também toma para si a aplicação do princípio da proibição do excesso, limitando-se o exercício do poder de polícia ao interesse social que deve ser conciliado com os direitos fundamentais dos sujeitos, conforme o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] é preciso que a Administração se comporte com extrema cautela, *nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei*, sob pena de vício jurídico que acarretará responsabilidade da Administração. Importa que haja *proporcionalidade* entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida.⁷⁷

Assim, a proporcionalidade entre a restrição sofrida pelo particular e o benefício auferido pela sociedade é requisito específico de validade do ato administrativo no exercício do poder de polícia. Da mesma maneira, há que se ter correspondência entre infração e sanção quando estivermos diante de um processo sancionador.

A falta dessa proporcionalidade incorre em claro abuso de poder, violando o princípio da legalidade, resultando na nulidade de eventual sanção aplicada pela Administração Pública ao particular.

Justamente por isso, só se pode utilizar meios diretos de coação contra o particular se não houver outra maneira igualmente eficaz para chegar ao objetivo pretendido. Não é legítima a coação estatal se essa for excessiva ou desproporcional frente ao interesse legalmente tutelado.

Assim, é obrigação estatal agir na proteção de bens jurídicos constitucionais. Respeita-se, assim, o princípio da proporcionalidade, que é violado não só quando o Estado agir com excesso, como, também, quando proteger o bem jurídico constitucionalmente protegido de maneira insuficiente. Ora, a proporcionalidade é

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso em Habeas Corpus n. 104.587, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 16 nov. 2010, publicado em 25 fev. 2011. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619639>>. Acesso em 25 mai. 2022.

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed.. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 867.

como uma faca de dois gumes: de um lado, temos a proibição do excesso quando tratamos de ações estatais, mas, de outro, temos a proibição da atuação deficiente quando falamos em omissões estatais.

Portanto, do mesmo jeito que temos inconstitucionalidade na atuação estatal excessiva, com desproporcionalidade entre meios e fins, temos a inconstitucionalidade por proteção insuficiente de um direito, mormente ante à desconsideração do uso de algumas sanções penais, ou mesmo administrativas, com vistas à proteção de alguns bens jurídicos mais importantes para nosso ordenamento jurídico.

O próprio Supremo Tribunal Federal já se pronunciou da seguinte maneira:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote).⁷⁸

Assim, o princípio da proibição de proteção deficiente impede o Legislativo e o Executivo e o Judiciário de tutelar insuficientemente qualquer um dos direitos fundamentais. É dizer, impõe-se, ao Estado, um dever de proteção que não pode renunciar aos mecanismos de tutela com vistas ao acautelamento da proteção de um direito fundamental.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes ressaltou, em seu voto, que:

[...] a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus n. 104.410, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 06 mar. 2012, publicado em 26 mar. 2012. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em 15 mai. 2022.

legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.⁷⁹

Reconhece-se, pois, o dever de efetiva proteção estatal, impedindo que um direito seja protegido de maneira débil frente a um mínimo a ser imposto.

Não raro, quando se pensa em proibição de insuficiência, pensamos em uma omissão do poder público quanto ao cumprimento de um imperativo categórico imposto pela própria ordem constitucional. Omitindo-se de seu dever de proteção, ou cumprindo-o de maneira débil, o Estado pratica ato jurídico inconstitucional.

Portanto, não é só o magistrado que se vê obrigado à aplicação da técnica da proibição da proteção deficiente: ela também vincula o legislador, que deve elaborar uma lei suficientemente eficaz e adequada com vistas à garantia da proteção mínima demandada pela Lei Maior. Se inexistir, pois, uma proteção normativa a um direito fundamental, no que tange à sua dimensão objetiva – imperativo de tutela –, estaremos diante de um ato estatal visivelmente inconstitucional, o que vai impedir a fruição de um direito fundamental por parte do sujeito de direitos que o titulariza.

Portanto, até mesmo o Poder Legislativo se vê obrigado a respeitar esse princípio, eis que não há liberdade absoluta na atividade normogênica estatal, pois os atos do legislador devem se pautar nos ditames constitucionais.

Portanto, a proibição da proteção insuficiente rechaça qualquer norma jurídica que imponha extrema desproporcionalidade entre os bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico.

Enfatiza-se a evolução histórica do princípio da proporcionalidade, antes visto apenas como uma vedação à intervenção estatal arbitrária e desproporcional, para passar a ser enxergado como uma obrigatoriedade de o Estado adequadamente proteger os direitos fundamentais. Conforme Maria Luiza Streck:

Passados dois séculos, é possível dizer que a visão de cunho liberal deixou de lado aquilo que se pode chamar de proteção positiva dos direitos fundamentais por meio do Direito Penal, preocupação típica

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Pleno. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.112, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 02 mai. 2007, publicado em 26 out. 2007. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>>. Acesso em 12 jun. 2022.

do Estado Democrático de Direito. [...] vislumbra-se o outro lado da proteção estatal, o da proibição da proteção deficiente (ou insuficiente), chamada no direito Alemão de *Untermassverbot*.⁸⁰

Assim, se, no início, esperava-se um absenteísmo estatal, hoje, o Estado passa a ser obrigado a atuar de forma positiva na proteção de direitos fundamentais (Estado prestacional). Não se tem mais uma função estatal meramente negativa, como se tinha antes.

Supera-se, pois, o modelo clássico de garantismo exclusivamente negativo. Hoje, temos a cláusula de proibição da proteção insuficiente, ou proteção deficiente, ou proteção por defeito, ou, ainda proteção por insuficiência, que guarda estreita relação com o direito penal, eis que este é uma das principais ferramentas de que o Estado dispõe para proteger direitos fundamentais, mormente no que diz respeito a deveres de proteção estatais.

Contudo, nem por isso, só se aplica referido princípio ao Direito Penal, como se pretende demonstrar ao longo do presente trabalho. No que diz respeito à temática aqui estudada, cabe, também, a atenção necessária à proporcionalidade, vedando-se a proteção deficiente por parte do Estado.

2 AS ONDAS RENOVATÓRIAS DO ACESSO À JUSTIÇA⁸¹

O exercício da cidadania implica em se poder ter uma vida digna, em o indivíduo poder exercer suas prerrogativas existenciais, e para tanto, o aparato estatal tem o dever de proporcionar a respectiva prestação no sentido de se assegurar e proteger, judicial e extrajudicialmente, o “direito a ter direitos” conforme bem propugnado

⁸⁰ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **A face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 91-92.

⁸¹ Não obstante haver discussão sobre a configuração de uma sexta e até uma sétima onda renovatória da justiça (cf. LIMA, Mariana Carvalho de Paula e. **A 7ª onda de acesso à justiça e o papel das instituições nacionais de direitos humanos na revisão periódica universal da ONU**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito. 233 p. 2020. Disponível em <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/92775/1/MESTRADO%20-%20DISSERTACAO%20-%20LACRAR%20-TEXT0%20FINAL%20-30.10.2020.pdf>>. Acesso em 18 jul. 2022), para efeitos do presente estudo discorrer-se-á somente sobre as cinco primeiras ondas.

por Celso Lafer ao comentar o pensamento de Hannah Arendt⁸²:

O que Hannah Arendt estabelece é que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para a convivência coletiva, exige espaço público. Este é kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação política. A este espaço só tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece.⁸³

Nesse contexto, o acesso à justiça é um dos imperativos de exercício justo e regular da cidadania. Inicialmente previsto no contexto do princípio fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º inciso XXXV da Constituição Federal) e reproduzido no art. 3º do Código de Processo Civil de 2015, confere ao indivíduo a prerrogativa de buscar a tutela jurisdicional por meio do processo estatal, para o fim de se resguardar ou prevenir direitos conforme se trate de lesão ou ameaça a direito.

Contudo, tal princípio não se restringe a um mero reconhecimento do direito de acessar o Poder Judiciário, muito embora a redação do aludido art. 5º inciso XXXV da Constituição Federal induza num primeiro momento a isso: vai além, na medida em que se traduz numa prerrogativa consubstanciada na busca da tutela estatal para que esta se faça de forma efetiva, adequada e tempestiva à proteção preventiva ou reparatória da lesão ou ameaça ao direito do indivíduo, perfectibilizando-se assim o papel do Estado enquanto agente social e responsável pela busca de soluções justas aos conflitos de interesses. E nesse mister, nem sempre tais soluções se darão por meio de decisões judiciais, podendo sê-lo na seara extrajudicial tal qual se dá com a mediação e conciliação.

Nessa linha, é equivocado entender-se que o acesso à justiça traduz-se no direito de tão-somente bater às portas do Judiciário: transcende a este, e se estende até onde seja necessário à consecução da tutela estatal ao direito do cidadão. A prerrogativa deve ser traduzida no direito a se obter ou uma prestação justa ou uma

⁸² ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

⁸³ LAFER, Celso. **A Reconstrução Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 166.

solução justa ao problema que porventura o indivíduo tenha a ter em razão de uma obstaculização à sua vida digna, pelo que, o acesso à justiça não pressupõe tão-somente um franqueamento formal aos tribunais, mas sim, a uma justa tutela estatal de suas prerrogativas existenciais, na exata proporção da necessidade da respectiva garantia e proteção da cidadania. Não sem motivo, a Constituição portuguesa em seu art. 20º trata do “Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva”, a respeito do qual, o respectivo item 1 é claro ao expandir o acesso à justiça também para o âmbito extrajudicial, ao preconizar que “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”.⁸⁴

Posto de outra forma: quando o art. 5º inciso XXXV da Constituição Federal consagra o princípio do acesso à Justiça, não se pode interpretá-lo somente de modo formal e superficial: não basta que ao cidadão seja garantido o direito postular a defesa de seus direitos mediante o franqueamento ao Poder Judiciário – inclusive com a garantia de gratuidade da Justiça e assistência judiciária gratuita –, se a máquina administrativa não disponibilizar efetivamente meios que concretamente seja suficiente a conduzir e viabilizar uma resolução justa ao conflito posto em análise. Não basta que ao cidadão seja garantido o ingresso no sistema judicial: a efetividade do acesso à Justiça pressupõe uma concreta garantia de tutela dos direitos que ora se busca preservar ou repor, não sendo crível portanto que tal princípio constitucional se restrinja ao direito a uma mera resposta institucional do Estado.

Cândido Dinamarco ressalta que, muito além de ser uma mera disponibilização de acesso ao Judiciário, o acesso à Justiça “[...] significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade”⁸⁵, ao que Francisco Lima bem complementa ao afirmar que o acesso à Justiça deve ser compreendido em todas as etapas da garantia dos direitos do cidadão – qual seja, desde a criação de normas justas e eficazes, passando-se pela

⁸⁴ PORTUGAL. Constituição. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 12 jun. 2022.

⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 115.

interpretação, integração e aplicação igualmente justas, perfazendo-se então o acesso num sentido abrangente que vai desde a criação das normas até sua correta e justa aplicação.⁸⁶

Destarte, o acesso à justiça não significa apenas o direito de acessar a quem ou quem tenha o respectivo poder para se fazer justiça, mas, também e ainda, que esse detentor de tal poder possa solucionar o conflito de forma adequada, célere e proporcional ao direito que se busca tutelar. Nesse prisma, se por um lado o acesso ao Poder Judiciário é imprescindível em situações onde o controle jurisdicional se faça necessário⁸⁷, por outro lado Mauro Cappelletti ressalta que o acesso à justiça, além da via judicial, pode se dar também pelos meios alternativos de solução de conflitos e pelas políticas públicas⁸⁸, quando a intervenção estatal não é inafastável – em face do que, conforme já falado, inserem-se as formas de autocomposição e heterocomposição extrajudiciais.

De toda forma, deve-se compreender o acesso à justiça como aquele passível de ser exercido tanto pela via jurisdicional e das políticas públicas quanto pelos meios alternativos de solução de conflitos de interesses. Conforme preleciona Horácio Wanderlei Rodrigues, a expressão “acesso à justiça”, além de significar acesso ao Poder Judiciário, também significa o acesso a uma “determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”⁸⁹, é dizer, não se resume a

⁸⁶ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 157.

⁸⁷ Em certas matérias não se admitem exceções à regra da proibição da autotutela nem é, em princípio, permitida a autocomposição para a imposição das sanções legais. É o que sucedia de modo absoluto em matéria criminal (ordem jurídica brasileira anterior à lei nº 9.099, de 26.9.1995) e quanto a algumas situações regidas pelo direito privado (anulação de casamento, suspensão ou perda do poder familiar etc.). Em casos assim o processo é o único meio de obter a efetivação das situações ditadas pelo direito material (imposição da pena, dissolução do vínculo etc.). A lei não admite a autotutela, a autocomposição, o juízo arbitral e nem mesmo a satisfação voluntária de pretensões dessa ordem. (...) As pretensões necessariamente sujeitas a exame judicial para que possam ser satisfeitas são aquelas que se referem a direitos e interesse regidos por normas de *extrema indisponibilidade*, como as penais e aquelas não penais trazidas como por exemplo (esp., direito de família). É a indisponibilidade desses direitos, sobretudo o de liberdade, que conduz a ordem jurídica a ditar, quanto a eles, a regra do indispensável controle jurisdicional. (In ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed.. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 54-55).

⁸⁸ CAPPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo-SP, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

⁸⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 28.

um mero direito de ação, mas sim, na busca pela concretização de um bem jurídico.

Nessa linha, de acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth o acesso à justiça é “o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”⁹⁰. Assim, sob uma perspectiva formal a justiça se dá por meio da processualística, onde “o processo seja fonte de participação democrática das partes e a tutela jurisdicional obtida através do mesmo seja justa, útil e efetiva”⁹¹, o que é assegurado ao se considerar o acesso à justiça enquanto direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ou enquanto direito humano tal qual é previsto pelo art. 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), ratificado no Brasil pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992:

Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.⁹²

E sob uma perspectiva substancial, o acesso à justiça implica o direito a obter do Estado uma prestação jurisdicional à demanda ora apresentada, abrangendo nesse contexto também os meios extrajudiciais conforme o entendimento de Paula de Costa e Silva:

O direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contacto ou sem passagem pelos tribunais.⁹³

⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988, p. 8.

⁹¹ MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à Justiça e Princípio da Igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 51.

⁹² BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 15 mai. 2022.

⁹³ SILVA, Paula Costa e. *A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Editora, 2009, p.

De acordo com Cappelletti e Garth, apesar de tormentosa a tarefa de se conceituar a expressão “acesso à Justiça” fato é que se podem verificar duas finalidades básicas do sistema jurídico: “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”⁹⁴. Nessa linha, infere-se que a efetividade do acesso à justiça é diretamente relacionada com a efetividade da prestação jurisdicional que propicie o respectivo tratamento justo, ao que os aludidos autores dimensionaram a evolução do acesso à justiça em três fases – as “ondas” -, às quais o presente estudo acrescenta outras duas mais para efeitos de discussão do tema.

2.1 Mauro Cappelletti e as três ondas de acesso à justiça

Luis Roberto Barroso ensina que *efetividade* significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social: é a concretização fática dos preceitos legais, consubstanciando-se destarte na aproximação o mais intimamente possível entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.⁹⁵ Com base no entendimento do citado doutrinador, a norma será tão efetiva quanto possa ser obedecida e cumprida: quanto mais o contexto fático se aproximar da norma abstrata, mais efetiva terá sido a aplicação desta.

Nesse sentido, não basta que o acesso à justiça seja previsto e garantido pela norma: para que se faça efetivo, necessita ser concretizado o mais amplamente possível. Daí se falar em efetividade da prestação jurisdicional: o Estado deve franquear ao cidadão a mais ampla, próxima e eficiente proteção a lesão ou ameaça a direito.

Em explicação à efetividade da prestação jurisdicional, Cappelletti e Garth explanam:

A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam

⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. cit..

⁹⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional...**, p. 238.

a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados?⁹⁶

Acerca de tal mister, Cappelletti e Garth discorrem que essa otimização da prestação jurisdicional e o conseqüente aprimoramento da efetividade passou por três fases, as quais convencionou-se serem chamadas de “ondas de acesso à justiça”.

O primeiro obstáculo seria as custas para se buscar a tutela jurisdicional: de acordo com os autores, a resolução formal de litígios é altamente dispendiosa e mais ainda em sede judicial: entre outros, torna-se por demais oneroso o fato de o vencido ter de arcar com os ônus da sucumbência - as custas do processo e mais as que a parte adversa teve ao se defender judicialmente⁹⁷. Por decorrência, ter-se-ia o segundo obstáculo – a possibilidade das partes -, onde frequentemente se depararia com uma situação em que:

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente.⁹⁸

Nesse sentido, a primeira onda de efetividade do acesso à justiça consubstanciou-se no contrapeso à incapacidade econômica, consubstanciado na assistência judiciária para a população carente bem como a previsão legal e estruturação dos respectivos sistemas e órgãos fornecedores de tal serviço.

No Brasil, a primeira onda se perfectibilizou inicialmente com o advento da Lei nº 1.060 de 5 de fevereiro de 1950, a qual instituiu a assistência judiciária aos

⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 14.

⁹⁷ Op. cit., p. 16.

⁹⁸ Op. cit., p. 21.

necessitados e trouxe em seu art. 3º, com as alterações que lhe seguiram, as seguintes isenções:

Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: I - das taxas judiciárias e dos selos; II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados; V - dos honorários de advogado e peritos; VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade; VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.⁹⁹

A seu turno, a Constituição Federal consagrou em seu art. 5º inciso LXXIV o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita aos comprovadamente necessitados, ao que instituiu a Defensoria Pública (art. 134) enquanto instituição que tem por mister precípua propiciar aos necessitados a “orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita”¹⁰⁰, a qual veio a ser regulamentada pela Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994 e subsidiariamente pelas legislações estaduais sobre o tema.

Bem assim, a gratuidade do acesso à justiça se fez presente com o advento da Lei nº 9.099 de 26 de janeiro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais), onde os artigos 54 e 55 preconizam a isenção de custas para a propositura de ação, bem como a vedação à condenação ao vencido ao pagamento de sucumbência na primeira instância¹⁰¹; e com o Código de Processo Civil de 2015, suprimindo lacuna até

⁹⁹ BRASIL. Lei n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1060.htm>. Acesso em 08 abr. 2022.

¹⁰⁰ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 abr. 2022.

¹⁰¹ BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 15 abr. 2022.

então existente no Código de Processo Civil de 1973, veio a disciplinar a assistência judiciária na Seção IV de seu capítulo II, sob o título “da gratuidade da justiça”¹⁰².

O terceiro obstáculo verificado por Cappelletti e Garth é o dos interesses difusos. Segundo os autores, a concepção tradicional do processo civil fora pensada de forma a que fosse suficiente apenas para a resolução de conflitos entre particulares e seus respectivos interesses individuais: “as regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares”¹⁰³.

Justamente em razão disso é que Cappelletti e Garth obtemperam que, nos moldes então propostos do processo civil:

[...] ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação. [...] Um indivíduo, além disso, poderá receber apenas indenização de seus próprios prejuízos, porém não dos efetivamente causados pelo infrator à comunidade. Conseqüentemente, a demanda individual pode ser de todo ineficiente para obter o cumprimento da lei; o infrator pode não ser dissuadido de prosseguir em sua conduta. [...] Outra barreira se relaciona precisamente com a questão da reunião. As várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente ser incapazes de combinar uma estratégia comum.¹⁰⁴

É nesse sentido que se identifica a segunda onda como a concernente aos direitos difusos, aqueles transindividuais de difícil ou impossível individualização: conforme Cappelletti e Garth, “os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres”¹⁰⁵; “dos consumidores, preservacionistas e do público em geral”¹⁰⁶. Como forma de se transpor tal obstáculo, criaram-se microssistemas cujas normas fossem próprias e propícias à defesa dos interesses difusos em juízo, de forma a se

¹⁰² BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm>. Acesso em 16 abr. 2022.

¹⁰³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., pp. 49-50.

¹⁰⁴ Op. cit., pp. 26-27.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 49.

¹⁰⁶ Op. cit., p. 67.

ampliar a defesa de interesses que ao mesmo tempo que são de todos, não são de ninguém – e se não são de ninguém, passam a ser de todos.

Suzana Gastaldi observa a respeito:

Nessa perspectiva, tornou-se necessário rever radicalmente algumas regras do processo civil clássico, tais como a legitimidade ativa, o litisconsórcio, a coisa julgada, a liquidação de sentença e as despesas com o processo, de maneira a torná-las adequadas à representação em juízo dos interesses de massa e a estimular a participação popular judicial. De uma forma mais avançada, passou-se a sustentar a insuficiência do sistema processual patrimonialista clássico, segundo o qual todas as lesões a direitos poderiam ser reduzidas à pecúnia. Essa crença na patrimonialidade dos direitos lesados proveio da doutrina do século XIX, que vislumbrava o surgimento do direito de ação somente se houvesse efetiva violação, sem reconhecer a importância de se agir antes de ocorrido o dano. Em se tratando de direitos transindividuais relacionados à vida, ao meio ambiente, ao consumidor, ao idoso, à criança e ao adolescente, enfim, à dignidade da pessoa humana, a condenação em pecúnia deve ser algo a ser analisado subsidiariamente, pois, na atual “sociedade de risco”, onde impera a “irresponsabilidade organizada”, indubitavelmente são mais importantes a precaução e a prevenção, bem como a existência de mecanismos e técnicas processuais adequados à consecução dessas finalidades.¹⁰⁷

Assim é que, no Brasil, leis foram criadas com o propósito de se assegurar a proteção desses direitos difusos, tais como a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Ação Popular); Lei nº 7.437, de 24 de julho de 1985 (Ação Civil Pública); Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor); Lei nº 12.016 de 07 de agosto de 2009 (Mandado de Segurança Coletivo); Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016 (Mandado de Injunção Coletivo), entre outros.

Bem assim, o acesso à justiça em favor dos interesses difusos deixou de ser exclusividade de pessoas e passou a ser franqueado também a instituições, concentrando-se nestas a defesa de interesses da coletividade e desta forma otimizando-se a respectiva gestão de tais iniciativas. Exemplo disso é a Defensoria Pública, a qual, inicialmente relacionada à primeira onda, passou a ser dotada de

107 GASTALDI, Suzana. A inadequação do processo civil clássico diante dos interesses de massa e as ondas inovatórias de acesso à justiça. Conteúdo Jurídico, 12 dez. 2013. Disponível em <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37627/a-inadequacao-do-processo-civil-classico-diante-dos-interesses-de-massa-e-as-ondas-inovatorias-de-acesso-a-justica>>. Acesso em 20 jun. 2022.

legitimidade de representação de interesses difusos de grupos com notória vulnerabilidade social (idosos, crianças e adolescentes, entre outros). Também o Ministério Público, o qual, conforme a dicção do art. 127 da Constituição Federal, é também responsável pela defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Gisele Moura bem observa a respeito:

Para além dos tribunais, a atuação da Defensoria é importante instrumento de emancipação popular e propulsor do alcance da cidadania, contudo, com características (estruturais, orçamentárias, de pessoal, etc.) muito heterogêneas no país. O atendimento prestado representa “menos da metade das comarcas no Brasil, metade delas em unidades da federação pertencentes às classes com IDHs baixo e médio baixo” (MARONA, 2013, p. 365), de modo que ainda existem regiões que não contam com sequer um representante da instituição. Por sua vez, o Ministério Público possui atuação funcional muito relevante, como protagonista da defesa da sociedade e importante instituição de acesso à justiça, com ação em juízo e fora dele, principalmente para a defesa de direitos metaindividuais de qualquer classe social, marginalizada ou não. Sua atuação está relacionada à segunda onda, por ser órgão legitimado para defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como para promover a ação civil pública, proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. Em ambos os casos, da Defensoria Pública e do Ministério Público, a atuação deve ser realizada de forma pulverizada, com esforços prioritários no sentido de prevenção de disputas e solução alternativa de litígios, em consonância com as previsões da terceira onda.¹⁰⁸

Reconhecida e garantida a proteção aos interesses individuais e difusos, apresentou-se entretanto outro obstáculo: a adequação do sistema de forma a que atendesse a contento as demandas provenientes desses novos direitos reconhecidos, dado que até então estruturou-se o sistema para a resolução de demandas individuais e com projeção de efeitos somente *inter partes*.

Inevitavelmente, essa adequação passaria por uma reformulação do sistema, no que assim se consubstanciou a terceira onda: o repensar da estrutura do sistema estatal de acesso à justiça, visando à simplificação e otimização dos procedimentos em nível financeiro e procedimental para se proporcionar ao cidadão a maior praticidade, facilidade e operacionabilidade possíveis do acesso à justiça.

¹⁰⁸ MOURA, Gisele Luiza Soares. O acesso à justiça e a celeridade processual: o alcance de uma justiça efetiva, justa e igualitária. **Biblioteca Digital do TJMG. 2015.** Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/11285>>. Acesso em 12 jun. 2022.

Mauro Cappelletti assim define:

Essa “terceira onda” de reforma [...] centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. [...] a enorme demanda latente por métodos que tornem os novos direitos efetivos forçou uma nova meditação sobre o sistema de suprimento – o sistema judiciário. [...] esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios.¹⁰⁹

Assim, a terceira onda redundava na reformulação das instituições e procedimentos estatais, de forma a que o acesso à justiça: a) leve em conta a desigualdade e a contrabalanceie com os respectivos mecanismos a tanto, de forma a equalizar as forças entre as partes no conflito de interesses; b) disponha de instrumentos e mecanismos efetivos tanto em nível judicial quanto extrajudicial, no sentido de serem factíveis, implementáveis e acessíveis a todos os cidadãos; c) implique também em acesso ao poder e não só em acesso ao Judiciário, suscitando-se para tanto outras formas de resolução de conflitos num contexto que proporcione aos sujeitos titulares a consciência de seus direitos e a respectiva habilitação material e psicológica a exercê-los.¹¹⁰

Posteriormente às três ondas, Kim Economides, discípulo de Mauro Cappelletti, identificou uma quarta onda, consubstanciada no contexto da preparação dos profissionais responsáveis pelo acesso à Justiça. A ver.

2.2 Kim Economides e a quarta onda

¹⁰⁹ CAPPELLETTI, pp. 67-71.

¹¹⁰ BENJAMIN, Antonio Herman. A insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. **Biblioteca Digital do Superior Tribunal de Justiça (BDJur)**. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8688/A_Insurrei%c3%a7%c3%a3o_da_Aldeia_Global.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022.

De acordo com Kim Economides, além da adequação da estrutura judiciária e administrativa a efetividade do acesso à Justiça também gira em torno de uma correspondente e igualmente eficiente prestação de serviço por parte dos respectivos profissionais: o acesso à Justiça não se circunscreve ao acesso do cidadão à Justiça, mas, segundo o autor, tal mister “inclui também o acesso dos próprios advogados à Justiça. [...] o acesso dos cidadãos à justiça é inútil sem o acesso dos operadores do direito à justiça”¹¹¹.

Economides distingue, então, dois aspectos do acesso à Justiça: um, em nível macropolítico, o qual consiste no que o autor denomina de “justiça distributiva ou corretiva” e que fora abordada por Cappelletti quando da consideração acerca das três ondas; outro, em nível micropolítico, que Economides considera consistir nas compreensões particulares de justiça alcançadas por membros individuais da profissão jurídica.

Nesse mister, o autor observa consistir a quarta onda na respectiva necessidade de se otimizar preparo de tais profissionais inclusive à luz da ética profissional. Prossegue o autor ainda, ressaltando que tais níveis não são excludentes entre si, pelo contrário: “de algum modo precisamos criar, sustentar e equilibrar em nossa análise do acesso à justiça uma nova síntese entre os níveis macro e micro”.¹¹²

De acordo com Economides, essa questão da efetivação dos operadores do direito deve ser considerada sob a ótica de três aspectos entrelaçados: a) a natureza da demanda dos serviços jurídicos; b) a natureza da oferta desses serviços jurídicos; e c) a natureza do problema jurídico que os clientes possam desejar trazer ao fórum da justiça.¹¹³

Quanto ao primeiro aspecto, Economides reporta a contribuição dada pela sociologia ao trazer pesquisas que abordaram em termos quantitativos e qualitativos as necessidades jurídicas não atendidas, e investigaram a concepção e

¹¹¹ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: Epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce, [et al]. (Orgs). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, pp. 61-76, p. 62.

¹¹² Op. cit., p. 63.

¹¹³ Op. cit., p. 64.

conhecimento da justiça pelo público em geral. Contudo, segundo Economides tais pesquisas revelaram-se insuficientes, pois, enquanto algumas abordaram de modo por demais superficial as características dos clientes e dos serviços jurídicos que porventura viriam a procurar, outras elencaram demasiadamente a pobreza enquanto fator de busca ou não de serviços jurídicos.¹¹⁴

Economides pondera, a respeito, que um estudo desenvolvido nos Estados Unidos constatou que em geral os pobres tinham um efetivo acesso ao Judiciário e principalmente por meio de assistência jurídica, porém não tinham a compreensão de quatro estágios necessários ao efetivo aludido acesso: 1) a consciência, ou o reconhecimento de que determinado problema é um problema jurídico; 2) a vontade de iniciar ação judicial para solucioná-lo; 3) a procura de um advogado; e, 4) a sua contratação efetiva.¹¹⁵

Dá-se foco à conscientização do cidadão acerca da percepção jurídica de seu problema, ao que Boaventura de Souza Santos assim afirma:

É preciso capacitar os cidadãos juridicamente, pois o Direito, apesar de ser um bem que está na sabedoria do povo, é manejado e apresentado pelos profissionais do ramo com uma linguagem jurídico-técnico ininteligível para o cidadão comum. A ideia central é a construção de uma justiça democrática de proximidade.¹¹⁶

Tocante ao segundo aspecto, Economides faz alusão a um estudo feito na década de 1970 que ficou conhecido como “Teoria da Organização Social”, a qual em síntese constatou que, dado que habitualmente os advogados especializam-se em determinadas áreas e setorizam sua prestação de serviços a elas, para que houvesse efetiva contribuição da prestação do serviço para o acesso à Justiça era necessário que o cidadão não só tivesse consciência de qual profissional procurar – se um advogado que lidasse com tudo, ou se um que lidasse com o assunto específico e por isso tivesse maior proficiência – como também tivesse condições de acesso ao profissional mais preparado para lhe auxiliar. Isto porque:

[...] habitualmente, os advogados atendem a categorias particulares

¹¹⁴ Op. cit., p. 65.

¹¹⁵ Op. cit., p. cit..

¹¹⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2002, p. 57.

de clientes (os grandes escritórios das cidades invariavelmente servem a clientes corporativos), enquanto os pobres recebem assistência de defensores públicos, atuantes na justiça criminal ou nas varas de famílias.¹¹⁷

A seu turno, o terceiro aspecto consiste em qual questão realmente o cidadão deseja ser apreciada pelo órgão judicante. Economides bem observa a existência de problemas jurídicos que, em que pese serem apresentados inicialmente sob a forma de uma contenda entre particulares, geram reflexos a vários outros cidadãos ou até mesmo à sociedade em abstrato, ao que, segundo o autor, “o processo judiciário ainda não parece estar aparelhado para representar reclamações em grande escala que tenham conseqüências políticas ou econômicas significativas para a sociedade como um todo”¹¹⁸.

Diante de tais aspectos, Economides propugna a necessidade do advento de uma quarta onda de acesso à justiça, amparada na efetividade do acesso dos operadores do direito à Justiça: primeiramente pela otimização e melhoramento do acesso dos cidadãos ao ensino do Direito e conseqüentemente às carreiras jurídicas, e ato contínuo a efetivação do franqueamento desses profissionais à justiça.¹¹⁹

É dizer, para Economides, enquanto as três ondas pregressas renovaram o acesso à justiça pelo cidadão, a quarta onda implicaria numa renovação do acesso à justiça pelos operadores do direito para que, uma vez procurados pelo cidadão, pudessem auxiliar a este do modo mais efetivo possível o respectivo acesso.

2.3 A “quinta onda” de Roberto Bacellar e a acepção contemporânea do acesso à justiça

As mudanças por que passou o sistema – as “ondas” -, expuseram as

¹¹⁷ Op. cit., p. cit..

¹¹⁸ Op. cit., pp. 69-70.

¹¹⁹ Op. cit., p. 73.

mazelas fáticas que permeiam o Poder Judiciário e lhe impedem de promover uma efetiva prestação tal qual pretendida pelo cidadão.

Estudos efetuados pelo Conselho Nacional de Justiça comprovam que o Poder Judiciário abarrotado de ações, em grande parte justamente por não ter se adaptado a tempo às radicais mudanças sociais e constitucionais – dentre as quais, a já comentada ampliação da abrangência do direito fundamental ao acesso à Justiça e o consequente aumento exponencial de demandas junto ao Poder Judiciário. Exemplificativamente, em 2020 a taxa de congestionamento¹²⁰ do Poder Judiciário fechou em 77,3 %¹²¹, num cenário em que na Justiça Federal um processo demora em média 8 anos e 7 meses e na Justiça Estadual, 6 anos e 11 meses¹²².

Convém ressaltar que não se pode creditar tal situação propriamente aos profissionais do Poder Judiciário, pois, mesmo trabalhando no limite de sua capacidade, não contam com uma estrutura adequada à otimização do serviço. George Marmelstein bem explica, a respeito:

As causas pela demora, na maioria das vezes, fogem ao controle do magistrado. Por mais que trabalhe, o juiz jamais conseguirá concluir, com êxito, os milhares de processos que estão sob sua condução. Há poucos juízes, poucos funcionários, poucos instrumentos de trabalho, pouco investimento no Judiciário, o sistema processual é burocrático, sobretudo no que se refere aos recursos, além de existirem inúmeros outros problemas igualmente sérios, que dificultam o desempenho do Poder Judiciário, como, por exemplo, o aumento da taxa de litígios (explosão da litigiosidade), sem que os foros judiciais tenham capacidade de absorver essa demanda.¹²³

Infelizmente, esse cenário é há muito tempo notório em se tratando de demandas expropriatórias, que se arrastam por anos e até décadas sem que se atinja a finalidade precípua – a prévia e justa indenização ao expropriado. Veja-se por exemplo a mais longa demanda ocorrida no Brasil, justamente relativa a uma desapropriação: a do palácio da princesa Isabel, a qual fora proposta em 1895 e só

¹²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021, p. 101.

¹²¹ Op. cit., p. 126.

¹²² Op. cit., p. 200.

¹²³ MARMELSTEIN, George. Pela Racionalidade dos Expedientes Forenses: o máximo de resultados com o mínimo de atos processuais. **Revista CEJ**, Brasília-DF, n. 22, p. 80-92, jul./set. 2003. Disponível em <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/568/748>>. Acesso em 12 mai. 2022, p. 81.

veio a se encerrar em 2020.¹²⁴

No início do século XX, Rui Barbosa já trazia a lume exemplo a respeito:

Logo, absurdo é, e absurdo sem medida, o erro, que entrega ao desapropriante a propriedade expropriada, antes de paga a indenização, e se opõe à discussão da inconstitucionalidade no processo desapropriativo, remetendo, com amarga ironia, o proprietário esbulhado, à burla de uma ação ulterior, que, daí a anos, sabe Deus quantos, dará, talvez, razão ao desapropriado, quando a desapropriação, consumada, notoriamente, sem necessidade nem utilidade pública, houver ultimado os seus efeitos pela ruína, porventura total, do expropriado ou pela extinção, liquidação e dissolução da pessoa jurídica, despojada, com escândalo, dos bens, que constituíam sua razão de existir.¹²⁵

Essa situação é mais patente quando se considera a questão dos precatórios, e mais ainda no contexto da ação de desapropriação. É fato notório a extrema demora e morosidade do Judiciário no tocante ao regime de precatórios: após anos – e em alguns casos, décadas – de uma longa e arrastada batalha judicial, ao fim o expropriado vencedor depara-se com um novo e penoso desafio - o cumprimento de sentença, perfectibilizado num precatório e ensejador de outros tantos anos para o respectivo recebimento. Nesse mister, a mediação e arbitragem confeririam um *status* de composição não só extrajudicial como também amigável, de forma a que se empregasse à indenização um caráter eminentemente administrativo e portanto suficiente a autorizar a Administração Pública a efetuar o respectivo pagamento ao expropriado sem se enveredar pela tormentosa via do precatório.

Adilson de Abreu Dallari bem observa, a respeito:

Na verdade, o grande empecilho à celebração de acordo para recebimento de créditos perante a Administração estaria na previsão constitucional da emissão de precatórios. Porém, como foi dito acima, o precatório é uma forma de execução coercitiva, que não se choca nem impede a solução consensual de pendências. Mesmo o pagamento de créditos perante a Fazenda Pública veio sofrendo modificações ao longo do tempo, de tal modo que essa forma de

¹²⁴ Após 124 anos, processo movido por Princesa Isabel chega ao fim no STF. **Migalhas**. 02 set. 2020. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/332813/apos-124-anos--processo-movido-por-princesa-isabel-chega-ao-fim-no-stf>>. Acesso em 20 jun. 2022.

¹²⁵ BARBOSA, Rui. O caso da São Paulo Northern Railroad Company. In: **Obras completas de Rui Barbosa**, Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1982. v.49. Tomo 1. p.11.

execução coercitiva não é mais única, não garante a certeza do pagamento e comporta expressamente pagamentos por outras vias.¹²⁶

Também nesse sentido é o entendimento de Carlos Sundfeld e Jacintho Câmara:

[...] a celebração de acordo para resolver demandas judiciais não caracteriza, por si só, uma violação ao princípio da impessoalidade ou a qualquer regra jurídica que vise a assegurar a sua aplicação... o acordo pode ocorrer já na fase de execução do processo, e antes mesmo da expedição de precatório. Ou seja, a dívida cobrada em juízo pelo credor particular, que se encontra em fase de execução judicial, é reconhecida como legítima pela Administração, que, para extinguir o litígio, aceita quitar o débito em condições que reputa vantajosas. Não há razão para imaginar que o pagamento decorrente desse tipo de acordo deva obedecer ao regime geral de quitação de débitos previsto no *caput* do art. 100 da Constituição. A ordem cronológica ali referida aplica-se exclusivamente aos pagamentos que devam ser efetuados em virtude de precatórios. Acordo que venha a ser celebrado, judicial ou extrajudicialmente, antes de expedido precatório, produz um dever de pagamento por si só. Não é, portanto, pagamento a ser realizado em virtude de ordem judicial, na forma determinada pela Constituição.¹²⁷

Outrossim, há ainda a nosso ver uma situação mais perversa no contexto da desapropriação e em relação ao expropriado: quando esta se deve dar em razão de urgência. Conforme o art. 15 do Decreto-lei nº 3.365/41, se o expropriante alegar urgência e depositar o equivalente ao valor de mercado do imóvel expropriado, imite-se na posse do bem mediante ordem judicial, pelo que, há aqui a nosso ver duas subversões gritantes.

A primeira é o notório descompasso entre o valor de mercado do bem expropriado e a quantia comumente depositada pelo Ente Expropriante, a qual costuma ser bem aquém daquela. A segunda é, uma vez depositada a quantia inferior *prima facie*, restar preenchido o requisito pecuniário autorizativo da imissão

¹²⁶ DALLARI, Adilson de Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a fazenda pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, v. 42, n. 165, pp. 7-19, jan./mar. 2015. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/185/R165-01.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em 12 jun. 2022, p. 11.

¹²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador-BA, n. 23, pp. 1-14, ago-out. 2010. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=498>>. Acesso em 30 jun. 2022, p. 7.

na posse pouco importando se gerará prejuízos ao expropriado, sendo que tal situação poderia ser claramente resolvida desde o seu nascedouro se a Administração Pública, de *per si* ou instada pelo Poder Judiciário à respectiva comprovação¹²⁸, depositasse o correto e justo valor devido ao expropriado.

Essa dupla subversão demonstra que, ao menos num primeiro momento, o Poder Público é o único que tem sua pretensão e seu direito atendidos integralmente. Na prática, o que a Administração Pública objetiva de imediato é a imissão na posse do bem expropriado para a consecução do respectivo mister, pelo que, uma vez imitado na posse, o Ente Expropriante não se esforça por corrigir o valor ínfimo ora depositado máxime porque é beneficiado pelo longo e arrastado desenrolar do processo.

Até porque, é justamente por ser ciente de tal morosidade no Judiciário que o gestor do Poder Expropriante deposite quantia que sabe não ser condizente com a devida ao expropriado, aproveitando-se assim politicamente da desapropriação e transferindo os encargos da resolução do imbróglio ao terceiro que assumir a gestão em que se tornará inevitável a correção de tal indenização: em detrimento do direito do expropriado, o gestor se valerá da morosidade judiciária e, sem desfalcar o seu orçamento anual porque não indenizará corretamente o expropriado, valer-se-á dos dividendos políticos da expropriação do bem e se utilizará disso para capitalizar sua imagem.

A seu turno e como se não bastassem os já mencionados desrespeitos ao seu direito, o expropriado somente terá a efetiva indenização justa quando findar o processo. Até então, terá que se contentar com o que fora depositado em juízo pelo Expropriante - e isso se concordar com a imissão de posse e se restringir a discussão ao valor da indenização (art. 33 § 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41), pois, caso questione também o caráter de urgência, o expropriado terá seu direito mais vilipendiado ainda, dado que só poderá levantar 80 % do valor depositado pelo Expropriante (art. 34-A § 2º do Decreto-Lei nº 3.365/41).

¹²⁸ Em que pese haver a possibilidade de o juiz determinar a realização de perícia prévia para a respectiva concessão de imissão na posse, o cotidiano forense comprova que ou não se exige tal perícia ou esta é feita de forma insipiente, mormente em situações onde o bem possui acessões e benfeitorias diversas que demandam uma análise mais acurada. Isso, além do fato de que muitas vezes tal perícia é feita de forma unilateral, sem nenhuma participação do expropriado, para que ali se discutam e esclareçam questões cruciais à avaliação do bem.

Não se está a ignorar que outros fatores influenciam na morosidade do Judiciário, mormente as atinentes à desapropriação. Questões tais como titularidade do bem expropriado e respectivamente da indenização a ser recebida, o impacto que a desapropriação possa causar em nível individual e coletivo, a extensão da desapropriação, a localização do imóvel, entre tantos outros, são pontos que podem vir a ser de difícil, quando não impossível, abordagem em sede extrajudicial. Contudo, deve-se considerar que um Poder Judiciário devidamente estruturado e menos assoberbado certamente daria como resposta uma prestação mais efetiva e célere aos processos expropriatórios.

Contudo, grande parte da responsabilidade por tal cenário é do Poder Público.

Se por um lado a Constituição Federal consagrou os direitos fundamentais e como corolário impôs aos entes públicos o respectivo dever de efetivá-los e garanti-los – e nesse mister, a maior e melhor amplitude do acesso à Justiça fez com que o cidadão se tornasse mais consciente de seus direitos e do respectivo meio de proteção a eles -, por outro lado o Poder Público não se precaviu a ponto de acompanhar a evolução legislativa por meio da criação e estruturação de órgãos e meios voltados à resolução em nível administrativo de conflitos envolvendo a Administração Pública, deixando assim tais situações a cargo do Poder Judiciário e desta forma contribuindo para o exponencial aumento de demandas judiciais. Some-se a isso o fato de que, no Brasil, somente após o advento da Constituição Federal de 1988 – e mais ainda, por ocasião da Emenda Constitucional nº 19, que instituiu a eficiência enquanto princípio norteador – é que a Administração Pública passou a adotar o cumprimento de metas enquanto paradigma, entremeando-se à obtenção de resultados efetivos e práticos para a sociedade, de uma forma transparente e mediante a redução da excessiva burocracia.

Anote-se ainda uma cultura de litígio e judicialização, que Flávio Garcia explica como sendo aquela:

[...] em que o cidadão, como primeira alternativa, não busca a solução do seu problema pela via do processo administrativo, senão que deposita todas as esperanças no processo judicial. [...] Infelizmente, parcela relevante das demandas judiciais que sobrecarregam o Poder Judiciário envolvem os entes públicos. Isso se devia a um certo conformismo e a uma postura reativa das advocacias públicas, que insistiam em levar ao Judiciário demandas

perdidas ou com a jurisprudência amplamente contrária. A boa notícia é que esse quadro está em transformação.¹²⁹

Em razão disso, Roberto Bacellar entende haver irrompido uma quinta onda de acesso à justiça, caracterizada por uma “fuga do Judiciário” e a concernente busca por uma solução dos conflitos através de meios adequados à sua natureza e peculiaridade^{130 131}, consubstanciados em outros mais mecanismos de solução de conflitos além do processo judicial, tais como a conciliação, mediação e arbitragem:

No Brasil da pós-modernidade, em face do grande número de processos litigiosos existentes e do surpreendente índice de congestionamento dos tribunais, surge o que qualificamos como uma quinta onda (nossa posição) voltada ao desenvolvimento de ações em dois aspectos: a) de saída da justiça (em relação aos conflitos judicializados); b) de oferta de métodos ou meios adequados à resolução de conflitos, dentro ou fora do Estado, no contexto do que denominamos (nossa posição) acesso à justiça como acesso à resolução adequada do conflito.¹³²

Nessa quinta onda, constata-se o definitivo abandono da divisão hermética entre os direitos público e privado e se passa a buscar um denominador comum oriundo do respectivo diálogo entre ambos, de forma a que a autonomia privada do cidadão coexista harmoniosamente com o interesse público no fito de se obterem meios céleres e eficazes de resolução de conflitos.

Jürgen Habermas aponta, nesse aspecto:

¹²⁹ GARCIA, Flávio de Almeida. Notas sobre mediação, conciliação e as funções da Advocacia Pública: uma perspectiva à luz do Direito Administrativo contemporâneo. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 11, pp. 33-54, 2020. Disponível em <https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-12/2020_004_notas_sobre_mediacao_conciliacao_e_as_funcoes_da_advocacia_garcia.pdf>. Acesso em 19 jul. 2022, pp. 38-39.

¹³⁰ “Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.” (In BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160204202007225f1862fcc81a3.pdf>>. Acesso em 08 jun. 2022.

¹³¹ Em que pese haver entendimento de que a quinta onda seria a internacionalização do acesso à Justiça, adotar-se-á aqui como quinta onda a ora proposta por Roberto Bacellar, para efeitos de correlação com o tema.

¹³² BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21.

Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias; ao mesmo tempo, porém, ela deve sua legitimidade a formas de comunicação nas quais essa autonomia pode manifestar-se e comprovar-se. A chave da visão procedimental do direito consiste nisso. Uma vez que a garantia da autonomia privada através do direito formal se revelou insuficiente e dado que a regulação social através do direito, ao invés de reconstruir a autonomia privada, se transformou numa ameaça para ela, só resta como saída tematizar o nexos existente entre formas de comunicação que, ao emergirem, garantem a autonomia pública e a privada.¹³³

Também é nesse sentido o entendimento de Petrônio Calmon:

Deve-se afastar, então, a idéia de que o mau funcionamento da máquina judiciária constitui o pressuposto para a difusão dos meios alternativos. Ao contrário, o jurisdicionado será tanto mais livre para optar pela via consensual quanto estiver livre para optar entre dois sistemas paralelos e eficientes. Os meios alternativos não excluem ou evitam um sistema judicial caótico, mas põem-se interativamente ao lado da jurisdição estatal, devendo-se valer do critério da adequação entre a natureza do conflito e o meio de solução que entenda mais adequado.¹³⁴

Para além da democratização do Judiciário perfectibilizada pelas três primeiras ondas, e bem assim para além da ampliação do acesso ao ensino em Direito e das carreiras jurídicas em que consiste a quarta onda, a quinta onda propugna uma democratização do debate acerca dos conflitos entre o particular e a Administração Pública, inserindo-se nesse contexto não somente a mera troca de ideias como também a operacionalização desse debate, com vistas à busca e concretização de uma real solução. Destarte, no âmbito desta quinta onda o Estado deixa de ser um ente inacessível e hierarquicamente superior ao cidadão, e passa a dialogar com este para que, coadunando a autonomia privada com o interesse público por meio da instrumentalização do aludido diálogo se possa chegar a uma resolução do conflito de modo mais eficaz e útil a ambos: a democratização do acesso à Justiça redundará num repensar dos institutos jurídicos existentes e na criação e sistematização de outros, de forma a promover em bases otimizadas e

¹³³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 2, p. 147.

¹³⁴ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 49.

flexibilizadas o aludido diálogo entre o particular e o Estado.

Infira-se que tal ampliação da participação do particular implica não somente no tão-só franqueamento do ingresso à Administração Pública: mister se faz a implantação de políticas públicas que objetivem a qualificação e garantia de representatividade do particular frente ao Poder Público, estendendo-se tal cenário ao âmbito administrativo. Com efeito, no cenário atualizado de um Estado Democrático marcado por uma pluralidade ética e interculturalidade não cabe situar o acesso à justiça exclusivamente nas formas perfilhadas de processo judicial, pois isto seria um equívoco.¹³⁵

Mariana Pereira e Lilian Emerique acrescentam:

Prontamente, o esforço não fica circunscrito à superação teórica de institutos de natureza autoritária ou de reparar para agregar respostas eficientistas aos novos e velhos obstáculos de excessos de demandas. Torna-se imprescindível distinguir novos caminhos que agreguem, inclusive, propostas de políticas contramajoritárias para ação e inclusão de grupos minoritários nas questões de acesso à justiça participativo. Destarte, reconhecimento de formas de mediação social não institucionalizada pelo Poder Judiciário, contudo admitidas nas práticas de grupos ou localidades, reconhecimento da justiça indígena e das peculiaridades de povos tradicionais, a inclusão dos debates institucionais como meios de agenciar uma efetiva deliberação que se conforme as questões administrativas e de política pública, não devem ser ignoradas. A temática do acesso à Justiça esboçada não fica circunscrita ao processo judicial, pois existem interfaces da matéria no campo do procedimento administrativo [...].¹³⁶

Assim, no contexto das cinco ondas renovatórias ora comentadas, contemporaneamente o direito fundamental ao acesso à justiça perfectibilizou-se contemporaneamente sob três aspectos: abrangência, celeridade e adequação.

Quanto à abrangência, o acesso à justiça deixou de se restringir ao tão-só direito de ação, mas expandiu-se a ponto de se consubstanciar em outras mais formas de busca pela tutela estatal do direito, tal qual se dá com os métodos

¹³⁵ PEREIRA, Mariana Musse; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O acesso à ordem jurídica justa no procedimento administrativo ambiental. **XXIV Congresso Nacional do CONPEDI**. 2015. Disponível em <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/4qiqydiv/3HNDQVWE3j44EHqP.pdf>>. Acesso em 13 jun. 2022.

¹³⁶ Op. cit..

alternativos de resolução de conflitos como a mediação e conciliação. A inafastabilidade do Poder Judiciário passou a ter outra perspectiva: não mais se entende o Judiciário enquanto a única forma de se buscar a tutela estatal, mas sim, a forma última ou ulterior, caso outras não se façam possíveis.

Mesmo dentro do Poder Judiciário, houve uma ampliação das alternativas. Tem-se por exemplo os Juizados Especiais estaduais e federais, os quais desde sua implantação colaboraram para um desafogamento da chamada Justiça Comum, bem como viabilizaram a um espectro muito maior de indivíduos o acesso à justiça. Ou ainda, os processos coletivos tais quais a ação civil pública e a ação popular, os quais abrangeram a tutela jurisdicional para além dos interesses e relações individuais, contemplando com maior efetividade a sociedade.

Bem assim, instituíram-se mecanismos de soluções consensuais dos conflitos, a exemplo do Código de Processo Civil de 2015, cujo art. 3º § 3º preconiza 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”¹³⁷. Nessa linha, a ampliação da abrangência fez com que o acesso à justiça adquirisse uma feição universal, aumentando significativamente as alternativas de composições extrajudiciais e amigáveis de conflitos de interesses, de forma a que se efetive um dos misteres primordiais do Estado – a solução pacífica de conflitos (CF, art. 4º, VII).

A propósito, essa universalização do acesso à justiça é inclusive fomentada pela Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, ao ter por premissas:

[...] que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; [...] que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; [...] a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de

¹³⁷ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 16 mai. 2022.

incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; [...] que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; [...].¹³⁸

Denota-se, então, que o princípio da inafastabilidade da jurisdição passou pela necessária releitura, de forma a se abandonar a ideia de exclusividade e se adequar à dignidade da pessoa humana na medida em que esta é afrontada ao se restringir o acesso à justiça à tão-só busca pelo Judiciário. Nesse sentido, Gustavo Salgueiro assim observa:

E, se os direitos materiais relacionados ao litígio são patrimoniais e disponíveis, de modo que as partes, caso quisessem, poderiam transacionar a seu respeito ou mesmo renunciar a eles, nada impede que possam submeter a solução do conflito a árbitros escolhidos por elas. Esta questão foi abordada, com precisão, no já mencionado parecer apresentado pelo Procurador-Geral da República GERALDO BRINDEIRO no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7: “O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece e que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito’. Não estabelece que as partes interessadas não excluam da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processo e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àqueles das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário”.¹³⁹

Mencionada universalização também se relaciona com o segundo aspecto - a celeridade -, haja vista que um Judiciário com menos demandas por terem sido

¹³⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Op. cit..

¹³⁹ SALGUEIRO, Gustavo Fontes Valente. Em defesa da cláusula compromissória. **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro-RJ, v. 1, n. 1, pp. 328-367, 2007. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23678/16741>>. Acesso em 18 mai. 2022, p. 357.

resolvidas em sede extrajudicial tem mais condições financeiras e operacionais de oferecer resposta mais célere a questões dele inarredáveis. Nesse sentido, Rodolfo Mancuso explana sobre a necessidade de uma “dessacralização” do acesso à justiça:

O acesso à Justiça deve, assim, desvestir-se dos excessos que o têm feito operar como um perigoso “convite à demanda” para, realisticamente, reduzir-se a uma cláusula de reserva, a uma oferta residual, operante num renovado ambiente judiciário, plasmado sob duas premissas: (i) os conflitos – inter ou plurissubjetivos – constituem um mal em si mesmos, nisso que acirram a litigiosidade, esgarçam o tecido social, fomentam a cultura demandista e, ao final, engendram os males de um superdimensionamento do Judiciário; (ii) tais conflitos devem ter a solução justa, num bom equilíbrio entre custo e benefício, e serem dirimidos em tempo razoável, mas não necessariamente pela via judicial, senão que também – e em certos casos até preferivelmente – por meio dos chamados equivalentes jurisdicionais, tais as formas alternativas de solução de conflitos, nas várias modalidades auto e heterocompositivas.¹⁴⁰

De fato, processo por demasiado lento tende a ser ineficaz na garantia e proteção de direitos e notadamente os fundamentais, razão pela qual o acesso à justiça pressupõe uma prestação o mais prontamente possível. É nesse sentido que, por ocasião da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal passou a preconizar que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.¹⁴¹

Não obstante, ressalte-se que a celeridade processual, muito embora seja um direito fundamental, é limitada pelo próprio dispositivo constitucional que a prevê – a razoável duração do processo. E no contexto da razoabilidade, dois fatores devem ser sopesados: o temporal e o formalístico.

Quanto ao fator temporal, por maior velocidade que se pretenda imprimir ao processo deve-se levar em conta as limitações da máquina estatal, que levam a uma inevitável morosidade do Judiciário. Dentre os fatores, por exemplo, citam-se o exponencial crescimento das demandas em razão da massificação da sociedade e

¹⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: RT, 2009, p. 62.

¹⁴¹ BRASIL. Constituição Federal. Op. cit..

do vertiginoso crescimento populacional; o déficit de recursos humanos; a desatualização tecnológica e operacional; entre outros. Outrossim, tocante ao fator formalístico, mesmo que sejam suprimidas formalidades desnecessárias que inevitavelmente redundam em meros e ultrapassados formalismos, ainda assim, é incontestável para a garantia dos direitos fundamentais envolvidos que se obedeça a determinadas formalidades imprescindíveis ao devido processo legal: não se pode ser célere, se a celeridade implicar em insegurança jurídica.

Com efeito, a ideia de efetividade do processo não pode se render a um caráter meramente utilitarista se isso incorrer no sacrifício da legitimidade e da ordem que representa uma decisão judicial, sob pena de se configurar justamente o oposto: uma decisão injusta, dada em razão do escasso tempo e do atropelo processual. Nesse sentido, eleger a celeridade em detrimento da eficiência é reduzir o Poder Judiciário a um mero expedidor de sentença, num contexto em que se privilegia uma “perenização do fetiche da justiça rápida, cuja velocidade pode ser aumentada pela supressão do processo e, até mesmo do procedimento, com a altaneira supremacia da jurisdição”¹⁴². Até porque, “razoável duração do processo” implica numa tramitação ou prática de atos delimitada por marcos temporais com começo e fim, marcos esses que perfazem uma trilha procedimental que deve ser percorrida regularmente para que se respeitem os direitos de todos os atores envolvidos no conflito a ser resolvido.¹⁴³

Posto de outra forma, o imperativo da celeridade não pode servir de fundamento para atropelos. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa¹⁴⁴, mormente se para tal rapidez sejam desconsideradas etapas e procedimentos essenciais à manutenção da justiça e equidade: se por um lado a prestação jurisdicional deve ser eficiente, por outro lado não se pode priorizar a produtividade em detrimento da qualidade.

¹⁴² LEAL, Rosemiro Pereira. A Judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro. In: DIAS, Ronaldo Brêtas; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. pp. 253-270, p. 259.

¹⁴³ Cf. TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006. p. 215-225, p. 219.

¹⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, São Paulo-SP, v. 102, pp. 228-237, abr-jun. 2001, p. 232.

Segue-se então que não se pode ter por justo um Poder Judiciário que exerce o que se convencionou chamar de “jurisdição-relâmpago”, conforme bem explana Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

É preciso que a sociedade e os legisladores entendam que a questão da morosidade da atividade jurisdicional e da demora dos processos não pode ser resolvida sob a concepção esdrúxula de uma jurisdição-relâmpago, o que é impossível existir em qualquer parte do mundo, pois alguma demora na solução decisória sempre haverá nos processos, a fim de que possam ser efetivados os devidos accertamentos das relações de direito e de fato controvertidas ou conflituosas, entre os envolvidos, por meio da moderna e inafastável estrutura normativa (devido processo legal) e dialética (em contraditório) do processo, e não há outro modo racional e democrático de fazê-lo. O que se deve ser combatido é a demora exagerada ou excessivamente longa da atividade jurisdicional, a fim de que as partes recebam pronunciamento decisório conclusivo em prazo razoável, evitando-se dilações indevidas no processo, resultantes dos períodos prolongados em que não são praticados atos no processo ou o são fora da previsão legal do tempo, em desobediência aos prazos previstos no próprio Código e impostos ao Estado, ao prestar o serviço público jurisdicional que monopoliza.¹⁴⁵

Fato é que, não obstante se dever considerar um período razoável para que o processo transcorra, essa razoabilidade é constantemente extrapolada em muito, incorrendo numa demora excessiva até a respectiva conclusão e encerramento no tocante a ações de desapropriação e desta forma desconfigurando a duração razoável de que trata a Constituição Federal. É dizer, o contexto fático atual do Poder Judiciário, ao menos no tocante às ações de desapropriação, é caracterizado por um lento e excessivamente demorado tempo de duração, o que gera não só uma deturpação do direito fundamental ao acesso à justiça como também outras mais violações a direitos fundamentais e infraconstitucionais, ressaltando-se de tais, conforme é o objeto da presente pesquisa, o direito a uma justa e prévia indenização por parte do expropriado.

Há, portanto, uma deturpação da lógica por trás do ressarcimento adequado ao expropriado, tanto em termos pecuniários quanto temporais, máxime se se levar em conta as particularidades do procedimento da desapropriação, as quais, quando analisadas conjuntamente, influenciam negativamente no direito do

¹⁴⁵ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho As Reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional. In DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). Op. cit., pp. 219-220.

expropriado – o que será objeto de comentário oportunamente. Mister se fez, então, ampliar a concepção do acesso à Justiça para além do mero acesso ao processo, para se compreender também o acesso a um meio eficaz de resolução de conflitos – entenda-se, todos os meios possíveis e não somente a via judicial -, o que no Brasil paradigmaticamente tomou corpo com a citada Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Daí então ser justificável e até necessária a adoção de meios alternativos de solução de tais situações, em face do que, denota-se que os meios consensuais de resolução são também um desdobramento do imperativo de celeridade que permeia o acesso à justiça, na medida em que desafogam o Judiciário e flexibilizam o sistema de resolução de conflitos por meio de um modelo mais dinâmico e consensual. Frise-se que tal flexibilização não importa em informalidade, mas numa “formalidade de forma abreviada” que consistiria num afrouxamento do rigorismo formalístico do acesso ao Judiciário sem no entanto se deixar de adotar formalidades essenciais: formação em nível profissional de conciliadores e mediadores, adoção de métodos e técnicas pertinentes ao tipo de conflito apresentado, acompanhamento e/ou supervisão pelos operadores do direito, entre outros.

Bem assim, a celeridade se faz presente nos meios consensuais de resolução quando se tem em conta o fato de que o processo pode ser consideravelmente abreviado se as partes se dispuserem realmente ao consenso, eliminando-se destarte o tormentoso caminho litigioso das ações, recursos e execuções.

A seu turno, a adequação é o componente qualitativo: é o elemento que equilibra de forma equitativa a universalização e a celeridade, num contexto em que se amplia o acesso à justiça de forma acelerada de forma a se abranger o maior número possível de pessoas, sem no entanto se descuidar das formalidades e limitações inerentes à duração razoável do processo coadunada com o respeito ao devido processo legal.

Nesse mister, tornou-se imprescindível a adequação do modelo tradicional apresentado pelo Judiciário para a resolução de conflitos, eis que tal estrutura demonstrou ser insuficiente a absorver o considerável acréscimo de demandas

oriundas dos conflitos resultantes da crescente legitimação e reconhecimento de direitos e das profundas mudanças sociais. A adequação, portanto, consubstanciou-se num aprimoramento do sistema de resolução de conflitos e principalmente com a valorização dos meios consensuais, tal qual se deu com os Juizados Especiais nos quais se realçam os princípios da celeridade, oralidade, gratuidade e também da conciliação, e bem assim com outros mais institutos, tais quais por exemplo o da antecipação de tutela, o do julgamento antecipado da lide e o do cumprimento de sentença, dentre outros.

É nesse sentido que os meios alternativos de resolução de conflitos ganham destaque inclusive no contexto da quinta onda, conforme assevera Kazuo Watanabe ao ressaltar os principais destaques da Resolução nº 125/2010 do CNJ:

a) A mudança de paradigma dos serviços judiciários, abrangendo também os mecanismos consensuais de solução de conflitos. Incluiu-se, portanto, nos serviços judiciários, além da solução jurisdicional, a possibilidade da utilização de outros mecanismos, como a mediação e conciliação (art.1º, caput e parágrafo único). b) A exigência de que esses mecanismos sejam desenvolvidos com qualidade, com a capacitação adequada de mediadores e conciliadores; c) A centralização dos serviços de conciliação em centros ou centrais, assegurando-se o seu permanente aperfeiçoamento através de dados estatísticos.¹⁴⁶

E bem assim, nessa mesma linha, também o são a mediação e a arbitragem no contexto da desapropriação, o que será discutido a seguir.

3 MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM ENQUANTO MEIOS DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL NA DESAPROPRIAÇÃO

Juliana Castello e Samuel Júnior pontuam que:

¹⁴⁶ WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos Conflitos de Interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. (Coord.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 37.

A garantia fundamental do acesso à justiça, apesar de seu elevado grau de generalidade, indeterminação e incompletude normativa, traduz a plena exigibilidade das normas constitucionais. Essa garantia fundamental busca estabelecer instrumento à plena efetividade do texto constitucional, ao impingir ao Estado-Juiz, à Administração Pública e ao Poder Legislativo não apenas um dever de observância, mas também um atuante dever de proteção, seja pela reinterpretação de clássicos institutos processuais, seja pela instituição de técnicas diferenciadas, ou simplesmente pela admissão de novas demandas.¹⁴⁷

Nessa linha e conforme dito, os meios consensuais de resolução de conflitos surgiram como técnicas diferenciadas com o propósito de se flexibilizar a formalidade ínsita ao acesso à justiça. Através de um modelo mais dinâmico, tais meios buscam a resolução mediante a composição direta entre as partes e auxiliada por um terceiro (conciliação e mediação), ou pela decisão de um terceiro escolhido pelas partes e por elas munido dos respectivos poderes (arbitragem).

Nesse mister, a Administração Pública passou a adotar tais modalidades para a resolução de conflitos com o particular, em razão de:

[...] uma preocupação com o excesso de judicialização, com a massificação das demandas, com a perpetuação de recursos procrastinatórios, com o reconhecimento de que é preciso orientar os entes públicos na mudança dos seus comportamentos e, principalmente, que as próprias advocacias públicas podem ser importantes espaços para exercer a mediação de conflitos, evitando que todo e qualquer conflito seja encaminhado ao Poder Judiciário. Na perspectiva do Direito Administrativo, essa mudança foi propugnada pela centralidade com que a temática da consensualidade foi alçada no campo das relações públicas. A consensualidade é o modo de agir e de gerir a coisa pública que não se caracteriza pela imposição, pela verticalidade ou pela autoridade, mas pela possibilidade de negociação, de flexibilidade e de participação ativa do particular.¹⁴⁸

Daí então dar-se razão a Fredie Didier Júnior, ao comentar que “a justiça não estatal não é apenas alternativa, mas, em determinados casos, é a justiça mais adequada”.¹⁴⁹

¹⁴⁷ JÚNIOR, Samuel Meira Brasil; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle constitucional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 466-488, p. 467.

¹⁴⁸ GARCIA, Flávio Amaral. Op. cit., p. 39.

¹⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 14. ed.. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 376.

3.1 A desapropriação: entre o interesse público e os direitos e garantias constitucionais do expropriado

Em decorrência do princípio da máxima efetividade da norma constitucional, o direito fundamental à propriedade (CF, art. 5º, XXII) não se restringe ao mero usar, gozar, dispor e reaver outrora definidores do *ius domini*. É um direito fundamental, e na qualidade de corolário da dignidade humana, deve ser assegurada sua efetividade o mais amplamente possível.

Isto porque, a propriedade é antes de tudo um direito natural, inato ao ser humano e condição até mesmo de existência. Não sem motivo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, elencou a propriedade enquanto direito natural e imprescritível, ao preconizar no art. 2º que “a finalidade de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão”¹⁵⁰. Nesse sentido, o respectivo art. 17 determina que “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização”¹⁵¹.

John Locke já entendia a propriedade como um direito natural, na medida em que inerente à pessoa humana como *conditio sine qua non* de garantia de uma vida digna e mesmo de sobrevivência. Nesse mister é que afirmava que “[...] sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens”¹⁵². Acerca do pensamento de Locke, Luis Sousa bem obtempera a respeito:

Aqui entra em cena o problema da necessidade em relação à propriedade, já que Locke também entende que as circunstâncias da vida humana e da sociedade tornam necessárias a existência da propriedade como algo que garante a preservação dos indivíduos e a

¹⁵⁰ FRANÇA. Embaixada da França no Brasil. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>>. Acesso em 30 dez. 2021.

¹⁵¹ Op. cit.

¹⁵² LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 36.

manutenção da ordem civil da sociedade. Quando o direito à propriedade está garantido, se mantém também, segundo Locke, as possibilidades de se manter a ordem e a justiça dentro da sociedade e do Estado, e é nesse sentido que se expressa a “necessidade” da propriedade como um direito. O autor acredita que a propriedade se distingue justamente pelo direito que cada homem tem de adquirir, em função de seu trabalho, aquilo que lhe torna um sujeito dotado de outros direitos, que devem ser garantidos de alguma forma anterior ao direito positivo do Estado, ou seja de forma natural.¹⁵³

Não obstante e conforme já dito, como todo direito fundamental o direito à propriedade também pode sofrer restrições, para que não colida e não ofenda a direitos fundamentais de outrem. Nesse mister, a amplitude do direito à propriedade é modulada de forma expressa pela própria Constituição Federal, cujo art. 5º, inciso XXIII, determina expressamente que a propriedade deverá atender à sua função social, de onde se pode depreender que a propriedade não só deve ser produtiva economicamente, como também atender aos reclamos da justiça social, visto que deve ser exercida em prol da coletividade¹⁵⁴ conforme previsto na Constituição Federal:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. [...] Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.¹⁵⁵

Também é nesse sentido o art. 1.228 §§ 1º e 2º do Código Civil:

¹⁵³ SOUSA, Luis Henrique da Cruz. **A propriedade como direito natural na filosofia política de John Locke**: Subjetividade natural como fundamento de uma teoria da apropriação. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Departamento de Filosofia, Universidade de Brasília, Brasília-DF. 100 p. 2015. Disponível em <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/33237/1/2018_LuisHenriquedaCruzSousa.pdf>. Acesso em 18 jan. 2022 , p. 48.

¹⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 107.

¹⁵⁵ BRASIL. Constituição Federal. Op. cit..

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.¹⁵⁶

De se observar, portanto, que o direito individual à propriedade deve guardar uma consonância com o bem-estar coletivo, na medida em que, ao dar ao objeto da propriedade um fim específico, deve o respectivo proprietário coadunar seu objetivo individual com o interesse coletivo, conforme o imperativo constitucional da função social. Em não o fazendo, sofrerá reprimendas que podem variar desde uma advertência até a desapropriação-sanção conforme se trate de bem imóvel urbano (CF, art. 182 § 4º, III) ou rural (CF, art. 184, *caput*), ou ainda, a desapropriação-confisco, conforme se trate de propriedade onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei, seja o imóvel urbano ou rural, conforme a dicção do art. 243 da Constituição Federal.

Lado outro, mesmo o proprietário exercendo o direito à propriedade em consonância com a função social, pode ocorrer de tal direito fundamental ser suprimido pela Administração Pública se assim exigir o interesse público, caso o bem objeto da propriedade do particular venha a ser necessário ou conveniente para a consecução do bem-estar da coletividade, operando-se respectivamente a desapropriação por necessidade pública ou por interesse social.

A desapropriação é uma alternativa drástica de intervenção estatal na propriedade privada: muito embora receba em tese uma justa indenização, o proprietário não tem a opção de se recusar a transferir a propriedade à Administração Pública, sendo compulsoriamente alijado de seu bem sob o fundamento precípua de atendimento a um interesses maiores -necessidade pública, utilidade pública ou social, bem como cumprimento do imperativo

¹⁵⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm>. Acesso em 03 jan. 2022.

constitucional da função social da propriedade nos casos de inércia do proprietário.

Note-se a gravidade da intervenção ao não haver uma transferência propriamente dita, mas uma extinção do direito de propriedade do particular e simultaneamente a criação de um novo direito de propriedade sobre o bem expropriado, em favor do Ente Expropriante. José Cretella Júnior é preciso, ao explicar a etimologia da palavra:

O vocábulo *desapropriação*, de cunho vernáculo e entendimento meridiano, porque constituído de elementos significativo (*des* + *apropriação*) bastante antigos em nossa língua, conserva, no conjunto, a acepção que os elementos parciais componentes lhe conferem. O prefixo *des*, de filiação latina, transmite ao vocábulo a que se agrega a faculdade negativa que tem na língua originária – a de esvaziar ou contrariar a ideia nuclear do vocábulo primitivo a que se incorpora. O mesmo ocorre com o prefixo *ex*, que aparece no termo *expropriação*. [...] Se *apropriação*, termo formado de próprio, cognato de propriedade, encerra a idéia fundamental de tornar próprio, incorporar, agregar, adquirir, vocábulos de inequívoco sentido ativo, dinâmico positivo, o antônimo *desapropriação* (ou *expropriação*) agasalha, mercê do prefixo mencionado, a ideia oposta e negativa, embora, também, dinâmica, de perda, desincorporação, desagregação, afastamento, privação do que é próprio, perda da propriedade.¹⁵⁷

Atento a tal gravidade e ao mesmo tempo ao dever de equilibrar a satisfação do interesse público e a reposição do patrimônio do particular, o legislador buscou desenvolver um procedimento adequado e eficiente de forma a que a Administração Pública adquira o bem para a consecução de seu objetivo, e ao mesmo tempo, respeite os direitos fundamentais do expropriado. Assim é que o Decreto-Lei nº 3.365/41 (Lei Geral das Desapropriações) trouxe regras consubstanciadas em etapas autonomamente e ao mesmo tempo complementarmente delineadas, organizadas de forma a que o processo expropriatório se desenrole do modo mais célere e eficaz possível.

Não obstante, se por um lado o Poder Público em nome da supremacia do interesse público pode desapropriar um bem particular ainda que o respectivo direito à propriedade esteja sendo exercido em consonância com a função social, por outro

¹⁵⁷ CRETELLA JUNIOR, José. **Tratado geral da desapropriação**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v.1. p. 11.

lado, nesse caso, uma vez que não deu causa à desapropriação tem o proprietário direito a ser ressarcido de sua perda, dado que, ao contrário das desapropriações sanção e confisco, desapropriação sem que o particular tenha dado motivo redundando em enriquecimento sem causa ao Ente Público desapropriante, caso este não efetue o respectivo ressarcimento ao ex-proprietário.

Não sem motivo, a Constituição é clara ao preconizar que a justa e prévia indenização em dinheiro é também direito fundamental do ex-proprietário, na medida em que é expressamente prevista no art. 5º, inciso XXIV:

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante **justa e prévia indenização** em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; [...].¹⁵⁸ (grifo nosso)

O direito fundamental à prévia e justa indenização atua como garantia fundamental, protegendo o cidadão e reparando previamente o dano perpetrado pelo Estado que viola seu direito fundamental à propriedade por meio da desapropriação. É, portanto, garantia para o sujeito. Assim, esse direito fundamental é corolário do direito de propriedade, eis que garante sua manutenção, na medida do possível¹⁵⁹: segundo Maria Zanella Di Pietro essa indenização é a exigência imposta com vistas a equilibrar interesse público e particular: em que pese o particular perca sua propriedade, receberá em contrapartida o valor correspondente a ela em dinheiro ou títulos da dívida pública¹⁶⁰.

É dizer, trata-se de um direito com natureza pública, eis que pautado na Carta Magna. Essa indenização precisa ser justa, prévia e em dinheiro, salvo pela hipótese do art. 182, §4º, III, da Constituição (desapropriação perpetrada pelo Município daqueles bens urbanos inadequadamente utilizados) e pelo caso do art. 184, em que a União desapropria imóvel rural para a realização de reforma agrária. Neste caso, a indenização será por meio de título da dívida agrária e naquele, por títulos da dívida pública.

¹⁵⁸ BRASIL. Constituição Federal. Op. cit..

¹⁵⁹ NAKAMURA, André Luiz dos Santos. **A justa e prévia indenização na desapropriação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 104.

¹⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. Ed.. São Paulo: Atlas, 2020, p. 418.

Questão que permeia o cotidiano jurídico e judicial é o que vem a ser uma indenização justa e prévia.

Quanto a ser justa a indenização, infira-se que o conceito de justiça é tema de eterna discussão, em face do que, faz-se um recorte paradigmático a um exemplo dado pela Antiguidade - o *Digesto* do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, onde Ulpiano buscou sintetizar o ideal de justiça:

10. ULPIANO, Regras, Livro I. - Justiça é a vontade constante e perpétua de atribuir a cada um o que é seu. § I. Estes são os preceitos do direito: viver honestamente, não causar dano a outrem e dar a cada um o que é seu.¹⁶¹ (tradução nossa)

Denota-se que, já na Antiguidade, o direito trazia consigo dois princípios gerais de direito aplicáveis ao caso: a proibição de causar dano a outrem (*neminem laedere*) e a atributividade (*suum cuique*). Trazendo tais princípios ao contexto ora estudado, o alijamento da propriedade implica inexoravelmente ao expropriado o direito a uma indenização que corresponda a um ressarcimento integral dos prejuízos suportados em decorrência da expropriação, pelo que, indenização justa é aquela que efetivamente ressarce os prejuízos que o ex-proprietário terá de forma a que não tenha perda pecuniária e o ente público desapropriante não venha a se enriquecer sem causa. Portanto, para ser justa a indenização paga ao proprietário do bem objeto da expropriação, conforme os ditames constitucionais acerca da desapropriação ordinária, deve cobrir o valor real e atual do bem quando da realização do pagamento, mais eventuais perdas e danos que decorram do despojamento do patrimônio do interessado.

Destarte, a indenização deve ser fixada em quantia que deve deixar a pessoa privada da sua propriedade absolutamente indene: se houver dano ao patrimônio da pessoa – no caso, quando o Ente Expropriante paga quantia inferior à necessária ao devido ressarcimento -, a indenização não foi justa¹⁶². E mais: se a

¹⁶¹ CUNHA, Edilson Alkmim (Coord.). **Corpus iuris civilis**: Digesto: livro I. Trad. Edilson Alkmim Cunha. Brasil: TRF1, ESMAF, 2010, p. 27. No original: *ULPIANUS libra I. Regularum. - Iustitia estconstans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. § I. - Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

¹⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo...**, p, 908.

Administração Pública não paga indenização condizente com o que o expropriado tem direito, numa análise perfunctória não se tem desapropriação, mas confisco.

Assim, para que se configure a justa indenização enquanto direito fundamental do expropriado, mister se faz ocorrerem concomitantemente, sem prejuízo dos acréscimos legais, os seguintes requisitos: valor venal do bem, com todas as benfeitorias; lucros cessantes; danos emergentes.

Quanto ao valor venal, é comum a Administração Pública usar o argumento de que o valor venal de que trata a legislação atinente é aquele arbitrado pela própria Administração Pública, para efeito de incidência de imposto (IPTU, ITBI, ITCD e congêneres). Contudo, o que se deve ter por parâmetro é o valor de mercado, haja vista que o valor venal para fins de tributação pode ressoar distante da realidade principalmente porque arbitrado por parte interessada.

De acordo com o salutar escólio de Kiyoshi Harada, valor venal para fins de desapropriação é “[...] aquele preço que seria alcançado em uma operação de compra e venda à vista, em condições normais do mercado imobiliário, admitindo-se a diferença de até 10% para mais ou para menos”.¹⁶³

Maria Eugênia Chiampi Cortez corrobora tal entendimento:

[...] uma parte substancial da doutrina conclui que **o conceito de valor venal é unívoco**, sendo este aplicável indistintamente à base de cálculo do IPTU e do ITBI. Nesse caso, valor venal que for atribuído ao imóvel para fins de pagamento do IPTU deve também ser usado para cálculo do ITBI. Assim é que Misabel Derzi, por exemplo, não trata da base de cálculo do ITBI especificamente, remetendo o leitor aos comentários feitos sobre a base de cálculo do IPTU no CTN. Logo, a adoção pelo CTN da expressão “valor venal” como base de cálculo tanto do IPTU e do ITBI, assume relevância porque **não havendo distinção, não seria possível juridicamente atribuir valores venais distintos para um mesmo imóvel**.¹⁶⁴ (grifo nosso)

Valendo-se da lição dos aludidos doutrinadores e se utilizando uma interpretação sistemática, chega-se à inexorável conclusão de que, ainda que o Ente

¹⁶³ HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro-tributário**. 17. ed.. São Paulo: Atlas, 2008, p. 423.

¹⁶⁴ CORTEZ, Maria Eugênia Chiampi. A controvérsia sobre a base de cálculo do imposto sobre a transmissão de bens imóveis ITBI no município de São Paulo. **Migalhas**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/Edilicias/127,MI299068,101048-A+controversia+sobre+a+base+de+calculo+do+imposto+sobre+a+transmissao>>. Acesso em 28 dez. 2021.

Expropriante tenha a prerrogativa de vincular a indenização ao valor venal, não tem plena liberdade de estipular ao seu livre arbítrio o valor venal do bem, o qual, por um imperativo de justiça e de vedação do enriquecimento sem causa, pressupõe a adoção do valor de mercado do imóvel enquanto parâmetro.

É dizer: a se admitir que o Ente Expropriante tenha pleno direito de estabelecer o valor venal do imóvel para fins de desapropriação, poderia muito bem impor o valor venal de X para determinado imóvel que vale $10X$ no mercado, lucrando $9X$ e causando prejuízo ao particular ora desaposado do imóvel desapropriado, subvertendo totalmente o instituto da desapropriação: ao invés de visar à utilidade pública, o desapropriante estaria visando ao lucro. Daí, então, ser imperativo adotar-se o valor de mercado como norteador do valor venal do imóvel, para que, ao mesmo tempo, o expropriante cumpra com o mister de atender à utilidade pública ao desapropriar o imóvel, e o particular ora desaposado não tenha prejuízo patrimonial com tal situação.

Nesse mister, a jurisprudência é firme:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ITBI. MAJORAÇÃO. FIXAÇÃO POR DECRETO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA. ACÓRDÃO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. PRECEDENTES. 1. O ITBI não pode ser majorado por decreto, sendo necessária a edição de legislação ordinária, nos termos da jurisprudência fixada por esta Corte. Precedentes: RE 751.010 AgR/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 18/10/2013, e RE 603.007/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 7/12/2009. 2. In casu, o acórdão extraordinariamente recorrido assentou: "MANDADO DE SEGURANÇA - ITBI - Exercício de 2005 - Município de São Paulo - Preliminares afastadas - Interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido - Decreto Municipal nº 46.228/05 - Observância ao princípio da legalidade - Base de cálculo fixada na Lei Municipal nº 11.154/91 - **Valor venal entendido como aquele em que o imóvel seria negociado à vista, em condições normais de venda** - Arbitramento cabível - Inexistência de direito líquido e certo - Segurança denegada nesta instância, nos limites da impetração - Sentença reformada - Recurso oficial e apelo da municipalidade providos." 3. Agravo regimental DESPROVIDO.¹⁶⁵ (grifo nosso)

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo em Recurso Extraordinário n. 771.884. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 10 jun. 2014, publicado em 01 jul. 2014. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6274005>>. Acesso em 12 mar. 2022.

TRIBUTÁRIO. ITBI. BASE DE CÁLCULO. VALOR DE MERCADO DO IMÓVEL. CISÃO. OBJETO. MERCADO IMOBILIÁRIO. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE COM A BASE DE CÁLCULO DO IPTU. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. [...] 3. O entendimento do STJ é de que **"O 'valor venal', base de cálculo do ITBI, é o valor de mercado do imóvel transacionado**, que pode, ou não, coincidir com o valor real da operação". Ademais, ficou definido que "Cabe ao município - e não ao Corregedor-Geral de Justiça e, muito menos, aos notários - aferir, em cada caso, **se o valor real da operação, ou seja, aquele indicado no contrato, coincide, ou não, com o valor de mercado (venal) do imóvel negociado**" (RMS 36.966/PB, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 6/12/2012).¹⁶⁶ (grifo nosso)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESAPROPRIAÇÃO - IMPLANTAÇÃO DE USINA DE COMPOSTAGEM DE RESÍDUOS SÓLIDOS - PERÍCIA JUDICIAL - PLANTAÇÃO DE MATA DE EUCALIPTOS - CORTE DO 1º CICLO - FINDO O INTERESSE PARA POSTERGAR A IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE - URGÊNCIA - POSSIBILIDADE DE AVALIAÇÃO POSTERIOR - PRESERVAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - APURAÇÃO DO JUSTO PREÇO. 1- A desapropriação é ato administrativo, ligado à atividade da Administração Pública, que possui discricionariedade para avaliar a conveniência e oportunidade para a sua prática; 2- **O justo preço da indenização é aquele que recompõe integralmente o patrimônio do expropriado, habilitando-o a adquirir outro bem equivalente ao que possuía, considerando-se, na forma do art. 26 do Decreto-Lei nº 3.365/41, o valor na data da avaliação**; 3- Tratando-se situação de urgência, tendo sido suprimido o eucalipto na área e se o valor ofertado é superior ao venal do ITR é possível dispensar a perícia prévia.; 4- Nas desapropriações por utilidade pública, recebida a inicial, o juiz designará perícia (art. 14, DL 3.365/41); 5- A alegação de urgência e o depósito da quantia arbitrada autorizam a imissão na posse do expropriante, até mesmo antes da citação do expropriado (DL 3.365/41, art. 15); 6- A possibilidade de indicação de assistente técnico e a apresentação de quesitos asseguram o contraditório e a ampla defesa.¹⁶⁷ (grifo nosso)

Ou seja: indenização justa é aquela que recompõe o patrimônio a ser perdido por força da desapropriação. E nesse mister, impõe-se adotar como valor

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 547.755/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 16 out. 2014, publicado em 30 out. 2014. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401725345&dt_publicacao=30/10/2014>. Acesso em 15 mar. 2022.

¹⁶⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 1.0325.17.001598-7/001, Relator Desembargador Renato Dresch, julgado em 09 ago. 2018, publicado em 14 ago. 2018. Disponível em <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=C5F91B3E4037EE0DAF86BF7D782474D1.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0325.17.001598-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 20 mar. 2022.

venal aquele que corresponda ao efetivo valor de mercado do bem desapropriado, posto que mais justo e adequado à reposição em favor o expropriado e mais consentâneo ao direito fundamental à indenização justa de que trata o citado art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, em consonância com o já comentado princípio da máxima efetividade da norma constitucional.

Isso se evidencia com maior nitidez, quando o bem expropriado consubstancia-se em imóvel rural, incidindo em tal caso o art. 27 do Decreto 3.365/41:

Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; **ao preço de aquisição** e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; **ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos**, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.¹⁶⁸ (grifo nosso)

Veja-se, a propósito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. OFENSA AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. ADOÇÃO DO LAUDO PERICIAL. IMÓVEL CARACTERIZADO COMO RURAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. NECESSIDADE DO REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1.** A fixação do montante indenizatório na desapropriação por utilidade pública é regida pelo disposto no art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/41: "Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos; e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu". 2. O acórdão recorrido (e-STJ, fls. 419/421) analisou as questões havidas como essenciais para o deslinde da controvérsia, isto é, a caracterização do imóvel como rural, consoante as provas dos autos, não contraditadas pelo expropriado; e **a avaliação pelo valor de mercado**, mediante perícia judicial. 3. Não ocorre contrariedade aos arts. 458 e 535 do CPC, quando o Tribunal de origem resolve fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, assim como não há que se confundir entre decisão contrária aos interesses da parte e inexistência de prestação jurisdicional. 4. A

¹⁶⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em 30 mar. 2022.

instância ordinária, diante da prova colhida nos autos, inclusive técnica, entendeu pela caracterização do imóvel desapropriado como rural. Rever tal conclusões demandaria incursão nos aspectos fático-probatórios coligidos aos autos, o que não se admite na via eleita consoante o disposto na Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". 5. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁶⁹ (grifo nosso)

Também se deve atentar quanto ao fato de que, conforme já dito, desapropriando-se a aludida área o expropriante pode vir a provocar uma cessação na obtenção de renda pelo expropriado. Um exemplo recorrente é o de imóvel urbano que o particular aluga ou o imóvel rural destinado ao arrendamento: com a desapropriação, deixa-se de se receber uma renda certa, por restar frustrado o respectivo contrato locatício. Ou ainda, na situação em que, desapropriando parcialmente a propriedade particular, o expropriante faz com que a área remanescente se desvalorize tal qual se dá por exemplo quando a parte desapropriada é destinada a aterro sanitário ou à construção de penitenciárias.

Assim, se o bem era utilizado em atividade que produzia renda, tal renda será embutida no preço pois o dano à economia da pessoa que teve seu bem desapropriado é fator a ser essencialmente considerado, dado que, ainda que a desapropriação seja um exercício regular de direito por parte do Estado, não o pode ser exercido se gerar como consequência um desfalque no patrimônio do expropriado: tudo aquilo que fazia parte da receita do sujeito precisa ser compensado em dinheiro quando for realizada a indenização, sob pena de se configurar enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública e dano emergente ou lucro cessante ao expropriado.

Desta forma, quando se fala em "justa indenização", tem-se, além do valor do bem, a renda que ele gerava, tudo aquilo que o proprietário perdeu em dinheiro, mais aquilo que razoavelmente deixou de lucrar, bem como os respectivos juros e

¹⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.323.747/RS, Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 06 ago. 2015, publicado em 19 ago. 2015. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102756084&dt_publicacao=19/08/2015>. Acesso em 20 mar. 2022.

atualização monetária, honorários advocatícios¹⁷⁰ e eventuais despesas processuais.

A jurisprudência é firme nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL - DESAPROPRIAÇÃO - CENTRAL HIDRELÉTRICA - DIVERGÊNCIA QUANTO AO VALOR DA INDENIZAÇÃO - JUSTO PREÇO - DANOS HIPOTÉTICOS - NÃO INDENIZÁVEIS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ART. 8º DO CPC/15. - **A justa indenização compreende o valor do bem expropriado, com todas as benfeitorias, os lucros cessantes e danos emergentes, os juros compensatórios, moratórios, honorários advocatícios, custas, despesas judiciais e correção monetária.** - Os danos emergentes, assim como os lucros cessantes devem ser cabalmente comprovados, não sendo indenizáveis danos hipotéticos. - Os honorários advocatícios deverão ser fixados de acordo com o art. 27, §1º do DL nº 3.365/41 c/c art. 85, §8º do CPC/15, de modo a não aviltar a nobre e essencial profissão do advogado.¹⁷¹ (grifo nosso)

REMESSA OFICIAL. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. ÁREA DE TERRENO. INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO CORRETO. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. O desapropriante deve pagar o preço justo pelo bem desapropriado, **nele compreendido o valor venal da área de terreno desapropriada, das benfeitorias existentes, dos danos emergentes e dos lucros cessantes.** 2. Observados os requisitos mencionados na avaliação feita pelo perito do juízo, confirma-se o valor da indenização. 3. Remessa oficial conhecida. 4. Sentença que acolheu a pretensão inicial confirmada no reexame necessário.¹⁷² (grifo nosso)

Já quanto a ser prévia, ressalta-se que o prejuízo ora sofrido pelo expropriado pela desapropriação não é apenas o financeiro como também o temporal: além de perder o patrimônio, o particular perde também os momentos de

¹⁷⁰ Há, inclusive, determinação expressa dada pelo art. 27 §1º do Decreto-Lei nº 3365/41, segundo o qual “a sentença que fixar o valor da indenização quando este for superior ao preço oferecido condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença [...]” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.365/41, op. cit..)

¹⁷¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Décima Oitava Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0284.05.001231-9/001, Relator Desembargador Sérgio André da Fonseca Xavier, julgado em 31 out. 2017, publicado em 07 nov. 2017. Disponível em <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0284.05.001231-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 15 abr. 2022.

¹⁷² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Segunda Câmara Cível. Reexame Necessário n. 1.0290.05.029587-9/001, Relator Desembargador Caetano Levi Lopes, julgado em 29 out. 2013, publicado em 08 nov. 2013. Disponível em <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0290.05.029587-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 20 mai. 2022.

fruição do bem, os quais não só podem se restringir ao aspecto pecuniário – obtenção de renda – como também podem ter caráter extrapatrimonial, tal qual se dá no imóvel destinado à moradia. Destarte, a Constituição Federal é clara ao preconizar que a indenização, além de justa, deve ser prévia justamente para evitar esse tipo de prejuízo – o temporal.

Em geral, a indenização será paga previamente antes que se consumem os efeitos materiais da desapropriação – a nosso ver, antes que o expropriado seja alijado de sua propriedade e dos respectivos direitos. Ressalte-se que o caráter antecedente da indenização não é uma faculdade do expropriante, mas sim um imperativo.

José Cretella Júnior bem aponta a respeito:

Trata-se de *prius*, de pressuposto necessário para a existência e concretização do instituto da desapropriação. Prevalidade não é preço, não é consequência. Não se desapropria para, depois, indenizar. Muito ao contrário, indeniza-se para, depois, desapropriar. É a indenização prévia ou preventiva. É o pagamento prévio ou preventivo.¹⁷³

Também é nesse sentido o entendimento de José Carvalho Filho:

Indenização prévia significa que deve ser ultimada antes da consumação da transferência do bem. Todavia, o advérbio antes tem o sentido de uma verdadeira fração de segundo. Na prática, o pagamento da indenização e a transferência do bem se dão, como vimos, no mesmo momento. Só por mera questão de causa e efeito se pode dizer que aquele se operou antes desta. De qualquer forma, deve entender-se o requisito como significando que não se poderá considerar transferida a propriedade antes de ser paga a indenização.¹⁷⁴

Não obstante, o Decreto-Lei n.º 3.365/41 prevê uma exceção à regra ora aludida, em que o Expropriante pode se imitar na posse provisoriamente e no decurso da ação judicial, antes mesmo de se citar o expropriado. Conforme o art. 15 § 1º:

¹⁷³ CRETELLA JUNIOR, José. Comentários à lei da desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 461.

¹⁷⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed.. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1.531.

Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imití-lo provisoriamente na posse dos bens. § 1º a imissão provisória poderá ser feita, independente da citação do réu, mediante o depósito: a) do preço oferecido, se este fôr superior a 20 (vinte) vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial; b) da quantia correspondente a 20 (vinte) vêzes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao impôsto predial e sendo menor o preço oferecido; c) do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do impôsto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior; d) não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel.

Conforme o Decreto-Lei, a imissão provisória na posse pelo expropriante será autorizada ao se verificarem dois requisitos: a alegação de urgência e o depósito da quantia arbitrada em valor correspondente ao bem a ser desapropriado. Verificadas ambas, o expropriante imite-se na posse e destina o bem em questão ao mister para o qual foi desapropriado.

Quanto à declaração de urgência, o cotidiano forense prova que a imissão provisória na posse pelo expropriante acabou por se transformar de exceção em regra. A experiência demonstra que se tornou habitual nas ações de desapropriação, o expropriante alegar urgência justamente para se precaver da morosidade do Judiciário, e desta forma poder se imitir o mais brevemente na posse para consecutir as obras ou objetivos para os quais se procedeu à desapropriação.

Kiyoshi Harada bem observa a respeito:

Contudo, reexaminando a matéria à luz da realidade fática há que se ponderar que o § 1.º do art. 15 do Decreto-lei n.º 3.365/41 pressupõe excepcionalidade medida que a prática a transformou em regra geral, ou seja, quase todas as desapropriações vêm sendo feitas com a alegação de urgência. E o caráter de urgência, sempre invocado pelo poder público expropriante, por sua vez, em parte, decorre da morosidade da Justiça a prejudicar a execução de obras contínuas programadas.¹⁷⁵

Tocante ao depósito em juízo do valor do bem a desapropriar, restou

¹⁷⁵ HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação**: doutrina e prática. 11.ed.. São Paulo: Atlas, 2015, p.131.

demonstrado alhures que o valor correto é o correspondente a de mercado, incluindo-se aí as benfeitorias e acessões do bem. Entretanto, aqui também a Administração Pública costuma se valer de uma artimanha: usa como parâmetro o valor venal que entende ser o devido para fins fiscais e não o de mercado, subvalorizando o bem desta forma e depositando quantia muito inferior à efetivamente devida.

Esse ardil é um dos principais motivos da judicialização da desapropriação, tendo-se em vista que esse mesmo valor ínfimo é oferecido desde o começo pela Administração ao expropriado. Não é exagero dizer-se que tal oferta em condições claramente prejudiciais gera em qualquer expropriado um sentimento de revolta, diante da clara injustiça não só do valor em si como também do uso da máquina administrativa para pressionar a aceitação de tal pagamento: enquanto a Administração Pública pode suportar o longo lapso de tempo em que perdurar a ação, o particular quase nunca o pode.

Esse cenário se agrava em situações onde o expropriado é de origem humilde e até então só possuía aquele bem desapropriado, o qual não raras vezes lhe servia de moradia ou de única fonte de renda – o que se observa com maior ocorrência na zona rural. Assim, por não poder esperar diante da clara necessidade, o expropriado se vê forçado a aceitar a parca indenização ofertada pela Administração.

Carmen Lúcia Rocha assim já constatou:

Por isso é que, não obstante as garantias havidas desde o Estado Moderno de que a desapropriação é feita mediante justa e prévia indenização em dinheiro, continua ela ser temida e indesejada pelos particulares. Tão introjetada no particular o seu “sentimento” sobre a desapropriação que o estudante de Direito ao se referir à sua ocorrência acentua que já soube de alguém que “sofreu” uma desapropriação. É como se fosse uma doença ou uma lesão que alguém “sofre”, não um instrumento legal de uso regular utilizado na relação administrativa. No Brasil, força é convir não ser desarrazoado esse “sentimento” em relação à desapropriação, porque ao lado do pensamento sedimentado sobre a propriedade como fonte ou forma de expressão do “poder” pessoal, paira uma desconfiança permanente sobre a sua ocorrência, seu modo de ser feita, e, quase sempre, muito diferentemente do quanto se pensaria pela simples leitura do Direito, sobre a eficaz garantia de presteza na sua indenização e celeridade na realização da obra, bem ou serviço público a ser aperfeiçoado com o objeto desapropriado. [...] Em razão das dificuldades e, principalmente de

demora para o término de uma ação de desapropriação e a mora no pagamento indenizatório justo daí decorrente, o particular, não poucas vezes, prefere acolher o quanto lhe é ofertado, quando a diferença que ele considera separar esse valor do que lhe seria devido por justo não é demasiado. Quer-se dizer, ele sabe e reconhece que a exigência constitucional do valor justo da indenização não está sendo acatado rigorosamente pela entidade pública, mas torna-se cúmplice do descumprimento legal para não ter que se submeter ao quanto lhe será exigido para o processamento e discussão judicial.¹⁷⁶

Se o Poder Público pagasse a indenização na estrita equivalência ao prejuízo que o expropriado vem a ter com a desapropriação as respectivas ações sofreriam um considerável declínio, vindo inclusive a contribuir substancialmente para o desafogamento do Poder Judiciário. Até porque, recebendo quantia condizente pela Administração Pública em razão da desapropriação, o expropriado muito provavelmente não se submeteria a uma ação em que se discutiriam por anos a fio questões certamente secundárias, gerando-se entre outros a necessidade de arcar com custas e emolumentos processuais e ainda o notório desgaste emocional.

Mais não bastasse, há ainda a questão das benfeitorias.

Apesar de o Decreto-Lei nº 3.365/41 dispor em seu art. 14 *caput* que “ ao despachar a inicial, o juiz designará um perito de sua livre escolha, sempre que possível, técnico, para proceder à avaliação dos bens”¹⁷⁷, quando há a declaração de ausência não é raro que se autorize judicialmente a imissão na posse sem a respectiva perícia, de acordo com a permissão prevista pelo art. 15 § 1º alínea “d” da aludida norma. Isso prejudica em muito uma perícia ulterior, posto que a imissão na posse pela Administração Pública muitas vezes redundava em descaracterização considerável e até mesmo total do imóvel expropriado, desfazendo-se assim qualquer prova ou vestígio das benfeitorias ali então existentes e passíveis de cômputo na indenização. Outrossim, quando a perícia é feita antes da imissão, ocorre de ser realizada muitas vezes sem a presença do expropriado, o qual, repita-se, sequer veio a ser citado nessa etapa processual e muito menos intimado da perícia, não podendo destarte indicar com precisão as

¹⁷⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Observações sobre a desapropriação no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo-SP, v. 204, pp. 33-52, abr./jun. 1996, pp. 34-36.

¹⁷⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Op. cit..

benfeitorias e respectivas informações para uma avaliação precisa do bem.

Nesse mister, constata-se faticamente que, às custas do sacrifício desproporcional e do prejuízo patente que o expropriado sofre com a desapropriação em razão da perda da posse e do recebimento de uma indenização ultrajante por seu ínfimo valor, o Poder Público é, ainda que numa primeira análise, beneficiado injustamente pela longa duração do processo. E diante de tal cenário consolidado, obviamente que não é interesse da Administração Pública proceder a uma correta avaliação do bem e ao pagamento de uma indenização condizente, pois isso implicaria em reduzir o saldo dos cofres públicos – o que, conforme já dito alhures em outras palavras, seria péssimo politicamente aos respectivos gestores.

Portanto e politicamente falando, ao menos a curto prazo é incentivador ao gestor público adotar tal expediente ardiloso, corroborado ainda que não intencionalmente pelo Poder Judiciário: uma discussão sem fim próximo, garantidora por um longo tempo do ínfimo valor pago ao expropriado, bem como a transmissão do imbróglio muitos anos depois, ao sucessor do gestor que procedeu à expropriação. É uma estratégia nefasta, onde o gestor se vale da morosidade do Poder Judiciário para capitalizar politicamente a situação: desapropria o bem, utiliza-o para as respectivas obras, demonstra o valor pequeno pago – que de fato é pequeno, mas é maquiado para parecer que é o valor total a ser pago - e faz a respectiva propaganda de político que é eficiente, que é comprometido com os gastos públicos em prol do povo.

Flávio Garcia observa, a propósito:

Durante um longo período, a solução dos conflitos tendo como sede o processo administrativo não assumiu o protagonismo que merecia, até mesmo em razão de uma postura pouco colaborativa dos entes públicos, que, não raro, postergavam direitos, evitavam reconhecer os seus erros e preferiam endereçar os litígios para o Judiciário, na equivocada perspectiva do “quanto mais demorar melhor”. Prevalcia aqui uma lógica perversa de postergar eventual condenação para o outro agente político, o que configura um verdadeiro amesquinamento das funções públicas e da real compreensão do interesse público.¹⁷⁸

¹⁷⁸ GARCIA, Flávio Amaral. Op. cit., p. 37.

É portanto, nos dizeres de Luis Roberto Barroso, um prêmio ao “Estado desonesto, ao Estado bandido, que é o Estado que toma o bem do particular e leva 15 anos para pagar e usa a propriedade do particular sem ter que pagar um vintém, vai pagar, depois de 15 anos, o valor que devia ter pago no começo”.¹⁷⁹

Por isso, não é demais lembrar que, sendo a indenização justa e prévia um direito fundamental do particular, deve ser interpretado do modo mais amplo possível de forma a proteger ao titular o mais abrangente possível, conforme o já aludido princípio da máxima efetividade da norma constitucional. Isso implica, entre outros, em se coibir tal prática artilosa por parte do Poder Público.

Bem assim e ainda quanto à questão da eficiência, infira-se que o expropriado também tem direito a receber a indenização o mais brevemente possível, dado que a recomposição pecuniária de seu patrimônio é muitas vezes urgente à regularização de sua dignidade humana – como por exemplo, nos casos em que o imóvel destinado à moradia fora expropriado. Entretanto, quando a desapropriação adentra a seara judicial, esse direito é flagrantemente negligenciado: conforme já comentado, um processo expropriatório judicial é prejudicial tanto ao expropriado quanto ao expropriante, conforme se observe a questão pela perspectiva de curto, médio e longo prazo, razão pela qual evidenciar-se a importância de meios alternativos de resolução deste respectivo conflito.

3.2 Mediação e arbitragem na desapropriação

Contemporaneamente, a Administração Pública procedeu a uma releitura acerca de seu mister: ao invés de defender intransigentemente o interesse público, passou a buscar o diálogo com a sociedade para a resolução de conflitos.

Odete Medauar explica que:

Na visão contemporânea do direito administrativo, a preferência recai sobre a expressão “meios consensuais de solução de conflitos”

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.332/DF, Relator Ministro Luis Roberto Barroso, julgado em 17 mai. 2018, publicado em 16 abr. 2019. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749609804>>. Acesso em 20 jul. 2022.

envolvendo a Administração Pública, ante a ideia mais ampla da Administração consensual, da consensualidade, ou seja, de uma Administração Pública menos imperativa e mais propensa à negociação, a acordos, a respeito de direitos dos particulares.¹⁸⁰

Prossegue a mestra:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.¹⁸¹

Assim é que, a Administração Pública passou a dialogar com o particular pela via extrajudicial e consensual, visando a uma composição sem necessitar buscar a tormentosa via judicial. Isso se vê por exemplo, na Lei nº 11.079/2004, cujo art. 11 inciso III autoriza a inclusão, em licitações acerca de Parcerias Público-Privadas, de emprego de meios alternativos de resolução de conflitos relativos ao contrato¹⁸²; Lei nº 11.196/2005, que acrescentou o art. 23-A à Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões) o qual autoriza o uso de tais meios nos contratos de concessão e permissão de serviço público, para a respectiva resolução de conflitos¹⁸³; Lei nº

¹⁸⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 415.

¹⁸¹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

¹⁸² Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. (In BRASIL. Lei n. 11.079, de 30.11.2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm>. Acesso em 18 jun. 2022.

¹⁸³ Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser

13.129, de 26.5.2015, que incluiu na Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem) o art. 1º, §1º, o qual autoriza à Administração Pública o emprego da arbitragem para resolução de conflitos¹⁸⁴ ; Lei nº 13.140 (Lei da Mediação), a qual, entre outros dispositivos, traz entre outras disposições o art. 32, II, que autoriza a Administração Pública a criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos para “[...] 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”¹⁸⁵; Lei nº 13.190, de 19.11.2015, que inseriu na Lei nº 12.462/2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratação Pública) o art. 44-A, o qual autoriza o uso de meios consensuais de resolução de conflitos¹⁸⁶; e ao fim, a Lei nº 13.867/2019, que inseriu no Decreto-Lei nº 3.365/41 as hipóteses de adoção da mediação e arbitragem para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública.

3.2.1 Noções gerais

Os métodos alternativos de resolução de conflitos começaram a ganhar relevo nos anos 1970, com a releitura e repensar dos direitos civis nos Estados Unidos e a conseqüente necessidade de readequação do Judiciário daquele país à

realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (In BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em 19 jun. 2022.

¹⁸⁴ Art. 1º § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (In BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em 19 jun. 2022.

¹⁸⁵ BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 22 jun. 2022.

¹⁸⁶ Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados. (In BRASIL. Lei n. 12.642, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462compilado.htm>. Acesso em 25 jun. 2022.

nova realidade. Sob o nome de *Alternative Dispute Resolution* – ADR¹⁸⁷, foram sistematizados inicialmente nos Estados Unidos, vindo a sê-lo em seguida nos países europeus e, a seu turno, nos países sul-americanos.¹⁸⁸

Os métodos alternativos consensuais de resolução de conflitos têm por objetivo a viabilização de um entendimento entre as partes sem a necessidade de presença ou intervenção de uma autoridade judicial. Muito embora tenham sido o paradigma da terceira onda tais meios não são propriamente uma novidade: o que é relativamente novo em termos de Brasil é a sua institucionalização e difusão, ainda que timidamente, ocasionados em grande parte em razão da crise por que passa o Poder Judiciário, conforme já dito.

Não se entenda por isso, que os meios alternativos tenham sido criados tão-somente para a redução de demandas encaminhadas ao Poder Judiciário. Deve-se levar em conta – e mais ainda, realçar – a finalidade precípua de tais meios: servirem de mecanismos de participação ativa do particular e de diálogo direto deste com a Administração Pública, com vistas a uma célere e adequada resolução de conflitos de interesses. Nos dizeres de Elena Highton e Gladys Álvarez, os meios alternativos têm a função primordial de “[...] “aumentar a participação da comunidade em processos de resolução de conflitos; facilitar o acesso à justiça; proporcionar à sociedade uma forma de resolução mais eficaz de disputas”¹⁸⁹ (tradução nossa).

Nesse mister, inicialmente observa-se a conciliação enquanto primeiro meio de resolução de conflitos, na qual através de concessões recíprocas as partes chegam a um acordo. O Código Civil de 1916 já previa a conciliação extrajudicial sob a figura da transação e, no caso da desapropriação, já em 1941 o Decreto-Lei nº

¹⁸⁷ “Consagrou-se a utilização da sigla ADR a indicar resolução alternativa de disputas (*Alternative Dispute Resolution*) como a que emprega a negociação, a mediação e a arbitragem fora do âmbito do sistema oficial de resolução de disputas. As soluções alternativas consistem naquelas que, por intermédio de um portfólio de métodos, formas, processos e técnicas, são aplicadas fora do âmbito do Poder Judiciário”. (In BACELLAR, Roberto Portugal. Op. cit., p. 37)

¹⁸⁸ NICÁCIO, Camila Silva. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 59, jul./dez. 2011, p. 11-56. Disponível em <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/148>>. Acesso em 15 abr. 2022, p. 13.

¹⁸⁹ HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. 2. reimp.. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p. 26. No original: “[...] incrementar la participación de la comunidad en los procesos de resolución de conflictos; facilitar el acceso a la justicia; suministrar a la sociedad una forma más efectiva de resolución de disputas”.

3.365 em seu art. 10, preconizava a conciliação enquanto forma de composição, ao preconizar que “a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará”.¹⁹⁰ Outrossim, e entre outros, o Código de Processo Civil de 1973, em sua redação original, trouxe em seu art. 447 e seguintes a figura da conciliação enquanto modalidade de composição a ser inicialmente de iniciativa do juiz¹⁹¹, vindo a ser diversificada tal modalidade ao longo dos anos – a exemplo do advento dos Juizados Especiais Estaduais e Federais – e se ampliando tal mister aos conciliadores enquanto auxiliares da justiça por ocasião do Código de Processo Civil de 2015, no art. 165 e seguintes.¹⁹²

A seu turno, a mediação consiste num procedimento em que as partes levam a questão a um profissional imparcial e especializado no assunto, o qual esclarecerá aos envolvidos todas as nuances da situação, auxiliando-os ativamente portanto à consecução de um denominador comum a partir do qual se efetua o acordo. Encontra-se sistematizada pela Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015 e expressamente prevista também no Código de Processo Civil de 2015, o qual confere aos mediadores a função de auxiliares da justiça conforme o art. 165 e seguintes.

Em comum e em nível extrajudicial, tanto conciliação quanto mediação são considerados meios autocompositivos de conflitos de interesses, pois, embora contenha o auxílio de terceiros – conciliador e mediador, respectivamente -, a decisão final fica a cargo das partes: não têm e não podem conciliador e mediador decidir pelas partes, nem obrigá-las a seguir a sua opinião. Tais terceiros atuam tão-somente como facilitadores, no sentido de auxiliarem as partes a encontrarem uma solução em comum: o conciliador, ao tentar harmonizar diferentes propostas apresentadas; o mediador, ao induzir as partes a identificar os pontos de controvérsia, harmonizar os interesses conflitantes, explorar hipóteses de acordo que transcendam o nível da disputa, de forma a obter do conflito uma visão

¹⁹⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Op. cit..

¹⁹¹ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil de 1973. Op. cit..

¹⁹² Não se tecerão maiores comentários à conciliação, por não ser objeto do presente trabalho.

produtiva para ambos.¹⁹³

A seu turno, a arbitragem traduz-se num método heterocompositivo visto que as partes transferem seu poder de resolução do conflito a um terceiro eleito de comum acordo, o qual por meio de uma decisão em princípio irrecorrível (sentença arbitral) acerca de direitos patrimoniais disponíveis põe fim ao conflito. Prevista expressamente pela Lei nº. 9.307/96 e ampliada pela Lei 13.129/2015, trouxe aos métodos alternativos de resolução de conflitos um *upgrade*, buscando assim desafogar o Judiciário.

Um detalhe importante da arbitragem é a conotação jurisdicional que tal instituto encerra, visto que a decisão arbitral tem caráter de sentença e assim declara o direito incidente ao caso em exame (*juris dictio*). Portanto, para além do Poder Judiciário, também a arbitragem é considerada atividade jurisdicional, conforme explica Bruno Megna:

Atualmente, afastado o entendimento de que o ato do árbitro não passa de um suplemento ao contrato das partes, e adotado o entendimento de que a arbitragem é jurisdição, é inevitável a conclusão de que o Estado não mais detém o seu monopólio – ao menos não integralmente. E mal nenhum há nisso, compreendida que está a incapacidade de o Estado regular satisfatoriamente todas as situações da vida e que a autonomia dos indivíduos é parte importante da própria ordem jurídica que a limita.¹⁹⁴

Conforme preconiza a Lei da Arbitragem em seu art. 2º e parágrafos, a tônica da arbitragem é a liberdade com que as partes podem estipular as regras e parâmetros para os respectivos procedimento e decisão. É um exemplo de incidência da autonomia da vontade, a qual, de acordo com Carlos Salles, “[...] apresenta-se como um dos principais valores a servir de base para a constituição da arbitragem. Afinal, dela emanam ou a ela estão relacionadas às principais

¹⁹³ “La mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto. Ese mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas”. In HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. 2. reimp.. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p. 194.

¹⁹⁴ MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública**: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 52.

características da arbitragem na forma como ela é pensada presentemente”.¹⁹⁵

Conforme a Lei de Arbitragem, no silêncio das partes a sentença deverá ser proferida em até seis meses, contados a partir da instituição da arbitragem (art. 23, *caput*), e a sentença arbitral pode decidir apenas parte da contenda (art. 23 § 1º) se isso importar em melhor administração do litígio em sede arbitral, ou pode ser integral e de mérito, encerrando-se assim o processo (art. 33 § 1º). Tal contexto é observado de modo um pouco semelhante no Código de Processo Civil, cujos arts. 354 § 1º e 356 autorizam o julgamento parcial da lide pelo juiz, porém, ao contrário da arbitragem, a lei não determina um prazo máximo de proferimento da sentença, denotando-se aí uma vantagem a mais da arbitragem no concernente à celeridade, mormente porque, nesse interregno entre a instituição do processo e a sentença arbitral, não há tal qual no processo judicial a contagem de prazo em dobro para o Poder Público, um dos fatores que contribuem para a morosidade judiciária.

3.2.2 O contexto expropriatório

Nesse mister, a Lei nº 13.867/2019 trouxe inovações ao Decreto-Lei nº 13.867/2019, acrescentando no contexto da desapropriação a possibilidade de as partes chegarem a um acordo mediante a mediação e arbitragem, fixando-se por meio de tais modalidades premissas tendentes à resolução pacífica, mormente em se tratando do tradicional impasse relativo à quantificação da justa indenização.

Inicia-se o processo expropriatório com a notificação ao proprietário, onde o Ente Expropriante desde já lhe apresenta a proposta de indenização (art.10-A, *caput*, do Decreto-Lei nº 3.365/41). Se o expropriado aceita prontamente e sem ressalvas a oferta, celebra-se o respectivo acordo e a desapropriação tramita sem maiores delongas; contudo, se o expropriado oferece objeção ou se o prazo ora dado para manifestação transcorre *in albis*, o Ente Expropriante pode proceder ao ajuizamento da respectiva ação de desapropriação.

¹⁹⁵ SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p.34.

Nesse momento, observa-se interessante inovação trazida pela Lei nº 13.867/2019: ao objetar o valor oferecido, o expropriado pode optar pela realização de mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação (art. 10-B), conforme o disposto na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 e, subsidiariamente, normas específicas editadas pelo respectivo órgão expropriante¹⁹⁶.

Questão que se coloca é se o Poder Público, mesmo tendo o expropriado se valido da busca pela mediação ou arbitragem, pode discricionariamente ignorar tal direito e intentar a respectiva ação judicial. É dizer, se uma vez recorrido o expropriado a tais meios alternativos de resolução de conflitos, deve o Ente Expropriante deles participar ou se tem a prerrogativa de ignorá-los.

Na redação original de seu projeto, a Lei nº 13.867/2019 incluía no Decreto-Lei nº 3.365/41 o inciso V do § 1º do art. 10-A, segundo o qual, a notificação de desapropriação expedida pelo Poder Público ao expropriado deveria conter, entre outros:

[...] informação de que o proprietário pode optar por discutir o valor da indenização por meio de mediação ou pela via arbitral, com menção expressa à possibilidade de a indenização ser fixada em valor menor do que o inicialmente ofertado e indicação dos órgãos ou instituições aptos a realizar o respectivo procedimento.¹⁹⁷

No entanto, tal dispositivo fora vetado, sob os seguintes fundamentos:

O dispositivo estabelece a obrigatoriedade de notificação do poder público ao proprietário com a oferta de indenização e a opção do particular em discutir o valor por meio de mediação ou pela via arbitral. Ocorre que a proposta permite interpretação de que a arbitragem e mediação são facultativas ao expropriado, mas obrigatórias ao poder público, restringindo a possibilidade da devida avaliação prévia da conveniência e oportunidade da adesão ao procedimento de mediação ou arbitragem pelo poder público, o que viola o princípio da inafastabilidade do acesso ao poder judiciário

¹⁹⁶ Denota-se aqui que a mediação trazida pela Lei n. 13.867/2019 é a extrajudicial, na medida em que se faculta ao expropriado a escolha do órgão ou instituição de mediação ao invés de impor a modalidade judicial prevista no CPC.

¹⁹⁷ BRASIL. Presidência da República. Mensagem n. 385, de 26 de agosto de 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-385.htm>. Acesso em 10 jul. 2022.

previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República de 1988.¹⁹⁸

Discordamos de tal justificativa, principalmente no tocante à violação do princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário.

Muito embora o art. 2º § 2º da Lei nº 13.140/2015 determine que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação¹⁹⁹, e bem assim, apesar de a Lei nº 9.307/1996 preconizar em sentido semelhante que “a administração pública direta e indireta “poderá” – e não necessariamente deverá – utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis²⁰⁰, fato é que se consolidou o princípio geral segundo o qual o Poder Público deverá sempre que possível dar preferência às formas extrajudiciais de resolução de conflitos. Isso se verifica com maior acuidade exemplificativamente com o Código de Processo Civil de 2015, o qual prevê entre outros o uso da arbitragem no exercício do direito de acesso à justiça (art. 3º § 1º); o esforço prioritário na solução consensual dos conflitos (§ 2º); e o dever de estimular a conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos (§ 3º); ou ainda, com a Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterou a Lei de Arbitragem de modo a se prever expressamente a adoção, pela Administração Pública, da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º § 1º).

Outro ponto a se considerar é que a Administração Pública terá participação e poder de fiscalização em todas as etapas da consecução da mediação ou arbitragem, na desapropriação. Veja-se que o art. 10-B, em seu *caput*, claramente restringe as opções de órgão de mediação e arbitragem: se por um lado o particular tem o respectivo direito de escolha, por outro lado só pode escolher dentre os “órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação”²⁰¹, em face do que, desde

¹⁹⁸ Op. cit..

¹⁹⁹ BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 05 jul. 2022.

²⁰⁰ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em 06 jul. 2022.

²⁰¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Op. cit..

antes da negociação, a Administração Pública já tem controle da situação dado que poderá selecionar criteriosamente os respectivos órgãos e instituições responsáveis e aptos a uma adequada e justa decisão e, bem assim, no caso da mediação, o § 2º do art. 10-B faculta à Administração Pública criar ela própria uma câmara de mediação, seguindo os princípios norteadores do art. 37 da Constituição Federal e adjacentes.

Mais não bastasse e a respeito da obrigatoriedade, o Código de Processo Civil determina taxativamente a obrigatoriedade de a Administração Pública criar câmaras de mediação e conciliação, conforme a dicção do art. 174:

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.²⁰²

É princípio geral de direito que a lei não contém palavras inúteis, pelo que bem a propósito é o esclarecimento de Brett Kavanaugh:

Se possível, cada palavra e todos os fundamentos devem ser efetivos (*verba cum effectu sunt accipienda*). Nenhum deve ser ignorado. A nenhum deve ser desnecessariamente dada uma interpretação que faça com que se duplique outro fundamento ou não tenha nenhuma consequência.²⁰³ (tradução nossa)

Assim, se o texto legal é claro e não dá margem a mais de uma interpretação máxima por trazer consigo uma estrutura gramatical inquestionavelmente explicativa, não há o que falar em dubiedade: segue-se a regra e pronto.

Bem observa nesse sentido Carlos Maximiliano:

²⁰² BRASIL. Código de Processo Civil. Op. cit..

²⁰³ KAVANAUGH, Brett M. Fixing Statutory Interpretation. **Harvard Law Review**, Harvard, v. 129, n. 8, jun. 2016, p. 2.163. No original: "If possible, every word and every provision is to be given effect (*verba cum effectu sunt accipienda*). None should be ignored. None should be needlessly be given an interpretation that causes it to duplicate another provision or to have no consequence".

Verba cum effectu, sunt accipienda: “Não se presumem, na lei, palavras inúteis.” Literalmente: “Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia.” As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. [...] Não se presume a existência de expressões supérfluas; em regra, supõe-se que leis e contratos foram redigidos com atenção e esmero; de sorte que traduzam o objetivo dos seus autores. [...] Quando, porém, o texto é preciso, claro o sentido e o inverso se não deduz, indiscutivelmente, de outros elementos de Hermenêutica, seria um erro postergar expressões, anular palavras ou frases, a fim de tomar um dispositivo aplicável a determinada espécie jurídica: *interpretado in quacumque dispositione ne sic facienda, ut verba non sint superflua, et sine virtute operandi*: “Interpretem-se as disposições de modo que não pareça haver palavras supérfluas e sem força operativa”.²⁰⁴ (grifo do original)

Ressalte-se, portanto, que o aludido artigo 174 do Código de Processo Civil não emprega expressões tais como “poderá criar”, “criará segundo sua conveniência”, “é facultada a criação” ou congêneres, ao contrário: a expressão é clara: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **criarão**, deixando claro tratar-se de uma imposição legal e portanto uma obrigação. Até porque, considerar a obrigatoriedade de participação da Administração Pública em mediação e arbitragem para fins de desapropriação não implica em se violar o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário: mesmo sendo obrigada a participar de tais meios de resolução de conflitos, a Administração Pública pode se recusar à composição extrajudicial, desde que obviamente apresente a respectiva justificativa eis que se trata de um ato administrativo, e como tal, tem para a sua validade que apresentar entre outros o motivo e a motivação.

Ainda quanto à obrigatoriedade e voltando-se ao art. 10-B e parágrafos do Decreto-Lei nº 3.365/41, observa-se que a criação de câmaras de mediação ou o cadastramento de órgãos ou instituições de mediação e arbitragem pela Administração Pública gera uma inevitável submissão desta àqueles, na medida em que esta, ao proceder à respectiva regulamentação, por certo que o fará respeitando um ponto de equilíbrio entre o interesse público e o do particular. Então, esses modelos de enfrentamento de disputas não são apenas orientativos, mas sim

²⁰⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 235-236.

vinculativos em face de toda a prestação do serviço público jurídico do respectivo ente federado²⁰⁵.

Outra objeção que se faz ainda a tal situação é a de que a migração de demandas para a resolução pelos meios alternativos implicaria numa espécie de “privatização” da justiça estatal, o que certamente soa inconcebível. A justiça estatal permanece perene mesmo com o advento da mediação e arbitragem, dado que, ainda que sejam adotadas, tal escolha não afasta de apreciação da situação pelo Poder Judiciário caso haja alguma ilegalidade no processo conducente à resolução ou na resolução em si. Até porque, repita-se, o acesso é à justiça e não propriamente ao Judiciário, conforme observam Antônio Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco:

Abrem-se os olhos agora, todavia, para todas essas modalidades de soluções de conflito, tratados como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes.²⁰⁶

Outrossim, não se estaria a secundarizar a tutela judicial de forma a se relegar a via judicial a segundo plano e se priorizar hierarquicamente a mediação e a arbitragem. O que se deve considerar é que, conforme Philip Oxhorn e Catherine Slakmon, os métodos alternativos surgem no cenário jurisdicional como uma alternativa complementar e não suplementar ou excludente do sistema judiciário²⁰⁷, ao que Nathanne Silva assevera:

Sendo esse distanciamento uma questão arraigada e de tal forma consolidada no Judiciário brasileiro, torna-se imprescindível e urgente pensar em canais complementares de acesso à justiça, não com o intuito de retirar a importância da instituição judiciária para a sociedade, mas sim de promover espaços que acolham as demandas dos indivíduos e grupos e que os aproximem da

²⁰⁵ FRANCO, Marcelo Veiga. Op. cit., pp. 457-458.

²⁰⁶ ARAÚJO CINTRA, Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral...**, p. 47.

²⁰⁷ OXHORN, Philip & SLAKMON, Catherine. MicroJustiça, Desigualdade e Cidadania Democrática a Construção da Sociedade Civil Através da Justiça Restaurativa no Brasil. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). **Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos**. Brasília: Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005, p. 200.

possibilidade de realização de uma justiça que seja adequada aos seus anseios e ao contexto em que vivem.²⁰⁸

A propósito, Daniela Gabbay, Diego Faleck e Fernanda Tartuce anotam ser não só útil como também essencial, o advento e consolidação de métodos alternativos de resolução de conflitos para que se possa conferir maior eficiência ao sistema estatal de controvérsias. Isso porque, havendo outras mais alternativas, mais acessível será a oferta de resolução dado que haverá maior capacidade de atendimento a pessoas de perfis e realidades distintas – no que os aludidos autores bem observam que a opção por determinada modalidade não necessariamente se baseará na deficiência das demais, mas sim, na melhor adequação à demanda posta e ao perfil dos conflitantes envolvidos.²⁰⁹

Outrossim, deve-se considerar em tal contexto a mudança paradigmática do propósito da Administração Pública a partir da Constituição Federal: de defensora do interesse do Estado a promotora dos direitos fundamentais.

De acordo com Érico Andrade, a mais consentânea 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*”. Em um cenário de necessárias garantias de afastamento do absolutismo monárquico e estabelecimento do Estado enquanto governante, o direito administrativo se encarregaria de dotar a Administração Pública de normas e mecanismos que impusessem seu poder de império à sociedade.²¹⁰ Isto porque, conforme o entendimento de Eurico Bitencourt Neto o direito administrativo pós-Revolução fora elaborado como um “Direito especial de uma Administração Pública de cariz autoritário”, posto que o autoritarismo seria justificado pela necessidade de

²⁰⁸ SILVA, Nathane Fernandes da. **O diálogo dos excluídos: a mediação social informativa como instrumento de ampliação do acesso à justiça pela via dos direitos no Brasil**. 2017. 196 f.. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Disponível em <<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-ASPFJR>>. Acesso em 03 abr. 2022.

²⁰⁹ GABBAY, Daniela Monteiro; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013, pp. 9-10.

²¹⁰ 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, pp. 151-155.

“garantia da liberdade individual contra uma Administração agressiva em relação aos direitos dos particulares”.²¹¹

Nessa linha, Ravi Peixoto explana que em sua origem o direito administrativo em verdade tinha por objetivo uma “diminuição das garantias que teriam os cidadãos caso pudessem submeter o controle da atividade administrativa ao Poder Judiciário”. E isto, com o propósito precípua de se transferir o poder de império das mãos do rei absolutista para o Estado garantista por meio da transferência de “vários privilégios em favor dos entes públicos”²¹², instituindo-se assim uma relação de subordinação do cidadão à Administração Pública e se mantendo tal mister de forma integral até recentemente.

Nesse mister, Lorena Barreiros ressalta que a concepção tradicional do direito administrativo alicerça-se em três pilares - imperatividade, unilateralidade e ato administrativo -, que sustentam a verticalidade ocupada pela Administração no regime jurídico-administrativo na medida em que chancelam figuras como a autoexecutoriedade dos atos administrativos e as chamadas cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos.²¹³ Denota-se então que esta estrutura hierarquizada impede um diálogo entre a Administração Pública e o particular, negando-se a este a participação conjunta na busca por uma alternativa eficaz em todos os sentidos de se resolver os conflitos entre si e lhe restando a procura do Poder Judiciário – o que, conforme já dito, em sede de desapropriação é uma *via crucis*.

Nesse sentido, Marcelo Veiga Franco observa:

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 superioridade em face dos cidadãos, os quais, em uma situação de inferioridade, não ostentam condições para

²¹¹ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica**: direito administrativo e organização no século XXI. Coimbra: Almedina, 2017, p. 39.

²¹² 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: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 349.

²¹³ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 31-33.

adequadamente opor os seus direitos ou deduzir os seus argumentos perante o poder de império estatal.²¹⁴

Entretantes, com a mudança paradigmática do sistema constitucional – isto é, com a substituição do paradigma patrimonial pelo paradigma antropocêntrico, em que o ser humano é o alicerce do ordenamento jurídico -, essa moldura hierárquica e verticalizada da Administração Pública passou a ceder espaço a uma nova estrutura, em que o Poder Público dialoga com o particular. O advento do Estado Democrático de Direito força um repensar da retrógrada noção de uma Administração Pública autoritária e pretensamente soberana, cedendo lugar a um novo mister precípua: consecutir os direitos fundamentais dos cidadãos individualmente considerados e da sociedade em abstrato, buscando entre ambos o modo mais harmônico possível.

Marçal Justen Filho bem observa, a respeito:

O Estado Democrático e Social de Direito afirmou-se a partir da constatação de que a realização dos direitos fundamentais exige a intervenção estatal para promover a superação de limitações que transcendem as possibilidades de atuação individual. Por isso, a ordem jurídica é orientada a limitar o poder estatal, mas também é indispensável que o Estado seja um instrumento de promoção do desenvolvimento econômico e social. Impõe-se a existência de um Estado promotor, cuja atuação seja voltada à finalidade última de obter a concretização dos direitos fundamentais.²¹⁵ [...] Logo, o núcleo do direito administrativo não é o poder (e suas conveniências), mas a realização dos direitos fundamentais. Qualquer invocação genérica do interesse público deve ser repudiada por ser incompatível com o Estado Democrático de Direito e a consagração dos direitos fundamentais.²¹⁶

Na mesma linha, discorre Miccael Natal:

Francesco Manganaro indica, de fato, que o modelo de Administração consensual resulta da constitucionalização do Direito Administrativo, em um processo de legitimação de atuação do Estado. A valer, o teórico compreende a consensualidade na Administração é um corolário referente à satisfação das necessidades sociais dos cidadãos, entendendo que para que as

²¹⁴ FRANCO, Marcelo Veiga. **A Administração Pública como litigante habitual**: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos. 541 f.. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2018, pp. 242-243.

²¹⁵ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 82.

²¹⁶ Op. cit., p. 148.

decisões administrativas “...cheguem o mais próximo possível do *optimum*, não devem ser o resultado de uma ação unilateral da Administração, mas resultar de um processo dialético, no qual confluam os diversos pontos de vista dos sujeitos interessados na decisão”. No Brasil, com a Constituição Federal de 1988 – que é exemplo do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo – a relação entre o Estado e o cidadão vai tornando-se mais dialógica do que impositiva, em razão justamente da participação popular e do respeito aos direitos fundamentais, de modo que é possível o consenso no lugar do império. [...] se o consenso decorre de um reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, alterando a dinâmica Administração-administrado, como um novo paradigma, necessariamente irá alcançar a forma como Administração Pública lida com os conflitos. Portanto, é congruente que o paradigma da Administração negociada também informe o modo como o Poder Público lida com os conflitos dos quais é parte, ou que envolvam o interesse público direto. Vislumbra-se, portanto, a conexão entre a constitucionalização do direito e a abertura da Administração Pública para os métodos consensuais de solução de conflito [...].²¹⁷

Assim, com a constitucionalização do direito administrativo o cidadão deixou de ser praticamente um mero expectador subordinado e passou a ser “protagonista político e jurídico do Estado”²¹⁸. Ato contínuo e conforme dito, a Administração Pública deixou de elencar como paradigma a defesa dos interesses estatais – geralmente patrimoniais – e, inspirada pelo paradigma antropocêntrico, passou a visar à realização dos direitos fundamentais, a promoção da dignidade da pessoa humana, a efetivação da cidadania e a concretização da democracia²¹⁹: a Administração Pública deixa de ter uma posição jurídica privilegiada em face do particular e passa a ser limitada pelos direitos fundamentais, daí se decorrendo que nenhuma decisão administrativa ofensiva dos direitos fundamentais pode ser reconhecida como válida.²²⁰

Daí então se observar que, conforme Marcelo Veiga Franco:

²¹⁷ NATAL, Miccael Pardinho. **Administração Pública, conflito e arbitragem**: política pública de acesso extrajudicial à justiça. 156 f.. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito (FD), Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas, Goiânia, 2019, pp. 44-45.

²¹⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. rev. atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 147.

²¹⁹ FRANCO, Marcelo Veiga. Op. cit., p. 249.

²²⁰ FILHO, Marçal Justen. Op. cit., p. 135.

O Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição visa a implantar um novo modelo de relacionamento entre cidadão/sociedade civil e Estado/Administração Pública. [...] 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. [...] 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. A constitucionalização do direito 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.²²¹

Nessa linha e conforme dito, no seu mister de buscar concretizar os direitos fundamentais a Administração Pública deve pautar-se entre outros pelos princípios constantes do art. 37 da Constituição Federal, e dentre estes pelo princípio da eficiência – no que se permite dizer que também por esse motivo a Administração é obrigada a participar de mediação e arbitragem em desapropriação, pois tais modalidades eliminam em muito a burocracia, custos e tempo, otimizando o contexto para que efetivamente o expropriado receba a respectiva indenização prévia e justa.

Infira-se que, em razão da Emenda constitucional nº 19 de 1998, a eficiência passou a figurar no rol dos princípios norteadores da Administração expressamente previstos no art. 37 da Constituição Federal. Tal princípio implica numa prestação administrativa que, ao mesmo tempo que seja o mais legal possível, também o seja ao mesmo tempo funcional no sentido de buscar ao máximo atender ao mesmo tempo o interesse público e o particular. Hely Lopes Meirelles bem observa, ao afirmar que o princípio da eficiência “não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”²²², cabendo pontuar portanto que o aludido princípio impõe à Administração a persecução imperiosa de resultados concretos e, diga-se de passagem, úteis ao cidadão.

²²¹ FRANCO, Marcelo Veiga. Op. cit., pp. 250-251.

²²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed.. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 105.

Patrícia Guimarães e Marcyo Freitas pontuam, a respeito:

Mauro Roberto Gomes de Mattos (2010, p. 46) expõe que “a vinculação do Estado à legalidade constitucional retira do administrador público a condição de estabelecer uma escolha livre para a tomada do seu ato administrativo afastada dos princípios constitucionais”. A sua liberdade não é total na atual fase do direito Administrativo constitucional, sendo, aliás, vinculada aos instrumentos, princípios, garantias, direitos e demais preceitos contidos na Constituição Federal.²²³

Destarte, se soa contrário ao princípio da eficiência o engessamento da Administração Pública a ponto de não se poder gerir a situação de forma a se buscar um resultado satisfatório – isto é, um acordo factível, viável e harmônico em relação aos interesses do particular e público -, é justamente essa contrariedade que se estabelece quando se nega a obrigatoriedade de a Administração Pública participar de mediação e arbitragem para a resolução de uma desapropriação.

Eis porque, a nosso ver a opção pela mediação e arbitragem é um direito do expropriado e em nada prejudica ao Expropriante o exercício do direito fundamental de acesso à justiça, sendo certo que, caso o órgão responsável não tenha ainda cadastrado a respectiva mediação e arbitragem, pode o particular propor um destes de sua escolha ainda que não cadastrados. Admitir o contrário, ou seja, a se prevalecer a costumeira inércia do Poder Público, o expropriado permanecerá em um limbo jurídico, sem qualquer definição quanto ao seu direito de se valer da mediação e arbitragem, causando-se assim um prejuízo considerável.²²⁴

Há quem suscite outra objeção, ressaltando que apesar de ser um direito do expropriado a mediação e a arbitragem só podem ser utilizadas em nível de desapropriação no tocante a questões disponíveis ou indisponíveis passíveis de

²²³ GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; Freitas, Marcyo Keveny de Lima. Constitucionalização do direito administrativo brasileiro sob uma visão neoconstitucionalista. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal-RN, v. 11, n. 2, pp. 279–295, 2019. Disponível em <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/15398/11384>>. Acesso em 12 jul. 2022, p. 284.

²²⁴ “Prevalecendo a contumaz e mais absoluta **inércia do Poder Público**, a Servidora titular do direito à readmissão permanecerá em um limbo jurídico, sem qualquer definição quanto à sua posição, causando-lhe um prejuízo verdadeiramente indelével”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial n. 1.267.972/RS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 22 out. 2019, publicado em 18 nov. 2019. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101730339&dt_publicacao=18/11/2019>. Acesso em 10 jul. 2022.

transação, conforme a dicção do art. 1 § 1º da lei nº 9.307/1996, segundo o qual, “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”²²⁵; e o art. 3º da Lei nº 13.140/2015, segundo o qual “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”.²²⁶ Outrossim, seria claro o art. 20 do Decreto-lei nº 3.365/41 ao restringir ao expropriado as hipóteses de objeção à desapropriação - vícios do processo e o preço -, pelo que, na seara extrajudicial da mediação e arbitragem, somente este último pode ser discutido.

Acerca do preço, mister se faz frisar que não podem as partes combinar qualquer valor para efeito de indenização. Partindo-se do pressuposto de que a quantia a ser paga a título de indenização sai dos cofres públicos, é bem público e por isso indisponível em princípio – em face do que, deve corresponder exatamente ao valor a que o expropriado aquiesce a título de ressarcimento pelo prejuízo sofrido com a desapropriação, nem mais e nem menos, de forma a que seja justa a indenização e não onere imotivadamente nem ao expropriado, nem ao expropriante.

É dizer, recai sobre a situação o princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual, conforme bem explicado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.²²⁷

Assim, da mesma forma que o expropriado não é obrigado a aceitar quantia que se consubstancie em preço vil – e portanto, injusta por acarretar-lhe prejuízo manifesto -, não poderia a Administração Pública em princípio pagar valor que exceda ao preço correspondente ao bem expropriado pois tal excedente configuraria doação, o que só seria permitido mediante prova do interesse público em tal mister e

²²⁵ Op. cit.

²²⁶ Op. cit.

²²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed.. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 76.

ainda assim, passível de questionamentos. Isto porque, repita-se com outras palavras, se os bens públicos pertencem a todos e a cada um dos cidadãos, a nenhum agente público é dado desfazer-se deles a seu bel-prazer, como se estivesse dispondo de um bem seu particular.²²⁸

Bem assim, há entendimento segundo o qual a indisponibilidade do interesse público remete à igual indisponibilidade do direito, pelo que a desapropriação redundaria num direito indisponível da Administração no sentido de ser por decorrência intransigível – ou seja, sendo o interesse público indisponível, todo e qualquer direito emanado dele também o é, de forma a ser intransigível.²²⁹ Tal raciocínio, segundo seus defensores, parte do princípio de que a transação implica inexoravelmente numa concessão de direitos e portanto numa disposição, implicando assim em perda por parte da Administração Pública e por conseguinte perda à coletividade para a satisfação de um particular.

Com a devida vênia, entendemos restar equivocado tal entendimento. Deve-se relativizar no caso em tela a questão da indisponibilidade do interesse público.

Dizer que a Administração Pública sempre age na gestão e defesa do interesse público é uma afirmação simplista, porque dá a ideia errônea de que toda vez que a Administração exerce seus misteres implica em agir em nome da coletividade – o que é um equívoco, posto que há situações em que o Poder Público age não no interesse propriamente público, mas em seu interesse enquanto ente. Nesse mister, Renato Alessi bem observa que o interesse público apresenta duas conotações: primário e secundário, onde o primeiro consubstancia-se esse no interesse a ser garantido e defendido pela Administração Pública enquanto representante da sociedade, pois tal interesse é desta em si considerada – vale dizer, a coletividade em abstrato, pelo que se pode dizer ostentar um caráter suprapatrimonial; e o segundo consiste no interesse da Administração Pública

²²⁸ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais. **Revista de Processo**, São Paulo-SP, v. 42, n. 264, p. 83-107, 2017. Disponível em <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1197024391/48-a-in-disponibilidade-do-interesse-publico-consequencias-processuais-composicoes-em-juizo-prerrogativas-processuais-arbitragem-negocios-processuais-e-acao-monitoria-versao-atualizada-para-o-cpc-2015>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

²²⁹ SALVO, Sílvia helena Picarelli Gonçalves Johanson di. **Mediação na Administração Pública Brasileira: o desenho institucional e procedimental**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 96.

enquanto ente jurídico e destarte apresenta um caráter patrimonial, pelo que se diz que o interesse é público tão-somente porque é de um representante da sociedade. Conforme o doutrinador italiano, quando coincidirem ambos, os interesses serão indisponíveis porque mesmo sendo o secundário primordialmente da Administração também o será da sociedade; entretanto, se o secundário não redundar em interesse da coletividade, poderá ser disponibilizado pela Administração.²³⁰

Selma Lemes preleciona que:

Podemos classificar os interesses públicos em “primários” e “secundários” (instrumentais ou derivados). Os interesses públicos primários são indisponíveis e, por sua vez, os interesses públicos derivados têm natureza instrumental e existem para operacionalizar aqueles, com características patrimoniais e, por isso são disponíveis e suscetíveis de apreciação arbitral.²³¹

Também é nesse sentido o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Está-se diante de duas categorias de interesse públicos, os primários e os secundários (ou derivados), sendo que os primeiros são indisponíveis e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tornam-se disponíveis na forma da lei, não importando o regime. [...] São disponíveis, nesta linha, todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração e seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.²³²

O Superior Tribunal de Justiça se posiciona nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AUTORIZANDO A COMPENSAÇÃO DE FINSOCIAL

²³⁰ ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. Milão: Dott. Antonio Giufrè Editore, 1953, pp.151-152.

²³¹ LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.131-132.

²³² NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.209, p.84-85, jul./set. 1997.

COM COFINS. SUPERVENIÊNCIA DE LEI QUE PERMITE COMPENSAÇÃO COM DIVERSOS DÉBITOS ADMINISTRADOS PELA RECEITA FEDERAL. DÚVIDA DA EMPRESA. FORMULAÇÃO DE CONSULTA À RECEITA FEDERAL. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. [...] O Código Tributário Nacional, ao disciplinar a Restituição do Indébito, é de fato silente quanto às circunstâncias que suspendem ou interrompem a prescrição em favor dos entes públicos. Da mesma forma, a legislação tributária esparsa, salvo engano, caracteriza-se pela mesma conveniente omissão. Daí não se pode extrair, entretanto, que inexista "amparo legal" para a tese da empresa, até porque a instituição de hipóteses de suspensão ou interrupção da prescrição somente em benefício do Fisco, jamais em favor do contribuinte (quando este se tornar credor do Fisco), representaria medida ofensiva à isonomia, sendo descabido invocar aqui o princípio da supremacia do interesse público, **pois os débitos do Fisco para com os contribuintes relacionam-se ao interesse público secundário, no qual o Estado não detém a prerrogativa de aplicar integralmente o regime de Direito Público.**²³³ (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE EM VIRTUDE DA NÃO INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ATUAR COMO CUSTUS LEGIS. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. 1. Hipótese em que o acórdão embargado declarou a competência do Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes - DNIT para aplicar multa por excesso de velocidade em rodovias federais. Determinou-se ainda o retorno dos autos à origem para análise das demais questões suscitadas pelo particular em sua petição inicial. 2. O embargante aduz nulidade do julgado, tendo em vista que não houve intimação do Ministério Público para atuar como *custus legis*. 3. **A jurisprudência do STJ entende que "o 'interesse público' que justifica a intervenção do Ministério Público não está relacionado à simples presença de ente público na demanda nem ao seu interesse patrimonial (interesse público secundário ou interesse da Administração). Exige-se que o bem jurídico tutelado corresponda a um interesse mais amplo, com espectro coletivo (interesse público primário)" (REsp 1151639/GO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 10/9/2014, DJe 15/9/2014).** 4. Dessa forma, o fato de a questão envolver o Poder Público não exige necessariamente a participação do Ministério Público como fiscal da lei.²³⁴ (grifo nosso)

²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n. 1.646.725/CE, relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 14 mar. 2017, publicado em 27 abr. 2017. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603379525&dt_publicacao=27/04/2017>. Acesso em 16 mai. 2022.

²³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Embargos Declaratórios nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial n. 1.581.392/RS, relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 09 mar. 2017, publicado em 20 abr. 2017. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600293161&dt_publicacao=20/04/2017>. Acesso em 16 mai. 2022.

Destarte, quando a Administração Pública tem por objeto a discussão e defesa que se relacione a uma contraprestação pecuniária, aí se evidencia o interesse secundário, passível de disponibilidade. Isso se evidencia claramente na desapropriação, em que a indenização prévia e justa a que o expropriado tem direito é uma contraprestação devida pelo Ente Expropriante dada a expropriação de bem pertencente ao patrimônio do particular – e nesse ponto, configurado claramente o interesse secundário, não há o que se falar em indisponibilidade, podendo o Poder Público por exemplo pagar indenização superior ao valor de mercado do bem desapropriado se esse *plus* disser respeito aos lucros cessantes ou ao dano emergente sofrido pelo expropriado face à desapropriação. Não é demais se lembrar que a indenização só será justa se compreender todo o prejuízo sofrido pela expropriação, o que importa em se considerar, além do valor do imóvel, as perdas e danos.

Ademais, o que se deve observar não é propriamente uma disposição do interesse público e sim uma alternativa à resolução litigiosa que atenda ao mesmo tempo ao direito do expropriado a uma indenização justa e o dever de eficiência da Administração Pública. Assim, ao optar pela mediação e arbitragem, evita-se a longa *via crucis* em que se perfazem os inúmeros recursos interpostos pelas Advocacias Gerais, muitos deles com caráter manifestamente protelatório, os quais consomem tempo e dinheiro públicos que poderiam ser usados em propósitos de maior efetividade social.

É dizer, se antes a legalidade era o imperativo maior na consecução da gestão do interesse público, com o advento do princípio da eficiência enquanto preceito constitucional o interesse público passa a abranger também a otimização do resultado enquanto corolário de uma prestação eficiente pelo Poder Público. Esse novo cenário introduzido pela Emenda Constitucional nº 19 forçou a um repensar dos procedimentos adotados para a gestão do interesse público, no que a Administração Pública, para atingir o consectário de eficiência, viu-se na contingência de adotar meios alternativos para a solução de conflitos – dentre os quais, a mediação e a arbitragem.

Até porque, resolução de conflitos é um elemento inerente ao interesse público. Como explicado por Bruno Dantas:

A transação é meio para a consecução de um fim pretendido pela Administração. Se esse fim puder ser atingido por uma via mais célere, menos traumática e menos desgastante que a via tradicional, o interesse público em sua dupla dimensão estará satisfeito. Daí concluir-se que o consensualismo é compatível com a indisponibilidade do interesse público e com a eficiência administrativa, afinal, a transação, se bem manejada, não é senão uma via expedita para a materialização do interesse público, ao proporcionar economia de tempo e recursos, além de viabilizar uma concertação de interesses legítimos, evitando os efeitos negativos que podem advir de uma solução adjudicada e unilateral.²³⁵

Assim é o entendimento de Sílvia di Salvo:

Se fosse impossível dispor sobre o conteúdo de encerramento de uma controvérsia, mais ainda seria impossível convencionar de início sobre os próprios direitos e obrigações, objetos da controvérsia que se pretende ver resolvida. A indisponibilidade do interesse público não reside na manifestação estatal enquanto contratante junto aos particulares, quando se trata de direitos patrimoniais.²³⁶

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu nesse sentido:

[...] 6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, *in litteris*: "Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração." Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. [...] 7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada. 8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. 9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição

²³⁵ DANTAS, Bruno. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, p. 261-280, Jun/Set., 2020. Disponível em <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2304>>. Acesso em 30 mai. 2022, p. 273-274.

²³⁶ SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johansom di. **Mediação ...**, p. 98.

de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. 10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. 11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. [...] 13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, verbis: (...) Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça." (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418). [...] 21. Por fim, conclui com acerto Ministério Público, *verbis*: "*In casu*, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante". A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".²³⁷

²³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Mandado de Segurança n. 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 09 abr. 2008, publicado em 19 mai. 2008. Disponível em <DJe de 19/5/2008https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200502127630&dt_publicacao=19/05/2008>. Acesso em 02 jul. 2022.

Destarte e mesmo com as respectivas limitações, o uso da mediação e arbitragem são direitos do expropriado até por uma questão de incidência do imperativo da eficiência, o qual não pode ser entendido sob a forma simplista do uso com parcimônia dos recursos públicos. Deve-se ir além: a eficiência deve ser entendida também como a condução do processo de forma a que seja ágil a indenização ao expropriado para que se evitem outros mais prejuízos desnecessários além do econômico, tais como a aquisição de nova moradia em razão do lar ora desapropriado, cuja demora no respectivo pagamento implica em extremo dissabor ao expropriado e sua família ao não terem a segurança de um teto para morarem enquanto não dispuserem do respectivo dinheiro para tanto.

Outrossim, deve-se salientar que a mediação e arbitragem são também benéficos ao Poder Público, pois entre outros previnem a onerosidade excessiva que uma desapropriação judicial causa aos cofres públicos. Além dos gastos em se manter a dedicação da máquina administrativa à condução do processo e à defesa de seus interesses, de acordo com o art. 15-A do Decreto-Lei nº 3.365/41 o Poder Público também se vê na contingência de pagar juros à razão de 6 % (seis por cento) ao ano ao expropriado, sobre a diferença entre o valor depositado e o valor efetivamente apurado em sentença. Denota-se então que, exemplificativamente, valendo-se da média ora mencionada acerca do trâmite de um processo na Justiça Estadual (6 anos e 11 meses), o Ente Expropriante pagaria aproximadamente 42 % (quarenta e dois por cento) a título de juros – o que ressoa um valor considerável, quando se leva em conta que desapropriações de imóveis nem sempre são de pouca monta, e mais ainda, quando se usa o expediente astucioso de se depositar quantia ínfima em relação ao valor venal do imóvel. Assim, resta claro que uma solução negociada é muito mais vantajosa que uma solução imposta, dado que a primeira importa em economia aos cofres públicos e ao mesmo tempo em agilização da implementação da desapropriação.

Nesse sentido, um ponto importante a se considerar nos meios alternativos de resolução de conflitos é o fato de que tanto a mediação quanto a arbitragem derivam de um esforço conjunto entre expropriante e expropriado, no sentido de se chegarem a um denominador comum. Daí então se dizer que, conforme dito, o que move ambos os meios é uma base consensual que propicia com maior facilidade e efetividade chegar-se a uma decisão benéfica para ambas as partes, e bem assim,

a um cumprimento mais célere e justo da desapropriação e da respectiva indenização.

Outrossim, tanto a mediação quanto a arbitragem oferecem um ambiente mais flexível e ao mesmo tempo célere. Dentre tantos fatores e apenas para citarem-se como exemplos além dos já citados, em relação ao juiz o mediador e o árbitro têm mais tempo para se dedicarem ao conflito, de forma a estudá-lo mais detidamente; tanto no procedimento mediativo quanto no arbitral, as regras são mais flexíveis posto que em grande parte resultam de acordo de vontade entre as partes e em razão da relativa informalidade nos respectivos procedimentos; e comumente, o mediador e o árbitro têm maior proficiência sobre o assunto do qual se originou o litígio.²³⁸

Nesse panorama, num contexto em que conforme já dito a Administração Pública ao alegar urgência na imissão de posse deposita o valor que bem entende – e que muitas vezes não é nem de longe próximo do justo – e alija o proprietário de seu bem e não raras vezes, essa demanda bate à porta do Poder Judiciário e se arrasta por incontáveis anos e somente após os quais o proprietário recebe o que de fato tem direito a título de indenização, ao escolher a mediação ou a arbitragem a Administração Pública não está necessariamente transigindo ou desrespeitando o interesse público, ao contrário: está agindo em estrita conformidade entre outros com o princípio da eficiência, na medida em que adota um meio mais célere, ágil e desburocratizado para a gestão do interesse público e a respectiva conciliação com o interesse particular. Não é demais se ressaltar que não há interesse público algum, como sói acontecer em ações judiciais de desapropriação, quando a Administração lança mão de expedientes procrastinatórios em relação ao pagamento efetivamente devido ao expropriado: além da eficiência, o interesse público também está na escorreita aplicação da lei, de acordo com a melhor interpretação possível diante do caso concreto, em benefício da coletividade e por conseguinte em benefício de cada um de seus cidadãos.²³⁹

Outrossim, deve-se considerar a questão do interesse público não só sob o

²³⁸ 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.329-348.

²³⁹ Cf. DALLARI, Adilson de Abreu. Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular. **Interesse Público**, Porto Alegre-RS, n. 13, p. 11-24, jan. - mar. 2002, p. 16.

aspecto estritamente legal, pois isso redundaria numa análise simplista e rasamente principiológica²⁴⁰, além de totalmente destoada da realidade. Com efeito, não raras vezes a desapropriação implica em uma radical mudança na vida do expropriado: é comum por exemplo, principalmente nos centros urbanos, ter-se o imóvel usado como moradia desapropriado, a bem da construção de determinada obra de interesse público ou para a consecução de determinado fim social (escola, creche, entre outros), onde não obstante o caráter público-social, o evento expropriatório incorre numa interrupção abrupta da tranquilidade do expropriado.

Nesse sentido, o interesse público não pode ser interpretado de forma à Administração dar as costas ao particular pelo tão-só argumento de ser vedado atender a um interesse privado em prejuízo do interesse da sociedade: deve-se observar um viés ético, no sentido de se buscar resguardar a dignidade do expropriado e procurar coadunar esse resguardo com a consecução do fim para o qual se procede à desapropriação, e nessa linha, procurar satisfazer o mais rapidamente possível o direito a uma indenização prévia e justa a que aquiesce o expropriado. Daí então se dizer que a adoção de meios alternativos mais eficientes não importa em se abrir mão do interesse público para atender um interesse particular, mas justamente ao contrário, atender ao interesse particular sem comprometer o interesse público.

Outrossim, o princípio da legalidade enquanto argumento para a indisponibilidade do interesse público também não procede. A previsão legal acerca da mediação e arbitragem na desapropriação trazida pelo Decreto-Lei nº 3.365/41 é clara, ao impor a respectiva formalidade para que se preserve a higidez administrativa e ao mesmo tempo forneça a possibilidade de se satisfazer o interesse particular. Mais não bastasse, todo ato administrativo, para a sua validade, deve atender a imperativos ora bem observados por Luciane Souza:

[...] todos os acordos envolvendo o Poder Público devem ser devidamente fundamentados, já que os atos administrativos [...] se sujeitam a controle interno e externo de juridicidade. Tal fundamentação deve ser fática e jurídica, de modo a deixar claro porque uma determinada solução é o caminho mais adequado para resolver o conflito, sob o ponto de vista da legalidade, da economicidade e todos os demais parâmetros que devem reger a

²⁴⁰ SALVO, Sílvia Helena. **Mediação...**, p. 103.

atuação de entes públicos.²⁴¹

E nesse ponto, observa-se que o Decreto-Lei nº 3.365/41, ao mesmo tempo que traz a mediação e arbitragem enquanto meios alternativos de resolução da desapropriação – no que privilegiou o princípio da eficiência -, impôs diretrizes para que, uma vez eleito um dos meios pelas partes, se faça a respectiva composição em bases legais. Denota-se, portanto, a harmonização dos princípios da eficiência e da legalidade, a que Onofre Júnior e Sarah Campos explicam a respeito:

Já no preâmbulo, a CRFB/88 marca que todo o ordenamento funda-se na harmonia social e deve buscar, na ordem interna e internacional, a solução pacífica das controvérsias (acordos). É do espírito da CRFB/88 a necessidade de serem adotadas soluções pacíficas e consensuais. Mais do que isso, os princípios constitucionais da eficiência administrativa e da razoabilidade fundamentam mais diretamente a celebração dos contratos de transação lato sensu. Se o princípio da eficiência determina a persecução otimizada do bem comum, em inúmeras situações, essa busca da melhor solução pode ser obtida mediante a transação. Isso não significa que, em prol da eficiência, a Administração possa abandonar a legalidade, mas é verdade que a aplicação genérica, mecânica e desalinhada da lei, no caso concreto, possa ser afastada. Nesse sentido, é a própria legalidade que dá instrumentos para o vetor eficiência ser acatado como princípio reitor da atuação administrativa. A legalidade, como princípio da Administração Pública, condiciona o administrador em todas as suas atividades, assim, mesmo a decisão de contratar e o próprio conteúdo do contrato administrativo, devem encontrar fundamento legal.²⁴²

Daí então se constatar que tais meios alternativos são mais eficazes em propiciar uma resolução mais ágil que o judicial, mormente no contexto desapropriatório o qual, conforme explicado alhures, redundaria em anos a fio até seu deslinde final, contrariando frontalmente o direito fundamental do expropriado

²⁴¹ SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução consensual de conflitos que envolvem políticas públicas: caminho democrático, viável e sustentável. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro-RJ (Edição Especial), 2014, pp. 143-156. Disponível em <<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzIzMg%2C%2C>>. Acesso em 26 jun. 2022, p. 146.

²⁴² JÚNIOR, Onofre Alves Batista; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte-MG, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014. Disponível em <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/Administracao-Publica-consensual-na-modernidade-liquida-Editora-Forum.pdf>>. Acesso em 03 jul. 2022, p. 37.

a uma prévia e justa indenização.

CONCLUSÃO

A compreensão do direito fundamental ao acesso à justiça sofreu e sofre até hoje várias e sensíveis mudanças, haja vista as comentadas cinco ondas e até mesmo a proposição de uma possível sexta e até sétima ondas renovatórias. Deve-se frisar que tal direito fundamental não se restringe a um mero reconhecimento do direito de acessar o Poder Judiciário: vai além, na medida em que se traduz numa prerrogativa consubstanciada na busca da tutela jurisdicional para que esta se faça de forma efetiva, adequada e tempestiva à proteção preventiva ou reparatória da lesão ou ameaça ao direito do indivíduo, perfectibilizando-se assim o papel do Estado enquanto agente social e responsável pela busca de soluções justas aos conflitos de interesses. Assim é que a Constituição Federal de 1988 impôs dentre outros o direito fundamental à duração razoável do processo, de forma a obrigar o Judiciário a dar uma resposta ao cidadão no menor tempo e na maior eficácia possíveis; e outras mais políticas públicas que assegurassem uma efetiva justiça ao direito pleiteado pelo cidadão.

Adversamente, essa ampliação e sobrelevação em nível constitucional do acesso à justiça implicou numa abrupta multiplicação de litígios apresentados ao Poder Judiciário: por se acreditar ser titular de um direito que a Constituição lhe assegura, o cidadão passou a entender que o Poder Judiciário era obrigado a resolver o conflito posto o mais rapidamente possível. A consequência disso foi um afogamento e emperramento da máquina judiciária, que não estava preparada para tão crescente volume e complexidade dos conflitos e que ainda se apresentava sob uma estrutura cara, ineficiente e morosa.

Aqui, então, mais ainda se constata ser equivocada entender-se que o acesso à justiça traduz-se no direito de tão-somente bater às portas do Judiciário: a prerrogativa deve ser traduzida no direito a se obter ou uma prestação justa ou uma solução justa ao problema que porventura o indivíduo tenha a ter em razão de uma obstaculização à sua vida digna, pelo que, o acesso à justiça não pressupõe tão-somente um franqueamento formal aos tribunais, mas sim, a uma justa tutela estatal de suas prerrogativas

existenciais, na exata proporção da necessidade da respectiva garantia e proteção da cidadania.

Não obstante, fato é que no contemporâneo cenário brasileiro a realidade demonstra que o cidadão mediano somente relativamente recentemente passou a dispor de um sistema que em tese lhe garanta um concreto acesso a uma decisão justa, em tempo célere e em condições adequadas de diálogo, negociação e obtenção do direito que se busca ser tutelado. Diz-se “em tese” porque, conforme dito, o cotidiano demonstra um Poder Judiciário estrangulado pela avalanche de demandas que batem à sua porta desde a eleição do acesso à justiça enquanto direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, e bem assim, até hoje não devidamente estruturado e dotado de recursos econômicos e humanos para absorver tamanha carga de serviço. Adicione-se isso ao fato de que, ainda que muito recentemente tal panorama venha mudando, tem-se uma Administração Pública ainda sob uma cultura de superioridade hierárquica frente ao cidadão, o que dificulta mais ainda a este a respectiva tutela de seus direitos.

Muito embora nas últimas três décadas tenha-se consideravelmente modificado formalmente o sistema de modo a se buscar efetivar o acesso à justiça, isso se revelou insuficiente. Leis modificatórias e inovatórias e uniformização de jurisprudência não se fizeram suficientes num cenário em que, para além disso, é necessário também se modificar e inovar os mecanismos para o cidadão poder ter efetivamente seu direito protegido, tutelado e efetivado: o jurisdicionado precisa não só ser conscientizado de que há outros meios de se resolver seu conflito com a Administração Pública, como também precisa por esta ser tratado de forma a que se estabeleça um diálogo e não uma relação de subordinação.

É dizer: conforme o estudo das ondas renovatórias, para além da reforma legislativa é necessária a reforma estrutural e operacional, aqui se incluindo entre outros uma mudança cultural por parte dos operadores do direito e dos cidadãos jurisdicionados, principalmente com o fato de que o acesso à justiça não pode mais ser considerado sinônimo de acesso ao Judiciário.

Não sem motivo é que a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça implantou uma nova Política Judiciária Nacional, onde em tal contexto sobreleva-se a importância e o papel dos métodos alternativos de resolução de

conflitos enquanto instrumentos de efetivação do acesso à justiça, numa relação complementar ao método judicial. Repise-se: a relação entre a via judicial e a extrajudicial deve ser de complementaridade: nem o Poder Judiciário pode continuar a ser considerado o mais importante ou o superior, e nem nesse sentido podem ser os métodos alternativos.

É nessa relação de complementaridade que os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos se mostram importantes enquanto instrumentos de desafogamento do Judiciário, máxime quando a Administração Pública colabora ao participar de tais meios com o fulcro de agilizar e viabilizar efetivamente os direitos do cidadão – direitos estes que, se postulados judicialmente, levariam infindáveis anos para serem tutelados. Nesse sentido de necessidade de diálogo é que, a nosso ver, os métodos alternativos não devem ser tratados como alternativos, mas sim, como prioritários à solução dos conflitos entre o cidadão e a Administração Pública, máxime porque comprovada que se arrasta há décadas a ora comentada crise do Poder Judiciário.

Especificamente no tocante à desapropriação, a realidade forense é notória em demonstrar a falha do Poder Público em resolver a respectiva lide de uma forma minimamente célere a que tem direito o expropriado, o que redundará num cenário desolador. Isso, entre outros motivos, gera uma motivação perversa ao gestor público, o qual, ciente de tal morosidade, fere o direito do expropriado à prévia e justa indenização na medida em que deposita parcialmente e infimamente uma quantia para se imitar na posse, e deixa para os próximos gestores a tarefa de se cumprir efetivamente o pagamento indenizatório – enquanto o expropriado fica num crescente prejuízo por ter perdido sua propriedade e não ter sido ressarcido adequadamente.

Ressalte-se que um processo moroso é prejudicial também à própria Administração Pública, na medida em que necessita movimentar todo o seu aparato para se defender de uma ação movida pelo expropriado, no caso da Advocacia-Geral e outros mais órgãos; e gastar vultosas somas com custas e emolumentos processuais que poderiam ser economizados caso o Poder Público cumprisse com o seu dever de indenizar adequadamente o particular, sem se esquecer que tal expediente implica em desperdício de tempo e recursos pecuniários e humanos do Poder Judiciário, que poderia estar se dedicando a

outras demandas caso não estivesse assoberbado com as provenientes de uma inexecução de deveres da Administração Pública relativos à desapropriação.

Esse cenário de clara violação desnecessária ao direito fundamental à duração razoável do processo enseja, por si só, a busca por outros meios mais eficazes de resolução da contenda, de forma a que o expropriado possa ser devidamente indenizado não só no aspecto pecuniário, como também no âmbito temporal – isto é, no concernente ao tempo em que a Administração levará para indenizar adequadamente o particular.

É nesse contexto a inovação legislativa trazida pela Lei 13.867/2019, que introduziu no Decreto-Lei nº 3.365/41 a aplicabilidade dos procedimentos de mediação e da via arbitral no processo expropriatório, onde se procurou minimizar os graves prejuízos e transtornos de uma ação judicial pelos quais passam os expropriados. A mediação e a arbitragem se postam como mecanismos eficazes de acesso à justiça pelo particular e de garantia de celeridade processual e de satisfação do justo preço, amenizando o grande problema hoje existente que é o de satisfazer e implementar, na sua integralidade, o direito fundamental à prévia e justa indenização em dinheiro ao expropriado.

Conforme restou demonstrado, a mediação e a arbitragem permitem aos conflitantes uma solução mais célere e eficaz, no sentido de se atender aos interesses dos envolvidos mediante o diálogo e sem que se faça precisa a propositura de uma ação claramente morosa e que se arrastará por anos a fio. E mais: tais métodos muitas vezes podem se revelar mais eficazes que a via judicial não só pecuniariamente como sob outros aspectos, na medida em que se mostrem mais adequados a atender de forma dinâmica às peculiaridades do caso.

Outrossim, restou comprovada a necessidade de a Administração Pública privilegiar os métodos alternativos, sem que isso implique em violação ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Isto porque, entre outros, atualmente vige o paradigma consubstanciado no esforço prioritário na solução consensual dos conflitos por parte da Administração Pública (CPC, art. 3º § 1º), o que, se não torna obrigatória a mediação e arbitragem em sede de desapropriação, faz com que ambas sejam adotadas primordialmente pelo Poder Público em caso de dissensão inicial em relação ao particular.

Bem assim, nessa priorização, deve-se ressaltar que a Administração Pública terá o controle organizacional sobre os métodos alternativos, de forma a que possa estruturá-los adequadamente e em consonância com os primados constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de forma a que seja necessária a apreciação pelo Poder Judiciário tão-somente se não observados tais preceitos. Não se está, portanto, a se defender uma não-intervenção jurisdicional irrestrita, mas otimizar a relação expropriatória de forma a que a Administração Pública cumpra com seus misteres constitucionais e principiológicos, e dentre eles, o já aludido esforço em buscar a resolução consensual de conflitos com o particular. Esse é, inclusive, o espírito do art. 174 do CPC, quando determina à Administração Pública o dever de criar câmaras de mediação e conciliação voltadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

Com efeito, não se pretendeu aqui, por óbvio, subverter a ordem da supremacia do interesse público sobre o particular e muito menos menosprezar a função social da propriedade, os quais têm em princípio prioridade sobre o interesse particular: o que se propôs foi um olhar sobre a aplicação dos direitos fundamentais sob a ótica do expropriado, a qual tem se mostrado totalmente ineficiente, não obstante constar do rol do artigo 5º, em seu inciso XXIV, o direito fundamental da "justa e prévia indenização em dinheiro" para os casos de desapropriação por "utilidade pública". Se há interesses colidentes – utilidade pública e interesse particular - há que se buscar formas de harmonizar tais interesses, sob pena de ferir o princípio da isonomia, vez que imputa a um único indivíduo, o expropriado, o encargo de arcar com seu patrimônio pessoal para a realização de invocada finalidade social, quase sempre, com valores indenizatórios sabidamente injustos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEMANHA. Constituição (1919). **Constituição de Weimar**. Weimar, 1919. Disponível em <<http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html>>. Acesso em 10 nov. 2021.

ALEMANHA. Constituição (1949). **Constituição da República Federal da Alemanha**. Berlim, 1949. Disponível em <http://www.bundestag.de/dokumente/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_01.html>. Acesso em 11 nov. 2021.

ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. Milão: Dott. Antonio Giufrè Editore, 1953.

ALMEIDA, Francisco Provázio Lara de; BITTENCOURT, Liliana. Judicialização do Direito: do Estado Legislativo ao Estado Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia-GO, v. 32, n. 1, p. 247-260, jan. / jun. 2008. Disponível em: <<https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/12129>>. Acesso em 18 out. 2021.

ALVES, Eliana Calmon. **Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil**: temas limítrofes. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/166>>. Acesso em: 4 nov. 2021.

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.

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.

APÓS 124 ANOS, processo movido por Princesa Isabel chega ao fim no STF. **Migalhas**. 02 set. 2020. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/332813/apos-124-anos--processo-movido-por-princesa-isabel-chega-ao-fim-no-stf>>. Acesso em 20 jun. 2022.

ARAÚJO CINTRA, Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed.. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARBOSA, Rui. O caso da São Paulo Northern Railroad Company. In: **Obras completas de Rui Barbosa**, Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1982. v.49. Tomo 1.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: Jus Podivm, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo**. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da constituição de 1988 (foi bom pra você também?). **Revista de Direito Administrativo**, v. 214, pp. 1-25, 1998. <https://doi.org/10.12660/rda.v214.1998.47263>

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo**. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015.

BENJAMIN, Antonio Herman. A insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: Apontamentos sobre a opressão e libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. **Biblioteca Digital do Superior Tribunal de Justiça (BDJur)**. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8688/A_Insurrei%c3%a7%c3%a3o_da_A_Ideia_Global.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2022

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação Administrativa Interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI**. Coimbra: Almedina, 2017.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed.. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado160204202007225f1862fcc81a3.pdf>>. Acesso em 08 jun. 2022.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 abr. 2022.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 15 mai. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em 30 mar. 2022.

BRASIL. Lei n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm>. Acesso em 08 abr. 2022.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm>. Acesso em 16 abr. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em 19 jun. 2022.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 15 abr. 2022.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em 19 jun. 2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 03 jan. 2022.

BRASIL. Lei n. 11.079, de 30.11.2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm>. Acesso em 18 jun. 2022.

BRASIL. Lei n. 12.642, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462compilado.htm>. Acesso em 25 jun. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 16 mai. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de

conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 22 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem n. 385, de 26 de agosto de 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-385.htm>. Acesso em 10 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Mandado de Segurança n. 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 09 abr. 2008, publicado em 19 mai. 2008. Disponível em <DJe de 19/5/2008https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200502127630&dt_publicacao=19/05/2008>. Acesso em 02 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial n. 1.267.972/RS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 22 out. 2019, publicado em 18 nov. 2019. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101730339&dt_publicacao=18/11/2019>. Acesso em 10 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.323.747/RS, Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 06 ago. 2015, publicado em 19 ago. 2015. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102756084&dt_publicacao=19/08/2015>. Acesso em 20 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 547.755/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 16 out. 2014, publicado em 30 out. 2014. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401725345&dt_publicacao=30/10/2014>. Acesso em 15 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo em Recurso Extraordinário n. 771.884. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 10 jun. 2014, publicado em 01 jul. 2014. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6274005>>. Acesso em 12 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Embargos Declaratórios nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial n. 1.581.392/RS, relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 09 mar. 2017, publicado em 20 abr. 2017. Disponível

em

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600293161&dt_publicacao=20/04/2017>. Acesso em 16 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus n. 104.410, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 06 mar. 2012, publicado em 26 mar. 2012. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em 15 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso em Habeas Corpus n. 104.587, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 16 nov. 2010, publicado em 25 fev. 2011. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619639>>. Acesso em 25 mai. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n. 1.646.725/CE, relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 14 mar. 2017, publicado em 27 abr. 2017. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201603379525&dt_publicacao=27/04/2017>. Acesso em 16 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Constitucionalidade n. 29/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 15 fev. 2012, publicado em 29 jun. 2012. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em 20 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.332/DF, Relator Ministro Luis Roberto Barroso, julgado em 17 mai. 2018, publicado em 16 abr. 2019. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749609804>>. Acesso em 20 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Pleno. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.112, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 02 mai. 2007, publicado em 26 out. 2007. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>>. Acesso em 12 jun. 2022.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 14 reimp.. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

CAPPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo-SP, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

CAPPELETTI, Mauro. **Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da "Justiça Constitucional"**. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre-RS, v. 20, out. 2001, pp. 261-286. Disponível em <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71892>>. Acesso em 10 out. 2021, pp. 268-269.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed.. São Paulo: Atlas, 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORTEZ, Maria Eugênia Chiampi. A controvérsia sobre a base de cálculo do imposto sobre a transmissão de bens imóveis ITBI no município de São Paulo. **Migalhas**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/Edilicias/127,MI299068,101048-A+controversia+sobre+a+base+de+calculo+do+imposto+sobre+a+transmissao>>. Acesso em 28 dez. 2021.

CRETELLA JUNIOR, José. Comentários à lei da desapropriação: Constituição de 1988 e leis ordinárias. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRETELLA JUNIOR, José. **Tratado geral da desapropriação**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v.1.

CUNHA, Edilson Alkmim (Coord.). **Corpus iuris civilis**: Digesto: livro I. Trad. Edilson Alkmim Cunha. Brasil: TRF1, ESMAF, 2010.

DALLARI, Adilson de Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a fazenda pública. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília-DF, v. 42, n. 165, pp. 7-19, jan./mar. 2015. Disponível em

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/185/R165-01.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em 12 jun. 2022.

DALLARI, Adilson de Abreu. Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular. **Interesse Público**, Porto Alegre-RS, n. 13, p. 11-24, jan. - mar. 2002

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

DANTAS, Bruno. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22, p. 261-280, Jun/Set., 2020. Disponível em <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2304>>. Acesso em 30 mai. 2022. <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2020v22e127-2304>

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho As Reformas do Código de Processo Civil e o Processo Constitucional. In DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 14. ed.. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. Ed.. São Paulo: Atlas, 2020.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

D'URSO, Flávia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: Epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce, [et al]. (Orgs). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, pp. 61-76.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**: sentidos, transformações e fins. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. 7. ed. Madri: Trotta, 2010.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRANCO, Marcelo Veiga. **A Administração Pública como litigante habitual**: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos. 541 f.. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2018.

FRANÇA. Embaixada da França no Brasil. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>>. Acesso em 30 dez. 2021.

GABBAY, Daniela Monteiro; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

GARCIA, Flávio de Almeida. Notas sobre mediação, conciliação e as funções da Advocacia Pública: uma perspectiva à luz do Direito Administrativo contemporâneo. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 11, pp. 33-54, 2020. Disponível em <https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2020-12/2020_04_notas_sobre_mediacao_conciliacao_e_as_funcoes_da_advocacia_garcia.pdf>. Acesso em 19 jul. 2022.

GASTALDI, Suzana. A inadequação do processo civil clássico diante dos interesses de massa e as ondas inovatórias de acesso à justiça. *Conteúdo Jurídico*, 12 dez. 2013. Disponível em <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37627/a-inadequacao-do-processo-civil-classico-diante-dos-interesses-de-massa-e-as-ondas-inovatorias-de-acesso-a-justica>>. Acesso em 20 jun. 2022.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. O Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. IN: GRAU, Eros; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 268-283.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; Freitas, Marcyo Keveny de Lima. Constitucionalização do direito administrativo brasileiro sob uma visão neoconstitucionalista. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal-RN, v. 11, n. 2, pp. 279–295, 2019. Disponível em <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/15398/11384>>. Acesso em 12 jul. 2022. <https://doi.org/10.21680/1982-310X.2018v11n2ID15398>

HÄBERLE, Peter. La garantía **Del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Dykinson. S. L. Madrid, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 2.

HARADA, Kiyoshi. **Desapropriação: doutrina e prática**. 11.ed.. São Paulo: Atlas, 2015.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro-tributário**. 17. ed.. São Paulo: Atlas, 2008.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Européia: síntese de um novo milênio**. Florianópolis: Boiteux, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S.. **Mediación para resolver conflictos**. 2. ed. 2. reimp.. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

JÚNIOR, Eduardo Canizella. **Princípios, limites da ponderação e argumentação jurídica na obra de Robert Alexy**. 100 p.. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo-SP. 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6597/1/Eduardo%20Canizella%20Junior.pdf>>. Acesso em 20 dez. 2021.

JÚNIOR, Onofre Alves Batista; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte-MG, ano 14, n. 155, p. 31-43, jan. 2014. Disponível em

<<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/Administracao-Publica-consensual-na-modernidade-liquida-Editora-Forum.pdf>>. Acesso em 03 jul. 2022.

JÚNIOR, Samuel Meira Brasil; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). **O controle constitucional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

KAVANAUGH, Brett M. Fixing Statutory Interpretation. **Harvard Law Review**, Harvard, v. 129, n. 8, jun. 2016.

LAFER, Celso. **A Reconstrução Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEAL, Rosemiro Pereira. A Judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro. In: DIAS, Ronaldo Brêtas; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. pp. 253-270.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p.131-132.

LIMA, Mariana Carvalho de Paula e. **A 7ª onda de acesso à justiça e o papel das instituições nacionais de direitos humanos na revisão periódica universal da ONU**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito. 233 p. 2020. Disponível em <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/92775/1/MESTRADO%20-%20DISSERTACAO%20-%20LACRAR%20-TEXT0%20FINAL%20-30.10.2020.pdf>>. Acesso em 18 jul. 2022.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Petrópolis: Vozes, 1994.

LONGHI, João Victor Rozzati; VELOSO, Fernando Mundim. Austeridade fiscal vs. vedação ao retrocesso social: ADI nº 5595 e a inconstitucionalidade material da emenda nº 86 de 2015. In: ALVES, Cândice Lisbôa et. al. (orgs.) **A insanidade do mesmo: ética e hermenêutica a céu aberto**. Belo Horizonte: Arraes, 2017, pp. 162-177.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo**. 8. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed.. São Paulo: Atlas, 2014. <https://doi.org/10.24067/rjfa7;5.1:230>

MARMELSTEIN, George. Pela Racionalidade dos Expedientes Forenses: o máximo de resultados com o mínimo de atos processuais. **Revista CEJ**, Brasília-DF, n. 22, p. 80-92, jul./set. 2003. Disponível em <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/568/748>>. Acesso em 12 mai. 2022.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo; PARDO, Ignacio de Otto y. **Derechos Fundamentales y Constitución**. Madri: Civitas, 1992.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 21. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed.. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed.. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Décima Oitava Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0284.05.001231-9/001, Relator Desembargador Sérgio André da Fonseca Xavier, julgado em 31 out. 2017, publicado em 07 nov. 2017. Disponível em <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0284.05.001231-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 15 abr. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Quarta Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 1.0325.17.001598-7/001, Relator Desembargador Renato Dresch, julgado em 09 ago. 2018, publicado em 14 ago. 2018. Disponível em <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=C5F91B3E4037EE0DAF86BF7D782474D1.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0325.17.001598-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 20 mar. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Segunda Câmara Cível. Reexame Necessário n. 1.0290.05.029587-9/001, Relator Desembargador Caetano Levi Lopes, julgado em 29 out. 2013, publicado em 08 nov. 2013. Disponível em <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0290.05.029587-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 20 mai. 2022.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. 2. tir.. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à Justiça e Princípio da Igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, São Paulo-SP, v. 102, pp. 228-237, abr-jun. 2001.

MOURA, Gisele Luiza Soares. O acesso à justiça e a celeridade processual: o alcance de uma justiça efetiva, justa e igualitária. **Biblioteca Digital do TJMG**. 2015. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/11285>>. Acesso em 12 jun. 2022.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. **A justa e prévia indenização na desapropriação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

NATAL, Miccael Pardinho. **Administração Pública, conflito e arbitragem**: política pública de acesso extrajudicial à justiça. 156 f.. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito (FD), Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas, Goiânia, 2019.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.209, p.84-85, jul./set. 1997.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. rev. atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NETO, João dos Passos Martins; THOMASELLI, Bárbara Lebarbenchon Moura. Do Estado de Direito ao Estado de Justiça. **Sequência**, Florianópolis, n. 67, p. 309-334, dez. 2013. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p309>>. Acesso em 01 nov. 2021. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p309>

MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e administração pública**: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NICÁCIO, Camila Silva. Direito e mediação de conflitos: entre metamorfose da regulação social e administração plural da justiça. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 59, jul./dez. 2011, p. 11-56. Disponível em <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/148>>. Acesso em 15 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 02 nov. 2021.

OXHORN, Philip & SLAKMON, Catherine. MicroJustiça, Desigualdade e Cidadania Democrática a Construção da Sociedade Civil Através da Justiça Restaurativa no Brasil. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). **Justiça Restaurativa**: Coletânea de Artigos. Brasília: Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

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: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Processo e Administração Pública**. Salvador: Jus Podivm, 2016.

PEREIRA, Mariana Musse; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O acesso à ordem jurídica justa no procedimento administrativo ambiental. **XXIV Congresso Nacional do CONPEDI**. 2015. Disponível em <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/4qiqydiv/3HNDQVWE3j44EHqP.pdf>>. Acesso em 13 jun. 2022.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In TEPEDINO, Gustavo (Org.) **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso nacional de Direito Civil. Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

PORTUGAL. Constituição. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 12 jun. 2022.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Observações sobre a desapropriação no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo-SP, v. 204, pp. 33-52, abr./jun. 1996.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; MARQUES, Nathanny Dias Xavier. A evolução paradigmática do sistema jurídico: da propriedade à pessoa humana. **Derecho y Cambio Social**, Lima, v. 1, p. 1-36, 2015. Disponível em <https://www.derechoycambiosocial.com/revista041/A_EVOLU%C3%87AO_PARADIGMATICA_DO_SISTEMA_JURIDICO.pdf>. Acesso em 18 jan. 2022.

SALGUEIRO, Gustavo Fontes Valente. Em defesa da cláusula compromissória. **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro-RJ, v. 1, n. 1, pp. 328-367, 2007. Disponível em <<https://www.e->

publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23678/16741>. Acesso em 18 mai. 2022.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. <https://doi.org/10.54648/RBA2011046>

SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom di. **Mediação na Administração Pública Brasileira: o desenho institucional e procedimental**. Coimbra: Almedina, 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9. ed.. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades de aplicação das categorias da proibição do excesso e de insuficiência em matéria criminal. **Revista da Anjuris**, v. 35, n. 109, mar. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Nathane Fernandes da. **O diálogo dos excluídos: a mediação social informativa como instrumento de ampliação do acesso à justiça pela via dos direitos no Brasil**. 2017. 196 f.. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Disponível em <<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-ASPFJR>>. Acesso em 03 abr. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo-SP, v. 798, 2002.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado** – o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUSA, Luis Henrique da Cruz. **A propriedade como direito natural na filosofia política de John Locke**: Subjetividade natural como fundamento de uma teoria da apropriação. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Departamento de Filosofia, Universidade de Brasília, Brasília-DF. 100 p. 2015. Disponível em <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/33237/1/2018_LuisHenriquedaCruzSousa.pdf>. Acesso em 18 jan. 2022.

SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução consensual de conflitos que envolvem políticas públicas: caminho democrático, viável e sustentável. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro-RJ (Edição Especial), 2014, pp. 143-156. Disponível em <<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzIzMg%2C%2C>>. Acesso em 26 jun. 2022.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **A face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. 10. tir.. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador-BA, n. 23, pp. 1-14, ago-out. 2010. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=498>>. Acesso em 30 jun. 2022.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais. **Revista de Processo**, São Paulo-SP, v. 42, n. 264, p. 83-107, 2017. Disponível em <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1197024391/48-a-in-disponibilidade-do-interesse-publico-consequencias-processuais-composicoes-em-juizo-prerrogativas-processuais-arbitragem-negocios-processuais-e-acao-monitoria-versao-atualizada-para-o-cpc-2015>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e processo. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006, p. 215-225.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. In TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil, Tomo II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento Civil-Constitucional brasileiro. In TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. A jurisprudência dos valores. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 503-525.

VIDIGAL, Erick. **Protagonismo político dos juízes: Risco ou oportunidade?** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos Conflitos de Interesses. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar. (Coord.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.