



PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS SOCIAIS E
CIDADANIA

TAÍS DÓREA DE CARVALHO SANTOS

**A INCOMPATIBILIDADE DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS COM AS NORMAS
DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA COMO OBSTÁCULO
AO ACESSO À JUSTIÇA E A CIDADANIA.**

SALVADOR

2021

TAÍS DÓREA DE CARVALHO SANTOS

**A INCOMPATIBILIDADE DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS COM AS NORMAS
DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA NO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA COMO OBSTÁCULO
AO ACESSO À JUSTIÇA E A CIDADANIA.**

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Políticas Sociais e Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior.

SALVADOR

2021

Ficha Catalográfica. UCSal. Sistema de Bibliotecas

S237 Santos, Taís Dórea de Carvalho
A incompatibilidade dos princípios constitucionais administrativos com as
normas dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no Tribunal de Justiça da
Bahia como obstáculo ao acesso à justiça e a cidadania/ Taís Dórea de Carvalho
Santos. — Salvador, 2021.
201 f.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior .

Tese (Doutorado) – Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de
Pesquisa e Pós-Graduação. Doutorado em Políticas Sociais e Cidadania.

1. Direitos fundamentais 2 Acesso à justiça 3. Cidadania 4. Fazenda Pública
5. Legalidade 6. Celeridade 7. Juizados Especiais I. Cunha Júnior, Dirley –
Orientador II. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-
Graduação III. Título.

CDU 342.7

TERMO DE APROVAÇÃO

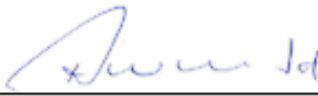
Taís Dórea de Carvalho Santos

“A INCOMPATIBILIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ADMINISTRATIVOS COM AS NORMAS DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA COMO OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA E A CIDADANIA”.

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de doutor em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 24 de março de 2022.

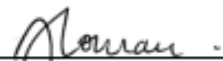
Banca Examinadora:



Prof.(a). Dr.(a) Dirley da Cunha Júnior - UCSAL (orientador)



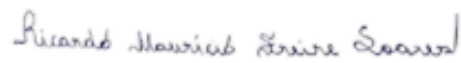
Prof.(a) Dr.(a) Maria de Fátima Pessoa Lepikson - UCSAL



Prof.(a) Dr.(a) Julie Sarah Lourau Alves da Silva - UCSAL



Prof.(a) Dr.(a) Saulo Casali Bahia - UFBA



Prof.(a) Dr.(a) Ricardo Maurício Freire Soares - UFBA

Dedico a minha filha Ana Luiza, hoje razão maior da minha luta por um país mais justo, solidário e inclusivo.

AGRADECIMENTOS

São tantas pessoas que contribuíram para a construção de tudo que sou hoje e me ajudaram a crescer como pessoa, mas, principalmente, como cidadã, como alguém que acredita em um mundo mais justo e solidário. Minha família foi a primeira responsável, meus pais, Neusa e Delmiro, meus alicerces e apoiadores incondicionais. Mas eles são frutos de meus avós que, na comunidade que viviam, fizeram diferença, meu amor eterno a Stelita, Lindaura, Waldemar e Filadelfo.

Aos meus familiares, marido, irmão, primos, tios, sobrinhos, cunhados, sogros (inclusive o uso da edição de 2002 de Jose Murilo de Carvalho se deu pela relação afetiva por ter sido um livro herdado pelo falecido sogro), meus amigos e colegas de trabalho, todos vocês que me incentivaram e vibraram com cada momento e cada vitória nesta longa e deliciosa jornada.

Na UCSal conheci amigos queridos que fizeram parte da minha caminhada, meus parceiros de curso (Jorge Beck, Thaline Carneiro, Ricardo Xavier e Eliezer Silva), além dos que conheci nas disciplinas (não irei nomear para não ser injusta) e dividiram as angústias, sorrisos, textos e a fé. Obrigada!

Ao professor e orientador Dirley da Cunha Junior, sempre incentivador, me acalmou, permitiu que eu pudesse seguir o que pensava, mesmo nas controvérsias, agradeço todos os momentos nestes quatro anos. Ser orientada por um dos maiores constitucionalistas da atualidade é um privilégio para pouco, muito orgulho e gratidão.

Obrigada aos meus professores doutores Anete Ivo, Inaia Carvalho, Katia Siqueira, Katia Sá, Claudio André, vocês contribuíram muito com tudo. Mas eu não posso deixar de destacar o meu grande presente (sim, eu considero um presente mesmo) que é a querida professora Maria de Fátima Pessoa Lepikison, fundamental na minha vida acadêmica e da construção e contribuições na tese. Que mulher incrível, que inspiração! Obrigada por existir e ter feito (e quero que faça para sempre) parte da minha vida.

Aos membros da banca de qualificação que são referências de vida para mim professora Julie Lourau, com dicas imprescindíveis para além do direito, professor Ricardo Mauricio Soares, que sempre esteve nesta tese e extremamente importante para as discussões sobre dignidade da pessoa humana e professor Saulo Casali, que foi fundamental para a conclusão do meu mestrado e me ajudou muito na tese, obrigada por todas as contribuições.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Número de audiências e transações judiciais na 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado da Bahia em 2018	154
Tabela 2 – Número de audiências e transações judiciais na 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado da Bahia em 2018	154
Tabela 3 – Número de audiências e transações judiciais na 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado da Bahia em 2019	155
Tabela 4 – Número de audiências e transações judiciais na 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda	156
Tabela 5 – Variação do percentual de conciliação da Justiça da Bahia considerando todas as Varas e Jurisdições de 2015 até 2019	157
Tabela 6 – Número de processos distribuídos e julgados, além das decisões de juiz leigo homologadas, por mês na 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado da Bahia em 2018	158
Tabela 7 – Número de processos distribuídos e julgados, além das decisões de juiz leigo homologadas, por mês na 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado da Bahia em 2018	158
Tabela 8 – Número de processos distribuídos e julgados, além das decisões de juiz leigo homologadas, por mês na 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado da Bahia em 2019	159
Tabela 9 – Número de processos distribuídos e julgados, além das decisões de juiz leigo homologadas, por mês na 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado da Bahia em 2019	160
Tabela 10 – Quantidade de novos processos em gráfico considerando o lapso temporal 2014-2019 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia	161
Tabela 11 – Quantidade de novos casos divididos por matéria em 2015	162
Tabela 12 – Quantidade de novos casos divididos por matéria em 2016	162
Tabela 13 – Quantidade de novos casos divididos por matéria em 2017	163
Tabela 14 – Quantidade de novos casos divididos por matéria em 2018	163
Tabela 15 – Quantidade de novos casos divididos por matéria em 2019	164
Tabela 16 – Compilado dos novos casos em matérias de Direito Administrativo e Direito Tributário nos anos de 2015 até 2019	164
Tabela 17 – Novos casos nas disciplinas de Direito Administrativo e de Direito Tributário nos anos de 2018 e 2019 no Tribunal de Justiça da Bahia	165
Tabela 18 - tempo médio de inicial até a sentença no1º grau e no 2º grau no TJBA por mês	166

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
FONAJE	Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil
TJBA	Tribunal de Justiça da Bahia

INTERTEXTO

Primeiro levaram os negros
Mas não me importei com isso
Eu não era negro

Em seguida levaram alguns operários
Mas não me importei com isso
Eu também não era operário

Depois prenderam os miseráveis
Mas não me importei com isso
Porque eu não sou miserável

Depois agarraram uns desempregados
Mas como tenho meu emprego
Também não me importei

Agora estão me levando
Mas já é tarde.
Como eu não me importei com ninguém
Ninguém se importa comigo.

Bertolt Brecht

SANTOS, Taís Dórea de Carvalho. **A incompatibilidade dos princípios constitucionais administrativos com as normas dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no Tribunal de Justiça da Bahia como obstáculo ao acesso à justiça e a cidadania.** Orientador: Dirley da Cunha Júnior. 2021. 276 f., il. Tese (Doutorado em Políticas Sociais e Cidadania), Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2021.

RESUMO

A presente pesquisa, interdisciplinar envolvendo as ciências sociais e jurídicas, trata de uma análise do direito fundamental ao acesso à justiça, imprescindível a cidadania, sob a tutela jurisdicional dos Juizados Especiais da Fazenda Pública através do questionamento da incompatibilidade deles com as normas constitucionais que envolvem a Administração Pública (parte Ré das lides que tramitam nesta justiça especializada). As normas previstas na Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009, que rege estes Juizados, apesar de serem interessantes para garantia de celeridade e melhor atuação do Poder Judiciário em demandas simples, na prática, são incompatíveis com os princípios constitucionais do direito administrativo e não conseguem produzir os efeitos pretendidos, além de considerar para definição da complexidade o valor da causa, o que não corresponde a realidade de demandas que envolvem direitos indisponíveis que são muitas vezes de valor inestimável. Considerar este critério para definir a competência absoluta do Juízo e tendo um rito simplificado, por vezes, afasta a própria aproximação do que se considera justiça no seu aspecto matéria, ou seja, uma resolução da lide que garanta razoabilidade e proporcionalidade, e a decisão fica a cargo exclusivo do magistrado que pode decidir a qualquer tempo o que causa insegurança jurídica. Além disto, a preferência pela transação judicial (conciliação) entre a Fazenda Pública e o particular é norma não aplicável pela própria estrutura burocrática que envolve o primeiro, que depende de normas específicas que possibilitem esta composição, em respeito a legalidade estrita (só pode fazer o que a lei permite). Portanto, as normas que deveriam facilitar o acesso à justiça distanciam, em alguns casos, por causa destas incompatibilidades, este propósito, confirmado pelos dados apresentados na tese e pela interpretação do ordenamento jurídico de forma conjunta, como sistema. O “dever ser” jurídico só tem validade quando se concretiza e garante os direitos fundamentais necessário a construção de uma sociedade mais justa e inclusiva, como previsto nos objetivos da República apresentados no art. 3º da CRFB, garantindo que a cidadania e dignidade da pessoa humana se tornem uma realidade. A desconexão entre a norma e a realidade, através de decisões políticas e jurídicas não solucionam estes problemas, servindo muitas vezes como forma de reafirmar as desigualdades e a marginalização dos mais pobres.

Palavras-chaves: Direitos fundamentais; acesso à justiça; cidadania; Fazenda Pública; legalidade; celeridade; Juizados Especiais.

ABSTRACT

This interdisciplinary research, involving social and legal sciences, deals with an analysis of the fundamental right to access to justice, essential to citizenship, under the jurisdictional tutelage of the Special Courts of Public Finance through questioning their incompatibility with the constitutional norms that involve the Public Administration (Defend part of the proceedings that are being processed in this specialized justice). The rules provided for in Law No. 12,153 of December 22, 2009, which govern these Courts, despite being interesting to guarantee speed and better performance of the Judiciary in simple demands, in practice, are incompatible with the constitutional principles of administrative law and they cannot produce the intended effects, in addition to considering the value of the cause for the definition of complexity, which does not correspond to the reality of demands that involve unavailable rights that are often of inestimable value. Considering this criterion to define the absolute jurisdiction of the Court and having a simplified rite, at times, removes the very approach of what is considered justice in its matter aspect, that is, a resolution of the dispute that guarantees reasonableness and proportionality, and the decision remains under the exclusive responsibility of the magistrate, who can decide at any time what causes legal uncertainty. In addition, the preference for judicial transaction (conciliation) between the public and private is a rule that is not applicable due to the bureaucratic structure that involves the first, which depends on specific rules that allow this composition, in respect of strict legality (it can only do what the law allows). Therefore, the rules that should facilitate access to justice distance, in some cases, because of these incompatibilities, this purpose, confirmed by the data presented in the thesis and by the joint interpretation of the legal system, as a system. The legal “ought to be” is only valid when it materializes and guarantees the fundamental rights necessary to build a more just and inclusive society, as provided for in the objectives of the Republic presented in art. 3 of the CRFB, ensuring that citizenship and human dignity become a reality. The disconnect between the norm and reality, through political and legal decisions, does not solve these problems, often serving as a way of reaffirming the inequalities and marginalization of the poorest.

Keywords: Fundamental rights; access to justice; citizenship; Public Finance; legality; speed; Special Courts.

SUMARIO

1 INTRODUÇÃO	15
1.1 CONTEXTO DO OBJETO	17
1.2 ESTUDOS ANTECEDENTES	21
1.3 CAMINHOS METODOLÓGICOS	25
2 CIDADANIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
2.1 A CIDADANIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	31
2.1.1 O conceito de cidadania e as suas delimitações	34
2.1.2 Construção histórica brasileira: exploração, concentração de renda e desigualdades	39
2.1.3 A democracia brasileira e a efetivação da cidadania	45
2.1.4 Cidadania e a desigualdade social	51
2.2 A CENTRALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	55
2.2.1 Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais	58
2.2.2 Direitos sociais e o mínimo existencial	60
2.2.3 Efetivação dos direitos fundamentais e a obrigatoriedade da ação estatal	62
3 DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO A JUSTIÇA	67
3.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DE (ACESSO À) JUSTIÇA	68
3.1.1 Acesso ao Poder Judiciário (aspecto formal da justiça?)	71
3.1.2 Acesso à justiça material. O que é Justiça?	76
3.2 A NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DE ACESSO À JUSTIÇA	82
3.2.1 Problemas estruturais que envolvem justiça e seu acesso	83
3.2.2 Omissões estatais e a judicialização para garantia dos direitos fundamentais sociais.....	87
3.2.3 Acesso à justiça e direitos fundamentais: opção jurídica ou política?	90

4 A FAZENDA PÚBLICA E OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS CONSTITUCIONAIS	96
4.1 PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS CONSTITUCIONAIS E A LIMITAÇÕES AO PODER DO ESTADO	98
4.2 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS CONSTITUCIONAIS A LUZ DA ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA	103
4.2.1 Princípio da indisponibilidade do interesse público	106
4.2.2 Princípio da legalidade administrativa (estrita)	110
4.2.3 Princípio da impessoalidade	114
4.2.4 Princípio da eficiência	116
4.3 ATOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS E SUAS LIMITAÇÕES A TRANSAÇÃO JUDICIAL PELA FAZENDA PÚBLICA	119
4.3.1 Limites legais dos atos administrativos. Relativização na transação judicial?	122
4.3.2 Responsabilidade do servidor público	124
5 OS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA	127
5.1 O SURGIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA E A TENTATIVA DE CELERIDADE E SIMPLIFICAÇÃO DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO	130
5.1.1 Partes do processo: previsão art. 5º da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009	136
5.1.2 Celeridade processual (duração razoável do processo) na Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009	137
5.1.2.1 <i>Celeridade processual pela ausência de prazo diferenciado para Fazenda Pública: previsão art. 7º da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009</i>	138
5.1.2.2 <i>Celeridade processual pela possibilidade de transação: previsão art. 8º da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009</i>	140
5.1.3 Ausência de reexame necessário e a presunção de legalidade dos atos da Fazenda Pública – previsão art. 11 da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009	142

5.1.4	Gratuidade da justiça: aplicação subsidiária da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995	143
5.2	JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA: RESERVA LEGAL ATRAVÉS DO VALOR DA CAUSA	145
5.3	JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA E SUA ESTRUTURA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA	149
6	A INCOMPATIBILIDADE DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS COM AS NORMAS DOS JUIZADOS DA FAZENDA PÚBLICA	152
6.1	ANÁLISE DE DADOS	154
6.2	INCOMPATIBILIDADE PRINCÍPIOLÓGICA, HERMENÊUTICA OU INCONSTITUCIONALIDADE?	167
6.3	OMISSÃO ESTATAL, ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVIDADE	177
7	CONCLUSÃO	184
	REFERENCAS	194

1 INTRODUÇÃO

O mundo jurídico é espaço para discussões do dever ser, pela perspectiva do estado de direito, que no caso brasileiro seria democrático, partindo de premissas conceituais nem sempre uníssonas, mas com a expectativa de que são reais e aplicáveis. A Autora vivendo do direito, depois de navegar pela comunicação, ciências sociais e pela vida, sempre foi proeminente a necessidade de existir uma correspondência fática, uma realização efetiva dos valores e princípios descritos no direito e que precisam ser concretizados, sob pena de existir, como já existe, um lugar de desconexão entre nós juristas e o cidadão (a separação aqui é proposital). O direito serve ao homem e deve se concretizar para que se tenha uma função relevante.

A necessidade de sair do plano jurídico e acessar outras ciências sociais que consigam tratar dos temas da vida de forma mais próxima da realidade, foi o que sempre moveu as pesquisas produzidas dentro e fora da academia. A proximidade com o direito constitucional e administrativo ocorre nos trabalhos realizados dentro e fora da Administração Pública, mas sempre com ela, fazendo parte das reflexões do direito nesta perspectiva pública, que norteou toda a pesquisa e se construiu através da análise do direito fundamental ao acesso à justiça, considerando-o como direito basilar da própria cidadania e que depende, numa sociedade desigual, de políticas públicas suficientes a sua concretização, ultrapassando assim o campo do direito e adentrando o das ciências sociais e ciências políticas.

A ciência jurídica entende que os direitos fundamentais não são alcançados por todos, tanto que estabeleceu diversas possibilidades com esta finalidade, dentre elas a criação dos Juizados Especiais, por exemplo. A efetivação dos direitos e garantias fundamentais é, ou deveria ser, o norte das ações estatais e das políticas públicas e para que isto ocorra primeiro é importante entender as fragilidades sociais e a realidade fática para que se tenha um ponto de partida para a resolução de qualquer empecilho a concretização destes mandamentos constitucionais. Compreender estes pontos motiva a Autora enquanto pesquisadora, professora de direito constitucional e advogada que lida diariamente com a Fazenda Pública.

O direito constitucional é um campo fértil para questões sociais, mesmo porque o direito, enquanto pertencente as ciências sociais, precisa se relacionar com as demais áreas correlatas. Então, em todo momento, serão tratadas as questões sociais mais relevantes que influenciam diretamente no acesso à justiça, entendendo que a desigualdade social, bem como

todos seus desdobramentos, é fator determinante para toda análise pretendida, bem como a compreensão do direito administrativo e das prerrogativas e da Fazenda Pública, disciplinas que me são muito caras e que envolvem a minha própria caminhada no direito para além da pesquisa. Assim, a escolha não foi aleatória, ela se deu pela percepção cotidiana da existência de alguns entraves e situações em que não se via uma relação compatível entre as normas aplicadas a Fazenda Pública e a própria Constituição da República.

O objetivo geral da tese aqui proposta, portanto, será analisar como ocorre o direito fundamental ao acesso à justiça, na sua perspectiva material, aplicado nos processos que tramitam nos Juizados Especiais de Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios (restrito ao Tribunal de Justiça da Bahia), levantando questões relacionadas a real aplicabilidade da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009, no que difere e simplifica o seu procedimento. Isto porque, apesar de aparentemente ser uma forma de facilitar o acesso ao Poder Judiciário, isto não se pode negar, o resultado não necessariamente atende a necessidade de garantia de direitos fundamentais.

Para este propósito, será necessário delimitar alguns conceitos que se apresentam como elementos fundamentais ao estudo como o do acesso à justiça, cidadania, princípios e prerrogativas estatais e a própria dimensão dos direitos fundamentais dentro do Estado Democrático de Direito, instrumentos norteadores das inquietudes desta pesquisadora. O estudo jurídico ordinariamente se baseia no estudo da legalidade, constitucionalidade e/ou teorias jurídicas, mas em situações e disciplinas muito específicas trata de como elas são aplicadas (ou não) na realidade, entendendo que muitas vezes a intenção da norma não alcança ou não envolve outras questões sociais, políticas, econômicas e até jurídicas, restando incompatibilidade deles com o que acontece de fato no cotidiano das pessoas e do próprio Poder Judiciário.

Aparentemente a legislação que trata dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios parece pata a produzir a celeridade necessária as demandas que envolvam baixos valores, o que auxilia significativamente a rápida resolução de lides pelo Poder Judiciário. Mas alguns entraves logo aparecem quando ela determina competência absoluta em razão do valor da causa, ou seja, todas as causas que o valor for menor que sessenta salários-mínimos somente pode tramitar neste juizado, não é uma escolha, excepcionando algumas matérias muito específicas que não contemplam as complexas ou que tratam de interesse indisponível.

Nesta tese, será tratada a compreensão teórica a respeito do acesso à justiça nos Juizados da Fazenda Pública restringindo ao Tribunal de Justiça da Bahia, considerando o ano de sua inauguração através do Decreto Judiciário nº 340 de 27 de abril de 2015, até o ano de 2019. Esta restrição auxilia o norteamento da pesquisa e a construção do raciocínio que pretende entender como funciona na prática o previsto na lei, que tem boa intenção em aparentemente relativizar a burocracia estatal, mas que na prática encontra barreiras estruturais e dogmáticas para sua realização, podendo inclusive, por esta razão, afastar a própria justiça.

Apesar da tese ser em grande parte uma pesquisa bibliográfica e que se funda na necessidade de uma análise hermenêutica do direito em relação a Constituição da República, foi necessária verificação de alguns dados referente aos Juizados da Fazenda Pública da Bahia para confirmação da pouca eficácia de alguns dispositivos que pretendiam a celeridade, a exemplo da transação. As políticas e institutos que protegem o cidadão da inoperância do Estado devem ser assertivas e eficazes, não normas sem aplicabilidade. A existência de órgão e instrumentos de efetivação de direitos, por si só, não garantem o atingimento da finalidade e a proteção destes, motivo pelo qual o estudo aqui proposto é fundamental, precisando, portanto, que a sua atuação envolva verdadeiramente a efetivação de direitos e garantia de justiça.

1.1 CONTEXTO DO OBJETO

Os direitos fundamentais num Estado Democrático de Direito figuram como ponto principal e norteador das normas do país bem como as ações e políticas públicas, que devem se pautar na realização destes direitos. Esses valores fundantes devem estar sempre presente em qualquer atuação pública, legislações e decisões políticas, mas, principalmente, como suporte de cidadania e respeito a dignidade humana, figurando como limitador de qualquer ato arbitrário ou excesso por parte do Estado que tem no art. 3º da Carta Política os objetivos da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como membro integrante da vida política e a construção da própria estrutura jurídica do direito brasileiro, o cidadão tem, ou deveria ter, mecanismos para permitir o gozo dos seus direitos fundamentais, além dos deveres de contribuir para a efetivação de uma sociedade mais justa – garantidora destes mesmos direitos. Estes direitos são de aplicação imediata e vinculante, ou seja, uma vez previstos, o Estado tem a função primaz de realizá-los. E esta função é cada vez mais cobrada, principalmente em países com desigualdades sociais como o Brasil. Então, o Estado é convocado a defender estes direitos e realizá-los através de políticas públicas, serviços públicos e proteção administrativa e jurisdicional aos demais direitos. Os direitos fundamentais são considerados garantias da abertura do desenvolvimento da sociedade e, também, por muitos imprescindíveis para a sua modernização.

A tutela jurisdicional também segue este parâmetro e existem com a finalidade da concretização da justiça, através dos procedimentos pertinentes a assegurar que os direitos sejam verificados, principalmente os direitos fundamentais. O Estado deve criar mecanismos para garantir a efetivação dos direitos fundamentais através de todos os órgãos e poderes existentes através de ações, procedimentos e leis, sempre respeitando os princípios constitucionais. Assim, o Estado, em seu papel de organizador da sociedade é quem estabelece as diretrizes e políticas com a finalidade do atendimento aos direitos individuais e coletivos. Através da Constituição da República também estabelece sua organização estatal e as prioridades e distribuição de políticas de estado, bem como os limites das políticas de governo que respeitem os direitos fundamentais protegidos por ela.

A própria Carta Magna estabelece, em seu art. 5º direitos e garantias individuais, dentre elas o acesso à justiça, que disponibiliza ao cidadão mecanismos administrativos e jurisdicionais para ver garantido os seus direitos fundamentais. Muitas vezes, o próprio estado é quem não cumpre o dever de garantia de direitos ou de prestação de outros e, nestes casos, é possível que se procure o Poder Judiciário para dirimir esta falta. Nestas lides, a relação entre as partes não se dá de forma equânime a princípio, tendo a Fazenda Pública uma série de prerrogativas (necessárias), principalmente por ser ela a representante da coletividade e ter dever de agir considerando a indisponibilidade do interesse público.

Esta atuação ainda prevê a obrigatoriedade de respeito aos princípios constitucionais vinculados a Administração Pública, quais sejam: legalidade, indisponibilidade do interesse público, eficiência, impessoalidade, entre outros. Eles devem ser considerados quando elaboradas leis e políticas públicas que incluam procedimentos específicos que envolvam a Fazenda Pública, como é o caso da Lei que instituiu o Juizado Especial da Fazenda Pública,

que foi criado com a finalidade de dar celeridade nas ações com valor da causa até sessenta salários-mínimos.

A existência destas demandas, em número significativo, impulsionou políticas públicas com finalidade de maior alcance e assertividade nas suas resoluções, com a pretensão tornar seu “serviço” eficiente, buscando mecanismos diversos para garantir uma prestação jurisdicional célere e que consiga garantir uma melhor atuação dos Magistrados no ideal de justiça pretendido. Importante observar que sua característica principal se dá pela natureza não complexa da lide, e é fato que facilita e garante uma tutela mais célere sem prejuízo ao princípio do acesso à justiça e por que razão deveria beneficiar ao cidadão.

Ocorre que, sob a pretensão de dar celeridade aos processos, acaba por algumas vezes limitar a real análise das situações tuteladas. Mais ainda, precisa cumprir procedimentos que são estranhos a própria natureza do direito administrativo, como a obrigatoriedade de realização de audiência de conciliação em situação de indisponibilidade do direito. Estes Juizados Especiais da Fazenda Pública seriam órgão do Poder Judiciário apto a realização do acesso à justiça em demandas contra o Estado, de maneira célere, razoável, proporcional e efetiva. Teria como parâmetros para tanto a especialidade, uma vez que trata de demandas exclusivamente contra a Fazenda Pública a celeridade, principalmente pelos prazos serem iguais para as partes e não existir o reexame necessário, e a possibilidade de conciliação, ou seja, acordo entre as partes.

A princípio vale salientar a indisponibilidade da Administração Pública em compor a maioria dos litígios tratados nestes Juizados, principalmente por estas serem muitas vezes de demandas prestacionais, envolvendo direitos sociais que deveriam ser universalizados. Não pode a Administração Pública deixar ou não de seguir a lei, ou determinar uma ação pública que envolva direito social sem lei prévia, e assim transacionar. Esta seria a premissa inaugural quando se trata de Juizados, tanto que é obrigatória a audiência de conciliação. Em noções preliminares de direito administrativo, percebe-se de pronto que o princípio da legalidade – legalidade estrita – é o ponto de partida desde ramo do direito. A Administração Pública só pode fazer o que está definido em lei, não havendo lei que trate do assunto, simplesmente não pode atuar.

Obvio que esta impossibilidade de escolha afasta qualquer tipo de composição que não seja absolutamente prevista em lei. Então, a análise jurisdicional sobre os litígios envolvendo a Fazenda Pública são muito mais legalistas, necessitando que se pautem na lei e não vontade das partes. Se não existe vontade por parte da Administração Pública, não pode esta dizer se

deixa ou não de cumprir a lei, se pode ou não abrir qualquer tipo de exceção. Então esta regra – da obrigatoriedade da audiência de conciliação – se torna uma imposição sem sentido e absolutamente ineficaz, afastando o real sentido da tutela jurisdicional.

Diante destas questões um olhar mais crítico precisa ser lançado nestes Juizados, necessitando de uma avaliação das práticas nele contidas, verificando se elas são ou não possíveis em relação as prerrogativas relativas a própria Fazenda Pública. A existência de uma norma em si não garante sua efetivação e o direito fundamental de acesso à justiça pode não ser verificado no âmbito destes Juizados pela incompatibilidade da norma com os princípios relativos ao Estado. Por exemplo, a previsão da audiência de conciliação, art. 8º da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009, é completamente fantasiosa. As hipóteses de conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito do Estado da Bahia é vetado pelo Estado da Bahia e Município de Salvador, inclusive com termo de cooperação onde dispensa a presença deles na referida audiência.

Os dados apresentados no último capítulo da tese demonstram que não houve qualquer aumento do número de conciliação entre partes em processos que correm nestes Juizados da Fazenda Pública do Estado da Bahia, sendo ineficaz esta possibilidade para que se tenha a celeridade pretendida. Não apenas se tem uma antecipada expectativa de que não seria uma norma aplicável, como se tem a confirmação através dos dados apresentados, sendo a decisão nestes processos dada exclusivamente pelo magistrado, uma vez que é impossível a composição pela inexistência da possibilidade de escolha da parte representada pelo Estado, retirando parte da própria razão de existir dos Juizados, devendo haver uma nova forma de aplicação desta política específica ou mudança na própria estrutura estatal.

Neste contexto o estudo do direito fundamental do acesso à justiça ganha foco, uma vez que quando se fala em atuação do judiciário se está pensando na concretização da justiça enquanto fim, em seu aspecto axiológico. A garantia que o indivíduo tem de que, precisando de tutela judicial, terá neste momento a efetivação de um direito não apenas a possibilidade de exigí-lo. Apesar do juízo ter aptidão para decidir em conformidade com a legislação pátria, talvez a forma do acesso à justiça não seja o adequado em relação as etapas que se espera do processo, seu procedimento em si. A questão não versa sobre a capacidade de julgar ou o resultado do julgamento, mas ao procedimento que envolvem etapas não possíveis de serem contempladas, exigindo que as partes suportem exigências diferentes e sem nenhuma produção de efeitos. Em relação ao direito fundamental ao acesso à justiça, a análise rasa

desde princípio relaciona-se a entendê-lo apenas na sua perspectiva formal, como a possibilidade de ter tutela atendida através de ação judicial. Mas este princípio vai mais além, trata também do alcance deste direito através de decisão judicial justa e num tempo razoável (SOUZA, 2011, p. 22).

Todas estas demandas e questões precisam ser pensadas pela perspectiva da cidadania, não pelo dever ser jurídico, mas pela concretização dos objetivos a que se propõe. As políticas públicas e todo trabalho estatal tem o propósito de garantir a efetivação dos direitos e devem se pautar nos fundamentos da República e almejar os objetivos dela, de forma real e não apenas no dever ser jurídico, pois as normas sem repercussão social, sem a produção dos efeitos pretendidos de nada servem. A intenção não é a criação de mais instrumentos jurídicos ou órgãos jurisdicionais, salvo para melhor atender as necessidades da população a qual se relaciona, com presteza, celeridade e, principalmente, concretização da justiça.

1.2 ESTUDOS ANTECEDENTES

Conceitos e premissas antecedentes a tese são necessárias a fim de melhor compreender a extensão da pesquisa e delimitar quais seriam os caminhos e Autores que seriam fundamentais a tese. Inicia-se com a contextualização história da posição dos direitos fundamentais frente a Constituição da República e a própria construção deste instrumento normativo. Como ponto de partida, destacam-se os direitos fundamentais que norteiam o ordenamento jurídico definindo os critérios a serem observados na própria construção do conceito de cidadania, além da discussão sobre estes institutos em um país com um histórico de desigualdade social e baixo acesso a direitos, restando ao Poder Judiciário garantidor deles e instrumento de reparação social.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seus artigos iniciais uma missão estatal e social que enseje o desenvolvimento do país pautado na diminuição das desigualdades de todas as ordens e a garantia de que as pessoas sejam aceitas em suas singularidades e que os direitos abarcados nela não sejam restritos a uma classe ou um grupo de pessoas, mas a universalidade. No seu artigo 1º constam os fundamentos da República, em um Estado Democrático de Direito, sendo eles: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Portanto, as

ações estatais precisam necessariamente se pautar neles, e estas questões serão observadas quando da construção teórica desta tese.

Sobre cidadania, alguns Autores foram destacados para nortear a construção da pesquisa neste tema. O primeiro deles é Jose Murilo de Carvalho (2002), um clássico da discussão da cidadania no Brasil, como dito por ele “[...] o fenômeno da cidadania é complexo e historicamente definido” (2002, p. 8) e o exercício de alguns direitos não definem a concretude de tantos outros fundamentais para o seu exercício, uma vez que cidadania se desdobra em direitos civis, políticos e sociais. A associação da cidadania a democracia é uma tônica nos estudos observados por esta tese que incluem e Jürgen Habermas (1997), Potyara Pereira (2006), Liszt Vieira (2001), Anete Ivo (2008) entre outros que consideram a cidadania para além do direito ao voto, mas que entendem a necessidade do acesso a direitos fundamentais e a consciência do seu exercício. As desigualdades sociais que sempre fizeram parte da história brasileira, bem como a ausência de acesso as necessidades básicas, incluindo educação e informação, e, obviamente, não consegue se desenvolver sem que em paralelo seja garantido estes direitos.

“Os direitos fundamentais constituem os alicerces da relação entre Estado e indivíduos; o exercício do poder político pelo Estado se legitima pela necessidade de preservar os direitos fundamentais” (NETTO, 2010, p. 37). São eles, portanto, os norteadores da atividade estatal e balizadores das perspectivas políticas dos diversos estados democráticos e que tem os direitos humanos como base jurídica e política. Este contexto constitucional estará presente na análise da importância da compreensão dos direitos fundamentais, sua indisponibilidade e obrigatoriedade de efetivação considerando o Estado Democrático de Direito e a ideologia Social Democrática que permeia a própria Constituição. Terão como base Autores como Dirley da Cunha Junior (2004), que é o orientador da tese e que bem define as dimensões dos direitos, importantes para se perceber que eles se somam para que se garanta a dignidade da pessoa humana.

Ainda sobre os direitos fundamentais, destacam-se os autores J.J. Canotilho (2003), Ingo Sarlet (2007), Antônio Carlos Wolkmer (2002) e Boaventura de Souza Santos (2000), que comungam com a necessidade de reconhecimento por parte do Estado destes direitos e a necessidade de concretização e a impossibilidade de retirada dos já positivados. Se a função estatal é de garantia e/ou prestação destes direitos a atuação dos poderes da República, sem exceção, neste sentido é indispensável. Políticas públicas que consideram as desigualdades e consigam desenvolver e acessar os espaços mais diversos e igualmente necessários a este

propósito deve ser a motivação das escolhas administrativas e legais, sem esquecer da possível tutela jurisdicional.

Por isto, importante destacar também a função do Poder Judiciário. Este Poder deve garantir e defender os direitos individuais, com a clara intenção de promover a esperada justiça. Faz isto através da resolução de conflitos, sendo ente com o poder de decidi-los e última instância. A divisão calculada entre os poderes não encontra mais espaço nos dias de hoje. Ainda existe uma necessidade de uma divisão de poder/dever, mas não de maneira tão absoluta e pragmática. Hoje, não mais se entende o direito como algo estanque, rígido, mas como uma “ordem permeável aos valores e aos fatos da realidade cambiante” (SOARES, 2010, p. 69). Então, necessário fazer um estudo inicial sobre o Poder Judiciário e suas funções, para determinar o ambiente em que se dará o estudo aqui tratado.

Quando se fala em direito, remete-se necessariamente a justiça. Aproxima-se deste quando tratamos a justiça pelo olhar de equidade apresentado pela teoria conhecida de John Rawls (2002) observando aspectos também de razoabilidade entre as normas e decisões. Como não se pode deixar de perceber a justiça como conceito fluido e adaptável a realidade das diferentes sociedades, foi acrescido os olhares de Amartya Sen (2011) e Michael J. Sandel (2015). Em todas as discussões, de forma assertiva, se torna importante destaque a justiça social e ao olhar macro sobre estes conceitos, uma vez que de fato existe quando não restrita a um grupo ou uma pessoa, o que é bastante complicado em um país desigual.

O judiciário tem o papel primaz de aplicar o direito ao caso concreto. E esta aplicação precisa de um acompanhamento teórico que compreenda o direito dentro de um contexto de justiça, que está intimamente ligada às relações diversas dos diversos elementos sociais. Então, neste sentido, estar-se diante de um direito previsível, que tem como ponto principal a hermenêutica jurídica. A decisão então deve ser não só aceitável na sua construção racional, mas também aceitável socialmente. Estas duas nuances se somam e se mesclam, sendo de extrema importância, uma vez que o direito é dinâmico e a justiça, por consequência, também.

Muitas vezes, para se ter este resultado o julgamento não se baseia exclusivamente nas leis. Outras vezes até contrariam elas. Contrariam a “letra da lei” não seu “espírito”. “O juiz inspira-se, algumas vezes, não no espírito da lei, mas no espírito do direito, tal como pôde manifestar-se em outros textos do mesmo sistema de direito” (PERELMAN, 2004, p. 71). Isto se observa principalmente quando diante dos direitos sociais, uma vez que seria o Estado o responsável pela promoção destes. Então, na sua inércia, busca-se a judicialização com a finalidade de conseguir a efetivação deste direito. Porém, deverá ter apenas um subsidiário,

quando os demais Poderes não conseguirem atuar, uma vez que não está preparado para atuar enquanto provedor de políticas públicas (ABRAMOVICH e CURTIS, 2002).

Dentre os direitos fundamentais se encontra o princípio fundamental do acesso à justiça. Ele não se esgota apenas na possibilidade de se ter tutela jurisdicional. Conforme lições de Wilson Alves da Silva, autor indispensável a esta tese a quem ela se filia a compreensão do fenômeno, “se é indispensável a porta de entrada, necessário igualmente é que exista a porta de saída” (2011, p. 26) ou seja, necessários os meios de garantir um acesso à justiça devido, justo, com observância do contraditório, ampla defesa, tempo razoável, entre outros.

Portanto, o acesso à justiça deve ser observado em sua perspectiva global. Não apenas se fala do acesso à justiça formal, mas também do acesso à justiça material. Mais que isto, trata-se de perceber se de fato é conseguido dentro das perspectivas de razoabilidade, proporcionalidade, até mesmo de justiça. Completa este entendimento a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988), livro referência no assunto, que apresenta as famosas “três ondas”, que são sugestões cronológicas que surgiram a partir de 1965 em razão da pesquisa investigativa intitulado projeto de Florença (Florence Project), que, considerando os obstáculos diversos sobre o assunto, apresentam alternativas estatais para resolução dos problemas de acesso à justiça.

O Brasil adotou algumas destas sugestões com a criação da defensoria pública e dos Juizados Especiais. Com o passar do tempo e a grande aceitação destas políticas de acesso à justiça, foram criados os Juizados Especiais de Fazenda Pública, sob a mesma lógica daqueles juizados, porém com condições específicas não observadas quando da sua aprovação. Por isto a importância da tese que identificou as questões cruciais que afastam a concretização da justiça considerando as normas trazidas na Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009 e a resistência por parte da Fazenda Pública pela necessidade de atuação nos limites constitucionais e por causa de suas prerrogativas e funções.

Sobre as limitações constitucionais da atuação da Fazenda Pública, foram trazidos a discussão autores importantes como Celso Antônio Bandeira de Mello (2017) e Odete Medauar (2021), principalmente em relação aos princípios constitucionais administrativos e que tratam diretamente das limitações que o Estado tem quando da sua atuação, inclusive em juízo. Para além disto, abordaremos as obrigações para com a efetivação dos direitos fundamentais e a necessidade de uma atuação que tenha na indisponibilidade do interesse público norteador de todas as ações. Entender que a Administração Pública precisa agir com

eficiência ao mesmo tempo com a impessoalidade, depende do respeito a legalidade, o que restringe e muito sua atuação.

Deixar de atentar para estas questões e tratar a Fazenda Pública como qualquer outro litigante é afastar as suas peculiaridades e talvez, com isto, deixar de observar o acesso à justiça na sua perspectiva, não tratando do objeto da forma necessária a resolver a questão central da tese. Não apenas em uma análise hermenêutica da disciplina, que de fato acontecerá, mas em números que comprovam a suposta celeridade pela possibilidade de transação e competência absoluta destes juizados não ocorre em realidade e que em vez que ser forma de garantia do acesso à justiça muitas vezes é justamente o que atrapalha sua concretização.

1.3 CAMINHOS METODOLÓGICOS

A pesquisa teve início na inquietude sobre a perceptiva teórica considerando a empolgante previsão de celeridade e facilitação do acesso à justiça nos Juizados Especiais da Fazenda Pública quando diante de lides envolvendo a Administração Pública, mas que não se demonstra na militância advocatícia e que acaba por criar mais empecilhos aos cidadãos que precisam de tutela jurisdicional nesta matéria. Diferentemente de acusar o Poder Judiciário de inoperante, o que comumente acontece, foi feita uma análise principiológica que envolve a atuação das partes em juízo e as limitações reais da Fazenda Pública em atuar conforme a Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009.

Assim, grande parte da tese é um estudo bibliográfico compreendendo os conceitos abrangidos fundamentais para a análise, e discutindo as normas que se contrapõem e acabam por prejudicar o acesso a direitos por parte do cidadão e questionando, também, se a situação social e política contribui ou não com estas dificuldades. Foram utilizados diversos métodos científicos notadamente a valoração de Carlos Cossio (1941), uma vez que o ele agrega ao mundo jurídico uma discussão sobre a transdisciplinaridade no estudo do direito. A cognição do aspecto axiológico de alguns institutos é de extrema importância para a pesquisa uma vez que ela será imprescindível para a análise do princípio do acesso à justiça e suas nuances.

No segundo capítulo da tese, após o primeiro ser este introdutório, foi necessário se debruçar sobre a cidadania e os direitos fundamentais no contexto sociopolítico brasileiro, imprescindíveis para o programa interdisciplinar ao qual faz parte. Foram trabalhados

conceitos essenciais, mas sem perder a necessidade de contextualização deles a realidade do país que é desigual e historicamente concentrador de renda e direitos. Inevitavelmente as instituições são contaminadas por esta vivência que discrimina e produz ainda mais desigualdades e que, sob o manto de vivermos em uma democracia, perpetuam em ações desconsideram o que é de fato pela existência de texto constitucional que trata do “dever ser”, mas que não é efetivado na maior parte das vezes.

Também foi tratado especificamente sobre a centralidade dos direitos fundamentais como necessários a um estado democrático de direito e com isto, junto a cidadania, caminhos e obrigações estatais para com a dignidade da pessoa humana. A exigência de se entender estes fundamentos da República em contrariedade a toda história de segregação e desigualdade, concede ao Estado um papel central na construção de uma sociedade justa e solidária que garanta acesso a todos, de forma universal, como prevê a Carta Constitucional, e que consiga realizar os seus objetivos, como a erradicação da pobreza, diminuição das desigualdades e não discriminação.

O capítulo seguinte, terceiro, se dedica ao estudo do direito fundamental ao acesso à justiça. Para tanto, se ocupou na contextualização em que espaço teórico e temporal está localizado o tema da tese, desenvolvendo uma discussão sobre os aspectos mais relevantes sobre acesso à justiça material - necessária utilização de estudos não apenas na área jurídica, mas na filosofia e ciências sociais com fim de compreender a consequência social desta solução jurídica. Junto a isto, importante destacar a própria atuação do Poder Judiciário como instrumento necessário ao estado democrático de direito e como forma, as vezes única, de acessar direitos mais elementais.

Como a discussão sobre o acesso à justiça envolve lides que tem como polo passivo a Fazenda Pública, o capítulo quatro precisou tratar dela, abordando as suas prerrogativas e limitações de atuação, concentrada principalmente nos princípios constitucionais administrativos. A conceituação e análise da legalidade, impessoalidade, eficiência, indisponibilidade do interesse público, razoabilidade, proporcionalidade, dentre outros, resta necessária para entender como deve atuar o Estado sem privilégios ou discriminações. Além disto, dimensionar as ações vinculantes e discricionárias dá o tom do que pode ser ou não construído como solução em lides que envolvam a Administração Pública, restringindo o poder de negociação em juízo, ainda que exista artigo autorizativo para transação judicial.

Determinando todos os pontos necessários a crítica a Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009, será tratado no capítulo cinco, onde será dedicado ao estudo dela apresentando as

questões controvertidas e de pouca ou nenhuma aplicabilidade prática, como exemplo a natureza conciliatória e de celeridade, incompatível com a realidade do Estado e, até mesmo, dos próprios princípios norteadores dele. Esta incompatibilidade precisa ser verificada, conhecida e alterada, se necessário for, a fim de garantir o alcance do objetivo pretendido com a criação destes Juizados que é o acesso à justiça efetivo. A manutenção de uma estrutura (cara) que não atende ao que se propõe é interessante a alguém que não o povo, não os cidadãos que continuam sem acesso à justiça.

No último capítulo, será feita a análise do tema, considerando a vivência e os números relativos aos Juizados da Fazenda Pública existentes no Tribunal de Justiça da Bahia, inaugurado em 2015, no ano de 2018 e 2019 (período mapeado pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo próprio Tribunal). Para efeito de verificação do aumento da demanda e número de processos em relação a todo Tribunal de Justiça da Bahia, os dados serão coletados do ano de sua inauguração até 2019. Estes dados servirão para confirmação da ausência de transação entre as partes nestes Juizados, além da percepção sobre as alterações de fato em relação as demandas que envolvem a Fazenda Pública após a criação destes órgãos especiais.

Diante destes números será traçada se, realmente considerando os dados colhidos, o art. 8º da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009 se efetiva nestes Juizados e confirmar a não aplicação dele, ficando a celeridade a cargo da diminuição das possibilidades recursais e a análise de direitos indisponíveis apenas ao Juízo e a Turma Recursal, o que causa desconforto considerando que o valor da causa não reflete a importância das questões ali julgadas. Assim, as incompatibilidades entre as normas basilares que demanda a Administração Pública e as decorrentes da lei que instituiu estes Juizados, a fim de demonstrar possíveis locais de desencontro hermenêuticos e, com isto, procurar formas de dirimir possíveis inconstitucionalidades e impossibilidades para melhor garantia dos direitos fundamentais que deveriam ser tutelados por estes órgãos jurisdicionais.

A necessidade de se ter um direito que alcance a sociedade e não se restrinja apenas a quem estuda seus institutos deveria ser a intenção do Estado, com a elaboração de pesquisas específicas sobre a efetivação ou não de suas políticas públicas. Como integrante das ciências sociais, o direito muitas vezes se encontra distante da realidade e reflete desejos inalcançáveis, uma vez que se faz necessário entender a realidade para alterá-la. Pretende-se ser uma ponte reflexiva que possa reverberar em uma crítica oportuna ao entendimento de possíveis falhas e/ou entreves e, a partir disto, alterar o que for possível ou necessário para que se garanta acesso a direitos, inclusão social e desenvolvimento.

2 CIDADANIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O estudo da cidadania e dos direitos fundamentais são pressupostos para análise desta tese que se pretende discutir o tema do acesso à justiça a luz da interdisciplinaridade necessária a compreender o fenômeno não apenas no seu viés jurídico, mas considerando a construção político-social do Brasil. Não basta a previsão constitucional de direitos e nem tão pouco a existência de Juizados e demais órgãos jurisdicionais se não existir a intensão real de acesso a estes direitos, a justiça e esforços para a concretização dos objetivos da República, com previsão no art. 3º da Constituição¹, destacando a diminuição das desigualdades e com ela o protagonismo do povo, sendo de fato uma nação democrática.

O Brasil é um país constitucionalista com uma escolha ideológica (resultante de uma ruptura com a ditadura) social-democrática, o que permite uma leitura à primeira vista inclusiva e solidária. Mas, conhecendo mais profundamente a história do país, se percebe um enraizamento em uma estrutura excludente e elitista com a personalização dos institutos estatais e a confusão permanente nos espaços de poder entre seus personagens e funções, contribuindo ainda mais para a concentração do poder nas mãos de uma minoria, aumento das desigualdades sociais e econômicas e o não acesso a direitos fundamentais. A leitura da cidadania neste contexto padece de critérios fáticos para se fazer presente, o que pede uma não romantização do seu conceito.

Enquanto país, o Brasil se desenvolveu já sob a égide do constitucionalismo. Inicialmente com amarras decorrentes de uma realidade monárquica-imperialista, mas logo em seguida disponível de forma republicana com a separação dos poderes e soberania popular, ainda que sem qualquer participação efetiva do povo, através de um sufrágio limitado a uma restrita parcela da população. Ao longo da história houve um aumento significativo de participação popular, mas permaneceu basicamente no campo da representação e não participação democrática, mas com destaque a existência de um sistema jurídico constitucional que aparece como norteador do Estado brasileiro de toda a composição dos seus atores e poderes, importantes para esclarecimentos acerca das opções teóricas escolhidas como basilares a este estudo.

¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A proposta é fazer neste capítulo um (breve) percurso conceitual e histórico dos pontos acima abordados para que se tenha uma dimensão mais realista do acesso à justiça e não uma interpretação caolha que não entenda a impossibilidade do descolamento do alicerce jurídico aos demais e que a previsão em textos legais muitas vezes afasta a efetivação de mudanças necessárias para que se tenha uma consumação da cidadania, indispensável para a construção democrática pretendida no país. O marco jurídico é a Constituição da República Federativa do Brasil, a pesquisa se dará no a luz do acesso à justiça e dentre este se escolheu focalizar no Juizado Estadual da Fazenda Pública, porém a perspectiva será pautada na desconstrução de uma narrativa exclusivamente legalista/utópica, respeitando os aspectos axiológicos pertinentes a asserção tratada.

Em seu primeiro artigo, a Constituição da República prevê o poder democrático com a expressa previsão em seu parágrafo único, sendo para tanto alicerçados em dois fundamentos imprescindíveis para a discussão aqui proposta: cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, CRFB). A colocação em local de relevância dentro do escopo constitucional se deu pela absoluta necessidade como parte integrante da própria estrutura principiológica escolhida, com a predominância e o protagonismo dos direitos fundamentais (que permeiam todo o texto constitucional), sendo eles parâmetro da própria democracia, uma vez que esta não existe sem o reconhecimento e proteção destes direitos (CUNHA JUNIOR, 2004).

O Estado brasileiro, propõe, quando das normas basilares do seu ordenamento jurídico, a priorização de direitos fundamentais e a diminuição das desigualdades sociais. Para isto, ele aparece como agente fomentador de políticas públicas que deverão ter como objetivo principal a realização desses objetivos elencados no texto constitucional, com a obrigação preponderante de garantir os seus fundamentos elencados no primeiro artigo de seu texto e que passam a ter a necessidade de centralidade e confirmação nas ações e escolhas políticas. O Estado e todas as suas instituições só podem agir com a finalidade de concretização dos valores e direitos descritos na carta política² e ela deverá ser o parâmetro de para a prospecção da atuação de seus agentes, em qualquer das esferas estatais.

Destaca-se, que foram trabalhados conceitos relacionados ao Estado Constitucional condicionando a existência deste a um padrão valorativo ideal e não a realidade (NEVES, 1994 p. 58). Partindo desta perspectiva, pressupõe-se que a intenção sociopolítica, que engloba o povo (cidadão?) e seus representantes teriam uma obrigatoriedade de trabalhar em prol desta finalidade, na tentativa de concretização destes valores escolhidos, mas se tem total

² Constituição vigente.

compreensão que, infelizmente, esta não é a realidade brasileira, tentando sempre apresentar um raciocínio que priorize a escolha constitucional e os instrumentos de limitação do poder do estado.

Tendo como parâmetro da democracia a soberania popular o Estado deve, por esta razão, trabalhar sempre para atender as necessidades de seu povo que é quem detém o poder político e chancela ao Estado e seus representantes o exercício dele. Em verdade, o que se vê é uma falácia sobre o tema, uma vez que este poder permanece concentrado na mão de poucos e não povo como dito, desde a colonização do país até hoje, e este “povo” (pensado como universalidade) não exerce esta prerrogativa como deveria exercer em sua plena condição de cidadão. “A democracia moderna repousa na soberania não do povo, mas dos cidadãos” (BOBBIO, 2004, p. 51).

Assim, não basta ser chamado de cidadão, precisa de fato atuar na medida e extensão de todo o arcabouço de informações que se apreende neste conceito, que será trabalhado mais à frente. A construção da cidadania está atrelada a relação das pessoas com o Estado e com a nação e elas assim se tornavam quando passavam a se sentir parte deles, desenvolvendo-a com lealdade e identificação (CARVALHO, J., 2002, p. 12). É de se questionar a elaboração da cidadania numa realidade histórica de exploração, pobreza e concentração de renda e poder e como ela se apresenta dentro de um estado estruturado e denominado democrático, não apenas em seu “dever ser”, mas em sua real concepção.

A base normativa fundamente da discussão é a Constituição da República Federativa do Brasil, salientando a necessidade de compreensão do seu texto originário e os aspectos conceituais e valores indexados quando da afirmação da cidadania, democracia, dignidade da pessoa humana e a própria centralidade dos direitos fundamentais enquanto alicerces da atuação estatal. A predileção por uma compreensão política social democrática e com a interpretação da atuação do Estado de forma preponderante ao interesse público requer a leitura das normas derivadas deste instrumento jurídico/político/social a luz da absoluta confluência com os pressupostos e conceitos apresentados quando da sua promulgação.

É uma dicotomia entre a realidade e o “dever ser” constitucional, que divergem de forma indiscutível. Neste aspecto a própria escolha da conceituação de constituição resta prejudicada mais que pela pluralidade de significados, mas pela falta de interação dela com a realidade. A escolha por parte desta tese, alinhada ao seu orientador, é a da Constituição não nas suas concepções clássicas estudadas no Direito Constitucional, mas como fato cultural “pois tem a virtude de explorar o texto constitucional em todas as suas potencialidades e

aspectos relevantes, reunindo em si todas as concepções – a sociológica, a política e a jurídica³ – em face das quais se faz possível compreender o fenômeno constitucional” (CUNHA JUNIOR, 2004, p. 31). A Constituição é um objeto cultura porque decorre de uma atividade humana, que utiliza da realidade, acrescentando valor ao que precisa e definindo as melhores opções para aquela realidade.

Partindo desta premissa, e não aprofundando no constitucionalismo neste momento, importante fazer uma digressão nos elementos centrais iniciais do estado da arte, delimitando e refletindo sobre cidadania, democracia, direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e efetivação de direitos através das construções teóricas e históricas especificamente do Brasil. Serão trazidos algumas considerações e reflexões baseadas na compreensão da dissonância entre as normas constitucionais e a realidade de desigualdade e exclusão, elementos indispensáveis para entender a importância do acesso à justiça e como as políticas públicas inclusivas são indispensáveis para a nossa construção sociais e jurídica.

2.1 A CIDADANIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

Os Estados Democráticos de Direito têm, em regra, como premissas básicas os direitos fundamentais e a cidadania, constituindo verdadeiros parâmetros de atuação estatal. Entende-se que estas prerrogativas são imprescindíveis para que se alcance a esperada dignidade da pessoa humana, que na Constituição da República Federativa do Brasil é destacado como fundamento, respeitando as garantias trazidas nos diplomas normativos que reverberam os consagrados (internacionalmente) direitos humanos. “A Constituição de 1988 inaugura, pelo menos teoricamente, uma etapa de amplo respeito pelos direitos fundamentais e reconhecida efetividade.” (CUNHA JUNIOR, 2004, p. 231)

Os direitos fundamentais nestes estados aparecem como ponto de partida das demais normas, que devem existir com o objetivo de concretização deles. As normas, portanto, são construídas com a finalidade de efetivação dos valores compreendidos como importantes na sociedade, que no caso aqui apresentado teriam nos direitos fundamentais toda sua problematização, e deles se desdobrariam nos objetos de tutela do Estado. Para isto são

³ Sobre as concepções clássicas, as mais conhecidas e relevantes são: sociológica, política e jurídica. A concepção sociológica entende a Constituição como resultado de forças sociais e tem como expoente Ferdinand Lassalle. A concepção política, apresentada por Carl Schmitt, compreende a Constituição como uma vontade política previamente existente. A concepção jurídica, associada a Hans Kelsen, a Constituição seria a norma jurídica fundamental de organização do Estado, sem incluir elementos sociológicos, políticos ou filosóficos. 1

transformados em dispositivos jurídicos, que tradicionalmente são conhecidos como fontes do direito e justiça. São estes direitos tutelados, inclusive, os imprescindíveis para a garantia de própria cidadania que, como já dito, é também um fundamento do Estado brasileiro previsto no art. 1º, II da Constituição da República.

É preciso destacar que os direitos fundamentais no Brasil têm previsão constitucional, numa perspectiva de um Estado Democrático de Direito, independentemente de como se efetiva (ou não), e para isto o elemento central é a cidadania. Não existe cidadania sem um esforço político e social que entenda o homem como um ser livre, com necessidades básicas e desejos individualizados. “Se a concepção individualista da sociedade for eliminada, não será mais possível justificar a democracia como uma boa forma de governo” (BOBBIO, 2004, p. 52) e para isto o Estado passa a ser o defensor de alguns destes direitos e prestador de outros, ganhando este um papel de destaque na concepção de cidadania aqui defendida, principalmente através da efetivação dos direitos fundamentais.

Esta concepção centralizadora dos direitos fundamentais e a colocação do povo/cidadão como destaque para o ordenamento jurídico (ainda que distante no contexto social) é algo recente, oriundo de uma alteração de estrutura dos Estados no período histórico moderno onde houve uma transição do direito natural para o positivismo jurídico, somente compreendido no Brasil no século XX, de forma ainda incipiente, mesmo porque não existia um Estado brasileiro anteriormente e sim um apêndice de Portugal. A discussão mais democratizada das escolhas políticas e jurídicas por aqui ainda é mais recente, visto que a transformação do Brasil em República apenas iniciou um pensamento inclusivo, com restrição a participação popular a patrimônio⁴ e a concentração de poder e renda (o que ocorre ainda nos dias de hoje).

Para além disto, a própria condição de cidadão é um fenômeno complexo, não bastando a previsão constitucional. “O exercício de certos direitos, como a liberdade de pensamento e o voto, não geram automaticamente o gozo de outros, como a segurança e o emprego. O exercício do voto não garante a existência de governos atentos aos problemas básicos da população” (CARVALHO, J., 2002, p. 8). As decisões de Estado nem sempre são populares,

⁴ A primeira Constituição brasileira de 1824 transformou foi marco de alteração da condição de colônia a Império e estabeleceu voto censitário, permitido apenas para homens livres, maiores de 25 anos, e renda anual de mais de 100 mil réis. Já a Constituição de 1891, quando estabelecida a República, aboliu o voto censitário, mas permitia apenas que homens brasileiros alfabetizados votassem. O voto feminino somente foi aprovado em 1932, no entanto, analfabetos, soldados e religiosos não podiam votar. Voto universal só teve previsão de fato na Constituição de 1988.

muito mais pela pouca representatividade e uma cultura política, que necessita o acesso à direitos e a consciência de deles, mas que pouco consegue atender as condições necessárias para estas escolhas políticas e muito menos a cobrança por resultados que de fato representem o desejo do povo, além das exigências globais que orientam o capital e as nações.

Não há que se falar em cidadania sem compreender este sistema de reciprocidade que se dá quando os homens têm suas necessidades básicas atendidas, e avançam na possibilidade de definir seu lugar no mundo, o que se chama de autonomia de agência, que envolve “capacidade para fazer coisas informadas sobre o que deve ser feito e como proceder para fazer” (JUNIOR e PEREIRA, 2013, p.55). Esta autonomia é considerada uma necessidade básica e demanda de um lado a participação real do indivíduo, no exercício de sua liberdade, e de outro o Estado, que tem o dever de garantir a todos os indivíduos a sua capacidade de agência.

“As necessidades humanas básicas (NHB) dizem respeito à sobrevivência física e à autonomia de cada um dos indivíduos em todos os tempos e territórios e supões um conjunto de precondições para uma existência humana saudável e emancipada ao longo da história” (LEPIKSON e VIEIRA, 2020, p. 446). Mais do que sobreviver, o cidadão, na melhor acepção da palavra, é quem consegue viver com respeito a suas particularidades e especificidades, podendo manifestar seus desejos e preferencias, de forma consciente e sem nenhuma amarra ou interferência externa que seja suficiente para tirar alterar a percepção das coisas que não seja de forma consensual.

A leitura dos direitos fundamentais por um olhar menos jurídico e mais sociológico reflete a compreensão das necessidades básicas relacionadas a concretização e uma existência completa. O Estado e todos o seu aparato precisam estar preparados para que o povo consiga acessar os meios imprescindíveis para se fazer presente e atuante no seu papel central na democracia. A organização do estado e a separação dos poderes existem para melhor definir as funções de cada órgão ou ente e melhor extrair ações em prol da garantia de direitos para o cidadão. A clássica divisão entre os poderes legislativo, executivo e judiciário é forma de estipular os limites de atuação de cada um deles e não fonte de privilégios ou centralização das escolhas públicas, mas como meio de garantia de ação em prol do interesse público, dos direitos fundamentais e da própria cidadania, principalmente por todos terem uma função política e de garantia da efetivação da Constituição da República.

Se o propósito não for este ou se quando na atuação dos poderes e entes públicos os direitos fundamentais de todos, entendendo a perspectiva universalizada que consta na Carta

Política que norteia toda esta estrutura, se faz necessário repensar todo sistema jurídico-político-social-econômico ou criando formas de acesso a direitos e a execução dos ditames constitucionais ou mudando este documento. O “dever ser” constitucional deve ser uma busca constante e isto não é percebido no Brasil uma vez que cada vez mais estamos diante de uma realidade exclusiva e desigual, justamente contrário ao previsto no artigo que trata dos objetivos da República.

2.1.1 O conceito de cidadania e as suas delimitações.

Apresentado enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, a cidadania está em destaque em especial após a promulgação da Constituição de 1988, inclusive apelidada de cidadã. Muitas vezes associado exclusivamente aos direitos políticos (previstos no art. 14), esta identificação é apenas uma parte integrante dela, sendo a variedade de direitos e a possibilidade de exercê-los. A construção de uma cidadania tem diversas camadas e sua existência plena precisa incluir a participação, mas também a liberdade e igualdade (material), até mesmo para que a escolha não possua amarras e que tenha a mesma força para todos os que assim são considerados, o que parece ser algo intangível (CARVALHO, J., 2002, p. 9).

O conceito de cidadania desenvolve-se a partir do conceito rousseauiano de autodeterminação. No início, a “soberania do povo” era entendida como uma limitação ou inversão da soberania do príncipe, a qual repousava num contrato celebrado entre o povo e o governo. [...] O lugar do pacto histórico, ou do contrato entre poderes, é ocupado pelo contrato social, entendido como modelo abstrato para a constituição de uma autoridade que se legitima através do exercício da autolegislação democrática.

[...] Com isto, não se visa pura e simplesmente à generalidade substancial de uma vontade popular, cuja unidade resultaria de uma homogeneidade preliminar da descendência ou da forma de vida. Pois o consenso discutido e obtido numa associação de livres e iguais repousa, em última instância, na unidade de um processo consentido. Esse processo democrático de formação da opinião e de busca de uma decisão transforma-se na constituição do Estado de direito. Numa sociedade pluralista, a constituição expressa um consenso formal. Os cidadãos querem regular sua convivência de acordo com princípios que podem encontrar o assentimento fundamentado de todos, por serem do interesse simétrico de todos. Tal associação é estruturada através de condições de reconhecimento recíproco, sob as quais cada um espera ser respeitado por todos como livre e igual. (HABERMAS, 1997, p. 284)

Assim, falar de cidadania precede a existência de democracia e poder de decisão, não podendo dissociado da efetivação de direitos fundamentais (que será discutido ainda neste capítulo). Para Habermas (1997) o ideal seria uma a democracia deliberativa onde existiria a participação das pessoas pertencentes a comunidade (política) na tomada de decisão em relação aos princípios orientadores dela. Ele propõe é que a que esta dimensão que ele considera cidadã seja a que uma outras duas dimensões existentes: a individual⁵ e a cultural⁶. Então a cidadania seria apresenta uma identidade política que envolve diferentes grupos culturais, mas que se identificam pois eles pertencentes a uma mesma comunidade.

Seguindo a escolha teórica desta tese, a cidadania seria uma condição dada aos indivíduos que pertencessem a uma nação não apenas por estarem nela, mas por participarem das escolhas e políticas e ideológicas. É uma relação que depende necessariamente de consciência deste papel e de meios para efetivamente exercê-lo. Aqui o conceito de autonomia de agência apresentado logo acima encontra um perfeito encaixe, visto que a sua existência é circunstância necessária para o exercício da cidadania. “Por autonomia básica entendemos a capacidade do indivíduo de eleger objetivos e crenças, de valorá-los com discernimento e de pô-los em prática sem opressões” (PEREIRA, 2006, p. 70).

Outro ponto destacado é a que a defesa da democracia é fundamental uma vez que seria o recurso que livraria os indivíduos da opressão de suas liberdades, em especial a de escolha e de ação, mas também da miséria e desamparo, sendo o Estado garantidor dos direitos sociais. Ela utiliza o conceito de autonomia de agência porque é uma definição que engloba o acesso as necessidades básicas⁷, mas também a capacidade de escolha de um indivíduo através de uma plena consciência de seus atos, que seria uma necessidade básica também, o que não ocorre sem que ele esteja em gozo de seus direitos e uma condição de saúde adequada a isto, mental ou até mesmo nutricional, além de capacidade cognitiva e oportunidade de participação⁸ (PEREIRA, 2006, p.71).

⁵ Para Habermas a dimensão individual da pessoa equivale aos seus desejos pessoais, e para que todos usufruam dela é importante que exista uma certa restrição delas.

⁶ Já a dimensão cultural pela perspectiva do reconhecimento que estes indivíduos fazem parte de uma comunidade, por esta razão acabam tendo interesses e características em comum.

⁷ Considerando as necessidades fisiológicas de sobrevivência, mas também se estendendo as que Abraham Maslow elencou em sua pirâmide de necessidades: fisiológicas, segurança, social, estima e autorrealização.

⁸ Sobre o tema Potyara Pereira usa como referência a obra de DOYAL e GOUCH intitulada “A theory of humam need” que considera três atributos necessários a esta autonomia de agência abordada no texto: saúde mental, habilidade cognitiva e oportunidade de participação. Em havendo déficit de qualquer destes requisitos, ela estaria prejudicada.

Tornou-se costume desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos. Cidadãos incompletos seriam os que possuísem apenas alguns dos direitos. Os que não se beneficiassem de nenhum dos direitos seriam não-cidadãos. (CARVALHO, J., 2002, p. 9)

Para que se consiga exercer a cidadania, o indivíduo precisa ter acesso a direitos e com eles adquirir a compreensão do seu papel de político (não somente eleitoral) e o que se pretende com ele, considerando que se vive em estados democráticos. As suas escolhas dependem da necessária efetivação de políticas públicas, sendo que estas devem partir de decisões populares para que se reforçasse a intenção ou não de continuar com o arranjo social e jurídico daquela comunidade. Assim a soberania, de fato, seria popular uma vez que neste contexto os indivíduos e o estado possuem uma relação simbiótica e não de submissão.

Não resta dúvida que a cidadania concerne uma relação entre Estado e cidadão, especialmente no tocante a direitos e obrigações, que são devidos por todos eles, de forma vertical (Estado – cidadão) ou horizontal (cidadão – cidadão/sociedade). Para mediar este concerto, as instituições fazem a mediação, sendo acrescida a esta equação a figura da sociedade civil (VIEIRA, 2001, p. 37), principalmente pela necessidade de se ter uma relação complementar e simbiótica, com conflitos passíveis de intercessão. “Diante desta complexa configuração, o *status* de cidadão se conecta a uma das questões cruciais da modernidade: os modos de constituição da identidade individual e social e sua relação com o funcionamento das instituições” (REGO, 2008, p.153).

Por *pertença* a um Estado-nação entende-se o estabelecimento de uma personalidade em um território geográfico. Historicamente, a cidadania foi concedida a restritos grupos de elite - homens ricos de Atenas e barões ingleses do século XIII - e posteriormente estendida a uma grande porção dos residentes de um país. Há, assim, duas possibilidades de *pertença*: a *interna*, que pauta o modo pelo qual um não-cidadão nos limites do Estado – grupos estigmatizados por etnia, raça, gênero, classe, entre outros - adquire direitos e reconhecimento como cidadão; e a *externa*, que estabelece como estrangeiros fora do território nacional obtêm entrada e naturalização de forma a conquistar a cidadania. (VIEIRA, 2001, p. 35)

Importante destacar que deve ser pensado dentro de um sistema constitucional que possua direitos escolhidos como fundamentais de obrigatória efetivação por parte de do Estado e, também, por parte dos cidadãos e sociedade civil. Por sua natureza, não tem como

previamente delimitar sua concepção sendo, portanto, um conceito indeterminado⁹ que depreende um ideal que inclui liberdade, participação e igualdade a todos (CARVALHO, J., 2002, p. 9). Exprime uma perspectiva objetiva e subjetiva, com a necessidade de parametrização por parte do Estado ao mesmo tempo que deve respeitar a individualidade de cada cidadão no que concerne as suas necessidades individuais.

Dentre as diversas abordagens apresentadas, uma interessante é a que associa ela com direito de ter direitos, sendo imprescindível o contexto social e a dimensão que eles têm (VIEIRA, 2001, p. 35). Assim, a elasticidade dos direitos e as formas de os exigir depende do contexto social e político daquela comunidade, concretamente e não apenas na sua previsão normativa. Quanto mais inclusiva mais direitos, se mais desigual a concentração de direitos e até mesmo poder se torna uma realidade. Junto a isto a forma de acesso a eles também é um fator importante, bem como a ordem de sua efetivação. Pela cronologia lógica primeiro vem os direitos de liberdade e só depois os sociais. “Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e a redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular (CARVALHO, J., 2002, p. 219).

A cidadania moderna traduz o reconhecimento de novos direitos e de novos setores da população que passam a fazer parte dos que podem usufruir deles, uma vez que a condição humana não pode mais ser restrita a um grupo privilegiado de pessoas em nenhuma sociedade, exigindo esforços conjuntos para que se amplie. O status universal que em regra permeava o conceito de cidadania sofre profundas transformações “cujas implicações suscitam controvérsia quanto ao futuro da própria cidadania e aos eventuais rumos de sua reconstrução para se adequar às exigências dos novos tempos” (LAVALLE, 2003, p. 75). Apesar das mudanças estruturais importantes, a relação estado-cidadão permanece existindo, ainda que mudando, em tempos, pela inclusão ou exclusão de grupos de acordo com a perspectiva política escolhida como norteadora da gestão pública.

Sendo nossa CRFB social democrática, ao menos ideologicamente, a priorização de direitos sociais se torna uma realidade, onde se tem na solidariedade e no pertencimento as suas principais características, acentuada, principalmente, pela extrema desigualdade em que o país conserva. A ideologia que permeia a carta política se desenvolve dentro de um sistema capitalista, mas que objetiva a justiça social e por isto permite intervenções econômicas e

⁹ conceitos indeterminados, também chamados de normas abertas, conceitos de valor, conceitos imprecisos, são aqueles que permitem uma interpretação elástica. Então, se o uso destes conceitos indeterminados traz consigo uma inerente discricionariedade para o aplicador do direito, necessário um veículo que consiga mensurar ou cientificar este objeto de estudo.

sociais do Estado para sua promoção. Também conhecido como estado de bem-estar social, fruto do período pós segunda guerra tema responsabilidade de prover, um mínimo de direitos sociais que seriam necessários para a cidadania. Porém ele se molda em uma dinâmica capitalista, espaço de luta de classes, em que o Estado atua como agente regulamentador e necessário para equilibrar estas forças e garantir acesso a direitos as classes menos favorecidas (PEREIRA, 2013, p. 229).

Para além disto, existe a necessidade de identificação das condições para a qual o conceito está sendo prospectado, uma vez que a carência social de direitos prescreve uma maior vulnerabilidade social e, conseqüentemente, uma menor autonomia dos indivíduos que tem gradações no exercício da cidadania e na própria perspectiva em relação a ela. “Dentre estas as condições prévias interessante chamar a atenção para a natureza da cultura política brasileira, e, também, os avanços institucionais relativos à proteção (a cidadania regulada) e a dinâmica da mobilização dos diversos atores sociais e movimentos sociais em luta por cidadania nos anos 80” (IVO, 2008, p. 144). Este foi um período de redemocratização e posteriormente, caminhando com o resto do mundo, combate à pobreza, tendo na acumulação de riquezas um traço característico de toda a história do país.

Nossa constituição social democrática precisou ser adaptada as novas demandas políticas surgidas nos últimos anos com uma tendencia liberal, fruto do neoliberalismo e das relações internacionais cada vez mais globalizadas e interdependentes, e que exige reformas estatais que culminam na precarização do trabalho, desamparo aos direitos sociais e menor participação das instituições como provedoras do bem-estar social, principalmente em países como o Brasil, que permanecem a margem das grandes potências mundiais. Esta agenda é uma realidade atualmente e uma contradição com os valores incutidos no texto constitucional elevando as demandas judiciais com a finalidade de resolver a ausência do estado. Junto a isto as mudanças no mundo do trabalho, com a perda dos empregos ou da inserção estável neles cria uma condição de insegurança que acaba por apresentar rupturas nestes vínculos, tornando a condição social destas pessoas fragilizada (DRUCK, 2013, p. 378).

A precarização do trabalho reflete na precarização social, decorrendo disto uma dúvida sobre identidade e pertencimento, uma vez que “[...] as desigualdades de hoje não dizem respeito somente a renda e riqueza, mas são também desigualdades de destino e intergeracionais sobre como vislumbram um futuro para o cidadão que está, muitas vezes, territorialmente deslocado ou desvinculado de laços sociais” (LANIADO, 2013, p. 278). O conceito clássico de cidadania que exige um acesso a direitos, mas também a condição de

pertencimento e a consciência das escolhas, através da liberdade e igualdade, nunca foi estendido no Brasil, sempre restrito a um grupo social diminuto, com flexibilidade em momentos históricos de maior inclusão e menor miserabilidade.

2.1.2 Construção histórica brasileira: exploração, concentração de renda e desigualdades.

Compreender a formação histórica do Estado brasileiro é importante para se perceber o contexto político-participativo da sua população, principalmente por sempre ter sido marcada pela extrema desigualdade social. A concentração de renda e poder, um em consequência do outro, permeia das fases históricas brasileiras retratadas nos livros, a partir do período colonial, determinando um comportamento de desumanização de parte significativa da sociedade que vivia e ainda continua vivendo sem acesso às suas necessidades básicas e direitos fundamentais, ainda que hoje o ordenamento jurídico determine a universalização de direitos como matriz da atuação estatal.

O Brasil foi colonizado por Portugal numa estrutura escravocrata e de exploração, tendo sua organização social composta por uma elite constituída por grandes proprietários rurais e outra parte que continha os pequenos proprietários, índios, mestiços e negros, os três últimos num patamar de subumanidade similar (WOLKMER, 2003, p. 37). Em relação a estrutura política colonial, “registra-se a consolidação de uma instância de poder que, além de incorporar o aparato burocrático e profissional da administração lusitana, surgiu sem identidade nacional, completamente desvinculada dos objetivos de sua população de origem da sociedade como um todo” (WOLKMER, 2003, p. 38).

No campo econômico e com reflexos políticos, a concentração de renda se estabeleceu como um fenômeno no Brasil ainda no período colonial, onde “a maior parte da elite portuguesa que aportava na colônia somente o fazia para amealhar alguma fortuna com o objetivo de transferir-se com ela de volta para seu país de origem” (GUERRA, 2019, p. 50). Não existia outro desejo se não o de explorar o que o território brasileiro possuía, sendo um local exclusivo de extração de riqueza. As capitânicas que aqui foram formadas, para melhor atender o objetivo de exploração, definiram de imediato a posse da terra, (depois, pelas sesmarias da providência real) e com isto se iniciou o processo de concentração riqueza e poder, “o que viria a ser um dos pilares da ancestral estrutura econômica, social e política da

colônia, que se prolongou séculos além. O sucesso da exploração reforçou a concentração fundiária” (OLIVEIRA F., 2018, p. 28).

Para além disto, “Portugal nunca hesitou em transferir possíveis prejuízos metropolitanos para a colônia” (GUERRA, 2019, p.51), e diante disto, todas as crises comerciais portuguesas acabavam sendo resolvidas com a riqueza que era explorada no Brasil. Assim, diante deste cenário, ficou cada vez mais nítido que a intensão era de exploração e acumulação de capital mercantil, em oposição ao interesse de desenvolvimento social. A dependência econômica brasileira em relação aos países centrais, em receber bens de consumo e exportação de matéria prima iniciou neste período e hoje reverbera ainda como realidade, mesmo com a criação de um Estado concretizado após a independência do país.

Quando veio para o Brasil em 1808, fugindo da invasão napoleônica, D. João trouxe junto a dívida contraída pela Casa Real portuguesa na Inglaterra. Em 1822, como parte dos acordos de Independência, herdamos a dívida portuguesa, da ordem de 1,3 milhão de libras esterlinas, correspondente a cerca de 30% do valor de nossas exportações. (GONÇALVES e POMAR, 2000, p.7)

O país nasceu de desigualdade, endividamento e dependência econômica, e não tinha qualquer expectativa de alteração destas heranças pela própria forma em que as bases de um Estado foram pouco alteradas desde seu nascimento. A história é contada através de fatos de natureza política, mas esquecem que a compreensão adequada da história do Brasil depende da análise dos processos econômico-sociais, e neste ponto importante destacar questões como o latifúndio (concentração de riquezas), a escravidão (desumanização), a Lei de Terras (1850), as migrações, a introdução do trabalho assalariado e a industrialização, como fundamentais (GONÇALVES e POMAR, 2002, p.39).

Portanto, quando o Brasil se tornou Império e, posteriormente República, estas questões foram o fio condutor das relações sociais que se compuseram a partir desta realidade exploratória e nada inclusiva e de fatos políticos importantes definidos por um grupo hegemônico que se encontra no poder deste a colonização. O nascimento do estado liberal brasileiro foi originário da vontade do próprio governo, que era composto por sua elite dominante, e não de um processo revolucionário ou decisão popular, o que afasta o povo da construção política da nação (WOLKMER, 2003, p. 65). Isto ocorreu por todo período histórico de formação sócio-política brasileira, ainda que com a escolha jurídica pelo

constitucionalismo, mas ele não possuía (será que já possui?) a força normativa¹⁰ necessária para a configuração de um estado efetivamente constitucional e, também, muito afastado da democracia.

Ainda após a separação do Brasil a Portugal, muito se tinha e se tem desta estrutura enraizada no colonialismo exploratório. A realidade social não pode ser modificada pela expectativa de inclusão através de um ordenamento jurídico constitucionalista se não for considerada estes pontos singulares da história brasileira. A disponibilidade constitucional de atuação política, por exemplo, com a possibilidade de votar dado pela Constituição de 1891 teve mais importância simbólica que real visto que os cidadãos do novo país nunca haviam praticado o voto e não tinham a noção do que vinha a ser um governo representativo ou o ato de eleger um representante. Não apenas em relação a representatividade e ao poder dela, mas também ao patriotismo, não se sabia o que era ser cidadão e pertencer a uma pátria (CARVALHO, J., 2002, p. 32).

De fato, nessa historicidade torna-se mais fácil compreender a dimensão política, e sobretudo social, do Direito Público centrado na doutrina do Constitucionalismo. Efetivamente, o Constitucionalismo brasileiro, quer em sua primeira fase política (representado pelas Constituições de 1824 e 1891), quer em sua etapa social posterior (Constituição de 1934), expressou muito mais os intentos de regulamentação das elites agrárias locais do que propriamente a autenticidade de movimento nascido das lutas populares por cidadania ou mesmo de avanços alcançados por uma burguesia nacional constituída no interregno de espaços democráticos. As demais constituições brasileiras (1937, 1946, 1967 e 1969) representaram sempre um Constitucionalismo de base não-democrática (no sentido popular), sem a plenitude da participação do povo, utilizado muito mais como instrumental retórico de uma legalidade individualista, formalista e programática. (WOLKMER, 2003, p. 91)

Perceber este lugar de participação e focalização do cidadão na construção democrática no Brasil é algo recente, fruto dos últimos anos do século XX. Antes disto (e talvez ainda hoje) consciência do que é ser cidadão e da necessidade de participação política (não apenas enquanto eleitor) dos brasileiros não se fazia presente. E esta construção de um país e toda sua estrutura sociopolítica sem a participação popular faz com que a concentração de poder de escolha fique restrita de fato a um grupo reduzido de pessoas, que não tem qualquer intensão de inclusão e empoderamento da massa e sim na continuação da condição de desigualdade.

¹⁰ Segundo Konrad Hesse (1991) a força normativa da Constituição é apenas uma das forças de cuja atuação resulta a realidade do Estado e ela existe com limites, tendo o direito a tarefa estabelecer as condições. A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pela Ciência do Direito Constitucional.

Portanto, a estruturação histórico-social se faz indispensável para se perceber o em quais bases se deu a composição do sistema jurídico brasileiro, que foi alicerçado em decisões de um mesmo grupo, que além da hegemonia econômica possui também a política e com isto pode determinar o futuro, hoje passado, do país. Além de ínfima participação popular neste contexto, ainda se deve somar o individualismo que é uma característica do brasileiro desde sua colonização, identificada por uma necessidade de exploração (partindo de uma política extrativista) associada as elites brasileiras (BEZERRA, 2008, p. 115).

Os direitos fundamentais, que, em regra, são conquistas sociais dos cidadãos quando assumem esta condição numa cultura democrática. A história mundial apresenta uma série de movimentos imprescindíveis para que estes direitos fossem incorporados, limitando o poder do estado e do grupo ao qual o pertencia, o que não é normalmente do interesse deles. Então, não se trata de uma concessão, mas de uma aquisição através de quebra de estruturas e paradigmas na maioria das sociedades, não do Brasil, aqui estes direitos foram em grande parte ofertados pelo estado (e seus governantes) até mesmo para evitar que o povo necessite agir para os conseguir.

As sociedades crescem, é verdade, em cooperação e interdependência, ainda que certos atributos do mecanismo que faz possível tal cooperação gerem competição, individualismo e falta de solidariedade.

Mas a nossa falta de solidariedade, foi dito, tornou-se estrutural, inserida mesmo no modo de vida brasileiro, e a dificuldade de gestar o coletivo é traço muito apontado em nossa sociedade. (BEZERRA, 2008, p. 117)

A conquista através de um movimento popular ajuda a sociedade se integrar e se relacionar, pois estes movimentos são fruto de arranjos oriundos da própria comunidade. Conseqüentemente, a sensação de pertencimento e a solidariedade social se desenvolve mais organicamente. No caso brasileiro, em muitos pontos foi imposta e não obtida por uma luta ou um movimento, a sociedade não se percebe como coletividade, nem tão pouco como possuidor do poder de escolha conforme se pretende em uma democracia, muitas vezes até produzindo barreiras e segregações que interferem na própria construção histórica, política e até jurídica uma vez que é comum se perceber uma dissonância entre as normas e a realidade.

A partir de 1930 houve uma aceleração das mudanças sociais e políticas, principalmente com a introdução dos direitos sociais. Segundo José Murilo de Carvalho, uma das medidas revolucionárias do estado foi a criação do Ministério do Trabalho, Industria e

Comercio e a Consolidação das Leis do Trabalho em 1943 (2002, p. 87). Isto significa que as mudanças sociais foi uma decisão estatal e não social, tanto que se deu me período de ditadura construída pelo próprio Presidente Getúlio Vargas, que introduziu os direitos sociais, mas retirou o pouco dos direitos políticos existentes.

Dentro dos direitos sociais adquiridos junto aos trabalhistas, está o acesso à educação, pilar da cidadania e da construção democrática real. O ensino deveria, segundo o Estado à época, ser mais técnico e menos acadêmico, mas incluía o acesso à educação como direito de todos. Esta é uma perspectiva interessante para um país que sempre foi conhecido pelo alto grau de analfabetismo, mas não estimulava o pensar, questionar e sim a produzir melhor, socorrer ao próprio sistema que queria trabalhadores mais eficientes. Também houve um olhar atendo ao direito a saúde, considerando necessário o saneamento básico para evitar doenças graves (CARVALHO, J., 2002, p. 92-93), o que traria prejuízo financeiro também ao Estado.

As turbulências políticas, associadas ao acesso a direitos sociais, desenvolvimento econômico com aumento dos postos de trabalho e diversificação deles e o aumento das cidades e concentrações populacionais desenvolveu a criação de certo grau de sociabilidade e solidariedade, mas não o suficiente para garantir uma integração social. Os movimentos sociais ensaiavam se fazer presentes no Brasil no século XX e com isto, percebemos a concepção, ainda que bastante insipiente da democracia brasileira, com maior participação popular e a introjeção dos direitos fundamentais em todas suas dimensões.

Período pós-ditadura de Vargas foi considerado a primeira experiência democrática brasileira, onde a Constituição de 1946 manteve os direitos sociais antes introduzidos e garantiu os direitos civis e políticos (CARVALHO, J., 2002, p. 127). Este período democrático durou pouco e em 1964, com o Golpe Militar, mais uma vez os direitos civis e políticos foram retirados, restando os direitos sociais e, como novidade, a unificação da previdência social através da criação do Instituto Nacional de Previdência Social e a criação do Fundos e Garantia por Tempo de Serviço, ambos em 1966.

Em 1974, com Ernesto Geisel presidente, iniciou uma retomada lenta da democracia e com ela o renascimento dos movimentos sociais de oposição, o que gerou a queda do regime militar no Brasil, somente após mais de 10 anos. Destaca-se o movimento das diretas em 1984 “foi o ponto culminante de um movimento de mobilização política de dimensões inéditas na história do país” (CARVALHO, J., 2002, p. 193) e com ela uma iniciativa cidadã que culminou na Assembleia Constituinte em 1987.

Em sua essência, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 demonstrava a heterogeneidade das forças sociais e a fragilidade dos elos entre sociedade e partidos políticos, à exceção do Partido dos Trabalhadores que por sua origem tinha possibilidade de estabelecer esta ligação.

Para uma noção geral, a Constituição hoje em vigor foi feita por pessoas que não refletiam a heterogeneidade do Brasil. Trinta e dois por cento dos congressistas eram ligados a interesses industriais e apenas 3% era formado por profissionais de ensino médio. Os interesses do capital chegavam a atingir 42,25% do total de participantes e os interesses trabalhistas somente 12,15%.

Os latifundiários também estavam presentes e organizados. Com uma agressiva campanha a UDR (União Democrática Ruralista) conseguiu através de lobbies praticamente tudo que desejava.

Nesta constituinte, todas as vitórias mais democráticas foram conseguidas apenas porque se estabelecia uma Reforma Constitucional (em 1993) e porque muitos dos avanços angariados pela esquerda tiveram uma redação final de tal maneira colocados que não tem uso, senão com legislação complementar que nem sequer é lembrada.

Os maiores articuladores destes impedimentos inteligentes formavam o “Centrão”, grupo de direita, historicamente aliados de empresários e do Regime Militar, que disputaram cada virgula de versão final, para que não houvesse possibilidade de uma vitória efetiva dos interessados da esquerda. (CASTRO, 2008, p. 563)

Percebe-se então que, apesar da Constituição de 1988 ser a mais democrática que o Brasil já possuiu, com a previsão dos mais diversos direitos fundamentais e pautada na dignidade da pessoa humana e cidadania, sua construção se deu através de arranjos políticos consagrados no país e que pouco tem interesse em empoderar a população. Foi fruto de muitos erros e acordos para que houvesse inclusão de outros atores nas escolhas políticas brasileiras, e com isto, a necessidade de inclusão de freios a atuação estatal sem compromisso com a real democracia.

Portanto, partir desta premissa é indispensável para que se perceba que o direito brasileiro e a própria democracia não são elementos que se deva analisar apenas em seu aspecto teórico, mas, principalmente, considerando a história brasileira e os elementos de poder que continuam sendo reverberados de uma fonte similar ao período colonial, o que faz questionar o reflexo disto nos mais diversos institutos, incluindo os necessários para esta tese, quais seja: cidadania e acesso à justiça.

2.1.3 A democracia brasileira e a efetivação da cidadania.

A indissociabilidade da cidadania com a democracia é um fator importante para entender como se opera a efetivação dos direitos fundamentais e a própria estrutura estatal na construção de mecanismos com esta finalidade. Por esta razão, necessário delimitar a interpretação destes conceitos em relação a tese que aborda especificamente o acesso à justiça (circunscrito na atuação dos Juizados da Fazenda Pública do Estado da Bahia) não restrita a existência ou não de norma que a garanta, mas na relação entre a estes espaços normativos traduzindo as necessidades reais da população com a consequente realização deste direito/garantia.

Para entender sobre a democracia brasileira (e a proposta aqui não é aprofundar o conceito, mas determinar os caminhos escolhidos) reclama a compreensão da realidade sociopolítica daquele estado e a própria história formativa dele. Não que o conceito em si mude, mas a gradação da cidadania reconhece não apenas como os indivíduos participam das escolhas políticas e jurídicas (o que apontaria para um estado democrático), como também estas se voltam a efetivação dos direitos fundamentais em todas suas searas, inclusive os de liberdade, ainda que a priori independam de uma ação estatal.

A Constituição da República prevê a democracia numa abordagem de cidadania indistinta, e isto engloba uma necessidade de observar todo conjunto social, o que exige a diminuição profunda da desigualdade social. Inclusive este seria um dos objetivos trazidos no próprio texto constitucional, além da erradicação da pobreza, exigindo com isto um Estado absolutamente ativo em políticas públicas inclusivas e que chamem pra si a responsabilidade de lidar com as diferentes formas de exclusão social, e a necessidade de atendimento e acesso a estes direitos pelas mais diversas minorias. “Não há falar em democracia sem o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais” (CUNHA JUNIOR, 2004, p. 141).

Converge com uma perspectiva democrática que vai além da consolidação eleitoral, o que restringe a uma participação apenas na escolha de representantes, para etapas consequentes e apontadas em estudos recentes sobre as democracias, principalmente na América Latina, que apontam mais dois processos relacionado a democracia atuais e necessários: insatisfação e construção da cidadania de fato¹¹. O Brasil avançou e parece que

¹¹ DAGNINO, OLVERA e PANFICHI consideram três processos importantes para a construção da democracia na América Latina. O primeiro seria a consolidação da democracia eleitoral (ainda que com precariedade institucional). O segundo processo se relaciona a uma profunda insatisfação com os resultados das democracias

retrocedeu nos últimos anos, uma vez que a democracia hoje circunscreve basicamente a escolha de cargos eletivos e estes atuar, sistematicamente, em desfavor do povo e contrário as expectativas, incluindo as limitações constitucionais que determinam a efetivação dos direitos fundamentais e todas as normas descritas no texto constitucional, com a vedação ao retrocesso social¹², e a obrigatoriedade de cumprimento dos objetivos da República.

Mas não era para ser assim, uma vez que a Constituição da República de 1988 garantiu a participação social e a possibilidade clara de participação popular, principalmente no que se relaciona as políticas públicas, sendo fomentado na década de 1990 e 2000 (período de implantação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública). Com a constituição cidadã e a tentativa de consolidação de um estado social, o Brasil desenvolveu políticas importantes que aproximou o Estado dos cidadãos, ainda que não fosse algo estendido a todos, com fomento de discussões encabeçadas por minorias que estavam se mobilizando em uma crescente através de Organizações não governamentais e movimentos sociais.

Este foi o primeiro momento importante de um processo de aprofundamento democrático que criou instituições participativas nas áreas de saúde, planejamento urbano, meio ambiente e assistência social, entre outras áreas. Uma emenda popular na área da saúde foi apresentada com pouco menos de 60 mil assinaturas, assim como também foram apresentadas emendas populares na área da assistência social e políticas urbanas. (AVRITZER, 2013, p. 11)

Portanto, o avanço das políticas públicas voltadas a efetivação dos direitos fundamentais neste período acarretou uma série de novidades para facilitação do acesso a estes direitos, com a necessária criação de veículos para melhor atendimento demandas sociais, incluindo aproximação entre a população e o judiciário. Estes novos espaços criados dentro da função jurisdicional, associado a uma necessidade de enfrentamento das demandas decorrentes da ausência ou deficiência de políticas públicas, exigiram celeridade e simplificação de processos, porém nem sempre garantiram com isto a concretização das

em relação a justiça social, eficácia governamental e inclusão política. E por fim o aprofundamento e inovação democrática com a abertura de espaços públicos com capacidade decisória, participação política da sociedade e o reconhecimento e inclusão das diferenças, incluindo neste escopo a revalorização simbólica da sociedade civil (2006, p. 13-14);

¹² CANOTILHO (2003) considerou o princípio da vedação ao retrocesso como um dos importantes princípios das constituições democráticas e sociais. Trata, basicamente, de proibir o Legislador de alterar ou suprimir normas infraconstitucionais que tratam das normas constitucionais (direitos sociais) a ponto de violar sua eficácia.

funções, até mesmo o real enfrentamento da demanda - o que iremos abordar nos próximos capítulos.

Voltando as considerações sobre democracia, Habermas aponta que “o processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático” e que esta interpretação tem consequência para o conceito de democracia tradicional onde a sociedades está centrada no Estado (1997, p. 18). Este seria o ponto a se observar e diferenciar: qual a escolha ideológica. Se republicana (ou seja, social democrática para nós brasileiros) a atuação é no sentido de efetivar direitos através de políticas públicas, ou que chama de “auto entendimento ético-político” (1997, p. 19). E se liberal “o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromisso de interesses” (1997, p.19).

Talvez a incongruência brasileira se deva pela dissonância entre o que a Constituição prevê e o que se pretende através das pessoas que estão a frentes dos poderes e instituições. Nos últimos anos percebemos um movimento contrário a ideologia constitucional com uma tentativa por parte do Congresso Nacional e a Presidência da República em diminuir consideravelmente os direitos sociais com a criação de teto de gastos públicos (emenda constitucional nº 95 de 15 de dezembro de 2016), reforma trabalhista (lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017), reforma previdenciária (emenda constitucional nº 103 de 12 de novembro de 2019) entre outras ocorridas, principalmente, após o processo de Impeachment ocorrido em 2016¹³.

Na interpretação liberal, a formação democrática da vontade tem como função única a legitimação do exercício do poder político. Resultado de eleições autorizam a assunção do poder pelo governo, e este por sua vez, tem que justificar perante a esfera pública e o parlamento o uso desse poder. Na interpretação republicana, a formação democrática da vontade tem uma função muito mais importante, que é a de constituir a sociedade como comunidade política e manter viva, em cada eleição, recordação desse ato fundador. Para a realização de um mandato amplamente livre, o governo, além de receber o poder de escolher entre equipes de direção concorrentes, vincula-se programaticamente à realização de determinadas políticas. (HABERMAS, 1997, p. 22-23)

Ou seja, o Brasil da Constituição da República de 1988 é, como a sua própria denominação, republicano. Precisaria que os seus dirigentes assumissem considerando que precisam efetivar o que está previsto neste documento jurídico e não o ignorar como

¹³ O impeachment da presidenta Dilma Rousseff que ocorreu a revelia da democracia e num procedimento que, aparentemente constitucional, não teve motivação real, com a construção de um crime de responsabilidade fictício e que acarretou uma onda antidemocrática após sua concretização.

claramente percebemos ao longo da história. A dicotomia entre o que se prevê na carta constitucional, que tem a função de guia de toda a coletividade, e a prática é o que talvez mais prejudique a efetivação dos direitos fundamentais e este problema precisa ser percebido e atacado em seu âmago.

Considerando o período de criação dos Juizados da Fazenda Pública, percebe-se que ocorreu justamente quando da ascensão de políticas públicas inclusivas e que desencadeavam uma maior garantia de direitos, ainda que não consolidados. Uma das questões norteadoras desta discussão no Brasil, se dá pela extrema desigualdade em que está inserido, o que afasta de forma indubitável a concretização dos direitos fundamentais como previsto constitucionalmente, o que não invalida a importância das suas previsões nem a centralidade das ações necessárias a construção de uma sociedade que tenha valores sociais e humanos como destino, mesmo muitas vezes se comporte como mera utopia. Ainda assim, a previsão expressa deu fôlego suficiente a exigência de uma movimentação social e política em direção a realização dos mandamentos trazidos como basilares a sociedade.

Houve sucesso nesta agenda em relação ao que existia antes da Constituição, com o aumento das políticas públicas de maneira a abranger uma gama maior de cidadãos, figurando o Estado em papel de destaque. Mas a estabilidade democrática não estava fora de perigo, como se percebe que ela parece até mais fragilizada nos dias de hoje, apesar dos direitos políticos estarem no auge de sua amplitude (CARVALHO, J., 2002, p. 199). Este protagonismo necessário é sustentado pela maior participação financeira da própria sociedade, tendo na solidariedade social base ideológica para o financiamento destas políticas públicas inclusivas. Definitivamente, pede o engajamento não apenas estatal, mas de toda uma sociedade que entende a importância deste movimento de cidadania, necessitando de uma frente ampla que englobe todos os atores sociais.

Jose Afonso da Silva (2008) destaca a vinculação com o princípio democrático como elemento necessário a compreensão da cidadania e que ele se estrutura na relação política que o homem tem dentro da sociedade que está inserido. Não existe cidadania nesta concepção sem que o poder esteja na mão do povo, ainda que não de forma absolutamente livre. Este enfoque dado é pertinente ao que pretende a tese quando da análise do acesso à justiça, uma vez que está pautado também em escolha de políticas públicas, dentro de um estado democrático que prioriza efetivação de direitos fundamentais, pretendendo que o sujeito participe das escolhas e tenha mecanismos de garantia quando as decisões estatais usurpem os direitos que lhe são indispensáveis.

Restringindo a realidade brasileira, mas considerando para além dela, esta democracia idealizada não existe. Mas também não se deveria considerar democrático o estado que apenas garante a participação no sufrágio, sem que os seus cidadãos de fato interfiram nas escolhas políticas de forma abrangente. Os institutos democráticos no Brasil, ao contrário disto, são espaços de privilégio com baixa gama de representatividade. Vai além dos cargos eletivos, sendo também claramente percebidos nos espaços políticos como um todo, até mesmo Poder Judiciário e as funções essenciais à justiça.

O povo se exhibe como elemento formal da estrutura democrática, validando a criação da instituição Estado e legitimando o exercício do poder por meio da representação, mas mantém-se afastado de qualquer efetiva e substancial participação na confecção das decisões de realização do direito. (CARVALHO, C., 2020, p. 26)

A democracia se resume apenas a eleger? Em um ambiente onde os eleitos de fato representassem seus eleitores, talvez, mas se isto não acontece o que se tem é uma falsa ideia de democracia. Talvez a visão apresentada seja considerada radical, mas foi desta forma vislumbrada pela ausência de representatividade real e pela clara atuação dos membros escolhidos através de eleições na condução das escolhas pautadas em seus eleitores. Talvez pela baixa cultura política, ou a ausência de compreensão da importância não apenas da escolha, mas da fiscalização da atuação do eleito, ou mesmo pela construção de partidos políticos sem “proposta principiológica partidária” (CARVALHO, C., 2020, p. 28), mas o que se vê é apenas uma introdução a democracia, sem um aprofundamento real.

Importante deixar claro que não se está discutindo melhor ideologia política, mas não resta dúvidas que os partidos de esquerda (nesta seara) tem mais proximidade com as pautas sociais. Ainda assim, “a direita brasileira encontrou nas ruas mais uma vez pelas mãos do golpismo um saldo de mobilização ausente em outras eleições” (SOUZA, 2018, p. 162). Este espaço de repulsa a “esquerda” tornou campo fértil para que a elite se aproveitasse disto e assumisse as rédeas das escolhas públicas que se tornaram populares não pelas discussões em si, mas por este sentimento. Assim, a extrema direita recebeu a chancela popular, confirmada através das eleições de 2018, permitindo a continuação de uma pauta neoliberal incompatível com a nossa Constituição da República.

Foram instituídas pautas retirando direitos sociais sob a batuta de garantir que não houvesse mais corrupção, como até hoje se fala, mas em verdade iniciou uma crescente

diminuição de políticas públicas inclusivas e promovedoras de direitos fundamentais, principalmente sociais, o que reverbera na própria condição de cidadania e na democracia participativa. Portanto, o Brasil está retrocedendo com o afastamento do cidadão das escolhas públicas e conseqüentemente do acesso aos direitos fundamentais, exigindo cada vez mais auxílio do Poder Judiciário para garantia do mínimo.

Como membro integrante da vida política e a construção da própria estrutura jurídica do direito brasileiro, o cidadão tem, ou deveria ter, mecanismos para permitir o gozo dos seus direitos fundamentais, além dos deveres de contribuir para a efetivação de uma sociedade mais justa – garantidora destes mesmos direitos. Mesmo com esta estrutura pouco inclusiva em relação a participação política, ainda se tem como barreira a ausência de acesso aos direitos básicos, necessários a garantir a dignidade da pessoa humana. E neste contexto o Poder Judiciário deve agir para dar acesso a estes direitos, ainda que precise agir de forma política e estender direitos aos grupos minoritários que, por ausência de legislação, não consigam dispor deles.

A questão reside simplesmente em reconhecer que, obviamente: a democracia não é apenas regra da maioria; o Judiciário tem dificuldades estruturais ainda maiores do que as do sistema político para mensurar preferências sociais; uma das principais funções políticas da magistratura é justamente aquela de garantir os direitos das minorias. (CAMPILONGO, 2002, p. 119)

“A democracia do cidadão está próxima da ideia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca.” (HÄBERLE, 2002, p. 38). Não é o povo que legisla ou assume a gestão pública por si, ele pode delegar e o faz utilizando o poder político que possui através da expressão mais comum da democracia representativa. Porém, considera que o desenvolvimento da democracia se dá também no âmbito da prática dos direitos fundamentais e através da mediação do processo público e com o pluralista da política e com ela se estaria possibilitando a discussão e as mais diversas possibilidades.

Assim, para Häberle (2002) mais que uma medida quantitativa que se apresenta em eleições, o povo é um elemento pluralista para a interpretação legítima do processo constitucional e isto decorre da cidadania – que se caracteriza pelo direito de ter direitos. Os direitos fundamentais tornam-se parte da legitimação democrática para o que chama de

interpretação aberta, ou seja, o cidadão e os diferentes grupos sociais são detentores do direito de ser intérprete da Constituição. “O Direito Constitucional material – vivido – surge de um número enorme de funções “corretamente” exercidas: aquelas desempenhadas pelo legislador, pelo juiz constitucional, pela opinião pública, pelo cidadão, mas também pelo Governo e pela oposição[...]” (HÄBERLE, 2002, p. 52).

Se a democracia se constrói nesta previsão de participação, nada mais justo que se tenha mecanismos para exigir estes direitos. O direito ao acesso à justiça, em tese, assegura a possibilidade de efetividade destes direitos fundamentais através de instrumentos que garantam a possibilidade de exigência da atuação estatal na concretização da Constituição, o que seria uma fonte de efetivação da própria cidadania. Ele não se esgota na possibilidade de se ter tutela jurisdicional e pressupõe um Estado inteiro apto a garantia de direitos. O acesso à justiça deve ser observado em sua perspectiva global, não apenas se fala do acesso à justiça formal, mas também do acesso à justiça material, dentro das perspectivas de razoabilidade, proporcionalidade, até mesmo de justiça.

Num estado democrático de fato, não apenas representativo, assegurar direitos é uma realidade pois o povo, detentor do poder de escolha e participação, tem uma maior relação com as políticas públicas e, conseqüentemente, efetivação de direitos. A falta de organização autônoma da sociedade acaba priorizando interesses corporativos e não sociais. “A representação política não funciona para resolver os grandes problemas da maior parte da população” (CARVALHO, J., 2002, p. 223) e o voto se transforma mais numa moeda de troca imediata que a escolha através de um desejo real de representatividade.

2.1.4 Cidadania e a desigualdade social.

As considerações sobre cidadania oportunas e necessárias já foram discutidas, principalmente na sua relação com o acesso aos direitos fundamentais e a efetivação destes institutos dentro do estado democrático brasileiro. Em todas as explanações, não importando se históricas, econômicas, políticas ou sociais a desigualdade aparece como entrave ao desenvolvimento e concretização da democracia e cidadania, não podendo ser esquecido em qualquer discussão que envolva efetivação de direitos. O estado da arte se encerra, com algumas reflexões sobre a cidadania e a desigualdade social e como elas se relacionam e retroalimenta.

As escolhas políticas conduzem as atuações do Estado na concretização da cidadania e acesso aos direitos, principalmente quando diante de uma sociedade composta por parte significativa da população que não tem acesso as necessidades básicas. Quanto mais pobreza e desigualdade tem o país, mais complexo se torna a efetivação dos direitos sociais e, conseqüentemente, uma quantidade grande da população carente de direitos e serviços aumenta a dificuldade da realização dele por parte do Estado.

Os novos comportamentos políticos da sociedade civil brasileira ajudaram a modificar o padrão de associação no país. O Brasil fez uma transição difícil de um país com uma forte tradição de privatismo para um país com várias tradições políticas, entre elas a tradição de associações da sociedade civil independentes. O país também fez uma difícil transição do autoritarismo à democratização limitada e, após o processo constituinte, para uma democracia muito participativa. (AVRITZER, 2012, p. 395)

Como já visto a desigualdade social brasileira é uma constante, vislumbrada em todos os momentos históricos, sem exceção. “No Brasil, a pobreza não é residual e constitui-se num fenômeno estrutural de massa, expresso num grande volume de pessoas que sobrevivem e se reproduzem num patamar mínimo de subsistência e no estágio de necessidades” (IVO, 2008, p. 24). E o que torna esta pobreza mais grave é que resulta não de uma pobreza absoluta decorrente do pouco acesso a riquezas, mas da ineficiência da riqueza nacional, que é concentrada, e não garante o mínimo essencial. Ou seja, a concentração de renda tratada antes na construção política brasileira segue sendo uma realidade amarga e responsável pela dissonância entre a realidade e previsão constitucional de acesso a direitos fundamentais de forma universal como determinado.

“A questão da pobreza aparece, então, no Brasil como efeito da desigualdade econômica e social, e, portanto, como questão política, já que interfere sobre as condições da justiça redistributiva do país” (IVO, 2008, p. 24). Ela é o reflexo da construção histórica brasileira baseada na concentração de renda e exploração econômica e social, brevemente analisada em tópicos anteriores. Se torna contraditório quando existe previsão constitucional da diminuição destas desigualdades, através de ações governamentais, mas ao mesmo tempo, é a elite política (e em sua maioria econômica ou associada a ela) que permanece no poder perpetuando este sistema de exclusão.

A desigualdade e a pobreza precisam ser analisadas pelo viés racial, social, de gênero e tantos outros que fazem com que não seja necessária apenas uma ou outra política pública,

mas um conjunto e o interesse real na alteração desta condição, o que não se verifica. “As políticas sociais universalistas correspondem ao padrão de intervenção estatal na vida social típico dos países europeus, mormente aqueles mais influenciados pela tradição socialdemocrata, como Alemanha, França e Suécia” (PAIXÃO, 2007, p. 70). A previsão constitucional de políticas universalizadas não atende estas especificidades, o que afasta mais ainda a concretização do acesso à direitos, isto ocorre porque o Brasil não consegue entender sua dimensão, inclusive em desigualdades, e não enfrenta as questões da forma que se deve.

“O fato é que a proposta universalista carrega um nítido limite: em nome da adoção de uma visão não discriminatória, não presta a devida atenção ao combate às efetivas discriminações existentes na sociedade” (PAIXÃO, 2007, p. 70). Portanto, qualquer política pública inclusiva precisa considerar as diversas desigualdades sociais que existem e não se restringir exclusivamente a questão econômica. No que se refere a acesso a direitos, por exemplo, não é possível pensar neles sem recorte de gênero e raça, pois assim não se compreende os pormenores desta desigualdade e insiste-se em criar formas não satisfatórias de resolver as questões e os que possuem poder acabam determinando como os demais usufruirão de seus direitos.

O acesso aos direitos fundamentais, principalmente os sociais, não ocorreram necessariamente das lutas sociais ou conquistas de grupos, mas da inclusão delas pelo próprio Estado. Apesar de ter havido movimentos sindicais e de trabalhadores na década de 1930, a necessidade de manutenção no poder de Getúlio Vargas¹⁴ parece ter sido a maior motivação para o reconhecimento destes direitos que já estavam sendo exigidos em outros países, principalmente no período pós-guerra. Então, melhor opção para a manutenção no poder era o reconhecimento destes direitos e a introdução deles de forma gradual, sem qualquer impacto na permanência dos grupos poderosos naquela condição, o protagonismo continuou na elite.

O capitalismo histórico nunca se sentiu confortável com a democracia política. Ao longo do século XIX, o liberalismo tentou emplacar uma democracia só para homens brancos com suficiente patrimônio, uma ínfima minoria numérica nos países em questão. Foi o empurrão e as reivindicações políticas da luta da classe operária, das mulheres, dos afrodescendentes e dos amplos setores sociais excluídos que mudaram esse padrão no Ocidente. (GUERRA, 2019, p. 12)

¹⁴ Segundo Flavia Lages “Getúlio Vargas no poder implementou o Corporativismo inexoravelmente na alma e no corpo do Estado e das relações trabalhistas, absorvendo totalmente os sindicatos de tal forma que estes eram apenas extensões do Governo Getulista.” (2008, p. 501)

Esta observação é importante pois o movimento de inclusão social é, no Brasil, predominantemente realizado pelo Estado e, por esta razão, se submete as políticas públicas escolhidas pelos governantes, que muitas vezes não agem em conformidade com a previsão constitucional. E neste contexto permanece parte da população em persistente local social de exclusão, reproduzindo limites mínimos de subsistência e fora de atividades econômicas, ainda que com avanços sociais e crescimento da economia brasileira em vários momentos do último século até os dias de hoje (IVO, 2008, p. 110). Como se opera a democracia e a cidadania com a existência de desalentados que não possuem o mínimo para sobreviver? Esta carência das necessidades básicas não seria um fator impeditivo do exercício da cidadania? Ainda que se tenha um olhar exclusivo para a cidadania representativa?

O motivo de chamar a atenção para esta realidade é que ela impede claramente o acesso à justiça pela inexistência de condições mínimas de conhecimento dos próprios direitos, tão pouco chegar a conhecer os diversos mecanismos para ela. Esta situação reverbera no acesso formal à justiça (e conseqüentemente no material) e reflete na realidade dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, claramente, e que será debatido nos capítulos seguintes. Porém não tem como desconsiderar a situação social (incluindo gênero e raça) e econômica na efetivação de direitos constitucionalmente previstos porque a mera previsão não é condição suficiente para sua efetivação.

Esta ambivalência funda um dos principais dilemas do Brasil, país com uma das mais elevadas taxas de desigualdades socioeconômicas: manter a ordem jurídica e política, baseada no princípio da igualdade básica entre cidadãos, num ambiente interno que pressiona no sentido de garantias dos direitos políticos e cívicos, bem como de respeito das regras institucionais; mas, ao mesmo tempo, atuar num contexto econômico que reorienta a ação do Estado nacional no sentido da desregulamentação dos direitos sociais do setor antes protegido, com tendência de redução dos custos do trabalho e ênfase no redesenho das políticas sociais focalizadas sobre os mínimos. (IVO, 2008, p. 150)

Com o movimento neoliberal ocorrido nas últimas décadas do século XX, onde, apesar da ideologia social democrática decorrente da Constituição da República, houveram mudanças governamentais específicas com o objetivo de cumprir a sanha capitalista. Os movimentos sociais exigiam tomada de decisão normativa que estivesse em sintonia com um novo tempo em que os direitos fundamentais estivessem centralizados, após tantos anos de restrições, mas, ao mesmo tempo, não existia uma propensão real, incluindo recursos

econômico, estruturais e políticos, suficientes para implementação das medidas necessárias ao ajuste neoliberal, que existia de forma plena na maioria dos países no entorno do Brasil.

A realidade não pode ser esquecida e a desigualdade social é fator indissociável de qualquer discussão envolvendo os direitos fundamentais, institutos estatais e políticas públicas, pois é o fio condutor das dificuldades de efetivação e deste diálogo com a realidade que muitas vezes não aparece deslumbrada nos instrumentos normativos que as ordena. Mesmo que o senso comum considere o estudo científico na área das ciências sociais aplicadas, a pesquisa existe de fato quando consegue alcançar a realidade, refletir sobre ela e alterá-las. O “dever ser” tão característico do direito muitas vezes impede de enxergar a realidade e como ela é tocada pelas escolhas normativas, que não deixam de ser escolhas políticas. Importante que exista um alinhamento entre os *fatos* e o direito, o previsto na norma matriz e a sociedade, e isto pede uma atuação coletiva, consciente e crítica, onde a sociedade e o próprio Estado consigam achar os meios necessários para garantir que os fundamentos e objetivos da República passem a ser uma realidade e não mais uma utopia.

2.2 A CENTRALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Brasil adotou como ideologia constitucional a social-democracia que é uma forma de expressão bastante comum em um Estado Democrático de Direito¹⁵. Esta opção além de privilegiar a efetivação dos direitos fundamentais também limita a atuação do Estado, com a necessidade de que se observe as previsões constitucionais que garantem políticas públicas inclusivas e a cooperação social e atendimento de demandas de forma universal, sem privilégios. Portanto passa a ser obrigação de toda atuação estatal como finalidade de realmente criar meios legais para garantir que estes direitos sejam ampliados e acessíveis sem distinção de nenhuma natureza, realizando os objetivos da República já debatidos.

A terminologia “direitos fundamentais” é a utilizada pela Constituição da República, razão de ser ela adotada nesta tese, além de predominância nas doutrinas clássicas sobre o tema¹⁶, conceituando-a como os direitos humanos que são incluídos como direitos tutelados pelo Estado, que fazem parte do ordenamento jurídico daquele país. Canotilho chama atenção

¹⁵ Entende-se aqui como o Estado que respeita as liberdades civis, nelas incluindo o respeito pelos direitos humanos e pelas garantias fundamentais, através do estabelecimento de uma proteção jurídica.

¹⁶ José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, J.J. Canotilho, Dirley da Cunha Junior, Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Roberto Barroso, entre tantos outros homens (e apenas homens) que escrevem sobre o direito constitucional e os direitos fundamentais.

para o fato de não se tratar de qualquer positivação e sim uma norma constitucional, por sua natureza fundamental e vinculante. “A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo” (2012, p. 377).

Os direitos fundamentais são direitos inerentes ao ser humano numa perspectiva social, ou seja, “são básicos para a vida do homem, sem os quais ele não teria condições de vivência e convivência social” (GOLDSCHMIDT, 2000, p. 30). Portanto, os direitos humanos mais intrínsecos, hoje positivados em sua maioria das diversas constituições, de diversos países, são elementos fundamentais que asseguram as garantias básicas de sobrevivência e vida digna de qualquer cidadão (entendendo este como alguém que de fato acessa estes direitos). Mais ainda, eles são os parâmetros de atuação dos Estados democráticos e a fonte primaz da elaboração de leis e das políticas públicas.

Gilmar Mendes também chama a atenção para o fato dos direitos fundamentais, constituem a “base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático” (2002, n.p) e são direitos subjetivos e, também, elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Como direitos subjetivos, eles outorgam aos titulares a permissividade de os exigir perante o Estado. Como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, compõem a carta política que sustenta todo as demais legislações. Portanto, uma vez considerados fundamentais, estes direitos podem (e devem) ser exigidos de forma imediata e vinculante, sem opção para o Estado na recusa de seu cumprimento.

A escolha da Constituição da República Federativa do Brasil foi esta centralidade dos direitos fundamentais, sendo corroborada por todos os artigos imutáveis dela, como seus fundamentos, objetivos, a própria forma de organização do estado, separação dos poderes que determinam a necessidade do Estado e toda sociedade em trabalhar para que estes direitos sejam efetivados de forma universal. O protagonismo do indivíduo se dá não de forma particularizado, mas nele enquanto parte de uma sociedade livre, justa e solidária.

Sustentaremos, portanto, que entre os direitos humanos fundamentais há um que assume talvez a maior envergadura jurídico-constitucional, mais intimamente ligado que está com a dignidade da pessoa humana e com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, e em torno do qual gravita todo o sistema constitucional, pois, para ele convergem todos os preceitos constitucionais. Referimo-nos ao fundamental direito que todos têm de ver a Constituição observada na sua plenitude, ou seja, efetivada e concretizada, a fim de que se possibilite, até mesmo, que os outros direitos fundamentais se desenvolvam e se realizem, notadamente aqueles que

careçam de integração legislativa ou administrativa. (CUNHA JUNIOR, 2004, p. 143)

Não basta a existência de uma previsão constitucional ou legal, mas é imprescindível que o direito se torne real e passe a figurar na realidade das pessoas efetivamente, através da ação do Estado, na elaboração dos instrumentos legais e políticas públicas (Poder Legislativo) e a execução delas (Poder Executivo), permitindo a participação da Sociedade Civil das mais Constituições reverbera num Estado omissivo, ineficaz e não democrático, uma vez que deixa de atuar nos limites e conforme necessário e previsto, sendo um verdadeiro impedimento a dignidade e cidadania. “[...] a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem” (SARLET, 2012, p. 38).

Os direitos fundamentais, quando opção constitucional, deveria ser o norteador de toda e qualquer ação estatal porque o Estado moderno existe com a finalidade de efetivação destes direitos. Se o constitucionalismo surgiu com o propósito de limitar o poder com leis anteriores e superiores a ele (CUNHA JUNIOR, 2004, p. 4), hoje já ultrapassa esta condição necessitando o cumprimento de obrigações tanto de promover quanto de garantir direitos as pessoas que nele vivem. Os poderes, aqui no Brasil tripartite, devem atuar para garantir que se tenha concretizado e respeitada a dupla dimensão dos direitos fundamentais: no plano jurídico-objetivo e jurídico-subjetivo. No primeiro plano, são normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo que estes adentrem a esfera jurídica individual e no segundo plano, como poder de exercer positivamente direitos fundamentais assim como de exigir omissões dos poderes públicos, com a finalidade de evitar agressões lesivas deles (CANOTILHO, 2003, p. 407).

Os direitos fundamentais afloraram inicialmente em três âmbitos: o debate sobre a tolerância, o debate sobre os limites do poder e a humanização do processo penal. São essas três formas históricas iniciais dos direitos fundamentais que, cristalizadas nas primeiras declarações de direito das revoluções liberais, corresponderão as liberdades individuais, aos direitos políticos e de participação, e as garantias processuais. (AMARAL, 2001, p. 50)

As teorias sobre os direitos fundamentais parte do protagonismo do indivíduo-cidadão, ainda que parte destes direitos sejam de prestação estatal. Nesta situação, cabe a ele a escolha

de usufruir ou exigir, tendo o Estado papel de garantidor/prestador. Esta centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro deveria desembocar numa centralidade do cidadão em seu papel decisor-participativo. As instituições deveriam existir com esta finalidade. Chamo a atenção para o fato de tratarmos de uma individualidade (por sua subjetividade e poder decisório) mas dentro de um contexto social, por isto não se pode deixar de adjetivar com a necessidade de cidadania.

É o homem social-solidário que deve ser referendado nos estados constitucionais porque dele demanda um olhar atento a suas necessidades enquanto membro de uma coletividade. Por isto o conhecimento dos princípios administrativos na atuação do Estado enquanto gestor/provedor não podem ser esquecidos, sob pena de transformar a indisponibilidade do interesse público em patrocínio do interesse individual. Todos pode agir com liberdade e em sua máxima e autêntica percepção dos seus direitos fundamentais, mas não de forma a prejudicar esta mesma condição para seu semelhante¹⁷, sob pena de contrariar a própria estrutura constitucional ao qual está submetido.

2.2.1 Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais.

A dignidade da pessoa humana é um princípio imprescindível em sociedades democráticas, servindo de parâmetro valorativo a condição humana dos indivíduos dentro de uma sociedade garantidora de direitos. Figura na Constituição de 1988 como fundamento da República, em clara definição da sua importância dentro do estado democrático idealizado por ela, e com isto, não pode ninguém, nem Estado nem particular, se opor ou impedir a concretização e consciência desta condição. Quando o constituinte escolheu a dignidade da pessoa humana como fundamento, deu a ela a qualidade de norma que motiva todo sistema constitucional, e ela passou a ser a orientação para os demais direitos fundamentais pertencentes a este sistema jurídico (SOARES, 2010, p. 135).

Convergem para ela todos os direitos fundamentais, com a garantia de que o Estado e toda a sociedade se voltem a perceber a indelegável obrigação de apreensão dela, principalmente por ter o homem¹⁸ a propensão da exploração e sobreposição de sua vontade

¹⁷ Semelhante no sentido de análogo. Apesar das diferenças individuais em relação a características, escolhas, desejos, todos são sujeitos de direitos e obrigações, sem que exista formas de discriminação e privilégios.

¹⁸ Enquanto ser humano, mas pela própria estrutura social a Autora não se sentiu a vontade de colocar homem/mulher no texto.

em relação a do outro, bem como forma de reafirmação de poder. A proteção necessária abarcada por estes princípios, fundamentos e direitos passaram a fazer parte dos ordenamentos jurídicos das sociedades que entendem que não pode existir o arbítrio em relação a existência humana. Ricardo Mauricio Freire Soares caracteriza como um princípio ético-jurídico que abrange o “reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral” que precisa ser garantido para que estas pessoas consigam viver, não apenas sobreviver (2010, p. 20).

Evidente que é um reflexo da evolução das relações humanas que hoje condenam condutas que impeçam a efetivação dos direitos fundamentais, bem como condicionem o os indivíduos a uma condição de não humanidade. Mesmo existindo, inclusive no Brasil, pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza e sem garantia das necessidades básicas, esta situação não pode ser vista como possível, sendo a dignidade da pessoa humana o fundamento necessário, junto a cidadania, de ações para alteração desta estrutura injustificável e expurgada da percepção da existência enquanto pessoa.

Entendida a cultura como tudo aquilo que é construído pelo homem em razão de um sistema de valores, com o escopo de atender aos seus interesses e finalidades, será possível constatar que o princípio da dignidade da pessoa humana é dotado de um sentido de conteúdo valorativo, pertencente, portanto, ao campo da cultura humana. (SOARES, 2010, p. 129)

O estudo das dimensões/gerações¹⁹ dos direitos fundamentais é uma prova clara de que o reconhecimento deles foi algo gradual e uma transformação da própria consciência do ser humano enquanto agente e responsável pelas escolhas sociais, determinando preferências. Portanto, a este conjunto de direitos fundamentais, a partir de sua efetivação, é o que podemos considerar numa compreensão inclusive pessoalizada/subjetiva de dignidade da pessoa humana, muito além das necessidades básicas, mas com consciência e possibilidade de protagonismo do indivíduo, porém o homem/mulher precisa ter consciência deles e liberdades de escolha. Se não estiver estabelecido na sociedade de forma universalizada, sem que seja

¹⁹ Praticamente toda doutrina dos direitos fundamentais trata deste tema, mas escolhemos a divisão das dimensões/gerações tratadas por Dirley da Cunha Junior (2004, p. 196 a 212). Primeira dimensão abarcaria os direitos civis e políticos, chamadas também de liberdades públicas ou direitos negativos, onde o Estado figura como garantidor. A segunda dimensão engloba os direitos sociais, econômicos e culturais, chamados também de direitos positivos, onde o Estado tem a obrigação de intervir e efetivar. Os de terceira dimensão tratam dos direitos de solidariedade, com a compreensão de que alguns deles não podem ser vistos de forma individualizada, englobando os direitos coletivos e difusos. Finalizando, neste contexto escolhido, temos os direitos de quarta dimensão que seriam o direito a democracia direta e biotecnologia.

restringido a grupos sociais ou econômicos específicos, não alcança a perspectiva humana pretendida.

Para se concretizar a dignidade da pessoa humana, portanto, pode-se associar ao já tratado anteriormente, quando das reflexões sobre cidadania, conceito de autonomia de agência. Isto porque, para além das necessidades básicas, é necessária plena consciência de seus atos, sendo este também considerado por Potyara Pereira (2006) como uma necessidade básica, e somente acontece quando o indivíduo tem acesso aos seus direitos fundamentais, com a garantia de que eles sejam exercidos com integridade físico-moral. A dignidade da pessoa humana não é um fundamento de caridade, de submissão do homem e da mulher ao Estado, mas a forma de existência em sua completude e a tomada de rédeas de suas vidas com escolhas acauteladas e a possibilidade de interferir nas escolhas sociais, políticas e econômicas, uma vez que elas também atingem a estas pessoas.

2.2.2 Direitos sociais e o mínimo existencial.

Muito se fala da garantia e efetivação dos direitos fundamentais, mas qual seria o parâmetro de obrigatoriedade de promoção estatal dos direitos sociais? A doutrina jurídica chama de mínimo existencial e este está diretamente associado a dignidade da pessoa humana, figurando como conteúdo básico onde se faz necessária políticas públicas e é possível que se peça tutela judicial uma vez que seu conteúdo seria obrigatório. Mas, sendo conceitos abstratos, muitas dúvidas e questionamentos existem a sua possibilidade de exigência, sendo muito tempo dispendido pelo estudo jurídico para tentar delimitar e apontar como seria construída a sua exigência, que depende da construção ideológica da carta política.

“A ideia de que todo ser humano deve ter suas necessidades básicas satisfeitas para que lhe seja reconhecida uma sobrevivência digna vem sendo profundamente difundida na doutrina do direito constitucional e dos direitos humanos” (OLSEN, 2006, p. 336). É associado a possibilidade de exigência do estado de direitos mínimos para que se garanta isto, considerando que os recursos para atendimento destas necessidades são escassos em relação a infinidade de pessoas e de direitos possíveis de ser exigidos. Mas para tanto, para que se consiga determinar o mínimo existencial, deve-se utilizar a ponderação entre a previsão da prestação na norma e os direitos e bens jurídicos que demonstrem a não aplicação da norma.

[...] notadamente para o efeito de enfatizar o vínculo entre democracia, mínimo existencial e justiça constitucional, resulta evidente que o reconhecimento de um direito (garantia) ao mínimo existencial - seja numa perspectiva mais restrita (mais próxima ou equivalente a um mínimo vital ou mínimo fisiológico), seja na dimensão mais ampla, de um mínimo existencial que também cobre a inserção social e a participação na vida política e cultural (precisamente o entendimento aqui adotado e que corresponde à concepção consagrada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e ao que tudo indica na doutrina e jurisprudência brasileira) - constitui ao mesmo tempo condição para a democracia e limite desta mesma democracia. (SARLET, 2013, p. 40)

O conceito de mínimo existencial está claramente relacionado as necessidades básicas discutidas nas ciências sociais, e precisa ser pensado no contexto estrutural histórico ao qual está relacionado. Como vivemos num estado democrático de direito construído numa perspectiva social, o Estado adquire a obrigação de cuidado e promoção destes direitos e isto reflete na expectativa de prestação e, também, a possibilidade de acesso a eles através de demandas judiciais, sendo o magistrado, neste contexto, integralizador destes direitos.

A desigualdade e a ausência ou pouco acesso aos direitos sociais nesta perspectiva tem que ser considerado tanto na reivindicação de direitos sociais quanto na preparação do próprio Estado em elaboração e gestão de políticas públicas que tenham este propósito. “O problema do mínimo existencial confunde-se com a própria questão da pobreza” (TORRES, 1995, p. 126), necessitando de ponderações quanto a pobreza absoluta e a relativa e como o próprio Estado as irá gerir, uma vez que na absoluta existem necessidade urgentes de que claramente demonstram a ausência do mínimo existencial, mas na relativa o estado também tem a obrigação de intervir diante de estados sociais que preveem a diminuição da desigualdade.

O mínimo existencial se traduz por um respeito ao que Kazuo Watanabe chama de “núcleo básico do princípio da dignidade humana assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais [...]” (2013, p. 218). Importante deixar claro que ele adjetiva alguns dos direitos sociais como exemplo a educação fundamental e saúde básica, outros não, como moradia, assistência social e acesso á justiça. A exigência em Juízo de direitos sociais que extrapolem estes limitadores é absolutamente discricionária, ainda que tratem das necessidades específicas dos cidadãos e estes critérios precisam ser reconhecidos e discutidos uma vez que mesmo tendo a convicção das obrigações estatais, da má gestão pública e de uma série de impedimentos que dificultam o acesso aos direitos, os recursos (financeiros, estruturais, humanos e tantos outros) são limitados e isto é uma realidade.

Considerando a previsão constitucional relacionada aos objetivos da República, por óbvio que o mínimo existencial é importante e deve ser considerado quando se fala da erradicação da pobreza. Porém o este instrumento apresenta outros aspectos que devem ser considerados quando tratou da a dignidade da pessoa humana, que deve ser entendida de forma ampliada e não restrita, uma vez que também exige diminuição das desigualdades, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem de todos inseridos no fundamento da cidadania e do valor social do trabalho (OLSEN, 2006, p.351).

Todos estes objetivos se esbarram na realidade brasileira de desigualdade, pobreza e marginalização e isto é clara demonstração de que o acesso ao mínimo existencial é ainda não se apresenta como uma realidade, o que deixam os objetivos da República cada vez mais distantes de se concretizar. Apesar de existir a possibilidade de tutela jurisdicional e mecanismos constitucionais de acesso aos direitos sociais, as barreiras para se garantir o previsto na Constituição, que é ter os direitos fundamentais de forma ampliada e universal é algo completamente utópico e precisa de muito mais que uma sentença ou outra para que se tenha garantida a dignidade da pessoa humana e a própria cidadania.

2.2.3 Efetivação dos direitos fundamentais e a obrigatoriedade da ação estatal.

Por serem os direitos fundamentais a base normativa do direito brasileiro, eles precisam ser efetivados para que se tenha cumprido os ditames constitucionais e a própria razão de ser das instituições democráticas. Mais que observar a eficácia legislativa, o que se pretende não é a existência teórica do direito, mas a sua concretização, sendo os fundamentais de eficácia imediata e vinculante, através da garantia e promoção dos direitos, através de políticas públicas e institutos de defesa quando das arbitrariedades, garantindo uma atuação individual e coletiva por parte dos cidadãos.

Por esta aplicação imediata²⁰ e vinculante, não pode o Estado, nem nenhum dos seus Poderes, se eximir de realizá-los. “Os direitos fundamentais constituem os alicerces da relação entre Estado e indivíduos; o exercício do poder político pelo Estado se legitima pela necessidade de preservar os direitos fundamentais” (NETTO, 2010, p. 37). Parte-se dos direitos fundamentais a atuação dos poderes estatais que devem pautar suas ações de forma a garantir que eles se efetivem. Uma “sequência” de atuação dos poderes e instituições inicia,

²⁰ CRFB: Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

em regra, pela atuação do Poder Legislativo criando normas definidoras das políticas públicas necessárias a efetivação dos direitos. Aqui se estaria no plano na elaboração teórica dos direitos fundamentais na inclusão e desenvolvimento de leis que seriam a base para a efetivação destes direitos. Mas não pode parar neste momento, importante que se concretize estas políticas e delas decorram a efetivação (concreta, de fato) dos direitos fundamentais constitucionalmente amparados, de forma universal, sem atendimento a pequenos nichos ou grupos sociais privilegiados.

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. (BARROSO, 2009, p. 82-83)

Pela expectativa das funções/poderes/deveres estatais, a efetivação dos direitos fundamentais ocorreria com a atuação do legislativo e executivo, figurando o judiciário apenas e situações extraordinárias. Na realidade brasileira de extrema pobreza e desigualdade social o papel do Poder Judiciário aparece muito mais relevante, pois é a forma encontrada para acessar direitos, mas, em regra, de forma individualizada, o que não garante a efetividade deles. A atuação precária do Estado, através das leis e da própria ineficiência da gestão pública, acaba forçando o cidadão recorrer judicialmente a todo instante, o que pode causar problemas estruturais na relação entre os poderes com a “usurpação” de funções ou interferência na atuação, principalmente pelas omissões do poder público.

A divisão pensada entre os Poderes, de forma absoluta, em verdade, nunca existiu e muito menos nos dias de hoje não encontra mais espaço nos dias de hoje. Ainda existe uma necessidade de divisão de poder/dever, mas não de maneira tão absoluta e pragmática. Essa atribuição funcional dos Poderes representa, em verdade, uma divisão de trabalho com a finalidade de facilitar e condensar esforços estatais na busca do bem do seu povo, por isto e para isto que elas são dadas (KRELL, 2002). É uma limitação mais as competências, ao próprio poder estatal, para que se garanta a efetivação dos direitos fundamentais, ou seja, quando da perspectiva destes direitos, o Estado existe para servir o cidadão e não o contrário

Não mais se entende nem o direito e nem as funções estatais como algo rígido, sem possibilidade de mudança ou adaptação, como se pensava quando diante de estados de direito. Mas na perspectiva de um estado que seja democrático, “[...] já não se concebe o ordenamento jurídico como um sistema hermético, mas como uma ordem permeável aos valores e aos fatos

da realidade cambiante” (SOARES, 2010, p.69). Ou seja, tanto os poderes/deveres quanto o próprio direito precisam estar coordenados a realidade e aos anseios da sociedade que a que servem e precisam existir com este propósito. A aplicação das normas do ordenamento jurídico, ainda que de forma absolutamente legal, se não objetivarem a constituição destes direitos, elas precisam ser repensadas, na forma ou no conteúdo.

Para a concretização no campo social (fático) dos direitos fundamentais o Estado precisa atuar com todos os seus esforços para este fim. Os esforços e recursos precisam ser alocados para que se consiga a efetivação, respeitando as competências constitucionais. Não havendo atuação neste sentido, ou sendo ela insuficiente, pode o cidadão buscar tutela jurisdicional com este propósito. Em países com grandes desigualdades sociais e carência de direitos como o Brasil, a atuação do Poder Judiciário se torna uma constância e isto demonstra a ausência da efetivação dos direitos fundamentais de forma indubitável.

Soma-se a isto o princípio da vedação ao retrocesso social que, diante de um Estado constitucional social democrático, é uma forma de proteger os direitos e, principalmente, o próprio cidadão da extinção ou diminuição do que já foi adquirido, uma vez que se torna garantia da concretização das pretensões sociais já conquistadas, o que proibiria a retirada destas quando já incorporadas no ordenamento jurídico (o que, em realidade, no Brasil não se confirma pois os retrocessos ocorrem diariamente). Assim, uma vez os direitos fundamentais são conquistados no Estado Democrático e Social de Direito, não pode mais retroceder (RAMOS, 2009, p. 21).

As normas de direitos sociais impõem ao Legislador a criação das condições normativas mínimas para a sua exequibilidade; este dever é inafastável e deriva da hierarquia e vinculatividade das normas constitucionais; quanto aos direitos sociais, significa conferir-lhes eficácia prestacional essencial. (NETTO, 2010, p. 146)

Todas estas ações estatais necessitam de ordenação, delimitação de competências e recursos públicos e em um país desigual, o problema se agrava em todos estes aspectos. Os dois primeiros fatores já foram revisitados neste capítulo e chamamos atenção agora para os impactos econômicos que existem em qualquer atuação do Estado. Mesmo quando diante de direitos fundamentais de primeira dimensão/geração/negativos, ainda que o Estado não tenha que os realizar, mas impedir que existam obstruções ao seu exercício, também precisam de alocação de recursos, além disto, existem os custos com instituições públicas que os

garantam, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e o próprio Judiciário (SANTOS T., 2015, p. 84).

No caso dos direitos sociais os custos ainda são maiores. A alocação de recursos é fator importante para se obter a efetivação destes direitos e o orçamento público deve ser gerido também neste sentido. As escolhas políticas dependem da dotação orçamentaria, que se baseia nas fontes de custeios, e deverão repercutir na persecução do previsto na constituição. O orçamento público brasileiro sempre priorizou dívida pública em relação aos gastos sociais que são os alocativos de recursos públicos. Mas, infelizmente, percebe-se o enfoque do orçamento nunca foi o de investimento nestes direitos, tendo, inclusive, devoluções anuais, ainda que com déficit em relação a efetivação destes direitos. O orçamento federal executado no ano de 2019²¹, por exemplo, destinou 38,27% ao pagamento dos juros e amortizações da Dívida, e apenas 3,48% para educação, 4,21% para saúde e 3,42% a assistência social.

O pagamento da dívida é importante, inclusive para manutenção do crédito, mas no caso brasileiro é muito mais uma escolha, quando se observa e compara aos demais países em situação similar. A forma que o corpo político (Poderes Executivo e Legislativo) trata os direitos sociais demonstra que a efetivação dos direitos sociais a despeito da força constitucional não é uma prioridade. As escolhas orçamentárias que o Brasil adota reforçam as desigualdades ao invés de repará-la, distanciando cada vez mais os ricos e os pobres, corroborada por privilégios de uma pequena parcela da população e inviabilizando direitos e a mobilidade social.

Gonçalves e Pomar (2002) abordam a dívida pública brasileira e chama a atenção para o fato de que, apesar de se apresentar como um estado democrático, as escolhas orçamentarias brasileiras demonstram que nós não somos de fato. Isto porque, para eles e concordamos com este viés, um governo democrático e popular de fato, suas prioridades seriam com a efetivação de direitos sociais e, para isto, disporia de mais dotação orçamentaria para eles, entendendo não como gastos sociais, mas como investimento. “E, qualquer que seja a solução adotada para o estoque da dívida, deve ocorrer uma imediata redução no pagamento dos juros da dívida pública, principal fator do enorme desequilíbrio orçamentário do país” (2002, p. 58).

Cidadania, direitos fundamentais, solidariedade social e todos estes conceitos importantes para o nosso ordenamento jurídico precede de uma decisão política e uma

²¹ Orçamento total de 2019 foi de R\$ 2,711 trilhões, sendo destes R\$ 1,038 trilhão gasto somente com juros e amortizações da Dívida (Fonte: Auditoria cidadã < <https://auditoriacidada.org.br/conteudo/grafico-do-orcamento-federal-2019-2/> > acesso em nov 2020).

mudança social numa decisão conjunta para que as normas constitucionais sejam concretizadas e passem a fazer parte da realidade brasileira. As ações e omissões do poder público que não tenham esta finalidade podem ser objetos de tutela jurisdicional sendo o Poder Judiciário competente para concretização de direitos, incluindo a responsabilização do Estado. Porém, diferentemente do aparenta, as decisões individuais, concretizam direitos as partes do processo somente e para se ter efetividade constitucional necessitaria que o acesso a eles atinja a coletividade de fato.

3 DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO A JUSTIÇA

Continuando com a necessidade de discutir tópicos fundamentais a análise da tese, neste capítulo o estado da arte será designado ao estudo do direito fundamental ao acesso à justiça e compreensão da necessidade desta garantia no estado democrático de direito. Além de conhecer mecanismos de acesso ao Poder Judiciário em si, importante entender como ele pode ser entendido pela perspectiva da justiça, que deve ser o resultado, não apenas a possibilidade de ter sua tutela apreciada por este poder. A necessidade de estudar o tema proposto nesta tese se baseia na concepção de que não existe nenhum meio processual capaz de assegurar justiça (em seu aspecto material), uma vez que ela depende muito mais do desejo político de toda uma sociedade do que de um regramento legal que a preveja, principalmente porque se baseia numa interpretação que coadune com os valores considerados fundantes dentro deste mesmo sistema social e consequentemente jurídico em que estaria inserido.

Não é possível desvincular a cidadania quando da inquirição de qualquer direito fundamental, incluindo, obviamente, o do acesso à justiça, e a sua essencialidade na garantia de previsão de materialização dos demais direitos. A essencialidade de uma construção democrática que viabilize todos os direitos constitucionalmente tratados, ainda que implicitamente, se pautam na necessidade de garantir direitos mesmo que por via judicial, e o acesso à justiça é a forma prevista para este fim. Esta perspectiva axiológica é de relevância neste estudo uma vez que permeia todas as relações sociais, se não parte delas, e acaba por interferir e ressignificar a própria estrutura jurídico-social, consequentemente a noção de justiça e seu acesso. Então, delimitar qual seria a base cognitiva destes conceitos e qual premissa será considerada para construir a tese aqui tratada iniciada pela sua aceção dentro não apenas do dever ser, mas do que se realmente apreende e concretiza em relação a efetivação ou não do acesso à justiça.

De fato, a expansão do constitucionalismo e da democracia favoreceram significativamente a ampliação dos canais de acesso à justiça, principalmente em face da irresignação dos sujeitos contra as arbitrariedades, abusos e ofensas aos seus direitos, reveladas pelo incremento de educação, conscientização e informação que não se contentam mais com a subordinação ou complacência. (BOCHENEK. 2002, p. 199)

Para além disto, também é necessário a análise do fenómeno através de sua materialização e, portanto, a escolha do Juizado da Fazenda Pública do Estado da Bahia pretende atender a demanda por uma perspectiva também procedimental, que será tratado em outro capítulo. Os meios encontrados como a existência de órgãos do Poder Judiciário especializados, por exemplo, são formas de procedimentalização e facilitação na busca do fim do direito fundamental ao acesso à justiça, e tem importância na sua construção como instrumento garantidor dele. Mas é importante deixar claro que não se trata de um problema eminentemente jurídico ou processual, mas de um problema social, sendo o este poder um braço do Estado, que continua definindo a vida da população de forma contundente.

Por esta razão o estado da arte pede que nos debruçemos também acerca da justiça em sua perspectiva formal e material e nas garantias para seu acesso. Primeiramente será necessário delimitar a interpretação e conceituação utilizada em relação ao tema, apresentando antes a própria importância dos direitos fundamentais dentro de um contexto constitucional e das escolhas políticas que o Brasil assumiu quando da promulgação da sua Constituição da República (pós-ditadura militar). Tendo a carta magna a função de determinar objetivos e prioridades sociais, balizadas pelo próprio teor do seu texto, e corroborada com em instrumentos legais notadamente as leis, resta claro que a escolha ideológica foi inspirada na social-democracia.

Portanto, importante conhecer, além do direito fundamental ao acesso à justiça, os pressupostos constitucionais que envolvem este direito/princípio/garantia e a própria história democrática que pretendeu priorizar, através da Constituição da República de 1988, ainda que ela não seja considerada na atuação política dos eleitos e que teriam que cuidar da sua preservação, incluindo normas e hipóteses legais que podem em concreto afastar a efetivação de direitos, a participação popular das decisões e elaborações de políticas públicas e a própria concepção de justiça, bem como seu acesso. O estudo das ciências jurídicas pede auxílio fático e histórico das ciências sociais e esta conjunção é importante para o diálogo proposto.

3.1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DE (ACESSO À) JUSTIÇA.

O acesso à justiça é uma conquista que decorreu da introdução paulatina dos direitos fundamentais na vida dos homens e como eles e por pertencer a eles, foi ganhando dimensões mais profundas ao decorrer da história, mudando de acordo com as necessidades da época. A

ideologia política também se reflete em grande parte no alcance do conceito, uma vez que o Estado se obriga a uma maior ou menor influência na vida das pessoas, principalmente na efetivação de direitos. Pode-se apresentar como um fim em si mesmo, um instrumento de jurisdição ou, no conceito mais contemporâneo, instrumento ético para a realização da justiça (FERNANDES e PEDRON, 2007, p. 85).

A evolução do significado de “acesso à Justiça” se relaciona em certo sentido com compreensão histórica do direito processual e suas fases metodológicas fundamentais, trabalhadas no segundo capítulo da obra. Ou seja, o significado e a delimitação acerca do conceito de “acesso à Justiça” é também um espelho de sua época e conforme tentamos demonstrar, será também uma questão de paradigmas e pré-compreensões. (FERNANDES e PEDRON, 2007, p. 85)

Pensar no acesso à justiça como mero instrumento ou recebimento de uma decisão estatal não garante o propósito deste direito/garantia num estado democrático de direito, mais que isto, coloca o cidadão como mero expectador de uma ação estatal e não protagonista da sociedade (o que talvez realmente não seja). Como visto no capítulo anterior, a cidadania se realiza através do acesso à direitos, numa compreensão do papel de político nas escolhas estatais e das políticas públicas. Não basta existir um poder que tenha como função “julgar”, mas que este ocorra de dentro dos limites valorativos e pertinentes a própria consciência social e proporcione uma decisão que seja justa e que somente seja feito quando não exista outra possibilidade.

Primeiramente importante destacar que a justiça não se confunde com poder judiciário (o que será tratado ainda neste capítulo), nem uma prerrogativa meramente jurídica. O conceito de justiça é muito mais amplo e compreende não apenas a disciplina jurídica, mas a sociologia, ciências políticas, filosofia, economia e demais ciências humanas que tratem direta ou indiretamente das relações que circundam o homem, a sociedade e o Estado. Por isto, perceber a justiça e, também, o acesso à justiça pede que atente as expectativas sociais, através da sua análise axiológica, as consequências das decisões para toda uma comunidade, numa perspectiva que inclui a análise econômica do direito, ou até mesmo as relações de poder, considerando o Judiciário um deles, incluindo no seu aspecto político.

“Em linhas gerais, do ponto de vista jurídico, o conceito de acesso à justiça vai muito além do sentido literal. Significa também o direito ao devido processo, vale dizer, direito às garantias processuais, julgamento equitativo (justo), em tempo razoável e eficaz” (SOUZA,

2011, p. 26). Portanto, ainda que se optasse por uma análise jurídica estritamente, não se pode delimitar a uma perspectiva meramente formal (jurisdicional), uma vez que se estaria esvaziando a importância do tema e as consequências sociais da sua ausência a um órgão ou procedimento, e não atinge a condição de elemento garantidor de outros direitos tão pouco forma de concretização dos objetivos elencados na Constituição da República.

Outro conceito de acesso à justiça considerado e adotado por esta tese é a de Mauro Cappelletti e Bryant Garth que entendem ter ela duas finalidades: sistema acessível a todos de forma igualitária e a produção de resultados que sejam justos tanto individualmente quanto socialmente (1988, p. 8). A perspectiva que será utilizada é de acesso à justiça “justo” de fato, não a mera disponibilidade de órgãos estatais que possam receber demandas, mas de que faça isto com o intuito de garantir a concretização de direitos e da Constituição através de um de escolhas que resolvam o problema trazido na lide, mas que não esqueça as repercussões também sociais.

É necessário distinguir estes aspectos e determinar qual o lugar de reflexão deste conceito se pretende ater para que se garanta uma compreensão mais específica sobre o que se fala, e ao mesmo tempo mais abrangente pela própria natureza da discussão que não pode ser pensada em um ponto de vista restrito a norma, sem considerar todas as camadas necessárias a construção delas, correndo o risco de entender o problema por uma perspectiva simplista, o que foge a realidade. Ao mesmo tempo, parte significativa deles está relacionada a própria construção sócio-política brasileira que parece não desejar alterar as estruturas de poder e reforça as desigualdades existentes atacando o problema não em sua raiz, mas por vieses diversos.

A discussão sobre o tema pode desencadear para a vertente do direito processualista, designando e discutindo a importância do processo civil para o direito, mas esta não é a intenção desta tese. Em verdade, coaduna da teoria do instrumentalismo processual²², onde o direito processual é um instrumento de realização do direito material, por isto que o processo judicial deve estar apto ao proferimento de tutelas jurisdicionais adequadas, tempestivas e efetivas. A perspectiva, porém, é de uma análise mais constitucional do acesso à justiça, onde

²² Corrente bastante aceita no Brasil, tendo Enrico Túllio Liebman (jurista italiano) um dos grandes estudiosos do tema, que considera o processo como instrumento para concretização do direito material.

se considere a dignidade da pessoa humana como ponto de partida, se aproximando do formalismo-valorativo²³ que resta presente no atual código de processo civil.

Para além da ótica processualista, que será secundária, estamos optando por escolher uma vertente conceitual que entenda a justiça e seu acesso de forma intersetorial, saindo do campo meramente formal-normativo e entendendo que se trata de uma figura que depende da compreensão da sua ascensão histórica e dos elementos sociais, econômicos e políticos aos quais se submete e se desenvolve. Por esta razão partiremos inicialmente pelos conceitos de acesso à justiça acima apresentados por Wilson Alves de Souza e por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, acrescento reflexões sobre o tema, incluindo a própria percepção de justiça.

3.1.1 Acesso ao Poder Judiciário (aspecto formal da justiça?).

O acesso à justiça é concebido de forma ampla e atende a uma série de requisitos, incluindo uma decisão justa e em tempo ideal. Pode haver decisão justa num acordo entre as partes do litígio que optam por resolver a questão, ainda que ambas precisem renunciar a parte do direito, e uma decisão pelo Estado através da escuta das partes do processo judicial que, após a instrução dele, dão os elementos necessários para que se decida qual parte possui a razão. Jose Afonso da Silva chama a atenção para o fato de o acesso à justiça ser uma expressão que designa “o direito de buscar proteção judiciária” (2000, p. 150) dando a ele um sentido institucional, aproximando ao que o senso comum propaga, ou seja, justiça passa a ser sinônimo de judiciário.

Mas ele mesmo chama a atenção para o fato de, em uma leitura sistêmica da Constituição, não pode reduzir o acesso à justiça ao “direito de recorrer ao Poder Judiciário em busca de solução de um conflito de interesse” (SILVA, 2000, p. 150), mas a necessidade que a sentença ajude na construção de uma sociedade justa, o que envolve valores sociais, percepções e a interpretação dos juízes que exercem este papel pelo Estado. “E a justiça, aqui, há de ser aquele valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito que nos prometeu o ‘Preambulo’ da Constituição” (SILVA, 2000, p. 150).

²³ Teoria desenvolvida por Carlos Alberto Álvaro Oliveira que considera o processo como fenômeno cultural, produto do homem, e nele precisa constar os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o da segurança dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais (OLIVEIRA, 2009, p. 3).

Talvez isto ocorra porque o Estado chamou à responsabilidade e estabeleceu o monopólio do poder jurisdicional, sendo rara as hipóteses que permitem a autotutela ou de um terceiro a escolha das partes (SOUZA, 2011, p. 83). Assim, através da vedação, em regra, da realização da justiça pelas próprias mãos (autotutela) ou mediante jurisdição construídas pelas partes de forma bilateral, a justiça só é possível se seguir as regras impostas pelo próprio estado, através da Constituição e das leis infraconstitucionais que regulamentam estas práticas.

Paulo Cesar Santos Bezerra também discute estas possibilidades e salienta a existência de dois mecanismos de soluções de conflitos individuais e coletivos oferecidos pelo direito: o extrajudicial e o judicial, sendo neste último garantida a via processual e extraprocessual (2008, p. 55). A autocomposição (hipótese extrajudicial) seria, para ele, a primeira opção para todos os conflitos, somente partindo para a via judicial quando não resolvido entre as partes, porém o próprio direito limita as opções (como limita em qualquer os tipos apresentados por ele) com a garantia da sobrevivência dos direitos fundamentais.

Em relação a via judicial, a típica se dá pela solução dos conflitos através da atuação do Poder Judiciário, que resolve a questão por via de uma sentença, e extraprocessuais com a participação de terceiros representantes do Estado, com a composição homologadas por agentes estatais (BEZERRA, 2008, p. 57). A tese se restringirá as discussões sobre a hipótese de monopólio – a existência do Poder Judiciário como braço estatal que tenha como função a garantia dos direitos fundamentais e a observância das normas que regulam a sociedade. O Estado, como regulador da vida social, dispõe de um poder/função específico para soluções de conflitos que deverão ser tratados através da concretização de direitos, nos limites constitucionais.

Quando buscamos a tutela estatal é porque nossas necessidades, que elegemos como valores e como direitos filtrados pelos princípios, não foram satisfeitos, logo, estamos em conflito, ou precisamos ver reconhecidos e protegidos esses direitos, (já preexistentes), pelo Estado. Nesse caso, o que se busca é o reconhecimento e proteção de nossos direitos, para eliminação de nossos conflitos individuais ou sociais. (BEZERRA, 2008, p. 58)

Portanto, o Estado, quando chamado através do Poder Judiciário, deve atentar para a garantia das normas e direitos fundamentais em sua função de regulador da sociedade, principalmente quando em um estado democrático como o Brasil. Mas não se pode negar que estas também são escolhas que envolvem relação de poder e a decisão judicial, quando

representação do Estado não pode ser contrária as normas e políticas públicas vigentes no país, nem a Constituição da República que é a base de toda estrutura político-normativa e forma de garantir a segurança jurídica, incluindo a o exercício dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

“O processo existe para instrumentalizar o acesso à justiça, e dele o juiz é o guardião. Nesta posição, tem o poder-dever de dar efetivação à prestação jurisdicional segundo regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa” (MELEU, 2013, p. 23). Nesta perspectiva, o Juiz, que é a representação do Estado quando no exercício de sua atividade, é responsável em efetivar os direitos conquistados e assegurar que eles sejam garantidos nas hipóteses em que não há a acesso pela ausência de atuação do próprio Estado, ou em lides que precisem de intervenção e assim as partes desejem, e com isto garantir a ordem social (assim classicamente considerado).

Ainda numa visão dentro do espectro do instrumentalismo processual, o acesso ao Poder Judiciário é garantido através do direito de ação, que equivale ao direito de provocar o exercício da atividade jurisdicional, e é operado através um processo e tem esta instrumentalidade pela característica básica estatal que é a coercibilidade (GONTIJO, 2015, p. 37-38). Portanto, o acesso à justiça, provocado e garantido na Constituição da República, precede do aspecto formal que garante que o Estado tenha a obrigatoriedade de garantir direitos através de um olhar individualizado e é o Poder Judiciário que tem este dever.

Bernardo Gonçalves Fernandes e Flávio Quinaud Pedron chamam a atenção do fato de se perceber o acesso à justiça pelo viés da instrumentalidade processual, ou seja, como forma de materialização de direitos, o processo acaba tendo uma preocupação lógica com o procedimento e sua celeridade e acessibilidade, de forma mais pública e até mesmo mais justa. Assim, não se limitando a análise deste direito ultrapassa o aspecto apenas técnico, mas envolve “[...] afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (através dos quais se busca a efetividade), bem como reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina” (2007, p. 59).

Uma questão começa a se aprumar nesta perspectiva e por isto causa curiosidade acadêmica no estudo e análise do acesso à justiça e muito se relaciona com esta perspectiva, que a pergunta se os valores são da sociedade ou são de quem decide pela sociedade? E esta pergunta muito se relaciona com a própria composição do Poder Judiciário (especificamente no Brasil) que é composto prioritariamente de pessoas oriunda da casta social privilegiada que

sempre esteve em um lugar de acesso a direitos (a própria forma de ingresso neste poder exige que se tenha privilégio) e que pouco conhece, considerando vivências e não teoria, as reais questões sociais e a necessidade básica real da maioria dos cidadãos, apesar deste pouco conseguirem chegar a este poder.

Portanto a tradição jurídica brasileira que define que é o Estado o detentor do poder de decisão e monopólio da própria justiça é uma forma de manter uma estrutura social interessante com a chancela da legalidade, garantida através da existência de um procedimento que garanta o direito ao acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição da República²⁴, como se isto fosse o suficiente para garantir direitos. O acesso ao Poder Judiciário, neste contexto, resta suficiente para suprir o previsto no texto constitucional, mas não garante, necessariamente, que se tenha justiça ou mesmo uma decisão que de fato analise o pedido de tutela de forma real, muitas vezes, travestido de coisa julgada, se perpetue uma injustiça ou se ratifique situações sociais que são interessantes para um grupo privilegiado e que são cruéis para outros grupos que não possuem voz neste contexto político-social.

“O fechamento operativo do sistema jurídico é fornecido pela alocação dos valores do seu código comunicativo (lícito/ilícito). Mas, como se verá, o sistema jurídico é cognitivamente aberto às questões políticas” (CAMPILONGO, 2002, p. 23). Esta mudança estrutural do Poder Judiciário ganha corpo com a própria crise política e representativa que existe no Brasil e um movimento que sai de um estado de direito e caminha para um estado democrático de direito, onde se pretende um Estado definido por escolhas sociais (ainda que nossa história seja de concentração de poder e renda), mas com uma universalização de direitos previsto no corpo constitucional, incluindo os políticos e sociais.

Explicitou-se que a cultura jurídica brasileira é marcada por uma tradição monista de forte influxo kelsiano, ordenada num sistema logico-formal de raiz liberal-burguesa, cuja produção transforma o Direito e a Justiça em manifestações estatais exclusivas. Esta mesma legalidade, quem enquanto fundamento e valor normativo hegemônico, quem enquanto aparato técnico oficial de controle e regulamentação, vive uma profunda crise paradigmática, pois vê-se diante de novos e contraditórios problemas, não conseguindo absorver determinados conflitos coletivos específicos do final do século XX. Assim, o centralismo jurídico estatal montado para administrar conflitos de natureza individual e civil torna-se incapaz de apreciar devidamente os conflitos coletivos de dimensão social, ou seja, conflitos configurados por

²⁴ 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

mais de um indivíduo, grupos ou camadas sociais. (WOLKMER, 2001, p. 96-97).

Destaca-se que a existência do Poder Judiciário e a ampliação das formas de acesso a este poder pela simplificação de processos ou criação de novos juizados ou varas não garante a necessária existência de um efetivo acesso à justiça, podendo ser restrito apenas a movimentação estatal na solução de conflitos via órgãos que existem para este fim. Aquela concepção de que se trata apenas de ter meios de ingresso no sistema judicial através da possibilidade de ajuizamento de lides já parece superado, sendo tratados de dimensões prévias de e posteriores que não envolvem necessariamente a atuação deste poder (BOCHENEK. 2002, p. 206).

O acesso à justiça vai além da existência de um poder, uma estrutura ou atores que sejam afetados a este propósito e esta visão não deve ser exclusivamente jurídica, deve envolver todas as vertentes que envolvem as ciências sociais. Precisa de uma compreensão sobre os direitos e as normas, mas, também e principalmente, sobre a realidade histórico-social para que se tenha não uma sentença, mas uma atuação que reverbere na efetivação de direitos e confirmação dos anseios dos cidadãos que compõem aquela sociedade a qual necessite atual neste papel fundamental.

Alguns doutrinadores como Madalena Duarte utilizam a expressão “acesso ao direito e à justiça” quando diante desta perspectiva que envolve o exercício da cidadania uma vez que não se resumiria a ter uma mera decisão, mas englobaria direito à informação, à consulta jurídica, patrocínio judiciário e a compreensão do que está acontecendo. O Estado deve zelar para que os cidadãos, em sua totalidade, tenham acesso a uma ordem jurídica justa e um sistema judicial que seja imparcial e independente, sem com isto intervir na liberdade das pessoas, garantindo que elas cumpram os seus direitos e os dos outros (2007, p.3).

Nesta perspectiva, o acesso ao direito depende, em grande parte, do acesso à justiça, que é ter a possibilidade de recorrer um tribunal com o objetivo de garantir uma decisão jurídica sobre uma questão juridicamente relevante (DUARTE, 2007, p.2). “Se a pessoa conhece os direitos e sabe que está perante uma situação em que os seus direitos estão a ser violados ou de profunda injustiça, o ponto de análise crucial é sua predisposição para a ação judicial” (BOCHENEK, 2002, p. 2004). Portanto, ainda que se restrinja a uma atuação do Poder Judiciário, não é possível se afastar das questões sociais e a necessidade dos cidadãos não

sejam assim considerados se não através do exercício dos seus direitos, incluindo os de liberdade.

3.1.2 Acesso à justiça material. O que é Justiça?

Discutir o conceito de justiça envolve não apenas uma perspectiva jurídica, mas envolvem aspectos históricos, sociais, econômicos, filosóficos, valorativos e ideológicos, o que garante uma infinidade de visões e expectativas. É um conceito claramente indeterminado que exige uma contextualização e isto é o que se pretende fazer de forma breve. Não dá para dissociar, por exemplo, a justiça da moral e ética social, visto que se assemelham e partem de valores comuns, nem tão pouco deixar de observar o que a ordem jurídico-social entende e se reverbera na realidade fática. Pensar em justiça, portanto, é pensar em uma melhor escolha dentre algumas que acabem por garantir a proporcionalidade e a razoabilidade dela.

“De grande magnitude tem sido a preocupação não só com a conceituação do que seja justiça como, principalmente, com os meios de acesso à justiça, trazendo-a como valor, do campo das ideias, para a vida dos homens” (BEZERRA, 2008, p. 93). Assim, mais que tentar definir o que é justiça, mesmo porque sua definição é fluida pela própria natureza (é conceito indeterminado), priorizou-se compreender como se acessa e garante à justiça em uma sociedade desigual como a brasileira e, para além disto, pouco atua para alterar esta condição, ainda que existam meios legais e dever constitucional que determine isto. Bezerra ainda completa que se o ordenamento jurídico se estabelece sob princípios verdadeiramente democráticos, o acesso à justiça deve ser irrestrito ou, ao menos, um fator de diminuição das desigualdades (2008, p. 94).

Acesso à justiça não se identifica como a mera admissão ao processo, ou a possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar ou defender-se adequadamente, nos casos de escolha da via judicial, e que haja segurança de suas próprias soluções, nos casos de via extrajudicial.” (BEZERRA, 2008, p. 103-104)

O acesso à justiça e a sua concretização vai para além da existência de uma demanda ao Poder Judiciário, mas a opção por uma decisão que se pautem em solução aceitável e julgamento equitativo, em tempo razoável e eficaz (SOUZA, 2011, p. 26). Mas não se encerra

na existência ou não deste poder, uma vez que a justiça pode ser algo tratado sem a necessidade de interferência estatal, através de soluções de conflitos extrajudiciais (ainda que se tenha o monopólio das regras sobre eles). Mas em lugares aonde o Estado não “chega” (maioria das vezes por ausência de interesse) a existência de regras criadas pela comunidade perpassa por um olhar de justiça com critérios estabelecidos por esta comunidade.

Para Boaventura de Sousa Santos, do ponto de vista sociológico, “o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito” (2000, p. 175). Ele entende que o modo de juridicidade dominante é o estatal, mas existem outros meios e modos, o que ela designa de formação jurídica. Também que existe um desvio de conflituosidade social e jurídica para espaços informais por serem estes mais baratos e de mais fácil acesso (SANTOS B., 2000, p. 175-176). Esta alteração do lugar de justiça dentro dos ordenamentos jurídicos, onde se verifica um afastamento do Estado pode facilitar o acesso, mas pode criar poderes paralelos complexos e prejudiciais, a abertura do Poder Judiciário para alternativas mais simplificadoras (a exemplo dos Juizados Especiais) é forma de reverter este quadro de afastamento do controle da justiça das mãos de poderes formais.

Nem sempre foi assim, antes a justiça era percebida da sua concepção privada e com a evolução das sociedades organizadas ela, como vários outros institutos foram sendo de exclusivo manuseio estatal. Portanto, para se falar em justiça e conceituá-la ou delimitá-la, necessário entender a época que se vive ou as escolhas políticas daquele lugar, por isto não pode existir uma definição a priori ou um conceito fechado. “Pode-se dizer que as teorias de justiça antigas partem da virtude, enquanto as modernas começam pela liberdade” (SANDEL, 2015, p.18). E ainda depois disto, a concepção de justiça muito depende das escolhas ideológicas e as opções políticas da sociedade e do Estado que tendem a uma maior ação ou não, dependendo disto.

“A justiça está fundamentalmente conectada ao modo como as pessoas vivem e não meramente à natureza das instituições que as cercam” (SEN, 2011, p. 12-13). Esta afirmação de Amartya Sen é muito relevante uma vez que a efetivação da justiça se dá pela forma reflexiva destas escolhas político-jurídicas, ou seja, como elas acontecem no mundo dos fatos, na forma de vida das pessoas que fazem parte daquela sociedade. Portanto, mais que uma análise das leis brasileiras, importante conhecer como vive a sociedade brasileira e se estas leis conseguem atingir os objetivos e efetivar os mandamentos constitucionais que deveriam fundamentar a vida e o acesso aos direitos fundamentais.

Entender e definir os direitos que são fundamentais aos cidadãos e as deficiências e carências da sociedade em relação a eles é uma das formas de iniciar a concretização da justiça e atender as necessidades mais substanciais dela. Isto envolve conhecer como a sociedade e as instituições enxergam os diferentes cidadãos e cidadãs, se existem preconceitos ou se são considerados de forma igualitária, o que não acontece no Brasil. Pela nossa história colonialista e elitista, permeada por machismo e racismo, os direitos fundamentais são alcançados de forma diferente por estas diferentes pessoas.

Por mais incrível que pareça a sociedade e o próprio estado perpetua estas formas de discriminação valorando mais a vida, liberdade e todos os demais direitos para uns em detrimento de outros, como se existissem pessoas na sociedade que “merecessem” mais direitos por sua condição social, racial ou de gênero. Se não for considerada a existência desta desigualdade sistêmica e estrutural, as políticas públicas não serão realmente funcionais, pois trataram a doença e não a causa dela. O papel do estado não é de reproduzir as desigualdades, mas de ser o orientador e o executor da diminuição ou extinção delas, e para isto precisa que se tenha plena consciência de todas as nuances sociais para que se consiga atender as necessidades daquela sociedade e com isto se alcance uma justiça social.

Para saber se uma sociedade é justa, basta perguntar como ela distribui as coisas que valoriza – renda e riqueza, deveres e direitos, poderes e oportunidades, cargos e honrarias. Uma sociedade justa distribui esses bens da maneira correta; ela dá a cada indivíduo o que lhe é devido. As perguntas difíceis começam quando indagamos o que é devido às pessoas e por quê. (SANDEL, 2015, p. 28)

Partindo desta premissa de Sandel, que aponta para se dá o que é devido, estamos diante de questões morais e éticas que ultrapassam a questão da necessidade, podendo alcançar um instituto bastante complexo que é o merecimento. Mas a tese não foi por este caminho, escolheu interpretar este pensamento de forma mais conservadora, considerando a carência, apenas. Se assim for, a desigualdade social, econômica e até mesmo a jurídica (um acesso as instituições) deveria ser combatido no Brasil para que se tenha uma melhor distribuição da renda, riqueza, deveres e direitos, poderes e oportunidades, cargos e honrarias como o autor tratou, o que parece não ser algo necessariamente trabalhado.

“Justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é para o pensamento” (RAWLS, 1981, p. 27), e as instituições de um modo geral, especialmente as públicas, precisam agir sempre em busca de justiça, dando acesso a ela quando diante de

situações de carência. Não poderia existir qualquer beneficiamento ou preconceito para com os cidadãos, mas uma ação que, de fato, agisse para que fosse dado a quem precisa o devido direito ou oportunidade, não com prejulgamentos como usualmente o estado brasileiro faz. Se as instituições públicas não agem dando um tratamento similar para situações similares, mas privilegia grupos em relação a outros, esta forma não-justa pode reverberar, inclusive, na atuação de órgãos jurisdicionais (se a justiça traduz uma interpretação social-estatal, não seria um único braço do Estado que agiria na contramão destas interpretações).

Indo mais além, a justiça seria de fato alcançada de forma individualizada, em uma atuação específica que atingisse uma única pessoa ou grupo? A necessidade de judicialização de absolutamente tudo, como ocorre no Brasil, é a prova de que o país passa longe disto. Remontando as lições clássicas do direito, o Poder Judiciário deve ser a última escolha, ou seja, quando não se tem outra forma de acesso a determinado direito. A super utilização deste poder, principalmente em face do próprio estado é a prova da falência dele na sua função de efetivador da Constituição da República. Não se pode considerar que a existência de inúmeras varas e juizados da Fazenda Pública refletem esta baixa atuação do estado na efetivação dos direitos fundamentais.

Ainda existindo uma série de novas ferramentas de aproximação entre a sociedade e os poderes públicos, não se pode deixar de perceber que não é suficiente para garantir a existência de acesso à justiça, porque existem tratamentos diferenciados entre as pessoas dentro da sociedade em razão de raça, sexo, escolaridade, classe social, entre outros. É assim em grande parte do mundo e aqui no Brasil de forma marcada e isto torna a justiça em seu aspecto material ainda mais distante de nossa realidade. Desta forma, entendendo estes aspectos que amplificam a discussão sobre a questão, importante que a justiça seja discutida através de um espectro social e reflexivo, por isto é necessário apontar a existência de uma justiça social.

Os que sustentam concepções diferentes de justiça podem, então, ainda concordar que as instituições são justas quando não existirem distinções arbitrárias entre as pessoas na determinação dos direitos e deveres básicos e quando as regras estabelecem um equilíbrio entre as reivindicações de vantagens da vida social. Os homens podem concordar com esta apresentação de instituições justas, desde que as noções de distinções arbitrárias e de equilíbrio, que estão compreendidas no conceito de justiça, permaneçam abertas à interpretação própria de cada um, de acordo com os princípios de justiça que cada um aceitar. Estes princípios distinguem quais as semelhanças e quais as diferenças entre as pessoas que são relevantes na

determinação dos direitos e deveres, e especificam qual divisão de vantagens é mais apropriada. (RAWLS, 1981, p. 29)

Nos dias de hoje, em estados democráticos de direito principalmente, não se pode imaginar outra forma de se ter justiça se não numa perspectiva social e estatal. A justiça é coletivizada e somente desta forma deveria acontecer. Portanto, considerando qualquer perspectiva do direito igualmente aos seus aplicadores e destinatários, estão conectados coma estrutura de poder, uma vez que direito e poder possuem uma mesma referência sistêmica que é a sociedade (BEZERRA, 2008, p. 195). “Neste diapasão, existe outra referência obrigatória a coordenar as relações entre direito e sociedade: a solidariedade” (BEZERRA, 2008, p. 195).

A justiça social e o princípio da solidariedade são questões subentendidas em um estado democrático de direito que pretende incluir a coletividade como receptor dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, como executor deles através das políticas públicas produzidas por seus representantes eleitos. A atuação dos agentes públicos (e a doutrina majoritária inclui os magistrados nesta categoria) decorre desta autorização dada pela coletividade para agir em seu nome e decidir qual das opções existentes atende de forma mais ampla a satisfação dos direitos por mais cidadãos, ou para os que mais precisam daquela tutela, este poder/dever importa atentar para a concretização de uma justiça inserida nesta sociedade solidária.

A justiça acontece na vida social, de forma coletiva, com acesso a direitos básicos (fundamentais) e deveres. A determinação destes é um bom ponto de partida para as sociedades e delas se desenvolvem através de uma compreensão coletivizada que envolve a solidariedade social, partilha, efetividade, coordenação e estabilidade. Rawls chama atenção para este fato acrescentando que mais que uma função distributiva, o conceito de justiça deve considerar as suas interrelações mais amplas e que a justiça de uma sociedade depende da forma que foram designados os direitos e deveres dela e como as oportunidades econômicas e as condições sociais são atribuídas através dos diversos setores da sociedade (1981, p. 30).

Para Rawls (1981), a sociedade primeiro escolhe os conceitos de justiça que irão regular as críticas e a atuação e reforma das instituições e com isto define, através de Constituição, e por força de lei, quais os parâmetros para que se consiga garantir que a justiça deixe de ser um conceito e passe a existir no mundo fático. Mas parte da premissa de que esta escolha se dá por pessoas livre e racionais, reunidas por um mesmo interesse, deste raciocínio desenvolve sua teoria de justiça como equidade. Os homens decidem antecipadamente quais serão as

soluções e, desta forma, garantiria que não se tire vantagem ou sofra desvantagem durante o processo de escolha uma vez que ainda não se identifica o sujeito que agiu, pois, a decisão aconteceu anteriormente ao fato. “A partir do momento em que todos se posicionam da mesma forma, ninguém seria capaz de fazer uma escolha que favoreça sua própria posição particular, e os princípios de justiça seriam o resultado de um acordo ou barganha equitativa” (1981, p. 34).

As pessoas não nascem com a mesma condição social, no mesmo lugar político e isto influencia substancialmente os projetos de vida dela. Portanto, para que a sociedade satisfaça os princípios que são necessários a justiça como equidade deverá se aproximar cada vez mais deste esquema voluntário apresentado, através da escolha de pessoa livres e racionais, e que exista autonomia dos seus membros além do reconhecimento das obrigações como autoimpostas (RAWLS, 1981, p. 30). A proposta é muito interessante, mas a prática disto implica numa condição absolutamente contrária ao Brasil de privilégios e desigualdade social. e dúvida que paira é, que teria o condão de decidir sobre o que é justo ou não nem um país tão desigual, se quem faz isto é justamente os que estão alimentando esta forma social? Mais uma vez o problema não é conceitual, mas fático.

O certo é que, nas sociedades fragmentadas em conflitos de classes, as instituições legislativas e judiciais estatais já não esgotam a realidade do direito, razão pela qual a justiça não pode ser reduzida a uma dimensão exclusivamente técnico-formal, nem o intérprete pode despojar de seus valores na aplicação das leis aos casos concretos.

[...] Se estas instituições²⁵ não esgotam a realidade do direito em si, porque não atingem seu quantum de justiça e equidade, moralidade e ética, o acesso à justiça também resta coarctado. (BEZERRA, 2008, p. 197).

Bezerra, após a constatação da interferência da desigualdade na justiça, entende a necessidade de mudança de atitude dos que operam a justiça em todas as suas fases: produção, interpretação e aplicação das normas e com isto a possibilidade de mudança nas estruturas políticas e sociais (2008, p. 197). O acesso à justiça não se resume e nem poderia em ter ou não uma decisão judicial, mas em ter está de forma justa e com equidade. Se existe uma parcela da sociedade que se beneficia, ou que tem seus direitos mais bem atendidos que outra, esta sociedade não é justa e o acesso à justiça é apenas formal, podendo se materializar em alguns casos concretos, de forma excepcional. A tese coaduna com a necessidade de que se

²⁵ Bezerra acrescenta as instituições explicitadas na transcrição o Poder Executivo e os demais operadores do direito incluindo advogados e promotores.

tenha garantido direitos e serviços de forma indistinta para que se tenha a efetivação do acesso à justiça (que também se identifica como direito, mais ainda: um valor).

3.2 A NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DE ACESSO À JUSTIÇA.

A Constituição da República apresenta o direito à justiça no rol dos direitos fundamentais individuais, no art. 5, XXXV “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, prevê a inafastabilidade da jurisdição em sua condição de garantidor de direitos em se debruçar e resolver situações em que exista ausência de efetivação de direitos, dano ou ameaça de dano. A princípio parece apenas se tratar de garantir acesso ao Poder Judiciário, a uma decisão judicial, pois a norma trata especificamente da impossibilidade de se impedir que este poder repute e decida quando alguém se sentir ameaçado de direito. A obrigação do exame é do judiciário, facultado a quem se sentir lesado requerer ou não sua apreciação.

Mas seria o acesso à justiça um direito ou uma garantia? A conceituação em verdade é apenas mais um debate teórico que não será aprofundado, mas é importante que nas duas hipóteses não se restrinja ao acesso ao Poder Judiciário e uma sentença, pois se trata de uma atuação muito mais profunda que isto, envolve a garantia de direitos, que entenda a situação e suas peculiaridades e que de fato se traduza em justiça de forma material. Sendo direito fundamental é importante para a efetivação de outros direitos uma vez expressa a possibilidade de recorrer ao poder judiciário quando houver lesão ou ameaça de direito.

De forma bastante simplória os direitos seriam as normas que declaram a existência de interesse, porquanto as garantias seria as que asseguram o exercício do interesse. Enquanto a primeira é declaratória, a segunda é assecuratória, o que não se traduz no campo fático de forma imediata. O estado assegura mecanismo de acesso a direitos quando ele não os presta ou garante e/ou existe ameaça em sua prestação por um particular. Dentre o rol de direitos fundamentais considerados essenciais a cidadania, consta o direito a um aparato estatal, e não apenas isto, que seja forma de garantir que existe uma exigência real de um direito igualmente garantido na constituição.

Ou seja, o acesso à justiça é forma de acercamento dos direitos fundamentais e tem este propósito, sendo efetivado quando o direito é percebido. A estrutura constitucional brasileira

que se apresenta como democrática, prevê a efetivação de direitos fundamentais como forma de cidadania e construção de um Estado que seja limitado justamente pela necessidade de preservação e concretização deles, observando as necessidades sociais e trabalhando em prol da diminuição das desigualdades como previsto neste documento jurídico. Assim, o tema deve ser discutido e tratado por todo o Estado e não pode se reduzir a um dos três poderes, como se falsamente se conclui ao primeiro momento.

3.2.1 Problemas estruturais que envolvem justiça e seu acesso.

Os problemas estruturais que envolvem a justiça não podem se restringir apenas ao Judiciário, mas a todo Estado e para além dele, envolvendo educação e informação sobre direitos e garantias fundamentais. A perspectiva sociológica e política aparece como centrais na discussão uma vez que o acesso à justiça será analisado através da dicotomia necessidade e escolha, ou seja, demanda necessária e predileção de políticas públicas – inicialmente pautadas pelo olhar constitucional, mas muitas vezes afastada dele pelos próprios poderes que não colocam a Constituição de República como fundamento das suas decisões (políticas).

Parte desta ausência ocorre pelo que Wilson Alves de Souza (2011) chama de problema educacional, em que considera como ponto de partida dos problemas relativos ao acesso à justiça. Seria entendido pela ausência de conhecimento sobre os próprios direitos e/ou os mecanismos de combate a sua não efetivação. Entende que parte deste problema emana da falta de informação fruto do baixo nível educacional do país. “A realidade é que o cidadão desprovido de educação normalmente ignora os direitos que tem, não sabe se seus direitos foram violados e nem como buscar tutelá-los em caso de violação” (p. 27). Desta interpretação se compreende que o acesso à justiça resta prejudicado em países com mais desigualdades sociais e que estas acabam por reforçar as injustiças, sendo um ciclo vicioso.

É necessário que o próprio sistema que conduz as políticas públicas quebre este espiral de desigualdade-injustiça para que se consiga sustentar um caminho de inclusão-justiça, situação que depende mais da vontade política que de existência de uma carta constitucional que indique esta necessidade. Ainda completa que o problema da falta de informação está estritamente ligado a problema socioeconômico, tendo uma tendência a um maior nível de pobreza (status social mais baixo) menor seria seu nível de informação (SOUZA, 2011, p. 28). Portanto, por causa da ausência de informação, muitos deixam de usufruir de direitos,

ainda que sejam facilmente concedidos pelo Estado, o que também resvale em um problema relacionado ao tema da tese.

A condição de iletrado interfere negativamente na vida pública e privada e no contexto social mais amplo. Limita o alcance ao trabalho qualificado e a afluência econômica. Impede a atuação participativa efetiva frente às questões sociais, quer sejam políticas, econômicas ou educacionais, pois a sociedade é plena de preconceitos contra os que não frequentaram a escola e contra os que a frequentaram e não obtiveram sucesso educacional. A pessoa iletrada e despreparada academicamente, no Brasil, assim como em outros países, vive num contexto social amplamente excludente e sofre duras consequências dessa exclusão preconceituosa. (NEVES; FREITAS; AMORIM; LEPIKSON, 2020, p.2)

Considerando o acesso à justiça por meio do Poder Judiciário, que de fato é o que a tese trata, existem vários empecilhos que se estendem para além da estrutura deste poder, sem deixar de considerar que ela também precisa ser aperfeiçoada. A ausência ou baixo aparato de informação e educação também reverberam na atuação do Judiciário, precisando de informações onde e como procurar, advogados acessíveis (principalmente em relação ao custo do serviço) e o sentimento de que aquela prestação também pode ser dada para ela, pois muitos se sentem à margem da sociedade e das instituições estatais (o que não deixa de ser verdade). Por estas razões, não é apenas um problema das ciências jurídicas, mas de todas as ciências que estudam o homem enquanto ser pertencente a uma comunidade, o estudo e análise deste fenômeno.

Neste domínio, a contribuição da sociologia consistiu em investigar sistemática e empiricamente os obstáculos ao acesso efetivo à justiça por parte das classes populares com vista a propor as soluções que melhor os pudesse superar. Muito em geral pode dizer-se que os resultados desta investigação permitiram concluir que eram de três tipos esses obstáculos: econômicos, sociais e culturais. (SANTOS B., 1999, p. 147)

O aspecto econômico tratado por Boaventura de Souza Santos (1999) neste livro está intimamente ligado aos custos de requerer tutela jurisdicional, principalmente em relação as lides com valores de causa mais baixos. Mais ainda, acaba por prejudicar as pessoas mais vulneráveis, o que ele considera “um fenômeno da dupla vitimização das classes populares face à administração da justiça” (SANTOS B., 1999, p. 147). O estudo tratado pelo Autor, apesar de sido feito na Alemanha, Itália e Inglaterra, parece não ser uma realidade específica destes países e sim uma ocorrência mundial, pelo custo do direito em si, mas também pela

dificuldade de acesso as funções essenciais à justiça, além do reflexo econômico para os menos necessitados uma vez que o custo judicial é decorrente do valor da causa e não da condição das partes.

Independente do país a estrutura do judiciário é grande e dispendiosa. A diferença talvez esteja na maior ou menor utilização dele pelo maior ou menor alcance do Estado na efetivação das políticas públicas e acesso a direitos. Por obvio, quanto mais desigual o país, o problema se potencializa, afastando dos mais necessitados a possibilidade de ingresso de demandas judiciais para resolução e suas lides, muito menos a concretização de justiça, em um universo de desamparo. Percebe-se através desta logica argumentativa que o acesso à justiça no Brasil é vulnerável pela, ainda, dificuldade de conseguir adentrar o próprio Poder Judiciário, seja pela falta de informação ou dificuldade financeira para isto, mas, também, em seu aspecto axiológico, visto que a própria estrutura deste poder não permite uma resposta rápida, muitas vezes até não justa, com a tendencia ao privilegiamento de uma parte da população (a mais abastada) em relação ao restante.

Então o social, cultural e histórico deve ser considerado quando se fala em justiça e na própria atuação estatal reverbera as desigualdades inevitavelmente. Para além disto a compreensão popular do acesso à justiça está vinculada no inconsciente coletivo ao Poder Judiciário o que gera custos econômicos para as partes do processo, “[...] como um sentimento de angústia social gritante para os que deixam de buscar os seus direitos e a solução dos conflitos gerados pela contradição de seus interesses frente as dificuldades quase intransponíveis para os menos favorecidos” (BEZERRA, 2008, p. 186). Os custos e a morosidade são os fatores mais relevantes neste quesito.

Cappelletti e Garth (1988) apresentam o que chama de “três ondas”, que na verdade são posicionamentos (em sequência cronológica) que surgiram a partir de 1965, por causa da sua pesquisa investigativa intitulado projeto de Florença (Florence Project), com a finalidade de solucionar os problemas de acesso à Justiça, considerando, dentre os obstáculos, questões financeiras, procedimentos complexos e a formalidade do ambiente jurisdicional que acaba por afastar os litigantes mais humildes. “Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido um prisioneiro num mundo estranho” (p. 24).

Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o

acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘enfoque de acesso à justiça’ porque inclui os anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31)

A primeira onda, ou primeira solução apresentada, foi a assistência judiciária gratuita. Percebeu-se que parte do problema do acesso à justiça, como acima dito, orbitava no fato de serem as custas processuais e os honorários advocatícios elevados, além da falta de informação sobre leis e o Direito, principalmente em relação aos indivíduos de baixa renda. São três modelos mais relevantes apresentados, o primeiro deles é a contratação de advogados particulares pelo Estado para prestação da assistência judiciária aos cidadãos de baixa renda (*sistema judicare*). “O ideal é fazer uma distinção apenas em relação ao endereçamento da nota dos honorários: o Estado, mas não o cliente, é quem recebe” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35). O segundo é o modelo de assistência judiciária com advogados remunerados pelos cofres públicos, ou seja, receberiam valores pela função e não pela atuação, operando para a classe e não para o indivíduo em si. “Ao contrário do sistema *judicare*, o qual utiliza a advocacia privada – ela não pode garantir o auxílio jurídico como um direito” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 42). O terceiro modelo seria uma combinação dos dois, “permite que os indivíduos escolham entres os serviços personalizados de um advogado particular e a capacitação especial dos advogados de equipe, mais sintonizados com os problemas dos pobres” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 44).

A segunda onda trata da representação dos direitos difuso, o que mudou própria concepção do processo civil tradicional que se baseia nos processos individuais. “Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem neste esquema” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50). Como fazer para ouvir todos os envolvidos ou possíveis afetados e a inviabilidade disto fez com que se criassem formas de garantir estes direitos por instituições e institutos especiais. Aqui no Brasil o Ministério Público seria o grande responsável pelas demandas coletivas, não excluído demais representantes de classes, grupos e associações.

A terceira onda apresenta um novo enfoque do acesso à justiça, uma vez que as demais ondas não foram suficientes, e se preocupar em distinguir os tipos de litígios e procurar um meio eficaz de solucioná-lo, através da identificação de suas peculiaridades, apresentando

uma reforma no âmbito processual. Nesta onda, se pensa em hipóteses jurisdicionais para todos os tipos de demanda e que estas possam ser representadas em juízo, ou seja, busca-se meios mais eficazes para se alcançar a justiça com celeridade e desburocratização do processo. Neste momento podemos trazer a criação dos Juizados Especiais como exemplo, com o incentivo a oralidade, celeridade e simplicidade do acesso à justiça.

Cappelletti e Garth entendem que os problemas referentes ao acesso à justiça são bastante semelhantes por todo o mundo, tendo algumas ondas maiores ou menores reflexos nos diferentes ordenamentos jurídicos, sendo todos eles, em regra, complexos e dispendiosos. O brasileiro não é diferente, soma-se ainda a questão da extrema desigualdade social e a quantidade grande de pessoas na extrema pobreza com acesso aos direitos de forma precária, não podendo estas pessoas agir de forma livre e racional como proposto por John Rawls (1981), não possuindo a autonomia de agência tratada no primeiro capítulo da tese. Caberia ao Estado atentar a esta questão e atuar como garantidor dos direitos e da própria justiça, uma vez que estas pessoas não têm a possibilidade de agir por si, considerando a ótica apresentada.

No Brasil o acesso à justiça na perspectiva do acesso ao Poder Judiciário possui uma série de problemas como já explicitado e se traduz na morosidade, custos altos, falta de informações e conhecimento sobre direitos e como acessar a justiça, ausência de comarcas em interiores, entre outros. A criação dos juizados especiais aparece como forma de combater alguns destes problemas (o que será visto no próximo capítulo) e assim garantir maior acesso a direitos através da intervenção do Poder Judiciário (compreendendo que assim ocorre pela não efetivação deles através da atuação dos demais poderes e das políticas públicas que seriam necessárias para tanto).

3.2.2 Omissões estatais e a judicialização para garantia dos direitos fundamentais sociais.

O Estado brasileiro, conforme a Constituição da República, é social democrático e, por esta razão é garantidor dos direitos sociais, de prestação universal e obrigatória. Devem ser efetivadas através das políticas públicas, que, salvo situações específicas através de afirmativas e programas sociais de baixa renda, devem ser feitos para toda coletividade de forma imediata e vinculante, podendo haver tutela judicial nos casos de omissões. “O controle judicial das omissões do poder público dar-se-á pela via da jurisdição constitucional, aqui

entendida como função judicial exercida para tutelar, manter e controlar a supremacia da Constituição, pouco importando o órgão jurisdicional que a exerça” (CUNHA JUNIOR, 2004, p. 650).

Não basta previsão constitucional de direito se não houver propostas de efetivação deles através de políticas públicas que garantam acesso irrestrito de toda a população a eles. Isto ocorre considerando a própria função estatal que é de servir a sociedade e efetivar os objetivos elencados na Constituição, e deve ser feito de forma a atender os princípios administrativos, incluindo o da eficiência, que tem uma relação íntima com a análise econômica do direito. Isto significa a necessidade de uma atuação menos custosa do Estado, desde que isto não implique em não fornecer o direito da forma que se espera, com respeito a universalidade e com equidade (BATISTA, 2012).

A necessidade de alocação de recursos financeiros, discutidos no capítulo passado, é o que garante a efetivação uma vez que direitos custam, independente de qual geração são, e a escolha deles depende de decisões políticas, ainda que a Constituição da República seja parâmetro de atuação. Pela escassez de recursos, principalmente quando se vive num país de extrema desigualdade, é necessário escolher quais direitos se vai priorizar pois não existem recursos para atender todas as demandas (mesmo porque são infinitas). Neste diapasão o princípio da eficiência precisa mais ainda ser observado pois perder recursos públicos não parece ser opção.

É verdade que a ideia de eficiência só faz sentido se imaginar que os recursos são relativamente escassos, isto é, se existe uma escassez relativa de recursos. Quando existe abundância de recursos, não há que centrar as preocupações em problemas de distribuição ou de eficiência (strito sensu). Por outro lado, perante a escassez extrema, as preocupações centrais extrapolam mesmo as eficientísticas, firmando as atenções em questões atinentes a critérios para uma “eleição trágica”. (BATISTA, 2012, p. 102)

O orçamento público, receita que o Estado tem para cumprir suas diversas funções, deve prevê a destinação de recursos para atender os diferentes direitos fundamentais, pagar os custos da máquina pública e dívidas públicas, tudo isto de forma a garantir que sejam realizados dentro dos limites e parâmetros constitucionais. Os poderes legislativo e executivo, no limite de suas atribuições, são os responsáveis por definir a alocação destes recursos (que são limitados), e mais que escolhas administrativas, elas são escolhas políticas, e deveriam

atender as expectativas de que os elegeu, apesar de claramente se tratar, atualmente, de decisões de grupos que conseguem maioria.

Primeiro o Poder Legislativo delimita os valores a serem destinados as diversas áreas através das leis orçamentárias, que são oriundas de projetos advindos do Poder Executivo e que deem respeitar o Plano Plurianual e a Constituição da República, que é bem clara sobre a obrigatoriedade de estipulação gastos previsto e permitidos a serem executados pela Administração Pública. E como visto no capítulo anterior, as escolhas orçamentarias não priorizam os direitos fundamentais, mas o pagamento das dívidas públicas, o que resta comprovada que as escolhas políticas não convergem com a previsão constitucional em relação aos objetivos e fundamentos da República.

O Poder Judiciário teria, portanto, a função de garantir e defender os direitos sociais de forma individual, com a clara intenção de promover a esperada justiça em todos os seus espectros. Faz isto através da resolução de conflitos, sendo ente com o poder de decidi-los e última instância. O judiciário tem o papel primaz de aplicar o direito ao caso concreto. E esta aplicação precisa de um acompanhamento teórico que compreenda o direito dentro de um contexto de justiça, que está intimamente ligada às relações diversas dos diversos elementos sociais. A decisão então deve ser não só aceitável na sua construção racional, mas também aceitável socialmente. Estas duas características se somam e se mesclam, sendo de extrema importância, uma vez que o direito é dinâmico e a justiça, por consequência, também.

No exercício do controle das omissões do poder público, o Judiciário interfere inevitavelmente na atividade dos outros Poderes, notadamente na atuação do legislador. E assim procede, sem dúvida, para assegurar a supremacia da Constituição, tarefa que lhe foi confiada por ela própria. (CUNHA JUNIOR, 2004, p. 650)

Por ser o Brasil um estado constitucional os direitos fundamentais precisam ser prestados e a discricionariedade da Administração Pública ocorre apenas no que diz respeito a forma da prestação e não se prestará ou não, uma vez que está vinculado a finalidade pública. “Indo além, a atuação da administração pública encontra limites hoje não só na finalidade legal, mas na Constituição e no primado harmônico dos direitos fundamentais buscando sempre a efetividade do direito à boa administração pública” (DANIEL, 2013, p. 105). É reflexo da constituição dirigente uma vez que ela é a premissa material da política e apresenta das finalidades e fundamentos que não podem ser ignorados.

Dirley da Cunha Junior salienta que a liberdade do legislador não pode desconsiderar os limites vinculados a observância do padrão mínimo que assegure uma existência digna (2004, p. 311). Dito isto, o conceito de mínimo existencial deve ser observado tanto pelo Legislativo quanto pelo Executivo e havendo omissão autoriza o Judiciário a interferir e efetivar estes direitos sociais. “O legislador e o administrador podem se omitir da decisão (ainda que as consequências dessa omissão sejam implacáveis). Mas o juiz não tem alternativa. Deve necessariamente decidir, por uma coação do sistema jurídico” (CAMPILONGO, 2002, p. 34).

Partindo desta premissa e entendendo o papel da magistratura nesta equação, os órgãos jurisdicionais precisam se preparar para atender as demandas que são numerosas e que possuem características e obrigações envolvendo não apenas os particulares, mas, em grande parte o próprio Estado e seus cidadãos. Quais seriam as ações que tramitam em face da Fazenda Pública se não, em sua maioria, as que buscam a tutela jurisdicional para acessar direitos prestacionais? Muitas delas ocorrem por omissões do estado na efetivação destes direitos, que, em regra devem ser executados para uma coletividade, mas em verdade, na decisão judicial que tem que reverberar somente entre as partes, se torna um direito individualizado, o que pode contrariar até mesmo o interesse público.

Portanto, mais que cumprir uma função constitucional somente, o Poder Judiciário, em grande parte das vezes, principalmente quando diante de tutelas que envolvam direitos sociais, agindo como efetivador da dignidade da pessoa humana e, ao mesmo tempo, protetor do interesse público. Não deve agir nem em excesso nem de forma deficiente, mas na medida certa a proteção da própria Constituição que prevê universalização de políticas públicas sociais e a efetivação de direitos individualizados, não podendo as Varas e Juizados que tutelam estes direitos desconsiderarem a importância social de sua atual e o quando as decisões podem influenciar a própria coletividade.

3.2.3 Acesso à justiça e direitos fundamentais: opção jurídica ou política?

Considerando a previsão constitucional sobre cidadania e direitos fundamentais resta claro que o acesso à justiça enquanto garantidor de direitos existe de forma a suprir possível carência destes direitos em situações excepcionais. Não é o que ocorre na prática, no Brasil direitos não são disponibilizados de forma universal como pretende a carta política do país. A justiça, enquanto um dever ser, um ideal de garantia de direitos, ou como conceituado por

John Rawls (2002) ela pelo olhar de equidade, orienta que todas as decisões estatais, sejam elas políticas ou jurisdicionais, respeitem a razoabilidade entre as normas e decisões, não escolhendo ou fazendo qualquer tipo de distinção ou discriminação²⁶ que não sejam as absolutamente previstas no ordenamento jurídico.

Então a justiça seria um fim do Estado de maneira macro, considerando todos os seus poderes, tendo no Poder Judiciário um refúgio para momentos em que os demais não conseguissem atingi-la. Rawls trata da concepção de justiça política, onde aproxima-a da cooperação. Entende que a justiça tem como objetivo inicial a estrutura básica da sociedade, ou seja, está relacionado ao homem enquanto alguém pertencente e atuante dentro de uma sociedade. Isto porque sua teoria da justiça enquanto equidade prioriza os direitos e os deveres básicos no âmbito das principais instituições da sociedade “dirigindo suas instituições da justiça do contexto social- com durabilidade, de modo que as vantagens produzidas pelos esforços de cada um sejam equitativamente adquiridas e distribuídas de uma geração para outra (RAWLS, 2002, p. 214)”.

O acesso à justiça sob a ótica da existência de um Poder Judiciário atuante e eficiente também ocorre com escolhas públicas que priorizem esta condição, sendo um braço estatal e um poder político, principalmente se considerar que as normas reguladoras da sociedade são oriundas de uma constituição política. Mas vai além de uma escolha constitucional, envolvendo a necessidade dos representantes dos poderes em cotidianamente desenvolverem e perquirirem os ideais de justiça e como suas decisões (de forma ampla) reverberam na sociedade. A carta magna é traduzida através de normas infraconstitucionais que cuidam de efetivar os direitos fundamentais, mas que muitas vezes não cuidam de garantir a justiça, atendendo a interesses de grupos que encontram representantes em maioria no Congresso Nacional.

O debate parlamentar passa a ser um debate eminentemente ideológico, onde diferentes concepções a respeito do papel do Direito e do Estado passam a se confrontar. A lei não consistirá mais na expressão da vontade geral. Não é possível encontrar uma vontade geral descoberta pelo debate parlamentar orientado pela razão. A lei passa, sim, a ser, talvez, apenas expressão de uma “vontade política”. A “vontade política” do grupo majoritário no seio do Parlamento. Aparece aqui talvez o primeiro atentado contra a concepção sacralizadora da lei. (CLEVE, 1995, p. 35)

²⁶ O princípio da isonomia veda a discriminação, salvo a positiva que ocorre através de normas que estipulam políticas públicas inclusivas. “As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física” (GOMES, 2001, p. 132)

Por isto que, muitas vezes, o julgamento não se baseia exclusivamente nas leis, mas, principalmente, nos direitos fundamentais que podem ser prejudicados quando da aplicação da lei em determinado caso concreto. Como as leis existem para tutelar estes direitos, muitas vezes pode-se ter, inclusive, decisões que as afastem. “O juiz inspira-se, algumas vezes, não no espírito da lei, mas no espírito do direito, tal como pôde manifestar-se em outros textos do mesmo sistema de direito” (PERELMAN, 2004, p.71). A tutela jurisdicional segue este parâmetro e existem com a finalidade da concretização da justiça, através dos procedimentos pertinentes a garantir que os direitos sejam verificados, principalmente os direitos fundamentais. Então o Estado cria mecanismos para garantir a efetivação dos direitos fundamentais através de todos os órgãos e poderes existentes. Traduz em princípios e estes em procedimentos e leis.

Quando se fala em atuação do judiciário, um dos princípios que saltam aos olhos é o do acesso à justiça, ou seja, é a garantia que o indivíduo tem de que, precisando de tutela judicial, terá garantida a mesma, tendo mecanismos que de fato possibilitem isso. Isto se observa principalmente quando diante dos direitos sociais, uma vez que seria o Estado o responsável pela promoção destes, aliás o próprio direito do acesso à justiça é um direito social. Então, na sua inércia, busca-se a judicialização com a finalidade de conseguir a efetivação deste direito. Porém, deverá ter apenas um subsidiário, quando os demais Poderes não conseguirem atuar, uma vez que não está preparado para atuar enquanto provedor de políticas públicas (ABRAMOVICH e CURTIS, 2002).

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de ‘efetividade’ é, por si só, algo vago” (CAPPELLETTI, 1988, p. 15). Porque o acesso à justiça somente se concretiza quando se tem a tutela jurisdicional suficiente para se obter justiça, se chegar num lugar comum e confortável, ou seja, efetivo, observando os critérios de equidade, racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade, no mínimo. A alteração da própria compreensão do conceito de acesso à justiça, derivado da equidade, razoabilidade, proporcionalidade e racionalidade prevê mudança nas políticas públicas que envolvem prestação jurisdicional. Ganha força em mecanismos alternativos de composição de lides, novos setores inseridos no próprio sistema jurisdicional, e o direito menos legalista e mais principiológico como pretendem os Estados Democráticos de Direito.

Isto descreve uma atuação jurídica ou política? O Poder Judiciário atua em proteção as

escolhas constitucionais ou deve se ater as normas infraconstitucionais quando não possuem inconstitucionalidade? Pode fazer controle dos atos administrativos? Hoje se pretende, com o estado democrático de direito, que o Poder Judiciário atue em conformidade com os princípios constitucionais, os deveres jurídicos, não apenas a restrita lei, alcançando a interpretação e decisão a luz destes princípios e em respeito aos direitos fundamentais e analisando o interesse público. O controle se faz possível como forma de tutela dos direitos e por isso não pode deixar de ser apreciado, mas tem limitações pelo próprio princípio da separação dos poderes.

Todos os poderes possuem a limitação de atuação constitucional, e esta é indiscutível. Na atuação administrativa, relacionada a gestão pública, mesmo quando função atípica, é possível ser discricionária, dentro de limites, por obvio. Mas ao Poder Judiciário não é dado decidir sem uma motivação que seja pautada em normas. Pode utilizar princípios (que não deixam de ter natureza jurídica normativa) e devem ser utilizados quando as leis não forem suficientes para garantir direitos. Assim, a premissa basilar destes Estados é a cidadania, que tem como ponto de partida a realização dos direitos fundamentais, sendo que os Estados precisam atuar de forma a garanti-los. O centro do ordenamento jurídico é o cidadão. Mais que isto, é este em sua perspectiva social e política, como parte do próprio Estado, como um elemento deste, de forma orgânica.

Para isto se faz necessário ter acesso a estes direitos e ter como garantir que eles se efetivem, tendo o acesso à justiça um papel fundamental neste ambiente. Apesar de o acesso à justiça ser destacado como instituto do direito, não resta dúvida que ele, em verdade, é forma constitucional de garantia da efetivação de direitos, o que remete a perspectiva política, social e jurídica do cidadão. Não se trata de exercício jurisdicional apenas, mas de uma forma que o Estado disponibiliza para que o cidadão consiga reclamar uma injustiça ou uma falta de efetivação de direitos. “Esta é a função política do Judiciário: promover o acoplamento estrutural entre a política e o direito por intermédio da aplicação da Constituição” (CAMPILONGO, 2002, p. 108).

A função política do magistrado resulta desse paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político. Nesse sentido, sem romper com a cláusula operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Politização

da magistratura, nesses precisos termos, é algo inevitável. (CAMPILONGO, 2002, p. 61)

Portanto, não se pode excluir nenhum poder da obrigatoriedade de uma ação política quando diante de situações que exigem deles o acesso a direitos universalizados, mas que, no Brasil desigual, acaba sendo restrito a grupos específicos. Não existe a universalidade da cidadania, muito menos uma participação democrática de fato, existindo uma privilégios óbvios, por exemplo, em relação a homens brancos, com poder aquisitivo e que não se declarem homossexuais. Quem não se enquadra nesta definição sofre restrições de direitos, que são graduadas de formas menos e mais explícitas, existindo uma insistência na permanência deste sistema social que permite que alguns tenham mais voz que outros.

Compreender a complexidade do direito constitucional ao acesso à justiça o aproxima mais da realidade uma vez que se pensam mecanismos diversos para a efetivação de direitos fundamentais e da própria condição de cidadania dentro do estado brasileiro - social democrático – que prioriza a cidadania e a dignidade da pessoa humana, refletidos pela efetivação dos direitos fundamentais. Constitucionalmente se prevê pela perspectiva da solidariedade e da justiça distributiva, que fariam do Estado um instrumento político de garantia de direitos a coletividade, sem distinção, e de diminuir, com sua atuação, as desigualdades existentes na sociedade. Por referir-se à distribuição justa e apropriada, pretende-se a cooperação social, que resta intimamente relacionada com equidade, com isonomia, e pede atenção a perspectiva de todo, não apenas uma parte isolada do problema ou da sociedade.

Os que sustentam concepções diferentes de justiça podem, então, ainda concordar que as instituições são justas quando não existirem distinções arbitrárias entre as pessoas na determinação dos direitos e deveres básicos e quando as regras estabelecerem um equilíbrio entre as reivindicações de vantagens na vida social. (AMARAL, 2001, p. 29).

Por vezes se pode o Estado e os seus poderes reproduzirem injustiças e privilegiarem grupos já privilegiados. A simples possibilidade de acesso ao Poder Judiciário não garante uma decisão justa se ele não entender o contexto social, político e econômico das partes, principalmente quando se litiga com a Administração Pública. Já existe uma discrepância de poder numa relação entre Estado e cidadão, este último sempre em situação de hipossuficiência, ainda que diante de uma país que se intitula democrático. O poder que

emano do povo é uma ficção, e a atuação dos poderes de forma geral reforçam esta distância. Ter um Juizado que seja específico para demandas da Fazenda Pública em nada adianta se não existe por parte dos seus gestores/juízes uma intenção de diminuição deste fosso de poder que existe entre as partes.

A existência do Juizado sem que se tenha uma atuação do Poder Judiciário que de fato privilegie uma aproximação entre estas partes respeitando os limites constitucionais que a Fazenda Pública possui, e sem entender que o cidadão não tem as mesmas armas para litigar acaba afastando a concretização da justiça. A escolha de caminhos alternativos ou políticas públicas especiais é de suma importância e urgência uma vez que é forma de concretização também dos direitos fundamentais. E isto não é uma decisão jurídica, mas uma decisão política sob o manto da legalidade e acesso à justiça.

4 A FAZENDA PÚBLICA E OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS CONSTITUCIONAIS

A Fazenda Pública originalmente identificava à área da Administração Pública que trata da gestão das finanças e as políticas públicas econômicas, mas foi sendo alterada com o tempo e hoje é a denominação dada as pessoas jurídicas de direito público pertencentes a Administração Pública direta e indireta, quando elas figurem em ações judiciais, mesmo que a lide não verse sobre matérias fiscal ou financeira (CUNHA, 2021, p. XXXIII). Este conceito é importante para tese uma vez que ela trata do acesso à justiça, principalmente as limitações da atuação da Fazenda Pública em demandas judiciais.

Para além da conceituação de acesso à justiça e a compreensão da sua amplitude do próprio conceito de justiça, anteriormente tratado, é importante deixar claro que o objetivo dela está relacionado, em grande parte, a limitação da Fazenda Pública nas lides restritas aos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Bahia, com análise da incompatibilidade, ou até mesmo inconstitucionalidade, das normas atinentes a estes juizados em relação aos princípios administrativos constitucionais. O lugar jurídico em que se encontra, estudado através do direito administrativo em um Estado Democrático de Direito, se desenvolveu através da ideia de proteção aos direitos individuais diante do Estado, que decorre o fundamento ao princípio da legalidade, e em contrapartida na necessidade de satisfação de interesses públicos (ROCHA, 1994).

Referenda as prerrogativas e privilégios para a Fazenda Pública, por ser esta a personificação do Estado, tanto processuais (o objeto de estudo desta tese) quanto de impor a sociedade obrigações e sanções e, desta forma, atuar limitando o exercício dos direitos individuais em benefício da coletividade. Mas possui também uma série de restrições, uma vez que a indisponibilidade do interesse público deverá estar presente em todos os seus atos. Uma das formas de imposição de limites a ele é a necessidade de obediência aos princípios constitucionais da administração pública previstos principalmente no art. 37 e seguintes da Constituição de República e indispensáveis para sua atuação, inclusive quando parte em processos judiciais.

A discussão não pode se restringir existência de norma legal que autoriza um tratamento criativo a Fazenda Pública sem entender se estas novidades são compatíveis ou não com as prerrogativas constitucionais dela. Não se trata da impossibilidade de uma nova visão mais

célere e/ou menos burocratizada na resolução destas lides, porém, para atingir as necessidades de uma melhor efetividade, não é possível se afastar as funções públicas nem das limitações constitucionais impostas ao Estado, sob pena de incorrer em uma descaracterização os institutos que existem com propósito específico de garantir a segurança jurídica e equilibrar o interesse público por um lado e o acesso aos direitos fundamentais de forma universalizada por outro.

Estas limitações/prerrogativas da atuação do Estado envolvem questões materiais e processuais, compreendendo na primeira os princípios obrigatórios a Administração Pública, a exemplo da legalidade, impessoalidade, boa-fé com a coisa pública, indisponibilidade do interesse público, sendo a segunda relacionada as excepcionalidades processuais da Fazenda Pública, que parecem privilégios, mas que são formas, em verdade, garantir que o a ação seja em prol da sociedade e dos seus cidadãos. Antes de avançar, é imprescindível que seja assinalado que estas decisões são administrativas e políticas e, por sua natureza diversa, cabe mais ou menos interferência dos demais poderes, salvo se contrário à lei, ou realizados não obedecendo a finalidade pública, o interesse público (MEDAUAR, 2005).

Os limitadores, assim como as prerrogativas, apresentadas na Constituição da República não poderiam ser retiradas por meio de lei ordinária. A ausência de uma expressa associação destas alternativas supressivas de limitações/prerrogativas não ilide o fato delas serem na ordem fática afastadas pela lei que instituiu os Juizados Especiais da Fazenda Pública e parece, à primeira vista, inconstitucional e temerário, dando a impressão de maior acesso à justiça, mas podendo, ao contrário disto, mascarar uma atuação diminuta dele. Por isto, a primeira vista, se faz necessário ter parcimônia da comemoração das alternativas legais que possam contrariar estes princípios.

Ainda não se está fazendo análise da inconstitucionalidade ou incompatibilidade, mas apresentando uma dúvida que parte de uma análise do fenômeno através da leitura sistêmica da CRFB considerando, principalmente, as razões da norma e os fundamentos e objetivos da República presentes no núcleo intocável desta carta política. Apesar de se ter ciência que as decisões políticas e legislativas passam longe deste lugar, isto ocorre à revelia do previsto na Constituição e não deveria ser chancelado pelos que possuem o dever de proteção a ela, não sendo possível desprezar estas questões sob pena de fragilizar mais ainda o ordenamento jurídico brasileiro.

Em relação as prerrogativas processuais da Fazenda Pública afastadas pela Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009 (que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda

Pública) importante destacar a igualdade de prazos para as partes, a inexistência do reexame necessário e a possibilidade de transação e a disponibilidade da coisa pública. Em relação aos Juizados Especiais da Bahia (objeto desta tese) ainda tem acrescentado a dispensa da participação da Fazenda Pública na audiência de conciliação, apesar de obrigatória a do Autor apenas para cumprir obrigação legal sem a necessária tentativa de transação alhures comemorada pelos que defendem esta possibilidade.

Ainda em relação a transação, o que será aprofundado ainda neste capítulo, importante destacar que não basta a possibilidade em Juízo, por força da lei que institui os Juizados por exemplo, e a impossibilidade de forma administrativa. Primeiramente, pelo próprio princípio da legalidade, necessário existir hipóteses previamente determinadas em lei. Ainda assim, a responsabilidade imputada aos servidores públicos que, previamente determinados possuem esta prerrogativa, acaba pressionando-os a resistir a esta possibilidade considerando eventual punibilidade a decisões que acabem gerando prejuízo ao Estado, ou assim interpretadas. A estrutura jurídica brasileira corrobora para a concentração de decisões personagens específicos como os gestores e juízes, deixando, muitas vezes, os servidores apenas como figuras burocráticas de fato.

Não basta que se tenha uma norma se esta não trazer os benefícios pretendidos, ou seja, não seja efetiva, nem que contrarie o que foi estipulado pela Constituição da República. A mudança no Poder Judiciário não pode ser construída sem que se mude toda uma estrutura política, legislativa e social, com o incentivo a educação, acesso a informações e protagonismo cidadão. Se estamos numa democracia de fato, o desejo e a efetivação das mudanças normativas dependem de uma vontade popular e da possibilidade que o povo consiga realizar estas mudanças, ou corre-se o risco de continuar da mesma forma, mas com uma roupagem diferente.

4.1 PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS CONSTITUCIONAIS E A LIMITAÇÕES AO PODER DO ESTADO.

O Estado por muito tempo possuiu um poder ilimitado, sendo mais um reflexo dos seus governantes do que um organizador e garantidos de direitos para seus cidadãos. Portanto, com o advento da incorporação dos direitos fundamentais aos ordenamentos jurídicos, a limitação do seu poder foi uma consequência lógica, uma vez que o estado existe para servir a

sociedade e não o contrário. A história previu no surgimento do constitucionalismo como maneira legal de abalzar o poder estatal e garantir segurança jurídica, surgindo com ele um estado menos pessoalizado e mais voltado a atendimento das demandas da sociedade.

Quando da evolução das sociedades, com a necessidade de limitação do poder do Estado (muitas vezes confundido com seus monarcas) surgiu em *pari passu* regras de atuação dos que em nome deste agiam, com a finalidade de garantir o acesso dos que compunham a sociedade a direitos, dentre eles a igualdade, numa “concepção normativa que a palavra “democracia” continua a carregar: uma forma de organização política baseada na igualdade potencial de influência de todos os cidadãos, que concede às pessoas comuns a capacidade de decidir coletivamente seu destino” (MIGUEL, 2002, p. 484).

Pensando na igualdade que surge nesta perspectiva democrática, nada mais necessário do que a construção de um Estado onde não existam favorecimentos, tratamentos diferenciados, acesso a direitos apenas para uma parte da população, ao mesmo tempo em que deve trabalhar para atender a todos de forma ampla e irrestrita o que determina a existência dos princípios administrativos presentes na nossa Constituição da República. Eles são formas, também, de restringência de ações estatais, talvez a maior delas, e indispensáveis em uma sociedade que se assume democrática, que privilegia a proteção do cidadão em detrimento do Estado.

Importante observar, como já feito algumas vezes, que o Estado, e os poderes estatais, têm que agir respaldado e determinado constitucionalmente, não podendo contrariar estas determinações pela possibilidade de ferir a própria estrutura social e política ali determinada. Não foram escolhas aleatórias, mas necessárias para construir a sociedade cooperativa que se propõe através das escolhas ideológicas. Então, quando se fala em Administração Pública delimita-se como “um complexo organizativo predisposto pelo ordenamento jurídico, em especial pelo Legislativo, para realizar, de modo equilibrado e democrático, as finalidades traçadas pela Constituição” (BATISTA, 2012, p. 74).

Ao escolher a opção ideológica constitucional sustentada pela social-democracia, dentro de um estado democrático de direito, tornou a cidadania e a dignidade da pessoa humana como pilar social e obrigação estatal, transformando o Estado em um garantidor de direitos, pautando sua atuação, e conseqüentemente dos seus agentes, em tratamento que não faça qualquer restrição ou benesse de maneira específica, mas que atenda o interesse público de forma ampla e irrestrita. O próprio constitucionalismo, exige uma gama de princípios que

precisarão pautar sua atuação na garantia de manutenção deste escopo e, com isto garantir direitos.

Como já trabalhado no 2º capítulo, o constitucionalismo propõe, necessariamente, a limitação do poder estatal, ocorrendo através da exigência dos direitos fundamentais e da construção da própria cidadania. “O constitucionalismo democrático, assim, é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular. E é, também, um modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres e iguais.” (BARROSO, s.d., p. 2). Esta compreensão da democracia pelo viés da igualdade é do que decorrem a maioria dos princípios atinentes a Administração Pública, coibindo atuações com a pretensão de contrariar o interesse público ou discriminar pessoas ou grupos ao acesso aos direitos fundamentais de concretização universal.

O constitucionalismo brasileiro sofreu alguns períodos de autoritarismos, sendo a Constituição da República de 1988 ponto determinante para elucidar a transição de um Estado autoritário (ditadura militar), que era intolerante, violento e com limites estatais flexíveis, para um Estado democrático de direito que propõe formas de limitação dos poderes estatais predeterminados (BARROSO, s.d., p. 3). O este texto constitucional, por sua força normativa, possui efetividade e exigência imediata, sendo norma vinculativa para as ações estatais e privadas.

Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que se tornou fonte de direitos e de obrigações, independentemente da intermediação do legislador. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. (BARROSO, s.d., p. 6)

Assim, o Estado como um todo foi pensado na Constituição da República para atender este propósito com a distribuição de competência a melhor divisão dos poderes estatais para que seja priorizada a garantia da efetivação dos direitos fundamentais e com isto o próprio constitucionalismo. Os poderes precisam se organizar para cumprir a função de garantia com dispositivos legais que aperfeiçoem este desígnio, e em caso de possibilidade de prejuízo,

optar pela solução que melhor proteja a perpetuação dos direitos fundamentais e princípios condutores das funções públicas em seus diversos vieses estatais.

Os princípios norteiam dos ordenamentos jurídicos e se apresentam como parâmetros e condicionantes dos direitos posto. Eles sustentam as normas positivadas na medida em que determina os limites delas, em uma total sintonia com os fundamentos e objetivos da República, tendo a cidadania e dignidade da pessoa humana como norteadores disto e, portanto, exigindo que a atuação do Estado seja limitada, não podendo haver excessos nem predileções quando da sua atuação e escolhas políticas. Como diretiva a atuação pública, os princípios servem como parâmetros, onde o Gestor/Administrador/Servidor deva atuar sempre em convergência, no sentido de serem contingentes, conquistas, invenções ou construções do Estado constitucional moderno (NEVES, 2013, p. 30).

Para além disto, os princípios são fatores legitimadores das decisões administrativas, garantindo a sua validação e adequação as escolhas constitucionais, pela perspectiva de legitimidade e legalidade (AVILA, 2006), sendo imprescindível para garantir as mínimas condições de aceitação por parte da sociedade, que valida a ação estatal através da soberania popular. Apesar da prática não ser exatamente assim, importante apresentar a construção do raciocínio acerca dos princípios, para a finalidade pretendida na tese, em leitura fidedigna ao texto constitucional.

Importante chamar a atenção para a generalidade e abstração conceitual dos princípios, não em relação ao que são, mas na sua aplicação em tese. A verificação e identificação dos princípios precisam ser pensados na perspectiva dos valores sociais estabelecidos como fundamentais, ou seja, deve ser lido entendendo o que a Constituição da República escolheu como prioridade e objetivo, assim como toda norma deve ser observada por esta mesma perspectiva.

Nesse sentido, pode-se dizer que a generalidade é concernente à dimensão pragmática dos destinatários da norma, dizendo respeito ao âmbito pessoal de sua vigência. A abstração refere-se, por seu turno, à dimensão semântica dos referentes da norma, relacionando-se ao domínio material de sua vigência e envolvendo a questão de definir os fatos jurídicos e casos que são subsumíveis à norma. (NEVES, 2013, p. 22)

A partir desta compreensão, percebe-se que ao tratar dos princípios, incluído os relacionados a Administração Pública que serão aqui tratados, necessário que não se faça

concessões quando de sua aplicação, uma vez que a generalidade impõe que sejam considerados sempre, mesmo quando afastados em um caso concreto. O choque entre os princípios exige que sejam eles mitigados a fim de que o núcleo essencial deles continue a existir, ainda que sua incidência seja limitada. Portanto, não é prevista a exclusão dos princípios em situações de colisão, tão pouco por mera deliberalidade de uma lei. “Como mandamentos de otimização, princípios exigem uma realização mais ampla possível em face não apenas das possibilidades fáticas, mas também em relação às possibilidades jurídicas. Essas últimas são determinadas sobretudo pelos princípios colidentes” (ALEXY, 2008, p. 593).

Os princípios, portanto, se apresentam como conceitos indeterminados, tratados no primeiro capítulo, devem ser pensados no caso concreto, mas, enquanto “dever ser” constitucional não podem ser desconsiderados. Isto vale para os princípios implícitos na constituição e, por óbvio, nos expressos, como os previstos no art. 37 da CRFB: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A Administração Pública precisa agir observando-os (entre outros), podendo apenas mitigar em situações em que exista conflito entre eles e outros princípios. A existência de uma lei que preveja situações de afastamento deles não pode ser vista como constitucional.

Claro que para a análise dos princípios e a própria concretização deles é importante que se tenha a consciência da indeterminação dos conceitos e da necessidade de considerar aspectos externos e essenciais a sua verificação. O aspecto axiológico é fundamental para que se consiga determinar o que se espera daquele princípio nas diversas possibilidades, sem com isto estar diante de escolhas sem critérios, mas discricionárias compatíveis com a ordem constitucional. “Em se tratando de normas jurídicas, não há como negar o caráter valorativo nelas implícito, emergente da realidade social à qual se destinam. Sendo assim, a indefinição localizada nestes conceitos torna-se o meio apropriado para revesti-la” (CONCEIÇÃO, 1999, p. 44).

Este limite trazido através dos princípios administrativos não pode ser negociável, sob pena do afastamento do próprio estado democrático de direito. Se o poder emana do povo, não cabe mais a existência de um Estado absolutista, mas de um estado que exista para concretizar direitos dos cidadãos, para garantir que este atue a em prol do seu povo e não o contrário. Estes limites não afastam as suas prerrogativas, inclusive a de exigir do cidadão o cumprimento de leis e decretos e a restrição de direitos em situações excepcionais e

necessárias, mas não permite a atuação ilimitada, por isto se exige que os princípios estejam presentes em todas as situações, sem exceção.

Portanto, a Constituição da República, como documento inicial e fundamental do ordenamento jurídico brasileiro apresenta no seu teor as diretrizes, prerrogativas e limitações do poder estatal, dentre eles os princípios norteadores do Estado. Eles não foram escolhidos de maneira aleatória, mas com a clara perspectiva de parametrizar a sua atuação com a finalidade de resguardar o interesse público, garantindo a cidadania e dignidade da pessoa humana. Quando da atuação da Fazenda Pública, ainda que em processos judiciais, não pode ela, se furtar de agir observando estes princípios norteadores, que serão analisados neste capítulo, sob pena de atuação inconstitucional, ainda que lei preveja a possibilidade de mitigação deles.

Os processos de poder público não contêm, entretanto, apenas prerrogativas, não envolvem somente faculdades ou poderes. Abarcam também sujeições. A administração está sujeita a determinadas injunções ou a determinadas obrigações a que se subordinam as pessoas naturais, ou pessoas jurídicas de direito privado. (RIBEIRO, 1964, p. 7)

Não compreender esta condição especial que a Fazenda Pública possui e a motivação para esta necessidade, acaba privilegiando interesses particulares, uma vez que, infelizmente, existe, de forma pública e notória, a utilização de prerrogativas públicas para fins diversos dos previstos em lei. Aliás, mais que isto, existe a utilização da própria legalidade em prol de interesses privados, deturpando-a em seu sentido mais intrínseco, pretendendo aparentar a existência de uma atuação dentro dos parâmetros constitucionais, mas, em verdade, é uma forma a mais de blindar a utilização deste espaço público em benefício próprio.

4.2 ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS CONSTITUCIONAIS A LUZ DA ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA.

Após compreender que a limitação estatal é necessária a existência de uma democracia e a efetivação dos direitos fundamentais, importante conhecer quais seriam estes limitadores de forma pormenorizada, principalmente para o alinhamento deles com a própria atuação estatal, que deve servir aos cidadãos atendendo as prerrogativas e princípios indispensáveis a

sua fiel atuação enquanto organizador de toda estrutura jurídica e social. A Constituição da República trouxe estes limites quando determinou os fundamentos, objetivos, competências, direitos fundamentais e descreveu os parâmetros de atuação do Estado, o que, por sua natureza, obriga a concretização através das políticas públicas e atuação democrática.

Estes referenciais que determinam uma atuação específica do Estado, garantindo a concretização da própria Constituição, prevê uma série de normas, que, em grande parte, se traduzem em princípios necessários e obrigatórios que norteiam as escolhas estatais na efetivação dos direitos fundamentais. Os princípios administrativos constitucionais não existem apenas no campo de atuação administrativa, na atuação própria de cada poder, precisando se perpetuar em todas as vertentes de atividade, incluindo a jurisdicional, enquanto litigante. Disto decorrem as prerrogativas judiciais da Fazenda Pública, procedimentos específicos que garantem a melhor atuação dos entes públicos na garantia do interesse público, que parecem privilégios, mas em verdade se encontram no campo do interesse público e da própria proteção dos cidadãos.

(...) tanto as prerrogativas como os privilégios, no direito atual, só podem admitir-se por exceção, em razão da diversidade de posições subjetivas, dentro do ordenamento jurídico. Ambos — prerrogativas e privilégios — constituem, assim, exceções ao regime comum: a diferença entre elas está em que o privilégio é instituído visando à proteção de interesses pessoais, enquanto a prerrogativa decorre do interesse público. Resulta daí ser uma prerrogativa irrenunciável (...) (...) Assim sendo, ao analisar as prerrogativas concedidas à Fazenda Pública, como exceções ao regime comum da igualdade substancial, há que se ter em mente que o ordenamento jurídico exige, por vezes, que o indivíduo ceda o passo à avultação do interesse público ou social: justificam-se tais prerrogativas, em geral, em razão da natureza, da organização e dos fins do Estado moderno. (GRINOVER, 1975. p. 31).

Por ter uma finalidade específica de proteção ao interesse público, que se faz fundamental na atuação do estado uma vez que é indispensável. Agrave-se a isto o fato dele reverberar por toda sociedade, fragilizando, por vezes, a própria relação jurídica. Esta afirmação se baseia em uma compreensão lógica dos institutos aqui discutidos, podendo ser confirmado o contrário, o que não exclui a necessidade de um olhar diferenciado para a Fazenda Pública. É o Estado decidindo em face do próprio Estado, mas com o dever de garantir a justiça.

Quando figura como parte em um processo judicial, a Fazenda Pública deve cumprir, como sempre, as previsões legais e as decisões judiciais, sendo possível a irresignação nos

moldes previstos, quais seja, os recursos previstos em lei. Em todas estas possibilidades deve sempre agir observando os princípios constitucionais pertencentes a Administração Pública, dentre eles a legalidade, indisponibilidade do interesse público, eficiência, proporcionalidade e razoabilidade. Ela deve obediência aos critérios preestabelecidos e quais as prioridades constitucionais a serem cumpridas, e, assim, definir quais serão suas ações para o cumprimento das diretrizes gerenciais a ela destinadas, através das políticas públicas, uma vez que ele é “executora servil dos ditames da lei, merece ser vista como a gestora concreta do bem comum” (BATISTA, 2012, p. 73).

A constituição estipulou princípios da Administração Pública de forma explícita no seu art. 37, considerando estes como lastro matriarcal de todo arcabouço normativo administrativo brasileiro. A partir disto, desenha-se um Estado obediente a um ideário valorativo que pretende promover os objetivos da República Federativa do Brasil. Sem isto, a efetivação deles estaria absolutamente nas mãos dos gestores públicos, que decidiriam de forma absolutamente discricionária, o que daria ao Estado (através de seus governantes) o poder ilimitado que o constitucionalismo tanto rechaça.

“Os princípios constitucionais são contingentes, são conquistas, invenções ou construções do Estado constitucional moderno” (NEVES, 2013, p. 30). Isto porque os princípios constitucionais traduzem a expressão jurídica dos valores fundamentais do ordenamento jurídico e apresentam as regras do sistema, servindo como diretrizes para as leis, atos e políticas públicas (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 87), apresentando os valores que devem ser a base de todas as escolhas administrativas e, a partir disto, escalonam as necessidades prioritárias.

Permito-me, por convencimento, tornar manifesto que os princípios assinalados no dispositivo aqui trazido guardam-se em reciprocidade a contextualizar um ideário em complementaridade dentro do sistema constitucional que, ao ser institucionalizado, mercê do ato de promulgação, ordenou a existência de uma valoração a integrar entre si, organicamente, valores imbricados que devam, ontologicamente, coexistir em comunhão. É nisso que reside a conceituação, por integração, do sistema constitucional, uma vez que os valores (regras principiológicas nele promulgadas) dirigem-se à formalização de um contexto de normas autossuficientes ou bastantes em si mesmas, a evidenciar a existência de um ordenamento singular, com alcance plúrimo, a reger as relações políticas e seus efeitos multifacetários, havidas no exercício do poder institucionalizado por parte daqueles que se constituam seus titulares ou detentores eventuais. (SARACENO, 2017, p. 18-19)

Portanto, sem estes mandamentos de otimização são necessários a construção da própria estrutura estatal na garantia da concretude constitucional. Os princípios constitucionais da Administração Pública precisam ser entendidos de forma conjugada, assim qualquer ação estatal precisa respeitar os princípios explícitos (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e os implícitos (indisponibilidade do interesse público, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, finalidade, dentre outros) uma vez que sua ausência “macula a pratica administrativa porque corrompe nos efeitos o que se encontra no *substratum* da ordem jurídica” (RAMOS, 2012, p. 476).

Não se pode imaginar um estado democrático com bases constitucionais que não preveja estas limitações de poder, nem a possibilidade de permissão de uma irresponsável atuação quando em nome da Fazenda Pública. Os limites estipulados ao Estado e aos particulares, pessoas físicas e jurídicas, é forma de manutenção das relações sociais, coexistindo direitos individuais e coletivos, num olhar sempre de proteção das garantias, mas manutenção da ordem social equilibrada e cooperativa. A análise dos princípios da Administração Pública parece necessário a compreensão do próprio constitucionalismo, cidadania e dignidade da pessoa humana uma vez que determina e legitima a atuação estatal com a intenção de efetivação destes fundamentos.

4.2.1 Princípio da indisponibilidade do interesse público.

Inicialmente é importante estabelecer o que vem a ser interesse público, que não é a oposição do interesse privado, tão pouco interesse estatal, é muito mais complexo, uma vez que o interesse público não pode ser discordante do interesse de cada indivíduo daquela sociedade. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello “[...] nada mais é que a dimensão pública dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigo também o deposito intertemporal destes mesmos interesses [...]” (2010, p. 60). Não se pode, portanto, pensar em interesse público fora do contexto de social coletivizado e, por que não, cooperativo, onde o direito e o acesso a eles é potencializado pela sua natureza universalizada.

Toda atividade estatal deve ser conduzida na perspectiva de adequação social e a efetivação dos objetivos da República, incluindo a realização dos direitos fundamentais. Nesta seara, o estado de direito não pode agir para criar empecilhos aos direitos desta natureza,

sendo necessário ações que consigam reverberar os direitos individuais numa perspectiva coletiva. Por isto que se considera efetivado direitos quando são garantidos de forma despersonalizada, ou seja, considerando o cidadão não por sua pessoa, mas pelo fato de pertencer a esta categoria. Numa sociedade de desigualdades sociais como o Brasil, onde pequena parcela da população de fato acessa os direitos mais básicos, o interesse público circunda na esfera da ampliação de acesso a eles e não na imposição de restrições e a sua concretização.

Considerando esta concepção, o interesse público se pauta na obrigatoriedade de corporificar a Constituição da República e garantir que toda população seja integrada ao corpo social atuante e incluyente, sem privilégios ou tratamentos desiguais, salvo para produzir a distribuição de direitos a todos os cidadãos. É socialmente que se percebe o interesse público, ainda que tenha a necessidade de ser um mandamento jurídico, uma vez que somente quando se torna viável e efetivo no campo fático, uma vez que é mais um conceito indeterminado que precisa ser corporificado para se delimitar.

En cuanto al propio concepto, también se ha señalado que no se trata tan sólo de una cuestión meramente filosófica o política, sino, al contrario, un problema jurídico de grandísima trascendencia, por cuanto resulta uno de los principios informadores fundamentales de la actividad administrativa, su “leit motiv”, y la justificación de su intervención en favor de la consecución del tan ansiado bien común.²⁷ (MUÑOZ, 2009. p. 558)

A amplitude do conceito de interesse público decorre da vastidão de direitos, da concepção de cidadania e dignidade da pessoa humana e dos inúmeros arranjos possíveis a atender tudo isto. Então, muito se utiliza da exclusão para determinar o que não é interesse público e torna-se imprescindível conhecer a realidade daquele contexto para que se perceba a existência ou não da persecução dele. No caso dos atos administrativos, a motivação é elemento necessário para compreender se existe ou não interesse público e o estado tem a obrigação de atuar sempre com esta perspectiva.

A indisponibilidade do interesse público é um princípio necessário a qualquer atuação da Fazenda Pública que não pode, em nenhuma hipótese, agir sem o observar, ou seja, o Estado tem o dever de agir e decidir atentando a obrigatoriedade de atenção ao interesse

²⁷ “Quanto ao conceito em si, também foi apontado que não é apenas uma questão meramente filosófica ou política, mas, pelo contrário, um problema jurídico de grande transcendência, porque é um dos princípios informativos fundamentais da atividade administrativa, seu “motivo condutor”, e a justificativa da sua intervenção a favor da concretização bem comum.” (tradução nossa).

público. Assim, as decisões da Administração Pública precisam obedecer a finalidade pública, de forma a lei, mas também garantir a proporcionalidade e razoabilidade, garantindo eficiência e a boa-fé com a coisa pública. Restava evidente que um princípio acaba alimentando o outro e se interrelacionando para garantir uma atuação que seja, de fato, condizente com o interesse público.

Nos estudos sobre direito administrativo ordinariamente discute-se o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o que aparenta um contrassenso no estado democrático de direito que destaca os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Não se trata de um direito que se sobrepõe ao outro simplesmente, mas de uma unidade interdependente. “Para tanto, e por incumbir-lhe a tutela do interesse público, poderá a Administração fazer preponderar o interesse público sobre o interesse individual que lhe for contrário, mas só — e somente só” (HACHEM, 2011, p. 64b). Por isto que, preferencialmente, foi escolhida a indisponibilidade do interesse público como princípio a ser cumprido, uma vez que se deve garantir a convivência pacífica e integrada entre estes dois pilares que não são contrapostos como parece. O que se pretende é que a atuação estatal seja restringida a garantia de que o interesse público sobreviva.

A adequação do interesse público (não sua supremacia) para a teoria do Direito Administrativo foi devidamente esclarecida. Não há dúvida de que a administração não possui autonomia de vontade, mas apenas deve executar a finalidade instituída pelas normas jurídicas constantes na lei dando-lhe ótima aplicação concreta. Por isto que a administração não exerce atividade desvinculada, mas apenas exerce, nos fundamentos e limites instituídos pelo Direito, uma função. (ÁVILA, 1998, p. 2)

Assim, o que se deve garantir é a atuação do Estado sempre a observar o interesse público e não que este “atropеле” o privado, eles coexistem, e a Administração Pública deve agir sempre com o pensamento nesta condição de garantidor da finalidade ao qual foi designada. Num estado liberal, certamente, “o conteúdo do interesse público é simples: reside em assegurar a liberdade dos particulares, evitando intervenções desnecessárias na vida social, observando-se os parâmetros que viriam prescritos em lei” (MARQUES NETO, 2002. p. 90), concepção ultrapassada, uma vez que hoje vivemos um estado social democrático, onde houve um “alargamento da Administração Pública protetora, que desempenha atividades administrativas para promoção e efetivação dos direitos fundamentais” (BACELLAR FILHO, 2008, p. 318).

Nesta ótica, o que se espera da Administração Pública então, é uma atuação que deve incorporar a efetivação dos direitos fundamentais e, com isto, garantir não apenas o cumprimento de leis, mas a garantia da realização da justiça social, da harmonia entre os interesses particulares e públicos. “E isso tudo se deve ao fato de que o crescimento da atividade administrativa fez com que o Estado assumisse uma série de funções, tendo de proteger uma multiplicidade de interesses antagônicos” (HACHEM, 2011, p. 81a). Por isto, falar em supremacia do interesse público parece desapropriado em um estado que pretende ser o responsável por garantir que a cidadania seja desenvolvida e que se concretize diretrizes necessárias para a dignidade da pessoa humana.

Assim, diferente do que se apresenta na leitura da supremacia do interesse público sobre o privado, que remete claramente a uma dificuldade da compreensão dos parâmetros para tanto, considerar a indisponibilidade do interesse público desenvolve uma alternativa a confluência dos direitos públicos e privados, uma vez que eles estão, ou devem estar, num caminho convergente e não divergente. A atuação do Estado pode, e deve, ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos e, uma vez que isto ocorre, reverbera em toda coletividade.

Al contrario, muchas veces el interés público consiste en apoyar el desarrollo de ciertas actividades que los particulares emprenden en su propio interés (mediante subvenciones, créditos y otras medidas de fomento), o en armonizar los intereses privados en presencia (para evitar un conflicto laboral, por ejemplo), o en colaborar con la iniciativa privada para fines de interés común (mediante convenios o conciertos, por poner otro ejemplo)²⁸ (MUÑOZ, 2009. p. 561)

O Estado, quando age pela indisponibilidade do interesse público, o faz como garantia da concretização da Constituição da República e não como limitador de direitos fundamentais. Pela própria natureza destes, a sua efetivação, como já dito, ocorre pela possibilidade de exercício e acesso de forma universalizada e isonômica, garantindo auxílio estatal para quem precisar dele, agindo de forma diferenciada na perspectiva de uma sociedade cooperativa e solidária. Portanto não se pode deixar de enaltecer a necessidade da Administração Pública

²⁸ “Pelo contrário, muitas vezes o interesse público consiste em apoiar o desenvolvimento de certas atividades que os indivíduos realizam em seus próprios interesses (através de subsídios, créditos e outras medidas promocionais), ou na harmonização de interesses privados (para evitar uma disputa trabalhista, por exemplo), ou em colaborar com a iniciativa privada para o de interesse comum (por meio de acordos ou concertos, para dar outro exemplo)”. (tradução nossa)

em agir nos limites do interesse público, uma vez que deve ela perceber quais seriam as necessidades pungentes daquela sociedade naquele lapso temporal e promover as necessidades de acordo com as situações que forem se apresentando.

A noção de interesse público também é objeto de controle jurisdicional considerando que o Poder Judiciário pode fazer controle de legalidade dos atos administrativo, não ultrapassando o espaço de discricionariedade da Administração Pública que é garantido pela separação dos poderes. Então, quando diante de uma atuação estatal que não cumpre a indisponibilidade do interesse público, requerer que o judiciário interfira na garantia deste é uma possibilidade necessária num estado democrático de direito. É importante para o cidadão que se tenha a possibilidade deste controle de legalidade para assegurar que se busque tutela jurisdicional quando diante da sua ausência. “Refutar a natureza jurídica do conceito de interesse público implica, isso sim, fragilizar o cidadão perante o Poder Público” (HACHEM, 2011. p. 138a).

Do princípio da indisponibilidade do interesse público derivam as garantias ao cidadão de que o interesse da coletividade realmente terá que ser norteador da Administração Pública, e disto decorrem os demais princípios que constituem, como desdobramento, e foram constitucionalizados pela Constituição da República, a exemplo da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência apresentadas no caput do seu art. 37 (HACHEM, 2011. p. 98a). Diante desta estrutura, resta saber se a Fazenda Pública consegue garantir que a indisponibilidade do interesse público seja mantida em todos os seus espaços de atuação, incluindo jurisdicional e quais seriam as consequências da quebra deste paradigma a real concretude da sua atuação universal e efetiva na garantia dos direitos fundamentais.

4.2.2 Princípio da legalidade administrativa (estrita).

O princípio da legalidade é um dos principais baluartes do direito administrativo e da atuação estatal, decorrente do estado democrático de direito. Pode ser visto sob a ótica do cidadão, enquanto limitador do estado e deste último na compreensão do seu poder de polícia, autotutela e restrições possibilitadas pelo art. 5º, II da Constituição da República²⁹, confirmando o poder de organização social dado ao Estado. “O princípio da legalidade

²⁹ Art. 5º, II, CRFB: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

administrativa determina, portanto, que os administrados somente poderão ser obrigados a fazer (ou proibidos de não fazer) ou deixar de fazer (ou proibidos de fazer) junto à Administração Pública, sem seu consentimento, caso lei adequada assim o determine” (FRANÇA, 2014, p. 10).

As restrições impostas aos cidadãos precisam cumprir a função regulatória e precisam garantir que estes consigam acessar os seus direitos fundamentais, com restrições apenas motivadas. Por isto, é necessária uma atuação pautada na razoabilidade e proporcionalidade e que seja esperada e compatível com valores determinados e não a uma vontade instável dele. “Daí um sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder contido nessa concepção do princípio da legalidade administrativa” (MEDAUR, 1996, p. 138). Quando se fala em limitação do poder do Estado, o princípio da legalidade é um dos mecanismos centrais, com previsibilidade e comedimento.

Por outro lado, determina que o Estado apenas atue quando autorizado por lei. Diferentemente do particular que pode fazer o que não é proibido. Se existe previsão legal, a Fazenda Pública atua, não havendo, esta não poderia atuar. É uma condição que envolve o positivismo, não mais dominante na ordem jurídica, sendo ele forma de garantir que ela não deixe de observar o interesse público em suas ações, nem de surpreender com decisões que não sejam previamente determinadas, o que garante certa segurança, mas, ao mesmo tempo, burocratiza sua atuação, o que pode causar prejuízo a necessidade de uma resposta rápida e efetiva decorrente de uma situação inesperada.

Mas o que se entende por legalidade no âmbito da Administração Pública, onde só é permitido fazer o que a lei autoriza, permite a expressa ou implícita, conforme o modo de atuação do legislador na disciplina da atividade administrativa do Estado. A expressa contém os limites e a forma permitida, mas, no caso da autorização implícita, é imperativo que a lei estabeleça os postulados que deverão ser seguidos pela Administração Pública, ou seja, os limites da permissão e hipóteses, uma vez que não pode estar absolutamente nas mãos do gestor público. (FRANÇA, 2014, p. 10). O cidadão precisa saber previamente o que o Estado pode ou não fazer para que não seja surpreendido, além da necessidade da existência dos mecanismos de controle da atuação pública.

Entender a necessidade da segurança jurídica é imprescindível, principalmente no sentido de assegurar a ordem social e determinar as políticas públicas necessárias decorrentes da concretização das normas constitucionais, nesta perspectiva o princípio da legalidade norteia não apenas as ações estatais, mas, principalmente, as suas finalidades. É importante

destacar que a segurança jurídica deve ser observada do ponto de vista do indivíduo e não do Estado (RAMOS, 2012, p. 416), por isto é uma proteção ao cidadão, sendo forma de limitação do poder estatal em relação a estes, visto que nesta relação existe um desequilíbrio enorme de forças.

Este princípio, que se origina do direito administrativo, considera, obviamente, que a Administração Pública faz parte do Estado de Direito e precisa, portanto, se personificar a ideia de *proteção aos direitos individuais* diante do Estado, e é esta a condição que serve de fundamento ao princípio da legalidade. Mas não apenas isto, também da necessidade de *satisfação de interesses públicos e*, neste ponto, determina a necessidade de prerrogativas da Administração Pública, a exemplo do poder de polícia que pode limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo, em situações específica e motivadas.

A legalidade, pois, é quem atribui poderes à Administração, e mesmo ao que se convencionou chamar de Poder Público, pouco importando a origem da expressão. O feixe de potestades que o ordenamento impinge singularmente à Administração e que lhe contorna com ares de Poder Público, convertidas ao plano jurídico, é justamente o que sustenta a supremacia dos interesses naquela situação quando encerrados sobre a esfera dos particulares. A legalidade, então, definindo os poderes da Administração. Circunscreve, da mesma forma, seu exercício. (SANTOS NETO, 2004, p. 68-69).

O princípio da legalidade foi o primeiro elencado no art. 37 da Constituição da República e se tornou o mote mais importante da sua atuação (ou não), sempre pautando as omissões pela ausência da disposição legal. Aqui se fala em lei no sentido estrito, ou seja, as existências de um diploma legal que determine a prática daquele ato administrativo e não a “mera” obrigatoriedade de efetivação de um direito fundamental. “Sem a previsão expressa de lei formal, não se aceitava a atuação da Administração, ainda que para concretizar comandos constitucionais veiculadores de direitos fundamentais” (HACHEM, 2014. p. 42). Quando diante de direitos de primeira geração, onde a atuação estatal é de garantia, pouco impacto representa, mas na concretização de direitos prestacionais (sociais), onde se faz necessária uma atuação do Estado de fato, a legalidade estrita parece um problema quase sem solução.

Salienta Gisela Godin Ramos que o princípio da legalidade administrativa não está assentado no legalismo formal exclusivamente, mas, principalmente, em bases valorativas que “o coloca em estado de sujeição absoluta aos preceitos fundamentais norteadores do ordenamento constitucional” (2012, p. 477). Ou seja, tem que unir a previsão legal a previsão

axiológica presente no corpo da Constituição da República. “O sentido do princípio da legalidade não se exaure com o significado de habitação legal (...). Administração, no desempenho de suas atividades, tem o dever de respeitar todas as normas do ordenamento” (MEDAUAR, 2018, p. 118).

Assim, percebe-se uma mudança paradigmática do entendimento a respeito da extensão da legalidade no âmbito administrativo, proveniente, em grande parte da necessidade de confirmação do próprio estado democrático de direito. Se antes o estado de direito restringia a legalidade a uma mera previsão legal, hoje isto deve ser associado a concretização dos direitos fundamentais. Continua havendo a exigência de leis autorizativas para a atuação administrativa, mas a constitucionalização do direito pede que este instrumento legal seja considerado e efetivado, sendo um mandamento a todos os que estão sob o manto dela, incluindo a Administração Pública. Isto, porém, preferencialmente, deve estar *pari passu* com leis específicas que prevejam ações e políticas públicas necessárias a uma melhor atuação do Estado no sentido de realizar todos o núcleo essencial da Constituição da República que incluem seus fundamentos, objetivos e direitos fundamentais.

A função administrativa, limitada por esta legalidade estrita, conceitua-se como uma atividade de “mera execução”, pois o texto legislativo é o seu fundamento de legitimidade. Esta distinção tem cada vez menos sentido para o Estado de Direito contemporâneo, mas foi importante para que fosse possível a modernidade separar a idéia originária de um Estado do Direito da idéia “revolucionária” de um Estado de Direito. O Estado do Direito retrata a visão formal do Direito, ou seja, preocupa-se em afirmar um sistema jurídico que seja formalmente garantidor da previsibilidade jurídica a partir da idéia de uma lei que submeta também os governantes. Já o Estado de Direito vai além, pois estabelece um conjunto de direitos e liberdades que não se restringem ao aspecto formal-negativo, mas avançam rumo à positividade da ação estatal garantística, ampliando a esfera subjetiva das pessoas. (GABARDO, 2009, p. 73)

Por ser a Constituição da República base das leis, é notório que elas precisem atender as expectativas e finalidades daquela. Ainda assim, e apesar disto, as leis são feitas pelo Poder Legislativo que é renovado (ou não) a cada quatro anos e que legisla sob uma atuação política que é partidária e ideológica. Assim, a atuação da Administração Pública fica atribuída a este grupo que, em nome da representação popular, escolhe quais as possibilidades permitidas e quais políticas públicas serão priorizadas, incluindo a destinação orçamentaria para este fim. Sobre este assunto, considerando o sistema de freios e contrapesos, os poderes podem e devem controlar a atuação uns dos outros, assim, decisões que não sejam compatíveis com as previsões constitucionais, ainda que políticas devam ser rechaçada pelos demais poderes,

através do controle possível previsto na própria Constituição da República. Portanto, se faz imprescindível compreender a legalidade administrativa de forma a englobar a finalidade pública da sua atuação, uma vez que se torna possível o controle jurisdicional quando da sua desconformidade.

Considerando todos estes pontos relevantes, é perceptível que a Fazenda Pública tem limites preestabelecidos quando em juízo. A previsão da possibilidade de transação no processo judicial é importante, mas depende de outros meios legais para permitir a conciliação no caso concreto. Considerando a perspectiva que atenta a preferência na resolução dos conflitos pelas partes, base fundamental dos juizados especiais brasileiros, de todos os segmentos, parece deslocado quando diante das lides que envolvem a Administração Pública, principalmente no âmbito dos Tribunais de Justiça, uma vez que envolvem entes diferentes e autônomos, e este fundamento não pode ser desconsiderado.

4.2.3 Princípio da impessoalidade.

O princípio da impessoalidade é decorrente do princípio da igualdade/isonomia apresentado no caput do art. 5º da Constituição da República. “Significa, de modo geral, que o poder público deve a todo e qualquer cidadão o mesmo tratamento, vedando-lhe quaisquer ações/omissões que caracterizem o estabelecimento de privilégios, ou impliquem em perseguições a esta ou aquela pessoa, física ou jurídica” (RAMOS, 2012, p. 478). Assim, o Estado não pode administrar para um ou outro, mas para toda a coletividade, não podendo haver tratamento que não seja igual, salvo quando necessária uma política discriminatória, a fim de acesso a direitos de um grupo específico com sujeitos indefinidos.

Isto porque o Estado tem como função gerir o interesse da coletividade e aos indivíduos de forma universalizada, não podendo utilizar de seus recursos para beneficiar uma pessoa ou um grupo sem que tenha uma justificativa para este ato considerando a isonomia como necessária a fim de fornecer aos desiguais, formas de alcançar a igualdade de direitos. Devem ser, portanto, despersonalizadas as ações do Estado, feitas para atender os ditames constitucionais sem determinar quem será o usufruidor, uma vez que “nem favoritismo nem perseguições são toleráveis” (MELLO, 2010, 114), e que é sua obrigação a promoção dos direitos fundamentais de forma alcançar todos os cidadãos.

Destarte, vincula a Administração ao dever de tutelar os direitos do cidadão de maneira efetiva, célere e eficaz. E impessoalidade porque essa proteção administrativa deve ser promovida de forma igualitária, sem criar privilégios para pessoas determinadas, o que gera aos órgãos e entidades públicas a incumbência de universalizar o tratamento dos indivíduos em matéria de satisfação de direitos fundamentais. (HACHEM, 2014, p. 293)

A leitura do princípio da impessoalidade deve ser analisada somado ao princípio da igualdade que consta no art. 5º, XLI da Constituição da República, que prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e com isto determina que a Administração Pública deva efetivar os direitos fundamentais, em especial os sociais, de maneira isonômica. Portanto, não é possível tratar os cidadãos de forma especial, poucas são as hipóteses onde exista um lastro subjetivo para permitir que a Fazenda Pública e o administrado conciliem em situações que não sejam absolutamente possíveis para além do processo jurisdicional. Se as partes acordam e o Estado trata o Autor da ação que tramita nos Juizados da Fazenda Pública permitindo um benefício que não seja universalizado, estaria ou não desconsiderando o princípio da impessoalidade? Esta questão precisa ser analisada, uma vez que este princípio é expressamente previsto na Constituição da República, importante para a diminuição das desigualdades e a inclusão social.

Com o princípio da impessoalidade, a Constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a ideia de que os poderes atribuídos se finalizam ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais. Em situações que dizem respeito a interesses coletivos ou difusos, a impessoalidade significa a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para que não se editem decisões movidas por preconceitos ou radicalismos de qualquer tipo. (MEDAUAR, 2018, p. 119)

O princípio da impessoalidade também se refere a quem representa o Estado uma vez que os agentes públicos o representam quando em sua função e, desta forma, agem em seu nome, não em nome próprio. Por esta razão, deve agir sempre a cumprir a finalidade da sua atuação e com boa-fé com a coisa pública³⁰, sem preferências ou tratamentos preferenciais ou discriminatórios, onde as decisões não sofram interferência das escolhas e opiniões pessoais

³⁰ Está intimamente relacionado ao princípio da moralidade administrativa que orienta a necessidade de boa-fé, onde o agente público deve ter uma relação de responsabilidade e lealdade com a coisa pública, abrangendo os seus aspectos mais intrínsecos (MARTINS, 2008).

destes agentes. As convicções políticas, religiosas, gostos pessoais e outros não devem estar envolvidos na ação de quem atua em nome do Estado.

A necessidade de garantir o princípio da impessoalidade fez com que o ordenamento jurídico criasse os institutos do impedimento e suspeição, dentre na própria lei de processo administrativo³¹, que garantem que o agente público que possui relação com o administrado possa declinar da atuação a fim de garantir que não interfira. “Os fundamentos de ambos os institutos é a parcialidade negativa (imparcialidade), no caso, possuindo essência no direito processual, que estabelece distinção entre ambos os institutos citados” (SANTOS NETO, 2004, p. 126-127). A função destas normas é, claramente, garantir que a atuação da Administração Pública seja sempre relacionada a necessidade de ação sem nenhuma interferência que não seja a garantia do interesse público.

A aproximação deste princípio constitucional com o da moralidade se dá na pessoa do agente público que deve agir em nome do estado com atendendo a boa-fé com a coisa pública. “Ninguém desconhece que a moralidade engloba um conjunto de valores considerados universalmente como dirigentes das relações sociais e da conduta dos indivíduos, tais como a honestidade, a bondade, a lealdade, etc” (RAMOS, 2012, p. 479). Todas estas características precisam existir para que o agente público atue em respeito a impessoalidade, garantindo que se haja com lisura e de forma a garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

4.2.4 Princípio da eficiência.

O texto originário da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não trazia em seu bojo o princípio da eficiência, sendo este incluído através da Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998. “Ele revela as expectativas da sociedade no sentido de que os serviços públicos sejam prestados de boa vontade, com celeridade, segurança e conforto, regularidade, pontualidade, e de modo equânime” (RAMOS, 2012, p. 482). Para além disto, pede que a atuação da Administração Pública seja de qualidade, com a finalidade de alcançar efeito desejado, dando bons resultados com o menor recurso possível. Disto decorre a necessidade que se tenha uma relação entre esforço e resultado, custo e benefício, por menos recursos financeiros (BATISTA, 2012, p. 91-93).

³¹ Art. 18 ao 21 da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999

Desta forma, o gestor público deve, tanto quanto possível, escolher os melhores meios para a conseguir o resultado pretendido e torna uma habilidade necessária ao Administrador Público para que atue dentro dos limites constitucionais, e para isto deve atuar com impessoalidade e moralidade, condicionando-a aos limites legais e a obrigação de efetivação dos direitos fundamentais, em especial os sociais. Exige um Estado otimize suas ações de maneira adequada a realizar a finalidade estabelecida na Constituição da República, principalmente considerando que se percebe eles num Estado Social Democrático que é fomentador e executor de prestações de serviços essenciais, universalizados e coletivizados.

Muitas vezes se confunde o conceito de eficiência que se relaciona aos meios com o de efetividade, associado aos fins. Esta confusão é comum na sociedade que sempre utilizou a expressão “eficiência” para denominar a efetividade estatal enquanto efetividade social, considerando a ampliação dos serviços públicos e dos direitos fundamentais, o que não é a realidade (MARCELLINO JUNIOR, 2009, p. 147). Se a eficiência é um mandamento para o gestor, a efetividade seria a manifestação externa, fática, gerada por ela, ou seja, a buscar a satisfação das necessidades do cidadão e do bem comum (BATISTA JUNIOR, 2012, p. 94). A necessidade de eficiência se torna indispensável para que se tenha maiores chances de alcançar estas duas possibilidades, em uma abordagem universalista e constitucional.

Não resta dúvida que a efetivação dos Direitos Fundamentais em parte depende do princípio da eficiência, uma vez que vivemos em um estado de desigualdades e com número expressivo de demandas sociais. Para além disto, os direitos custam, requerem recursos públicos que são limitados e se apresentam escassos em estados desiguais, onde o direito é para todos e os recursos são de todos e os melhores resultados dependem de uma atuação eficiente do Estado e o trabalho no sentido de equilibrar esta balança. Por isto, por ser de todos, deve ser distribuído de maneira a garantir a equidade na realização dos objetivos estabelecidos constitucionalmente (BATISTA JUNIOR, 2012, p. 90).

A atuação eficiente do estado talvez seja a forma que se tenha de garantir que ele consiga assumir sua posição de garantidor de direitos e a atuação deve ser em prol desta condição. Portanto, ser eficiente é uma forma da Administração Pública garantir uma atuação mais próxima a prevista na Constituição da República, principalmente considerando os objetivos e fundamentos do nosso estado democrático, que é desigual e com concentração de renda e riqueza, mas se propoe a ser solidário e social. Inevitável falar em economia e em recursos públicos neste momento, a análise econômica do direito e a própria verificação da

existência de um direito constitucional econômico se faz oportuno e necessário através da perspectiva da eficiência.

Adentrando mais ainda esta relação entre direito e economia, o que é plenamente compatível e importante, resta compreender que a efetivação de direitos depende recursos para esta finalidade e previsão orçamentaria, por isto, ultrapassa os critérios puramente jurídicos. O Estado precisa alocar haveres, disponibilizar pessoal, investir em infraestrutura e gerir plano de investimento e gestão na entrega de serviços públicos e acesso aos direitos fundamentais e, para isto, necessita de orçamento destinado a este fim, sendo indispensável, pelo menos ao Estado, que relacione a disponibilidade daqueles a existência de meios de financiamento. Portanto, ignorar esta perspectiva econômica do direito afasta a necessidade que se tem de concretização da norma, o que se traduz na eficácia social.

A eficiência de qualquer sistema de normas legais exige o balanceamento de três dos custos principais:

- os custos da concepção e da implantação dos padrões legais (os custos da produção das normas);
- os custos de fazer com que os padrões sejam obedecidos;
- os custos que as normas impõem às atividades regulamentadas.

Um sistema “eficiente” de cumprimento das normas é aquele que minimiza a soma dos três custos, recém-mencionados, mais as perdas sociais criadas pela regulamentação. (VELJANOVSKI, 1994, p. 103)

O princípio da eficiência não está limitado a questão financeira, mas requer a inclusão desta vertente na verificação do acesso a direitos e a própria justiça, como se pretende dialogar nesta tese. Considerando que ele se relaciona como uma boa administração, produtividade, maximização de riqueza, se verifica a proximidade dele a interseção entre direito e economia e aos conceitos voltados a análise econômica do direito (MARCELLINO JUNIOR, 2009, p. 195). A interdisciplinaridade necessária ao direito, e já trabalhada no primeiro capítulo, aqui se faz presente. “O princípio da eficiência, em sua concepção moderna, representa a preocupação em fundir conceitos de Economia ao Direito, a partir do movimento conhecido como “análise econômica do direito” (DIAS, 2009, p. 109).

Somente para não restar dúvidas, a eficiência, mesmo relacionada a produtividade e a maximização de riqueza, não existe para a Administração Pública separada dos demais princípios administrativos, pelo contrário, deve sempre ser pensada e relacionada a eles. A

ausência de qualquer deles incorre em ilegalidade possível de controle jurisdicional. Então, numa sociedade de escassez e desigualdade, esta eficiência exige que os recursos sejam alocados de forma ainda mais técnica pois vivemos em situação de ausência de direitos latente, ou seja, precisaria de gestores ainda mais atentos a garantia do que Onofre Alves Batista Junior entende por maximização dos resultados com a minimização do emprego desses recursos escassos (2012, p. 183).

Seria uma sociedade de desigualdade social como a brasileira que demanda uma necessidade de efetivação do princípio da eficiência de forma ainda mais “eficiente”, ou seja, os recursos deverão ser aplicados de forma onde se possa atender a maior quantidade de direitos necessários e possíveis. Isto se relaciona a existência de recursos e a melhor alocação deles, e, claro, depende de uma gestão também eficiente, ou seja, conseguir atender a maior quantidade de direitos possíveis com os recursos que tem. “Dizer que se gasta muito e se obtém pouco é uma maneira mais gentil de dizer que milhares, talvez milhões de pessoas são privados de serviços básicos não por carência de recursos, mas por má alocação.” (AMARAL, 2001, p. 157)

Enfatiza-se também que o tempo é um elemento importante nesta equação, por isto o custo e o benefício que, inevitavelmente, se relaciona a questão temporal, na garantia de que seja feito com celeridade. O grau de satisfação de um serviço público também pode, e deve, ser considerado não apenas pelo acesso a ele em um dispendio de um reduzido custo financeiro, mas também no menor tempo possível. Mas vale ressaltar que a celeridade, como já dito algumas vezes, não pode acontecer às custas de ausência de justiça ou afastamento do devido processo legal. Deve ser somado, acrescido, esperado, e desta forma agir com a eficiência em seu maior grau.

4.3 ATOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS E SUAS LIMITAÇÕES A TRANSAÇÃO JUDICIAL PELA FAZENDA PÚBLICA.

Os atos administrativos, por sua natureza, e em decorrência dos princípios constitucionais, possuem características específicas de presunção de legitimidade, executoriedade, imperatividade e exigibilidade, acaba por limitar a própria atuação da Administração Pública, não permitindo que esta possa agir de forma incondicional, ainda que em atos discricionários. Principalmente os que são produzidos por servidores que atuam

dentro de competências determinadas por lei sem a possibilidade de extrapolação destas, sob pena de responsabilidade pessoal deste.

Para a compreensão da discricionariedade e vinculação dos atos administrativos é importante reiterar a o entendimento dos princípios administrativos anteriormente tratados, principalmente o da legalidade, que está presente nos vinculados de forma clara e nos discricionários dando os seus limites. O fato de serem discricionários alguns atos não possibilitam uma atuação irrestrita dos seus agentes que não podem deixar de observar o que prevê a lei e nem, tão pouco, os princípios administrativos constitucionais. Esta obrigatoriedade atinge os dois tipos de ato, sem exceção, tendo como diferença latente o fato de a Administração Pública possuir margem de escolha (nos limites previstos) ou não.

De forma simples, os atos vinculados determinam que o Estado deve agir exatamente o que a lei prevê em determinada situação, ou seja, havendo os requisitos trazidos em norma, a Administração Pública deve cumprir o previsto em lei. “Atos administrativos vinculados são aqueles editados sem margem de escolha, pois a legislação já predetermina o seu teor, se atendidas as especificações aí fixadas” (MEDAUAR, 2018, p. 145). Eles são objetivos e previsíveis, necessitando que exista os requisitos e a Administração Pública imediatamente possui a solução ou a resposta.

A lei, ao regular as várias possíveis situações e ocorrerem no mundo real, pode disciplinar a conduta do agente público estabelecendo de antemão e em termos estritamente objetivos, aferíveis objetivamente, quais as situações de fato que ensejarão o exercício de uma dada conduta e determinando, em seguida, de modo completo, qual o comportamento único que, perante aquela situação de fato, tem que ser obrigatoriamente tomado pelo agente. (MELLO, 2010, p. 16)

Os discricionários são os atos onde o administrador tem uma margem de escolha, mas ela se dá, obviamente, dentro da lei uma vez que a Administração Pública só pode agir se existir previsão legal. “Assim, atos administrativos discricionários são aqueles resultantes de alguma escolha efetuada pela autoridade administrativa” (MEDAUAR, 2018, p. 145). Para Celso de Antônio Bandeira de Mello seriam discricionários “porque cabe interferência de um juízo subjetivo do administrador” (2010, p. 17), mas sempre de forma a agir com a finalidade pretendida e a garantia da uma atuação nos limites constitucionais e legais.

Na hipótese de ato discricionário, este é condicionado ao atendimento ao interesse público, com a exigência do exame de conveniência e oportunidade, escolhendo a hipótese

que contenha o melhor aproveitamento do interesse público. Portanto, não se espera, nem prevê, uma escolha ampla, sem critérios, uma vez que o agente público não dispõe de todas as opções possíveis, e sim as permitidas e, somente, as que garantem o interesse público, com razoabilidade e proporcionalidade. Mais que isto, os atos discricionários precisam respeitar os princípios constitucionais, tanto os explícitos e quanto os implícitos, que funcionam como padrões de otimização (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 235).

“Na tomada das decisões administrativas, o Estado Constitucional precisa zelar pelo isento dever de oferecer legítimas e boas razões de fato e de direito” (FREITAS, 2009, p. 20), o que impede que o ato discricionário deixe de observar o princípio da legalidade, assumindo que este deva estar condicionado aos limites dados pela Carta Política. O controle dos atos, ainda que discricionários se baseia, quase que de forma unanime, na legalidade, ou seja, permite que o Poder Judiciário analise se este ato está ou não nos limites legais. Porém, para além disto, importante que se analise observando os demais critérios constitucionais, em especial a eficiência.

O Estado Constitucional, numa de suas expressivas dimensões, pode ser traduzido como o Estado das escolhas administrativas legítimas. Assim, considerado, nele não se admite a discricionariade pura, infantil, sem limites. Em outras palavras, impõe-se controlar (ou ao menos mitigar) os contumazes vícios forjados pelo excesso degradante, pelos desvios ímprobos ou pela omissão desidiosa. (FREITAS, 2009, p. 10)

Celso Antônio Bandeira de Mello chama a atenção para o fato de que aparentemente a existência de outorga da discricionariade dá ao agente público falsa sensação de poder, uma vez que se supõe que estaria diante de escolhas livres, o que não é o caso, mas sim deve fazer a melhor escolha (2010, p. 15-16). Diferentemente do que se observa, as pessoas que atuam em cargos que possuem a prerrogativa de agir com discricionariade são as que mais precisam estar atentas as obrigações inerentes a posição que ocupa como garantir que seus atos sejam absolutamente determinados pelo interesse público e a eficiência para que se consiga atingir o fim público da melhor forma possível.

Não apenas eficiência, mas os demais princípios precisam ser base de apoio as escolhas estatais que devem ser pautadas, para além das constitucionalmente expressas, na indisponibilidade do interesse público como também na razoabilidade e proporcionalidade. Este juízo de valor relacionado a obrigatoriedade da tomada da melhor decisão nesta condição

de gestor, ou até mesmo agente público, sob pena de incorrer em responsabilização pessoal, nos âmbitos administrativo, penal ou cível, ou até mesmo em todos eles dependendo da conduta e, por causa de isto decorrer sanções nas três naturezas apresentadas.

Os agentes públicos precisam agir na garantia do interesse público e suas prerrogativas existem com este objetivo, e em concomitância com todos os princípios norteadores da Administração Pública. “O Estado Democrático de Direito de desiderato social exige o equilíbrio entre o eficientismo e o garantismo, e daí, ao mesmo tempo que se flexibiliza, em prol da eficiência, o controle se enrijece, em defesa da segurança” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 245). A discricionariedade, como já dito, não dispensa a legalidade, moralidade, impessoalidade e a consequência da atuação nestes limites remete a uma escolha que seja flexível muito mais pela necessidade de acomodação a realidades distintas, forma encontrada para garantir que seja sempre feita a melhor escolha para a Administração Pública e para a sociedade a qual ela atua em defesa.

“Enfim, é a própria legalidade o fundamento da discricionariedade que, diante do quadro cambiante da realidade, prudentemente, remete a AP³² uma margem de escolha para a adequação das soluções à realidade mutante” (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 243). Então não se pode entender a atuação administrativa livre, como se fosse uma atuação de um cidadão que possui a possibilidade de agir de forma livre e desembaraçada quando não existe lei proibitiva. Esta diferença ocorre, em grande parte pelo fato que a discricionariedade está relacionada ao meio e não ao fim do ato administrativo, da escolha política. Aliás, a atuação do Estado em todas suas frentes pede o respeito aos objetivos e fundamentos da República, bem como aos direitos e garantias fundamentais, sempre pensando no bem comum.

4.3.1 Limites legais dos atos administrativos. Relativização na transação judicial?

Os atos administrativos são limitados aos princípios constitucionais da Administração Pública e as normas infraconstitucionais, necessários a garantir que ela atue sem abusos, com razoabilidade e proporcionalidade. O Estado democrático de direito depende desta limitação para garantir que, efetivamente, que a democracia pretendida seja possível, incluindo a divisão dos poderes com a separação de quem faz as normas, de quem as executa e os que julgam, garantindo que nenhum destes possuem poder absoluto. Mas, por sua condição de

³² Administração Pública.

“controlador social” possui, por obvio prerrogativas e privilégios, que também desembocam em limitações ao exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo.

Disto decorre que a Administração Pública é da mesma forma inibida, no exercício de sua função administrativa, de invadir o espaço reservado à lei, com também lhe é vedado de, por atos de qualquer natureza, fazer imposições ou concessões que afetem a esfera dos direitos dos particulares administrados por sua gestão efetiva. (SANTOS NETO, 2004, p. 59)

A atuação da Administração Pública, portanto, depende de uma previsão legal e da verificação da existência da impessoalidade e moralidade por parte do agente público e a possibilidade de acesso aos direitos, serviços públicos e qualquer ação que esteja disponível para os administrados sem preferências ou discriminações. Para tanto, o ordenamento jurídico, que é constitucionalista e democrático em sua essência, é definido em bases concretas para este controle, principalmente a legalidade para suas ações, o que não pode ser relativizado sem uma previsão estrita em lei. Como já assinalado, a discricionariedade dos atos administrativos pede que se tenha uma previsão expressa e depende da conformidade com os princípios constitucionais determinados.

Esta discussão precisa ser ventilada considerando a autorização dada pela Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009, que será amplamente discutida no próximo capítulo, que estabelece a possibilidade de a Fazenda Pública transacionar em processos que tramitam nos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Considerando esta premissa, a existência desta previsão legal isentaria o Poder Público de agir conforme estes princípios administrativos acima tratados? Poderia haver alguma diferenciação entre as limitações em ações administrativas com as judiciais em relação a estes limites?

Importante assinalar que a permissão legal para transacionar não apresenta as hipóteses permitidas, ou seja, precisam de uma lei que diga o que pode ou não pode conciliar. Portanto, previamente já se teria a informação sobre a possibilidade ou não de acordo e eles não podem ser restritos a um processo judicial sob pena de ferir a impessoalidade e a universalidade necessária ao acesso a direitos fundamentais e políticas públicas. Não seria possível condicionar a possibilidade de conciliação apenas no âmbito judiciário, uma vez que exigiria uma conduta previa e nem sempre acessível aos cidadãos e assim contrariaria os próprios ditames constitucionais.

Chama-se atenção para o fato da norma que prevê a transação da Fazenda Pública no âmbito dos Juizados Especiais é ineficaz se não existir outras normas que autorizem expressamente os limites desta transação, ou seja, nada vale se não já for permitido por lei. Qualquer transação permitida poderia, por óbvio, acontecer nas Varas da Fazenda Pública ou na própria Administração Pública, não valendo, na prática, como motivo para figurar como uma alternativa inovadora e garantidora de finalidade pretendida quando da apresentação do projeto de lei, que veremos no próximo capítulo.

Este impedimento decorre da ausência de lei, apesar de haver lei autorizativa de transação, pode não existir uma que trate da disciplina tratada nos autos do processo, devendo, por que razão ser analisada pelo agente público que tem poderes para atuar. Observando o previsto na própria Constituição da República, pode, porém, este responder pessoalmente pelas ações e omissões, o que impede, mais uma vez, que esta previsão legal seja cumprida de forma irrestrita. Ainda diante da necessidade de eficiência da Administração Pública, que permite uma certa flexibilização da legalidade, o receio real de sanções para os agentes públicos é um impeditivo para a ocorrência da transação judicial envolvendo a Fazenda Pública.

4.3.2 Responsabilidade do servidor público

Os agentes públicos possuem prerrogativas por sua condição, mas também proibições e quando não cumpridas geram como consequência a responsabilidade dos servidores, que pode ocorrer em três searas: administrativa, cível e criminal. “É possível que a mesma conduta configure infração administrativa, acarrete dano à Administração e seja tipificada como crime. Neste caso, o servidor arcará com as consequências da responsabilidade administrativa, civil e criminal, pois as três têm fundamento e natureza diversos” (MEDAUAR, 2019, p. 303). São processos distintos e ocorrem em juízos distintos, podendo a conduta se ater apenas uma delas, ou em concomitância.

A primeira, responsabilização administrativa, é julgada pela própria Administração Pública, mediante processo administrativo disciplinar, com as sanções possíveis aplicadas de acordo com a gravidade e previsão legal. Caso de dano causado por agente, por ação ou omissão, de forma dolosa ou culposa, à Administração, será responsabilizado civilmente, que após os tramites administrativos será julgado pelo Poder Judiciário. A última opção se refere a

responsabilidade penal, “se a conduta inadequada do agente afeta, de modo imediato, a sociedade e vem caracterizada pelo ordenamento como crime funcional[...]” (MEDAUAR, 2019, p. 303), o agente público deverá sofrer sanções penais, que será apurada mediante processo penal também no Poder Judiciário.

A gravidade da infração cometida pelo servidor tem relação direta com os danos que dela provenham para o serviço público, uma vez que tentativas infracionais de que não redundem prejuízos para a Administração não podem, evidentemente, ser penalizadas com a mesma virulência que aquelas exitosas, as quais efetivamente a lesaram. (RIGOLIN, 2012, p. 317)

As gradações e possibilidades são inúmeras, principalmente considerando a necessidade de obrigatoriedade de se ter a legalidade estrita como base de toda ação do agente público. Mais que isto, salvo condutas tipificadas de forma objetiva, as relacionadas aos princípios administrativos e a própria boa-fé são indeterminadas para se concluir pela responsabilização ou não dela e qual seria a medida. Para além disto, a agente público cumula a obrigatoriedade de cumprir com o princípio da legalidade e perseguir os fins do Estado de promoção de políticas públicas com eficiência. Num conflito entre eles, qual seria a medida de equilíbrio e como se daria a sopesamento e qual deles deveria prevalecer, considerando a possibilidade de uma responsabilização pessoal deste agente? São respostas necessárias para se partir para qualquer discussão a este respeito.

Existem também diferentes responsabilidades e autonomias, dependendo do agente público, da função que exerce. Uma atividade fim, com poderes de gestão autoriza certas decisões que um agente público de atividade meio ou executiva teria. Esta discussão tem pertinência aqui pois a discussão trata da possibilidade ou não de transação judicial de agentes que são servidores públicos que exercem a função de advogado do ente. No caso dos Juizados da Fazenda Pública estes agentes públicos seriam advogados públicos que constam no rol das funções essenciais à justiça previstas na Constituição da República. Por esta razão, teriam eles prerrogativas e atribuições específicas e, portanto, responsabilidades específicas, possuindo dever de atuação considerando a justiça, o que permitiria mais flexibilidade.

Em tese, teriam prerrogativas e que poderiam, a princípio, autorizar a ações especiais por serem também função essencial à justiça. Pela definição trabalhada nesta tese, justiça como finalidade e não como procedimento, poderia agir a garanti-la no caso concreto e,

desta forma agir com mais autonomia, principalmente por sua função constitucional. Talvez este seja o maior problema no estudo do direito, o “dever ser” não se concretiza e as pesquisas jurídicas acabam por esquecer que a existência de uma norma não se torna sua efetivação uma certeza. Analisar os percalços que impedem que os direitos, e a própria justiça, sejam efetivados é importante para que se encontre formas alternativas ou, até mesmo, sejam identificados os problemas que impedem que as finalidades públicas se tornem realizadas, não sendo apenas a intenção mola mestra de qualquer questão que envolva disciplinas jurídicas.

O dever ser jurídico e a correspondência fática parece ser, mais uma vez, o entrave desta discussão, uma vez que, por todas as razões já trazidas neste capítulo, resta claro que a transação entre a Fazenda Pública no âmbito dos Juizados Especiais parece prejudicada uma vez que necessária a previsão legal específica, sob pena de responsabilização do agente público, o que gera uma ausência de efetividade desta norma. A existência de autorização na Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009 poderia figurar autorização para que o agente público transacionasse, mas, de fato, sem uma lei específica que permita a composição em determinada matéria, dificilmente um agente público iria assumir o risco de ser responsabilizado por eventual prejuízo, a exemplo do previsto no art. 37, § 6º da Constituição da República³³.

³³ Art. 37 § 6º da CRFB: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

5 JUIZADOS DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAIS

A estrutura do poder judiciário é constituída com a finalidade de atender as diferentes demandas e, com elas, suas peculiaridades, de forma a garantir o acesso à justiça. Como já discutido no capítulo anterior o que se espera do acesso à justiça é a plenitude deste direito, sua dimensão material, não apenas sua acepção no aspecto formal. Dentre as diversas ações práticas pensadas com este intuito, uma das formas escolhidas seria a especialização dos juízos, que tratem de disciplinas próprias, criação de comarcas para serviços que aproximem o cidadão do judiciário, procedimentos especiais e que sejam compatíveis com as demandas, dentre outros, com o objetivo de se tornar mais acessível o Poder Judiciário e, conseqüentemente, se realizar os direitos fundamentais que se tutela.

O início desta mudança ocorreu com a instituição do Programa Nacional de Desburocratização em 1979, através do Decreto nº 83.740 de 18 de julho de 1979, que tinha como objetivo “dinamizar e simplificar o funcionamento da Administração Pública Federal”³⁴ e com isto estudava ideias com o objetivo da eliminação da burocracia desnecessária para a melhora do desempenho do Estado, e assim que conseguisse economizar com economia de tempo e dinheiro. E este olhar passou a ser estendido para outros poderes e outras formas de aproximar o Estado do povo e melhor servi-lo.

A criação, por leis, de juzizados especializados aparece como uma tentativa de consolidar de uma forma mais precisa, objetiva e menos burocrática de enfrentamento das demandas escolhidas de menor valor. A criação dos juzizados de pequenas causas, através da lei nº 7.244 de 07 de novembro de 1984, antes da Constituição da República vigente, foi o início de um pensamento mais aproximativo entre este poder e a população, nas demandas consideradas de baixa complexidade consideradas através do seu reduzido valor econômico, por entender inadequada a forma que estas demandas eram tratadas pelo judiciário.

(...) na inadequação da atual estrutura do Judiciário para a solução dos conflitos que a ele já afluem; na concepção clássica de litígios individuais; no tratamento legislativo insuficiente, tanto no plano material como no processual; nos conflitos coletivos ou difusos que, à época, não dispunham de tutela jurisdicional específica, no tratamento processual inadequado das causas de

³⁴ Texto do Decreto nº 83.740 de 18 de julho de 1979: -Art. 1º - Fica instituído o Programa Nacional de Desburocratização, destinado a dinamizar e simplificar o funcionamento da Administração Pública Federal.

reduzido valor econômico e consequente inaptidão do Judiciário para a solução menos dispendiosa e rápida desta espécie de controvérsia.³⁵

A proposta partia do pressuposto de se ter menos despesa para o Estado nas ações de baixo valor da causa, pois estas eram extremamente dispendiosas e o proveito econômico não compensava, principalmente por muitas delas não possuir custas pela gratuidade da justiça. Além disto, também se fazia urgente ter uma forma mais simples para que a população, receosa de procurar o Poder Judiciário, conseguisse acessar este de forma barata, rápida e eficaz, precisando de uma simplificação do procedimento.

A promulgação da Constituição da República em 1988 trouxe a previsão expressa no art. 98 da criação de juizados especiais para o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo. Estes juizados tiveram o condão de combinar dois regimes tradicionais de conflito usualmente deferidos: o extrajudicial, através da conciliação e arbitragem, com o judicial quando não resolvido através das demais opções. Esta tentativa de aproximação do judiciário a população, principalmente mais carente, aconteceu pautado numa maior interação entre estes agentes e se exigia um espaço simplificado.

Neste norte, há uma proposição, numa ótica cappellettiana de justiça coexistencial, de adjunção de mecanismos de participação popular, com valorização de cias alternativas de solução de conflitos, dentre os quais sobreleva a conciliação, a arbitragem e a participação do juiz privado (juiz leigo). Em contrapartida, a ordem jurídica e suas respectivas instituições são entendidas não mais na diretriz do Estado, que administra a justiça, mas pela visão de seus consumidores, ou seja, seus destinatários. (ABREU, 2008, p.191)

Esta perspectiva de adequação apresentava como forma de alinhamento do Poder Judiciário com a comunidade entendendo a distância existente entre eles (e ainda tem), na própria estrutura em que o sistema judicial é construído, não como parte da sociedade, mas como ente superior a ela que detinha o poder de alterá-la. Para além disto, esta proposta acabaria por reverter o protagonismo do Estado dando as partes da lide esta função, e, consequentemente, transferia, em certa medida, a responsabilidade da resolução da questão para as partes que passam a negociar, com a chancela estatal, e, preferencialmente, a resolveriam.

³⁵ Trecho da Exposição de motivos da lei n° 7.244. de 7 de novembro de. 1984.

Estabelecia, através destes juizados, uma política pública de acesso à justiça inclusiva. Após esta fase inicial onde surgiram os “juizados de pequenas causas”, determinando que, de fato, espaços jurisdicionais que fossem exclusivos para demandas específicas e que tivessem uma estrutura e procedimentos igualmente específicos seriam uma boa forma de garantir o acesso à justiça, resolvendo estas lides de forma satisfatória.

Pensando na ampliação do alcance destes juizados, estabelecendo uma nova leitura sobre o assunto, surgiu o projeto de lei nº 7.087 de 2006 e autoria do Senador Antônio Carlos Valadares. Tramitou por três anos e teve como foco principal a celeridade e acesso à justiça quando em demandas de menor complexidade, o que estenderia o alcance destes juizados de pequenas causas já estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro. Na justificação da apresentação do projeto de lei em questão foi arguido após dez anos que já estava vigendo a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), não restava dúvida que existia avanços na "viabilização, de forma rápida e gratuita, de obtenção da prestação jurisdicional, facilitando, sobremaneira, o exercício da cidadania pela sociedade em geral, sobretudo pela parcela mais carente da população" (RELATORIO E JUSTIFICAÇÃO DO PL N 7087/2006).

Percebe-se, portanto, que o objetivo era agregar celeridade e gratuidade do acesso à justiça em demandas de baixa complexidade, o que incluiria estas atividades a população mais carente, neste ponto temos alguns pontos cruciais para a construção e efetivação destes Juizados que pressupõe demandas deste tipo para que se tenha facilidade de acesso à justiça. A boa recepção e relação custo-benefício destas novas estruturas do Poder Judiciário foram fundamentais para a sua ampliação.

Os Juizados Especiais Da Fazenda Pública, surgem como caminho natural nesta perspectiva mais simplificadora do acesso à justiça em seu aspecto formal/estrutural. Eles foram criados através da lei n 12.153 de 22 de dezembro de 2009 com a ser órgão jurisdicional responsável pelas ações em que a Fazenda Pública Estadual e Municipal fossem partes, nas causas de sua competência, previstas no art. 2º em que a limita em processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários-mínimos.

Copiando boa parte do previsto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, inclusive a usando de forma subsidiária, criou uma estrutura específica para atender as demandas envolvendo os entes públicos estatuais pertencentes a administração pública direta e indireta,

mas, em parte, não observando as peculiaridades da Fazenda Pública, o que ensejou críticas que serão traçadas ao longo desta tese.

5.1 O SURGIMENTO DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA E A TENTATIVA DE CELERIDADE E SIMPLIFICAÇÃO DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO.

Como já visto no capítulo anterior, os problemas estruturais e sociais acabavam afastando o Poder Judiciário da população, sendo bem verdade que o Estado como um todo nunca foi próximo do povo, ainda em um estado democrático que, em regra, teriam seus governantes representação dos seus eleitores, por isto a necessidade de políticas públicas com esta intenção. Conhecer a lei que trata dos juizados e a motivação para sua criação é um dos pontos de partida para a compreensão dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Como eles decorreram dos juizados especiais cíveis, que por sua vez são construídos a partir dos juizados de pequenas causas, fica nítido que a espinha dorsal de todos estes órgãos jurisdicionais é a mesma e a estrutura pensada para efetivá-los decorre de uma base principiológica que está intimamente ligada a celeridade, conciliação, transação e menor complexidade.

Esta aproximação do Poder Judiciário com o povo é um movimento decorrente da própria democracia, mas também de uma cultura da conciliação, onde as partes assumiriam a responsabilidade por suas lides e o estado apenas intermediaria caso necessário fosse. A justiça estaria numa escolha conjunta e não na imposição legal, sem qualquer reflexão social. Mas é um processo, e como tal, possuem fases que envolvem também uma mudança política e de valores, além do protagonismo da sociedade, tomando as rédeas das escolhas oriundas do poder que emana do povo. Nesta toada, por obvio, o acesso à justiça está incluído, respeitando uma mudança de paradigmas sociais, observado num estado democrático de direito participativo, como já tratado no capítulo anterior. Então, pela própria necessidade de acesso à justiça (formal e principalmente material), junto com uma estrutura que tem na cidadania e nos direitos fundamentais o seu alicerce, nada mais esperado que alterações na própria disposição jurisdicional a alcançar os fins pretendidos pela Constituição da República, numa perspectiva organizacional.

Sobre alterações na estrutura do Poder Judiciário, Cappelletti e Garth (1988) apresentaram soluções práticas para os problemas de acesso à justiça, considerando três ondas

de reformas deste poder, já tratados no capítulo anterior. Elas são interessantes para perceber o movimento que se teve no mundo e no Brasil, em decorrência destas ondas. A primeira onda que tratava da assistência judiciária para os pobres, com a introdução de mecanismos a fim de garantir aos necessitados os elementos necessários ao acesso a este Poder, com a disponibilização de advogados, defensores, acesso direto e dispensa de taxas e emolumentos que impediam que eles tivessem a tutela jurisdicional adequada, existe como a possibilidade de requerimento da gratuidade de justiça quando não possui condições econômicas para arcar com as custas.

A segunda onda trata da representação de interesses difusos, onde alguns problemas precisam ser pensados e enfrentados de forma coletivizada. Portanto, baseada no princípio da solidariedade e na perspectiva da democracia, a justiça e a própria judicialização é pensada para tutelar direitos que muitas vezes nem conseguem ser individualizado. E ainda existe o que eles chamam de terceira onda, onde é dado um novo enfoque ao acesso à justiça, e nosso estudo está incluído nesta onda apresentada por Cappelletti e Garth (1988). No Brasil temos o Ministério Público³⁶ que tem a função constitucional de guardião da sociedade e dos interesses sociais, além da possibilidade de que associações e representações coletivas, conforme legislação pátria.

Em relação a terceira onda o enfoque é a necessidade de reformas, incluindo alteração de procedimentos e mudança na própria estrutura dos tribunais a fim de garantir acesso à justiça, produzindo a possibilidade de criação dos Juizados Especiais e os da Fazenda Pública. A criação de órgãos específicos e a especialização das varas é uma das alternativas apresentadas, tendo a distinção dos litígios em dos pontos escolhidos para garantir melhores e mais assertivas decisões judiciais (1988, p.71). É importante compreender o tipo de lide e a necessidade de intervenção do Estado como titular deste poder/dever, também a verificação da sua complexidade e decorrente disto uma reforma estrutural, onde se originou os juizados especiais, inclusive os da Fazenda Pública.

A doutrina que trata de acesso à justiça coaduna com a necessidade fundamental se ter um tratamento diferenciado para demandas com baixa complexidade. Ou seja, nas lides onde o direito seja algo claro, sem necessidade de uma discussão mais técnica e aprofundada, podia-se ter uma resolução mais rápida com etapas mais concisas. Disto surgiu a lei nº 9.099,

³⁶ Art. 127, CRFB: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

de 26 de setembro de 1995 que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A exposição de motivos desta lei deixa claro que, além da previsão constitucional da criação destes juizados, eles seriam importantes para dar celeridade, oralidade e simplicidade do procedimento por serem estes casos menos aparatosos, porém com a obrigatoriedade do respeito ao devido processo legal, contraditório, ampla defesa e juiz togado para presidir o julgamento.

Por outro lado, o procedimento oral tem demonstrado todas as vantagens onde aplicadas em sua verdadeira essência. A concentração, a imediação, a identidade física do juiz conduzem à melhor apreciação das provas e à formação de um convencimento que realmente leve em conta todo o material probatório e argumentativo produzido pelas partes. A celeridade acompanha a oralidade, pela desburocratização e simplificação da justiça. Ademais, um procedimento sumaríssimo, que não sacrifique as garantias processuais das partes e da jurisdição, é o que melhor se coaduna com causas de menor complexidade.³⁷

Parece claro que o legislador entendeu que a proximidade entre o Juízo e os litigantes trariam uma melhor resolução das lides e uma possibilidade de composição onde privilegiaria uma maior celeridade neste rito. Havendo conciliação, a finalidade se concretiza. Quando ela não ocorre precisa de uma decisão jurisdicional e, para tanto, se faz necessário elementos suficientes para o convencimento, ou seja, uma instrução que traga os elementos suficientes para que o Juízo decida, sem, contudo, tirar o protagonismo das partes.

A necessidade de desburocratização elegeu o incentivo a oralidade e a conciliação entre as partes como elemento inicial e, por isto, apresenta uma perspectiva que a coloca esta relação como base de todas as etapas do procedimento nos Juizados. Não há que se negar que realmente apresenta uma facilitação das resoluções das lides, mas apenas quando existe um interesse de composição manifesto das partes. Quando não existe o desejo de conciliar, e o processo precisa ser definido pelo magistrado, deverá possuir elementos e informações que atendam ao fim proposto. O princípio inafastabilidade da jurisdição seria garantido quando determina que não havendo esta negociação, o juízo precisar proferir sentença, cabendo recurso (o que será visto mais a frente pela restrição feita dentro da lei a possibilidade).

Pela natureza da causa, permitiu-se uma maior liberdade do Juízo, inclusive com a autorização para determinar provas, observando e valorando o cotidiano daquela comunidade, desde que garantisse os princípios da ampla defesa e contraditório, uma vez que os princípios

³⁷ Trecho da Exposição de motivos da lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

e garantias constitucionais precisam ser preservadas. “Poderá também adotar em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. Há previsão também da utilização de conciliadores e juízes leigos como auxiliares da Justiça” (LAZZARI, SAVARIS E PORENA, 2014, p. 1282).

Percebe-se claramente que a regra é que exista uma composição, uma tentativa de conciliação entre as partes, ainda que em juízo, com a participação de profissionais treinados a realizar este procedimento e permitir que as partes cheguem a uma decisão que as atenda. Por que razão, a condução das audiências por conciliadores e juízes leigos se faz possível, uma vez que o protagonismo nesta fase se volta para as partes. Apenas em não existindo um acordo o Juízo emite decisão com processo acompanhado por uma auxiliar, que, em regra, seria o juiz leigo.

Quando se trata de Juizados Especiais Cíveis, esta relação parece mais fácil de verificar a aplicação dos motivos trazidos em sua constituição, uma vez que se estaria diante de relações processuais com particulares que disporiam de pequenos valores e situações corriqueiras do cotidiano. Mas quando se trata da Fazenda Pública, estaria tratando de um espaço onde se discute interesses públicos (e dinheiro público) e que não possui permissão, salvo em situações especiais para transacionar, o que por si só já aparece como um entrave na tentativa de simplificação pretendida e decorrente desta “evolução” a partir dos juizados especiais cíveis. Importante perceber a natureza jurídica das relações, que caba por ter muita interferência no procedimento esperado nestas lides.

Não há de se negar que é importante todos os mecanismos possíveis para melhor acesso ao Poder Judiciário requerendo deles a efetivação de direitos fundamentais negados pelo Estado, na sua má atuação enquanto gestor de políticas públicas e prestador de serviços públicos. Esta prerrogativa precisa ser facilmente acessada e para tanto se fizeram e fazem necessárias reformas como previsto por Cappelletti e Garth (1988), porém não se pode deixar de destacar que a forma precisa garantir o conteúdo que seriam os elementos necessários aos acessos à justiça de fato, respeitando as particularidades das causas por ela abordadas.

Em relação a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública aqui no Brasil, foi pensado claramente pela necessidade de desafogar as Varas da Fazenda Pública, que possuíam sobrecarga de processos e acabava por represar uma gama enorme deles, sendo pensada uma forma de celeridade e fluidez de demandas que não precisariam de uma instrução tão apurada por parte do Poder Judiciário, podendo ser discutida em um procedimento especial mais enxuto e com características que não impedissem a realização da

justiça. Mas, o que parece, é que não foi pensado pela perspectiva dos limites constitucionais creditados a Fazenda Pública, uma vez que a perspectiva de composição necessitaria de uma disponibilidade ampla do Estado em conciliar, o que não é viável.

Isto porque o acesso à justiça não se resume a postulação ao Estado-juiz, “como se fosse suficiente garantir ao cidadão o direito à porta de entrada dos tribunais” (SOUZA, 2011, p. 25). Não é possível esperar acesso à justiça (materialmente falando) sem perceber que o aparato estatal para este fim consegue de fato atender a demanda. Condicionar a definição da competência apenas pelo valor da causa, sem a preocupação com a complexidade da lide pode impedir que seja concretizada a justiça no caso específico, principalmente quando este juizado suprime as possibilidades recursais e coloca a coisa pública para ser decidida praticamente por juízos monocráticos.

Apesar de ser importante o incentivo a negociação e conciliação, estas hipóteses são restritas para a Fazenda Pública que tem impedimento constitucional por força da legalidade estrita. E este princípio basilar da administração Pública advém da importância da coisa pública e da responsabilidade que os agentes públicos têm quando litigam com elas. A vedação constitucional não é apenas normativa, mas também moral e está contida no campo axiológico intrínseco do próprio direito público tendo o Estado como sustentáculo da democracia.

Pela exposição de motivos da lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009, percebe-se que a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios decorreu da existência bem-sucedida dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dos Juizados Especiais Federais. Como o próprio projeto previu e na justificção³⁸ dele, não há dúvida que foi uma adaptação destas leis e que teve

³⁸ Justificação do Projeto de Lei do Senado nº 118 de 2005 que culminou na Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009: Transcorridos quase dez anos da promulgação da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995), são inegáveis os avanços obtidos na seara da justiça por este diploma legal, como a viabilização, de forma rápida e gratuita, de obtenção da prestação jurisdicional, facilitando, sobremaneira, o exercício da cidadania pela sociedade em geral, sobretudo pela parcela mais carente da população.

Seis anos depois, o Congresso Nacional entregou à sociedade brasileira outro diploma legal de semelhante envergadura: a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001), que estendeu as facilidades já propiciadas pela Lei nº 9.099, de 1995, a determinadas causas contra o Poder Público Federal, valendo destacar as lides de natureza previdenciária.

Diante desse cenário, propomos a instituição dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, com competência para apreciar causas em que sejam réis as pessoas jurídicas vinculadas aos Poderes Públicos Estadual, Municipal e do Distrito Federal e Territórios.

Para tanto, adaptamos os dispositivos pertinentes das Leis nºs 9.099, de 1995, e 10.259, de 2001, com o intuito de estender às lides contra as pessoas jurídicas vinculadas aos Poderes Públicos Estadual, Municipal e do Distrito Federal e Territórios a bem-sucedida experiência dos Juizados Especiais Federais.

como foco a simplificação do acesso à justiça em lides contra a Fazenda Pública estadual e municipal onde o valor da causa seja baixo e de situações com pouca complexidade.

As questões que envolvem a Fazenda Pública, erário e interesse público não são desprovidas de complexidade a princípio. Isto porque a responsabilidade dos agentes em tratar com a coisa pública pede maior cautela e a possibilidade de responsabilização em caso de prejuízo, erro ou desídia. Então não se trata apenas de poder ou não transigir, ou do valor ser baixo, mas se o interesse público pode ser pensado em situações individualizadas e se estas retratariam ou não uma situação de privilegio ou deferência, ainda que em juízo, porque a decisão, mesmo homologada pelo juízo, quando em uma conciliação, é uma escolha das parte e o nosso ordenamento jurídico prevê responsabilização dos servidores por seus atos (com dolo ou culpa), mas não dos magistrados por suas decisões judiciais (salvo em situações excepcionalíssimas em que se comprove o dolo).

Estas questões que parecem simples e fáceis de resolver através da existência de uma lei que as determine, encontra alguns obstáculos práticos e até mesmo estruturais, o que faz dos Juizados da Fazenda Pública, ao menos no Estado da Bahia, não fonte de celeridade, mas de atraso na prestação jurisdicional ou na ausência de uma resposta jurisdicional que seja pautada na justiça de fato. Os procedimentos previstos em lei parecem mais uma forma de justificar a existência do juizado que um mecanismo de garantia do devido processo legal, pois protege a parte mais forte da relação em detrimento da parte vulnerável. Estas questões serão enfrentadas neste capítulo com a finalidade de construir a análise do acesso à justiça nestas demandas.

Dessa forma, será possível, por exemplo, impugnar lançamentos fiscais, como ICMS e IPTU, anular multas de trânsito indevidamente aplicadas, anular atos de postura municipal, entre outros.

Em síntese: as Leis dos Juizados Especiais Cíveis, tanto no âmbito estadual e do Distrito Federal, quanto no âmbito Federal, fixam um limite de alçada com base no salário-mínimo, sendo de até quarenta vezes para aquela e de até sessenta para esta. A par disso, excluem da competência daqueles juizados cíveis, dentre outras, as causas de natureza fiscal e de interesse da Fazenda Pública – no âmbito dos Estados e do Distrito Federal -, e as causas para anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal – no âmbito Federal.

Todavia, não se justifica que, justamente esses casos, de grande interesse para aqueles que se sentem lesados pela Administração Pública, fiquem excluídos do rito célere econômico dos juizados especiais. São as situações, por exemplo, das multas por infrações de trânsito ou de pequenos litígios fiscais, ou ainda sobre postura municipal, ocorridos não junto às médias e grandes empresas – que podem pagar advogados – mas em pequenas e simples residências, mercearias e padarias localizadas nas periferias das grandes cidades. Acreditamos que as alterações propostas possam vir a aperfeiçoar significativamente as relações entre o administrado e a Administração Pública, sobretudo tendo em vista as facilidades de acesso à Justiça que se pretende alcançar com as medidas ora propostas. É o relatório.

Vale esclarecer, que as críticas apresentadas não ignoram a necessidade e importância destes Juizados como espaços de acesso facilitado à justiça. Mas deixar de observar as particularidades das partes só o pretexto de celeridade somente tem validade se a finalidade for o acesso efetivo a justiça e não a uma sentença. Esta diferença é basilar para a compreensão de toda a discussão e a própria importância do tema proposto.

5.1.1 Partes do processo: previsão art. 5º da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009.

Uma das características do Juizado Especial da Fazenda Pública é o fato que os entes públicos são obrigatoriamente partes do processo, porém, exclusivamente, integrantes do polo passivo, ou seja, os Réus de acordo com o art. 5º II da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009 que determina que os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas, as pessoas jurídicas de direito público interno, que serão réus nos processos que tramitam neste rito e nestas varas especializadas. Devem ser representados por procurador nomeado para tal função e atuam dentro dos limites estabelecidos por cada um dos entes em relação a sua atuação e possibilidade de transação.

No polo ativo, os Autores da ação, podem constar as pessoas físicas e as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, conforme previsto de forma expressa no art. 5º II da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009. Apesar da Lei trazer este rol taxativo sem qualquer observação, o entendimento do FONAJE³⁹ é que poderia o acesso da microempresa ou Empresa de pequeno porte como Autor nos Juizados Especiais depende da comprovação de sua qualificação tributária atualizada e documento fiscal referente ao negócio jurídico objeto daquela demanda⁴⁰.

Estas pessoas jurídicas, quando atenderem o critério acima apontado, devem estar regularizadas (enquadradas no conceito legal de microempresa ou empresa de pequeno porte),

³⁹ O FONAJE é a sigla do Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil. Surgiu em 1997 e foi idealizado pela necessidade de se aprimorar a prestação dos serviços judiciários nos Juizados Especiais, atuando na padronização dos procedimentos adotados em todo o território nacional por estes órgãos jurisdicionais.

⁴⁰ ENUNCIADO 135 (substitui o Enunciado 47) – O acesso da microempresa ou empresa de pequeno porte no sistema dos juizados especiais depende da comprovação de sua qualificação tributária atualizada e documento fiscal referente ao negócio jurídico objeto da demanda. (XXVII Encontro – Palmas/TO).

sem débito tributário, e precisam ser representadas em juízo pelo empresário individual ou pelo sócio dirigente, que é o responsável pela contratação do procurador que atuará, se assim quiser, na causa. Este advogado poderá representá-lo no processo, assim como o Autor pessoa jurídica, para todos os atos permitidos, incluindo transação, desde que habilitado para isto.

Diferentemente do que ocorreu nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em seu art. 8º, III e IV da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, incluídos através da Lei nº 12.126, de 16 de dezembro de 2009⁴¹, não constam no polo ativo as pessoas jurídicas qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, nos termos da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, nem as Sociedades de crédito ao microempreendedor, nos termos do art. 1º da Lei n. 10.194, de 14 de fevereiro de 2001. A ausência delas divide opiniões entre a inexistência da vontade de que constassem e a omissão pela decorrência de “um lapso que pode ser justificado historicamente pela fase final de tramitação em que se encontrava o PL n. 118/2005, em vias de ser sancionado pelo Presidente da República e transformar-se na Lei nº 12.153/2009” (FIGUEIRA JUNIOR, 2017, p. 133). Figueira Junior acredita que a última hipótese é a correta uma vez que não há qualquer razão lógica, jurídica ou política que justifique a exclusão dessas entidades (2019, p. 133).

Em relação a possibilidade de haver litisconsórcio, não existe vedação legal para isto. A Lei n. 9.099/95, aplicada de forma subsidiária, não proibiu o litisconsórcio, em quaisquer de suas modalidades, existe a possibilidade uma vez que a “multiplicidade de sujeitos no polo ativo ou passivo da demanda não interfere na simplicidade, informalidade e celeridade dos Juizados Especiais Cíveis” (FIGUEIRA JUNIOR, 2017, p. 154). Por óbvio, se houver uma quantidade de partes que comprometa a rápida solução do litígio ou que prejudique a defesa, pode haver limitação pelo Juízo por força do art. 113, § 2o, do Código de Processo Civil⁴².

5.1.2 Celeridade processual (duração razoável do processo) na Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009.

A celeridade processual, ou princípio da duração razoável do processo, possui status constitucional e já se faz presente e positivado nos processos administrativos previstos na Lei

⁴¹ Editada apenas 6 (seis) dias antes da Lei n. 12.153 de 22 de dezembro de 2009.

⁴² **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**, de aplicação subsidiária também de acordo com o art. 27 da Lei nº 12.126, de 16 de dezembro de 2009.

nº 9.487 de 24 de janeiro de 1999, sendo, assim, garantindo a eficiência na solução necessária quanto ao prazo necessário para conclusão da decisão que seja, por óbvio, justa. Observando esta necessidade, os diplomas legais vêm priorizando uma estrutura que garanta celeridade com opções processuais que garantam a eliminação da morosidade da justiça (tanto no âmbito administrativo quanto jurisdicional).

Contudo, frise-se: O problema da demora excessiva dos processos no Brasil não é um problema legal, isto é, não se deve às leis! É um problema muito mais complexo e que deve ser enfrentado pelas instituições jurídicas com seriedade, especialmente pelo Poder Judiciário, Ministério Público e Advocacia. (SANTOS E., 2021, p. 228)

Assim, as possibilidades legais são apenas formas de garantir que se tenha respaldo legislativo que permita a atuação da melhor forma possível, porém depende necessariamente de uma atuação estatal e das partes a garantir a boa-fé processual e nas relações entre as partes. Não basta que se tenha uma decisão célere, nem que se tenha justiça morosa. Mas Eduardo Santos chama a atenção que a resposta correta deve possuir contraditório, respeitar o devido processo legal, não poderia suprir os princípios processuais e nem instituir uma velocidade incompatível com estes postulados (2021, p. 232).

Falar de celeridade é falar de prazo razoável do processo. Esta conceituação, por si só, já remete a necessidade de reflexão pela própria determinação do conceito, mas passível de análise nos casos concretos. “A ideia de processo em tempo razoável tem muito que ver com a eficácia da decisão” (SOUZA, 2011, p. 326), isto significa que irá existir variações de tempo entre os processos em decorrência dos direitos discutidos e das partes envolvidas. A celeridade por si só não garante que o tempo razoável foi observado, pelo contrário, uma vez que se faz necessário que este princípio seja compatibilizado pelo próprio princípio do devido processo legal.

5.1.2.1 Celeridade processual pela ausência de prazo diferenciado para Fazenda Pública: previsão art. 7º da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009.

Uma das previsões apresentadas na Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009 para garantia da celeridade processual está na ausência de prazo diferenciado para a Fazenda

Pública, prerrogativa que o Estado tem em decorrência da indisponibilidade do interesse público e a burocracia necessária para esta garantia, como se observa o art. 183, § 2º do Código de Processo Civil. Apesar da aplicação subsidiária deste diploma legal na lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ela tem expressa previsão em contrário, como transcrito:

Art. 7º Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para a audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

Por obvio a inexistência de um prazo diferenciado, por si só, não é nenhuma afronta aos princípios constitucionais nem em relação as prerrogativas do Poder Público tão pouco a limitação dele na garantia dos direitos fundamentais, incluindo o acesso à justiça, se considerar apenas como uma forma de delimitar, através de lei, tempo para as respostas e atos processuais das partes de um processo. Mas importante estabelecer desde já que a diferenciação de prazo ocorre pela natureza da própria Fazenda Pública, sua atuação como maior litigante, a limitação do número de procuradores (representantes legais), além da burocracia, até mesmo para acesso a documentos e informações para preparação da defesa, o que pode prejudicar o interesse público.

A reflexão não pode passar apenas pela questão envolvendo prazo, se não se atentar as condições fáticas referentes as condições e características específicas de cada parte na lide, incluindo o cidadão que muitas vezes precisa de provas documentais na pose da Administração Pública e que não tem seu direito a informação atendido por tramites excessivos ou desconhecimento do agente público que o atende. Por que razão, necessária a existência de exceções legais para situações excepcionais e com ela corrigir desigualdades dentro do processo. “O Poder Público, apesar de ter evoluído muito em favor da promoção do princípio da eficiência, é dotado de formalidades que são necessárias para a proteção aos próprios princípios e regras constitucionais ou infraconstitucionais regentes da Administração” (RODRIGUES, 2016, p. 72).

Em relação a inexistência de diferentes prazos processuais aqui discutido, a complexidade seria suficiente para retirar esta prerrogativa da Fazenda Pública? E em que consiste a complexidade, uma vez que a análise dela se dá, prioritariamente, pelo valor da causa? Quando o bem tutelado é de valor inestimável, e a tradução para o valor da causa não

reflete isto com a substituição (utilização de valor ínfimo pela impossibilidade de mensuração), pode ter a exigência de uma atuação que dependa de maior ou menor participação e atuação e isto pode aumentar ou diminuir sua complexidade, o valor da causa, neste sentido, não é fator determinante.

Considerando estas observações, quando se conferiu prazos diferenciados à Fazenda Pública para a prática de certos atos processuais, o legislador estaria permitindo que ela atuasse da melhor forma, considerando a indisponibilidade do interesse público e, desta forma o que a coloca em igualdade de condições com os particulares para convencimento e argumentação na construção da solução da lide (RODRIGUES, 2016, p. 72). O fato de o valor da causa ser baixo não garante a desnecessidade de uma melhor gestão ou maior prazo para que o Estado consiga se preparar a contento, e talvez, dependendo do objeto do conflito, prejudique o interesse público.

Dá-se celeridade diminuindo o prazo da Fazenda Pública, mas este não seria o motivo maior de demora nas finalizações dos processos judiciais uma vez que parte considerável da morosidade parte do próprio Juízo que não tem nenhum prazo processual a observar, apesar da existência de avaliações dos Tribunais e do Conselho Nacional de Justiça, cobrando produtividade. Esta escolha, por si só não garante celeridade, mas pode afetar a indisponibilidade do interesse público como já assinalado.

5.1.2.2 Celeridade processual pela possibilidade de transação: previsão art. 8º da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009.

Outra hipótese apresentada na Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009 para garantir a celeridade processual é a possibilidade de transação, como em qualquer lide, mas com expressa autorização para que a Fazenda Pública a faça. O art. 8º desta lei determina que os representantes judiciais dos Réus (conforme o art. 5º seriam eles os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas) presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, com a observação que será feito nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação.

Diante desta possibilidade, e observando o princípio da legalidade, caberá a cada ente público, na sua esfera de competência, indicar quem serão os representantes que terão a

prorrogativa de transigir, se eventualmente terá a possibilidade de delegação dessa atribuição e quais os limites dela, ou seja, as hipóteses em que a solução consensual estará previamente autorizada (pode, inclusive, necessitar de um procedimento administrativo prévio necessário para que se avalie a realização de acordo). Estes requisitos restringem claramente os limites da transação prevista no art. 8º da Lei, requerendo uma atuação previa da própria Fazenda Pública na garantia da validade e efetividade desta norma.

Existem algumas leis autorizativas de transação no âmbito do Estado da Bahia e do Município de Salvador, tendo como exemplo das leis tributárias, lei nº 12.218 de 10 de junho de 2011, lei nº 13.586 de 10 de novembro de 2016, mas são específicas e relacionadas a tributos, o que não contempla a maioria das ações que tramitam nos Juizados Especiais da Fazenda Pública do Estado da Bahia. A questão que se observa é que a maioria das ações versam sobre direitos indisponíveis e estes não estão disponíveis a transação, restando esta possibilidade afastada nestes Juizados.

Tanto que existe um acordo entre o Tribunal de Justiça da Bahia, Estado da Bahia e Município de Salvador para dispensar estes dois últimos entes de comparecer à audiência de conciliação, prevista na lei e considerada obrigatória, quando diante dos direitos considerados indisponíveis (a maior parte dos processos que tramitam lá). Esta dispensa, se baseia no enunciado normativo 24 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF)⁴³ que prevê em caso da Fazenda Pública publicizar ampla e previamente as hipóteses em que está autorizada a transigir, pode o juiz dispensar a realização da audiência de mediação e conciliação, o que parece ser apenas a representação do próprio descredito na existência de possibilidade de transação.

Assim, boa parte dos processos, com os considerados direitos indisponíveis, não podem ser transigidos, e com isto a Fazenda Pública pede dispensa da audiência e o tribunal de Justiça do Estado da Bahia concede, mas mantém a referida, com a obrigatoriedade da permanência da audiência agendada e a presença do Autor, ainda que já se tenha a ciência do não comparecimento do Réu em juízo. Quando se questiona, a resposta é que a audiência é obrigatória a não pode dispensar o Autor. Ou seja, existe uma formalidade que não tem qualquer efetividade, salvo prejuízo do cidadão que terá perdido tempo e dinheiro em

⁴³ Enunciado 24 da I Jornada de Direito Processual Civil, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF), sob a coordenação geral do Ministro Mauro Campbell Marques, Corregedor-Geral da Justiça Federal e Diretor do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal que ocorreu em 24 e 25 de agosto de 2017: “havendo a Fazenda Pública publicizado ampla e previamente as hipóteses em que está autorizada a transigir, pode o juiz dispensar a realização da audiência de mediação e conciliação, com base no art. 334, § 4º, II, do CPC, quando o direito discutido na ação não se enquadrar em tais situações”.

deslocamento, de algo que não produzirá os efeitos esperados. Esta previsão não causa qualquer diferença em relação a celeridade considerando ações que não envolvam tributos, únicas que podem resultar em transação em audiência de conciliação.

5.1.3 Ausência de reexame necessário e a presunção de legalidade dos atos da Fazenda Pública – previsão art. 11 da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009.

Outra prerrogativa da Fazenda Pública é a existência do reexame ou remessa necessária de sentenças onde a Fazenda Pública resta vencida, conforme o artigo 496 do Código de Processo Civil⁴⁴ que prevê a não produção dos efeitos, senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público. Isto porque os atos administrativos têm presunção de veracidade e legalidade, sendo o limite do controle judicial deles, restrito a existência de ilegitimidade ou ilegalidade, não podendo inferir na conveniência, oportunidade e eficiência do ato, sem que estes atinjam as restrições impostas, incluindo interpretação desses atos, a luz dos princípios constitucionais referentes à administração pública, além, claro, do próprio interesse público (SANTOS T., 2015, p. 102).

Por esta mesma razão a Fazenda Pública tem a garantia da remessa necessária ao Tribunal, sendo o recurso obrigatório ainda que não requerido. O juízo, em outros juízos, tem que enviar de ofício, sendo esta previsão foi dispensada pela Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, mesmo quando se discute direitos indisponíveis. Esta dispensa pede apenas uma maior atenção dos procuradores que acompanham os processos que tramitam nestes juizados não figurando, a princípio, qualquer prejuízo das partes, deixando destacado que a ausência de reexame necessário nestes Juizados se dá não pela matéria, mas pelo fato de tramitar neles, exclusivamente.

Importante chamar atenção que o duplo grau de jurisdição é considerado princípio processual (ainda que implícito) e que discussão sobre este ponto gira em torno da celeridade e segurança, quando por um lado a celeridade não pode ser obstáculo para uma decisão justa, que é mais garantida com a possibilidade de reanálise do processo, também a demora na prestação não pode ser considerada também justiça (SOUZA, 2011, p. 316-317). Como já

⁴⁴ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

assinalado, a questão mais significativa diz respeito efetivação do conteúdo material da norma, ou seja, que cumpra o efeito ao qual se propõe, neste caso, seria dar celeridade em havendo uma decisão justa.

[...] o princípio do duplo grau de jurisdição e, por conseguinte, os recursos, buscam dar segurança e legitimidade à prestação jurisdicional, sobretudo, quando a reapreciação é realizada por órgão colegiado, vez que este torna o debate mais amplo e instiga o amadurecimento das ideias relativas à questão objeto do caso, em respeito à justiça e à democracia. (SANTOS E., 2021, p. 182)

O princípio do duplo grau de engloba a necessidade de conciliação entre dois princípios: o do processo em tempo mínimo razoável e o do processo equitativo. Eles precisam ser ponderados os interesses de segurança e celeridade, esta é uma equação complexa (SOUZA, 2011, p. 319). Não havendo uma decisão justa, não haverá processo equitativo, por isto, a eliminação do duplo grau de jurisdição é inviável e até mesmo inconstitucional. Garantindo a possibilidade de recurso, não há, a priori, qualquer mácula a estes princípios.

Portanto, a ausência de remessa necessária não prejudica, em regra, a indisponibilidade do interesse público nem a efetivação da justiça, sendo medida que impõe uma atenção especial dos procuradores e representantes da Fazenda Pública. O que chama atenção no caso dos Juizados é que o reexame não mais se dá por órgão jurisdicional de grau superior, mas a reapreciação ocorre em turma recursal composta por juízes que julgam em colegiado. Portanto, a proposta, a partir da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 e confirmada Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009, é que se tenha a possibilidade de revisão da decisão, neste caso, por um colegiado de juízes. A ausência da decisão hierárquica não invalida o duplo grau de jurisdição.

5.1.4 Gratuidade da justiça: aplicação subsidiária da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995

Não existe previsão sobre a gratuidade da justiça nos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, sendo previsto apenas a aplicação subsidiária da lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 (que

prevê no seu art. 54⁴⁵ a dispensa do pagamento de custas, taxas e despesas no primeiro grau de jurisdição). Ou seja, para as demandas serem protocolizadas, até a sentença, o Autor não precisa pagar custas e honorários, podendo apenas em grau recursal, caso seja indeferido pedido de gratuidade da justiça.

Este aspecto remete a Cappelletti e Garth (1988), já discutido no capítulo anterior, que elenca como primeiro obstáculo ao acesso à justiça o econômico, prejudicando a busca por uma solução estatal que não exija dos que não possuem meios financeiros para tanto a ausência da prestação jurisdicional, principalmente quando diante de causa que envolvam poucas vantagens financeiras concretas. “Um exame dessas barreiras ao acesso, como se vê, revelou um padrão: os obstáculos criados por nosso sistema jurídico são mais pronunciados para pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 28).

Wilson de Souza (2011) amplia esta deficiência, incluindo ao aspecto econômico o educacional, inclusive entendendo que estas duas se interrelacionam. “Há uma evidente tendência a que quanto maior o nível de pobreza das pessoas mais baixo o seu status social e menor o nível de informação” (SOUZA, 2011, p. 28). Entende que precisam existir políticas governamentais que invistam na educação e melhor divisão de renda para que se constitua um estado efetivamente democrático e com isto se tenha uma democratização também no acesso à justiça, ou seja, ela passa pela necessidade de desenvolvimento da cidadania e da efetivação de direitos e não tangencialmente.

A gratuidade da justiça envolve a dispensa do pagamento de taxa judiciária, custas e todas as despesas processuais, mas não alcança o pagamento de um advogado para o patrocínio da causa. Portanto a parte precisaria remunerar seu patrono, salvo quando diante de defensores públicos que são patrocinados pelo Estado. A lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009 nada fala sobre capacidade postulatória, a de se defender em juízo sem a necessidade de um advogado constituído, como dito na Lei que estipulou os Juizados Especiais Cíveis, que limita esta possibilidade a 20 salários-mínimos.

Por força da previsão do artigo 27 da lei, deve-se aplicar subsidiariamente o Código de Processo Civil, a Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e a Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001 (Juizados Especiais da Fazenda Pública

⁴⁵ Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Federal). O artigo 10 da Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Federais permite que o Autor designe por escrito representantes para a causa que não sejam necessariamente advogado, ou seja, permite acesso sem constituir advogado. O limite trazido é o do próprio juizado, causas até o valor de sessenta salários-mínimos, garantindo esta possibilidade até a fase recursal, onde se faz obrigatória a presença do advogado, por força da aplicação subsidiária do art. 41, § 2º da Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, situação que foi estendida para a atuação nos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

5.2 JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA: RESERVA LEGAL ATRAVÉS DO VALOR DA CAUSA.

A lei que criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública, lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009, prevê como definidor de competência preponderantemente o valor da causa e não sua complexidade, como se o valor econômico discutido garantisse tutela de menor importância, esquecendo que muitas vezes o direito discutido possui valor econômico inestimável. Esta é uma das mais importantes críticas aqui apresentadas a esta lei, principalmente por desconsiderar, ao menos expressamente, que a função estatal não se relaciona com proveito econômico, mas com a obrigatoriedade de garantir direitos fundamentais de forma isonômica e com respeito aos princípios administrativos apresentados no art. 37 da Constituição da República.

Não apenas coloca o valor da causa como critério de competência, como apresenta esta competência como absoluta. Não existe uma escolha por parte do Autor da ação em relação ao juízo, mas a exigência de direcionar ao Juizado da Fazenda Públicas as causas que tenham o valor limitado pela lei. Assim, a regra é que a lide seja direcionada ao Juizado (e apenas este pode declinar a competência), salvo quando o valor da causa exorbitar o limite ou nas situações excepcionalizadas pela própria lei⁴⁶. Está normativa desconsidera causas de grande

⁴⁶ Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários-mínimos.

§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública:

I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;

II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;

complexidade, porém com valor inestimável, por isto com valores irrisórios, sendo automaticamente classificadas por este critério.

Dentre as hipóteses excepcionalizadas pela Lei não constam a complexidade da demanda ou indisponibilidade do direito tutelado em juízo e não pode, se assim entender o Autor, preferir a Vara da Fazenda Pública. O interessante que, apesar de ter sido inspirado na Lei dos Juizados Especiais Cíveis, diferentemente deles, a competência é absoluta, e não existe outra opção para o Autor que não o ingresso neste Juízo. Apesar desta condição legal, não deixa de ser comum que se decline a competência por parte do Juízo quando este entender complexo, apesar de não existir previsão legal para isto, sendo uma prática comum, muitas vezes ocorrida apenas na fase recursal, o que é um verdadeiro desserviço a celeridade pretendida por este Juizado.

Em que pese o art. 2º da Lei n. 12.153/2009 não fazer menção expressa ao critério da menor complexidade da matéria objeto do litígio para fixar a competência originária dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, trata-se de preceito implícito que decorre do próprio texto constitucional (CF, art. 98, I, c/c § 1o). Na verdade, são dúplices os critérios definidores da competência nos Juizados Especiais Cíveis, quais sejam: quantitativo (valor) e qualitativo (matéria). (FIGUEIRA JUNIOR, 2017, p. 87)

De forma concreta, apesar de implicitamente não ser permitida causas de alta complexidade pela compreensão da incompatibilidade com o processo sumaríssimo, não existe previsão legal para excepcionar as causas de maior complexidade, restando na Lei concentração no critério quantitativo, apresentando as exceções no corpo no artigo que considera absoluta a competência em razão do valor da causa. Figueira Junior complementa afirmando que uma leitura detalhada e de alguém que compreende melhor sobre os temas e as complexidades e fazendo uma interpretação “em sintonia com todo o microssistema” e, em particular, com a linha mestra definida no artigo 98, I da Constituição da República, combinado com o parágrafo primeiro deste mesmo artigo, saberia que se trata de ações com menor complexidade (2017. p. 88).

III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão impostas a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.

§ 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor referido no **caput** deste artigo.

§ 3º **(VETADO)**

§ 4º No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta.

A tese declara que discorda desta posição no sentido de que este tipo de questão não poderia estar no campo da suposição, mas em clara identificação legal, para não restar qualquer desencontro entre os atores do processo. Importante observar que a competência apresentada na lei é, em regra, relacionada ao valor da causa. Posteriormente, ele excepciona algumas ações (no parágrafo 1º), apresentando rol taxativo das hipóteses de incompetência, não havendo destaque a complexidade da causa, ou seja, nas demais, ainda que exista, que tenha a necessidade de lastro probatório extenso ou que envolvam erário com vínculo sem data pra findar, como nomeação em concurso público, regime próprio de previdência social, aumento de vencimento de servidor, dentre outras hipóteses, teria, por forma da Lei 12.153 de 22 de dezembro de 2009, estes Juizados a competência absoluta para seu julgamento.

Apesar da tese versar pela concordância que os Juizados não poderiam tratar de demandas complexas envolvendo a Administração Pública, não pode deixar de criticar a ausência desta previsão legal, principalmente por haver, por parte dos magistrados da Vara da Fazenda Pública imediata análise pelo valor da causa, declinando a competência sem qualquer verificação da complexidade dela. Isto em consequência da competência absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública e que esta, salvo as exceções, decorre do valor da causa. Considerando o princípio da legalidade e as disposições expressas na Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009, não consta qualquer outra informação, são sendo inteligível considerar discricionariedade como uma solução pertinente.

A complexidade é um fator importante, mais que o valor da causa e, apesar da maioria das ações que estejam nestes Juizados Especiais serem, de fato, causas que pedem uma breve resolução e um rito sumário, não se pode considerar o todo pela parte. Portanto, não é crível a escolha em determinar como absoluta a competência decorrente do valor da causa, uma vez que esta definição não garante, necessariamente sua complexidade. Esta suposição acaba tratando questões complexas, que envolvem direitos indisponíveis, sem o devido processo legal necessário e sem que se garanta que o interesse público seja percebido. A decisão sobre o assunto deixa de ser objetiva e passa a ser subjetiva e exclusiva do magistrado, situação alheia a própria democracia pretendida no país.

Mais que não refletir necessariamente a realidade a opção pelo valor da causa, é inconcebível que a decisão sobre haver ou não complexidade (o que não consta na lei, repita-se) fique ao arbítrio do Juiz e nem que se tenha uma decisão temporal para análise desta questão. A primeira crítica contundente (e que tem um peso significativo na escolha destes Juizados para causas diversas envolvendo a Fazenda Pública) perpassa pela escolha, sem

critérios constitucionais, da competência do Juízo determinada pela Lei, que considera apenas o valor da causa. Ainda que as demandas tratem de direito indisponível, sendo o valor da causa o estabelecido na Lei e não constando na hipótese de exceção, este Juízo possui competência absoluta para ela.

Esta ausência de critério ou expectativa expressa fere a segurança jurídica e o propósito da própria existência destes Juizados que é o acesso à justiça com celeridade nas demandas escolhidas por lei. Portanto o juízo de admissibilidade deveria envolver a complexidade da causa e não apenas o valor dela e suas excepcionalizações trazidas na lei criativa dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Verificando o disposto na lei no que diz respeito a competência em razão das partes e valores da causa, compreende que não existe qualquer outra restrição se não as exceções trazidas no próprio art. 2, § 1º. ou seja, entende a complexidade, a princípio, apenas pelo valor da causa.

Sobre as exceções expressamente previstas, estão os mandados de segurança, ação de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos, as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas e as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão impostas a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares. Aqui constam hipóteses complexas e que pretendem direitos indisponíveis, e, claramente, não poderiam ser julgadas pelo rito sumaríssimo. Quaisquer hipóteses que não seja destas previstas trata de arbítrio, o que é temerário a segurança jurídica.

Tanto assim que no encontro da FONAJE de 05 a 07 de dezembro de 2012, foi aprovado o Enunciado 11⁴⁷ da Fazenda Pública que afasta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública a competência nas causas de maior complexidade porque possuem maior dificuldades em assegurar o contraditório e a ampla defesa. Mesmo com esta decisão normativa do Fórum dos Juizados Especiais, a crítica segue pela inexistência da previsão legal, que seja vinculante com critérios objetivos ou a possibilidade de escolha por parte do cidadão e não a forma absolutamente arbitrária que ocorrem. Mesmo porque se trata de uma recomendação e não uma obrigação, e os Juízes muitas vezes não seguem.

⁴⁷ ENUNCIADO 11 - As causas de maior complexidade probatória, por imporem dificuldades para assegurar o contraditório e a ampla defesa, afastam a competência do Juizado da Fazenda Pública. (Aprovado no XXXII FONAJE - RJ - 5 a 7 de dezembro de 2012).

Como o critério de complexidade é variável e depende de uma decisão pessoal do Juízo, não só dos Juizados como também das Varas, o que ocorre é a negativa inicial das Varas da Fazenda Pública em assumir as demandas quando a parte propõe diretamente neste juízo, motivado pelo valor da causa e nos Juizados, depois de passar por várias fases, o que acaba atrasando a tutela jurisdicional e prejudicando o acesso à justiça. Ou seja, precisou haver um debate jurisprudencial para perceber que nem toda causa que possui valor baixo é simples e pode ser julgada sob o rito sumário.

Desde modo, devo o legislador ficar atento para a existência de leis que contribuem para o retardamento dos processos e, com a máxima urgência possível, efetivar reformas legislativas objetivando processos mais céleres, mas sem perder de vista que essas reformas não podem desprezar garantias processuais previstas na própria constituição, na medida em que não se justifica cumprir a carta política por um lado e desobedecê-la por outro. (SOUZA, 2011, p. 330)

Em situações como estas, claramente o acesso à justiça é prejudicado pela ausência do princípio do processo em tempo razoável, não devendo as leis, principalmente as que tratam de procedimentos, serem contraditórias nos seus mandamentos, como ocorre claramente na Lei 12.153 de 22 de dezembro de 2009. Também não pode o Juízo, que deve respeito aos princípios processuais constitucionais, contribuir para a demora na prestação jurisdicional atrasando ou retardando a análise da complexidade, como acontece rotineiramente. “A atuação do juiz é relevante para o fim de que o processo se encerre em tempo razoável tanto quando ou mais que a atuação do legislador” (SOUZA, 2011, p. 332).

5.3 JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA E SUA ESTRUTURA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA.

Os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios como já dito de forma exaustiva foram criados pela Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009, foram sendo paulatinamente incorporados nos diversos Tribunais brasileiros. Até o ano de 2019⁴⁸, dez anos após a possibilidade de criação destes

⁴⁸ Fonte: Justiça em números 2020 < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>

Juizados Especiais, haviam 54 (cinquenta e quatro) unidades judiciárias com esta finalidade, nos diversos Tribunais Estaduais existentes no Brasil, sendo apenas 2 (dois) na Bahia (situados na capital).

Na Justiça Estadual do Estado da Bahia os Juizados Especiais da Fazenda Pública foram instituídos através do Decreto Judiciário nº 340 de 27 de abril de 2015. Neste diploma legal foram instaladas as 1ª e 2ª Varas do Sistema dos Juizados Especiais da Fazenda Pública na Comarca da Capital, Salvador, e a 6ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado da Bahia, com a competência exclusiva para julgamento de Mandados de Segurança, de Habeas-Corpus e de recursos interpostos contra decisões e sentenças proferidas pelas Varas da Fazenda Pública conforme as regras da Lei 12.153 de 22 de dezembro de 2009.

No interior apenas em 8 de julho de 2021, através do Decreto Judiciário nº 440, que foram instituídos os Juizados Especiais Adjuntos da Fazenda Pública da Comarca de Feira de Santana. Ou seja, a estrutura referente a esta vara especializada e com rito sumaríssimo é algo que somente pode ser analisado nas duas opções existentes na capital e a turma recursal que decorre delas. Ainda assim, a quantidade de processos que tramitam nestas duas varas é bastante intenso e apresenta reflexos nas Varas da Fazenda Pública da capital que foram descomprimidas, mas permanecem igualmente morosas.

O sítio do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia descreve os Juizados Especiais da Fazenda Pública como “Órgãos Judicantes integrantes do Sistema dos Juizados Especiais da Capital, presididos por juízes de direito e dotados de secretaria e de servidores específicos para conciliação, processo, julgamento e execução nas causas de sua competência”⁴⁹. Estabelece de forma contundente que a competência deles é de processar, conciliar e julgar causas cíveis, de menor complexidade e até o valor de 60 (sessenta salários-mínimos), com a busca constante de acordo entre as partes, com om rapidez, de forma simples e sem despesas.

O próprio entendimento do Tribunal de Justiça da Bahia é pela necessidade de baixa complexidade nas demandas que tramitam nestes Juizados, sendo uma determinação decorrente da existência de um rito sumaríssimo, mas sem nenhuma previsão normativa, tanto na Lei quanto no decreto que o instituiu. Mais uma vez, chama-se atenção para o fato de inexistir uma delimitação clara e objetiva em relação as demandas de alta complexidade ou que tratem de direitos indisponíveis, apenas a existência de uma competência absoluta e as exceções expressas na Lei que não incluem este tipo de demanda.

⁴⁹ http://www5.tjba.jus.br/juizadosespeciais/images/CARTILHA_JUIZADOS_ESPECIAIS_2017.pdf

A crítica a ausência de uma clara definição das demandas possíveis de serem de fato conduzidas pelos Juizados da Fazenda Pública no Estado da Bahia, prejudica o próprio acesso à justiça uma vez que deixa o cidadão à mercê de decisões muitas vezes discricionárias do Poder Judiciário. Isto porque a competência dos Juizados é absoluta e determinada pelo valor da causa e as exceções são claramente determinadas na lei. Quando protocolizadas nas Varas da Fazenda Pública estaduais são sumariamente desconsideradas e remetidas ao Juizado e quando iniciadas neste, podem ser, muitas vezes após o julgamento (em fase recursal), declinada competência para as Varas da Fazenda Pública pela complexidade.

Como já assinalado, pela própria natureza dos direitos ali elencados, muitas vezes indisponíveis, a exigência de que se tenha um olhar atento e o devido processo legal que considere a complexidade da causa é necessário. A adequação é fundamental, mas também uma previa definição para que se tenha a clareza das competências e quais os limites de cada jurisdição para garantir que o cidadão consiga acessar o Poder Judiciário com consciência e informação sobre as possibilidades e opções com a finalidade de que a justiça seja, de fato, acessível e pertencente a realidade social, não uma mera utopia.

6 A INCOMPATIBILIDADE DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS COM AS NORMAS DOS JUIZADOS DA FAZENDA PÚBLICA.

Após compreensão e reflexão de todo estado da arte sobre a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, e com ele a possibilidade do exercício da cidadania, o acesso à justiça e a profundidade desta garantia são imprescindíveis para se pensar nos Juizados Especiais da Fazenda Pública por seu viés social e na perspectiva do cidadão que busca meios de garantir a tutela de direitos. Por outro lado, necessário também analisar os limites de atuação da Fazenda Pública que precisa atuar na garantia e promoção dos direitos e ao mesmo tempo atender as restrições impostas pelos princípios administrativos necessários a garantia do interesse público, impessoalidade e universalidade de acesso.

Entender os institutos aqui trazidos e as possíveis divergências são essenciais para se ter a real dimensão das hipóteses de concretização da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009 que inaugurou os Juizados Especiais da Fazenda Pública dos Tribunais de Justiça dos Estados (incluindo o da Bahia). Como todas as normas do ordenamento jurídico é possível que existam conflitos entre elas, principalmente quando tratam de direitos fundamentais, além da obrigatoriedade de serem constitucionais, e capazes da produção dos efeitos desejados sob pena de não garantirem os direitos aos quais se dispuseram a assegurar.

Como já relatado de forma pormenorizada nos capítulos anteriores, o princípio do acesso à justiça se efetiva com o alcance do direito fundamental requerido. O ingresso com ação judicial facilitado e a produção de uma decisão de um Juízo não significa acesso à justiça, mas meio para se alcançar, uma vez que se faz necessário que a decisão seja justa e produza efeitos constitucionais que garantam a cidadania e os direitos pertencentes a ela. As normas que cuidam de criar mecanismos de aproximação do Estado (qualquer dos poderes) do cidadão são sempre desejados e salutares, principalmente por vivermos em uma democracia onde o “poder emana do povo”, a crítica não é a iniciativa, mas é necessário que se verifique se os objetivos propostos são alcançados com estas ferramentas formais.

A função de todos os poderes da República é a da efetivação dos direitos fundamentais e a consolidação da social-democracia prevista na Constituição, e disto depreende a atuação incisiva do Estado, reverberadas através das políticas públicas. Por tanto, devem atuar sempre no sentido de facilitar acesso a direitos e garantias e concretizar os objetivos presentes nesta carta política, observando os seus fundamentos, na compreensão que se está diante de um país

desigual e com poucos, ou quase nenhum, direitos universalizados, apesar de ser uma das premissas mais contundentes do artigo 5º que resta transcrito os direitos e garantias individuais.

Quando os direitos, principalmente os sociais, não são disponibilizados (ou feitos de forma insuficiente) e a relação entre cidadão e o Estado que não se resolve administrativamente, o Poder Judiciário é chamado a resolver intermediando este processo, decidindo, nos parâmetros legais, a concretização dos direitos. As Varas especializadas nas lides que incluem a Fazenda Pública são extremamente importantes, assim como o próprio Juizado Especial objeto de análise nesta tese. A especialização e a simplificação dos procedimentos de acesso à justiça são sempre importantes, sendo afastada qualquer crítica a intenção de proximidade entre o cidadão e o Estado.

Porém, como já sinalizado, a norma que inaugurou os Juizados Especiais da Fazenda Pública, Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009, possui algumas incongruências com princípios administrativos, ensejando possível inconstitucionalidade numa interpretação restrita ao previsto no art. 37, principalmente os da legalidade e impessoalidade. Ainda que a flexibilização seja uma realidade contemporânea das instituições públicas em homenagem ao princípio da eficiência, minimamente se percebe uma incompatibilidade entre esta lei e os limites de atuação do agente público que representa o Estado em Juízo e com isto uma ausência de efetivação da norma, o que acaba afastando o próprio acesso à justiça.

O artigo 8º da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009 prevê que “Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação”. Assim, claramente, autoriza a transação nas ações que tramitam nos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios através dos seus representantes, parecendo suficiente para garantia de celeridade e efetividade desta norma, mas não é. A transação independe desta sinalização, mas de outras normas que autorizem especialmente, ou seja, mais uma legislação que precisa de outra para sua efetivação, em não havendo, conseqüentemente a conciliação não ocorre.

Para além disto, deve-se observar que existem normas que tratam da responsabilização dos agentes públicos e os princípios constitucionais administrativos, que pedem uma atuação predeterminada pelo princípio da legalidade (o que burocratiza, mas impessoaliza). Desta forma parece claro que esta previsão normativa perde sua consistência, corroborada com

entendimento das cortes estaduais que utilizam do enunciado normativo 24 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal como motivo de dispensa desta previsão legal.

Existe uma antinomia entre este dispositivo e todo ordenamento jurídico que trate dos atos administrativos, incluindo o princípio constitucional da legalidade, uma vez que existem leis que limitam a atuação dos agentes públicos, incluindo a responsabilização deles. A simples utilização do dispositivo de lei que é importante e permite a celeridade nos Juizados Cíveis, não se faz suficiente determinando uma ausência de compreensão dos próprios princípios administrativos e de toda estrutura normativa nesta seara que será analisada ainda neste capítulo. A não utilização da transação é claramente percebida quando se acessa os dados relativos à quantidade de audiências, sentenças e transações no período escolhido entre 2018 e 2019.

6.1 ANÁLISE DE DADOS

O Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado da Bahia possui hoje três varas, duas na Capital (Salvador) e uma em Feira de Santana, sendo esta última inaugurada no ano de 2021, por isto não será objeto de análise. Entendendo que estes Juizados começaram a atuar em 2015 e sabendo que se faz necessário período de adaptação, foi escolhido como objeto de estudo os índices de conciliação dos anos de 2018 e 2019, encontrados no portal transparência⁵⁰ que identifica o número de audiências e transações efetivadas por conciliadores e juízes leigos como parâmetro de verificação de celeridade pela possibilidade de transação e entender se esta opção legislativa foi efetivada ou não no Tribunal de Justiça da Bahia.

Alguns dados são interessantes para verificar se existiu ou não uma alteração da quantidade de transações nestes Juizados, que é uma crítica trazida nesta tese, bem como se existiu uma diminuição das demandas das Varas da Fazenda Pública ou do tempo médio de duração dos processos de forma global nestes Tribunais, o que não foi também demonstrado. Os dados foram retirados do sítio do próprio Tribunal de Justiça da Bahia e do Conselho Nacional de Justiça que acompanha as estatísticas (que cuidam da análise e acompanhamento de todos os órgãos do poder judiciário, incluindo os estaduais).

⁵⁰ <http://www5.tjba.jus.br/juizadosespeciais/index.php/transparencia/produtividade-jl-con>

Foi feito um compilado utilizando as informações acerca da quantidade de audiência (que é obrigatória por lei) e a quantidade de transação dividido por ano em cada uma das Varas. Este cálculo foi feito analisando segundo informações mensais que destacam o número de audiência e transações de cada um dos conciliadores e juízes leigos que atuam nelas, juntando os números considerando a atuação deles por Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública conforme veremos nas tabelas a seguir e que trazem dados possíveis de serem analisados sob a perspectiva da aplicação ou não da mediação nestes órgãos jurisdicionais.

Tabela 1 – Número de audiências e transações judiciais na 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado da Bahia em 2018.

1º VSJE Fazenda Pública	Audiência de conciliação sem transação	Audiência de conciliação com transação	Audiência de instrução sem transação	Audiência de instrução com transação
Janeiro/2018	176	0	0	0
Fevereiro/2018	261	0	0	0
Março/2018	352	0	0	0
Abril/2018	176	0	0	0
Mai/2018	170	1	0	0
Junho/2018	145	1	0	0
Julho/2018	176	0	0	0
Agosto/2018	308	2	0	0
Setembro/2018	176	0	0	0
Outubro/2018	174	1	0	0
Novembro/2018	348	2	0	0
Dezembro/2018	212	0	0	0

Fonte: Elaborada pela Autora com as informações constantes no Portal transparência dos Juizados Especiais do TJBA.

Tabela 2 – Número de audiências e transações judiciais na 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado da Bahia em 2018.

2º VSJE Fazenda Pública	Audiência de conciliação sem transação	Audiência de conciliação com transação	Audiência de instrução sem transação	Audiência de instrução com transação
Janeiro/2018	88	0	0	0
Fevereiro/2018	112	1	0	0
Março/2018	176	0	0	0
Abril/2018	336	0	0	0
Mai/2018	333	0	0	0

Junho/2018	279	0	0	0
Julho/2018	264	0	0	0
Agosto/2018	176	0	0	0
Setembro/2018	344	1	0	0
Outubro/2018	352	0	0	0
Novembro/2018	352	0	0	0
Dezembro/2018	225	0	0	0

Fonte: Elaborada pela Autora com as informações constantes no Portal transparência dos Juizados Especiais do TJBA.

Durante o ano de 2018 foram feitas 2.674 audiências de conciliação na 1ª Vara e 3.037 na 2ª Vara, totalizando 5.711, sendo que houveram apenas 9 transações em soma delas duas, ou seja, 0,157% das ações foram resolvidas através da composição entre as partes. Importante destacar que não foram realizadas nenhuma audiência de instrução, que ocorrem para produção de provas, sendo que as ações que envolvem a Fazenda Pública, em regra, são matérias prioritariamente de direito, o que determina uma necessidade de análise da aplicação da lei ou não ao caso concreto. Percebe-se, claramente, que neste período a previsão de transação não trouxe qualquer benefício concreto, bem como supõe-se que as ações envolvem discussões jurídicas e não de fatos.

Tabela 3 – Número de audiências e transações judiciais na 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado da Bahia em 2019.

1º VSJE Fazenda Pública	Audiência de conciliação sem transação	Audiência de conciliação com transação	Audiência de instrução sem transação	Audiência de instrução com transação
Janeiro/2019	176	0	0	0
Fevereiro/2019	259	0	0	0
Março/2019	328	2	0	0
Abril/2019	352	0	0	0
Maió/2019	352	0	0	0
Junho/2019	352	0	0	0
Julho/2019	352	0	0	0
Agosto/2019	350	0	0	0
Setembro/2019	350	1	0	0
Outubro/2019	352	0	0	0
Novembro/2019	350	1	0	0

Dezembro/2019	221	0	0	0
---------------	-----	---	---	---

Fonte: Elaborada pela Autora com as informações constantes no Portal transparência dos Juizados Especiais do TJBA.

Tabela 4 – Número de audiências e transações judiciais na 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado da Bahia em 2019.

2º VSJE Fazenda Pública	Audiência de conciliação sem transação	Audiência de conciliação com transação	Audiência de instrução sem transação	Audiência de instrução com transação
Janeiro/2019	176	0	0	0
Fevereiro/2019	270	0	0	0
Março/2019	351	0	0	0
Abril/2019	350	0	0	0
Mai/2019	350	0	0	0
Junho/2019	318	17	0	0
Julho/2019	200	0	0	0
Agosto/2019	352	0	0	0
Setembro/2019	352	0	0	0
Outubro/2019	350	1	0	0
Novembro/2019	352	0	0	0
Dezembro/2019	212	0	0	0

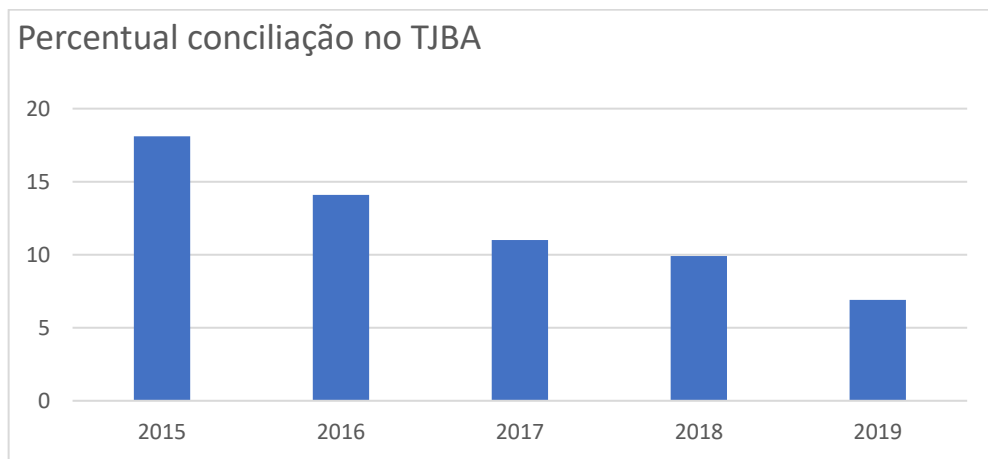
Fonte: Elaborada pela Autora com as informações constantes no Portal transparência dos Juizados Especiais do TJBA.

Já no ano de 2019, foram realizadas 7 427 audiências de conciliação, sendo 3 794 na 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública e 3.633 na 2ª Vara. Foram 22 transações no total, 17 ocorridas no mês de julho de 2019 na 2ª Vara. Considerando estes números, o percentual de transações em relação a quantidade de processos que tiveram a audiência obrigatória (que teria a função principal a mediação entre as partes e possível composição) corresponde a 0,282%, ou seja, continua ínfimo não sendo suficiente para determinar uma real utilização deste expediente como forma de garantir a celeridade e a simplificação das demandas judiciais que envolvem a Fazenda Pública. As conclusões do ano anterior seguem confirmada pelos números, sem alterações.

Este percentual é muito inferior ao percentual de todo Tribunal de Justiça da Bahia, média extraída de todas as varas, sem qualquer definição em relação a especialidade dela, sendo média geral de fato. O que é curioso é que se percebe um declínio no número de

transações ao longo dos anos, mesmo após a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública e o próprio aumento do número de ações tramitando nos Juizados Especiais Cíveis e do Consumidor, onde existe uma propensão a conciliação de fato entre as partes. Se a inauguração destes Juizados previa maior número de conciliações, o que ocorreu em verdade foi a diminuição delas (mas não existe qualquer prova da relação de causa e efeito).

Tabela 5 – Variação do percentual de conciliação da Justiça da Bahia considerando todas as Varas e Jurisdições de 2015 até 2019.



Fonte: Elaborada pela Autora com as informações da Justiça em Números no sítio do Conselho Nacional de Justiça.

Resta evidente do número diminuto de transações ocorridas nos Juizados da Fazenda Pública do Estado da Bahia nos anos de 2018/2019, o que afasta, de fato, o uso deste instrumento como elemento de celeridade processual como previsto na Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009. Como já sinalizado quando diante das possibilidades reais, considerando o ordenamento jurídico que responsabiliza e limita a atuação dos agentes públicos e exige uma atuação que se baseie na legalidade estrita, não resta dúvida que as transações no seio destes Juizados se concretizam apenas em casos excepcionais e não na forma ampla e irrestrita como aparentemente seria por força desta lei.

Diferentemente dos juizados especiais cíveis, objeto de inspiração dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, onde a transação é algo comum, quando se trata de processos que envolvem a Administração Pública, esta possibilidade é pouco provável e são predominantemente decididas pelo Juízo. Considerando os dados do portal transparência, dos anos de 2018 e 2019, percebe-se que, de fato, os processos são resolvidos através de sentenças que exigiriam uma apreciação do Juízo.

É importante destacar que muitas delas tratam de direitos indisponíveis, mas todo seu trâmite, e até mesmo a decisão deles, se dá por ato de juízes leigos, chancelado pelo magistrado. Considera-se importante a discussão sobre a problemática da competência absoluta pelo valor da causa e não pela complexidade ou o direito tutelado, justamente por causa desta falsa premissa em que seria a escolha da forma de definição da competência suficiente para o procedimento mais fragilizado, contando com a composição da lide pelas partes, o que já foi visto que não é a regra.

Tabela 6 – Número de processos distribuídos e julgados, além das decisões de juiz leigo homologadas, por mês na 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado da Bahia em 2018.

1º VSJE Fazenda Pública	Processos distribuídos no mês (novos casos)	Julgados no mês	Decisão dos Juízes leigos homologadas
Janeiro/2018	238	30	282
Fevereiro/2018	285	435	245
Março/2018	331	575	323
Abril/2018	370	468	406
Mai/2018	409	464	342
Junho/2018	444	393	305
Julho/2018	446	561	289
Agosto/2018	517	557	112
Setembro/2018	429	567	425
Outubro/2018	535	744	484
Novembro/2018	456	583	287
Dezembro/2018 ⁵¹	-	-	283

Fonte: Elaborada pela Autora com as informações constantes no Portal transparência dos Juizados Especiais do TJBA.

Tabela 7 – Número de processos distribuídos e julgados, além das decisões de juiz leigo homologadas, por mês na 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado da Bahia em 2018.

2º VSJE Fazenda Pública	Processos distribuídos no mês (novos casos)	Julgados no mês	Decisão dos Juízes leigos homologadas
Janeiro/2018	236	277	175
Fevereiro/2018	294	276	177

⁵¹ Não foi encontrado o Relatório Gerencial dos Juizados Especiais da Fazenda Pública de dezembro de 2018 constantes no aviso nº 04/2019. Página com erro e sem acesso.

Março/2018	333	503	301
Abril/2018	370	367	256
Maió/2018	400	373	245
Junho/2018	702	724	232
Julho/2018	450	500	223
Agosto/2018	522	423	217
Setembro/2018	421	355	275
Outubro/2018	510	585	314
Novembro/2018	461	609	60
Dezembro/2018 ⁵²	-	-	173

Fonte: Elaborada pela Autora com as informações constantes no Portal transparência dos Juizados Especiais do TJBA.

No ano de 2018 é perceptível uma irregularidade em relação a média das novas ações que chegam nas Varas dos Juizados Especiais da Fazenda Pública do TIBA, com meses mais procurados e outros menos. Percebe-se, porém, uma constância em relação a atuação da 1ª VSJE da Fazenda Pública tanto em relação aos processos distribuídos, quanto os julgados (incluindo decisões dos juízes leigos homologadas). Mas não resta qualquer dúvida que as soluções destes Juizados dependem, quase exclusivamente, de decisão do Poder Judiciário, o que é visível no ano seguinte de acordo com as tabelas abaixo, o que confirma a não alteração da composição pela expectativa de transação, visto que não ocorrem.

Tabela 8 – Número de processos distribuídos e julgados, além das decisões de juiz leigo homologadas, por mês na 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado da Bahia em 2019.

1º VSJE Fazenda Pública	Processos distribuídos no mês (novos casos)	Julgados no mês	Decisão dos Juízes leigos homologadas
Janeiro/2019	469	190	292
Fevereiro/2019	556	899	393
Março/2019	448	574	300
Abril/2019	607	642	371
Maió/2019	605	694	349
Junho/2019	513	560	302
Julho/2019	811	892	421

⁵² Não foi encontrado o Relatório Gerencial dos Juizados Especiais da Fazenda Pública de dezembro de 2018 constantes no aviso nº 04/2019. Página com erro e sem acesso.

Agosto/2019	779	862	413
Setembro/2019	745	315	492
Outubro/2019	838	445	311
Novembro/2019	840	136	60
Dezembro/2019	881	479	429

Fonte: Elaborada pela Autora com as informações constantes no Portal transparência dos Juizados Especiais do TJBA.

Tabela 9 – Número de processos distribuídos e julgados, além das decisões de juiz leigo homologadas, por mês na 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública do Estado da Bahia em 2019.

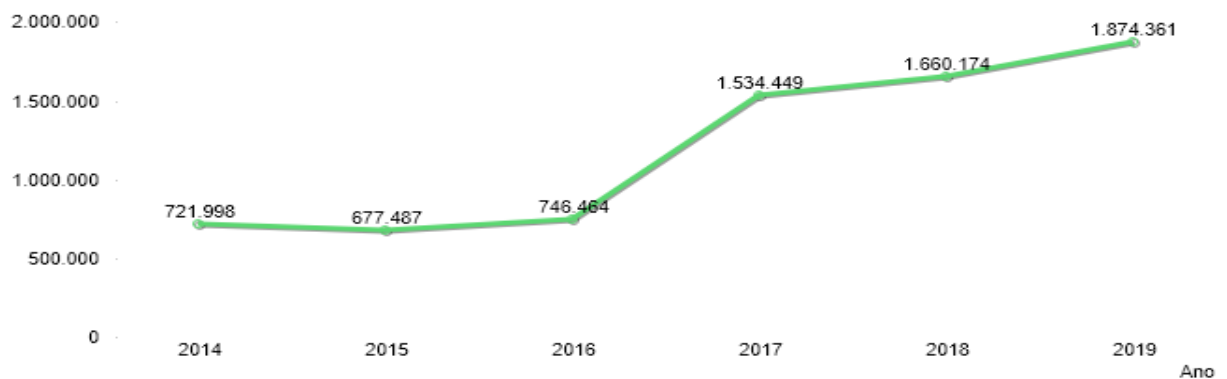
1º VSJE Fazenda Pública	Processos distribuídos no mês (novos casos)	Julgados no mês	Decisão dos Juízes leigos homologadas
Janeiro/2019	470	419	251
Fevereiro/2019	555	504	234
Março/2019	447	522	205
Abril/2019	598	729	199
Mai/2019	609	771	142
Junho/2019	597	742	355
Julho/2019	777	1055	326
Agosto/2019	762	786	317
Setembro/2019	742	719	302
Outubro/2019	851	815	625
Novembro/2019	851	823	334
Dezembro/2019	906	214	179

Fonte: Elaborada pela Autora com as informações constantes no Portal transparência dos Juizados Especiais do TJBA.

Comparando os dois anos que foram os escolhidos para análise, há um aumento do número de procura dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Em 2018 foram distribuídos a 1ª VSJE da Fazenda Pública 4 977 processos de conhecimento, já na 2ª VSJE da Fazenda Pública 4 699. Sinaliza-se, porém, a ausência dos dados referentes ao mês de dezembro de 2018, o que deve ser considerado para efeitos quantitativos. Para equacionar este problema, foi feita média considerando os memes disponibilizados o que apresentou uma média de 440 processos por mês (soma de todos os processos iniciados no ano dividido por duas varas e por onze meses).

Quando se colhe o quantitativo de processos distribuídos em 2019, há uma dobra do montante tendo na 1ª VSJE da Fazenda Pública um acumulado de 8 098 novas ações e na 2ª VSJE da Fazenda Pública um total de 8 165. A média aumentou para 678 processos mês, ou seja, houve um aumento de 54% de um ano para o outro, um incremento bastante significativo considerando apenas o ingresso ao Poder Judiciário, não adentrando as questões relacionadas a motivação e sim apenas ao acesso, uma vez que houve um aumento significativo em relação a quantidade de processo em todo Tribunal de Justiça da Bahia, conforme exposto no gráfico abaixo.

Tabela 10 – Quantidade de novos processos em gráfico considerando o lapso temporal 2014-2019 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. .



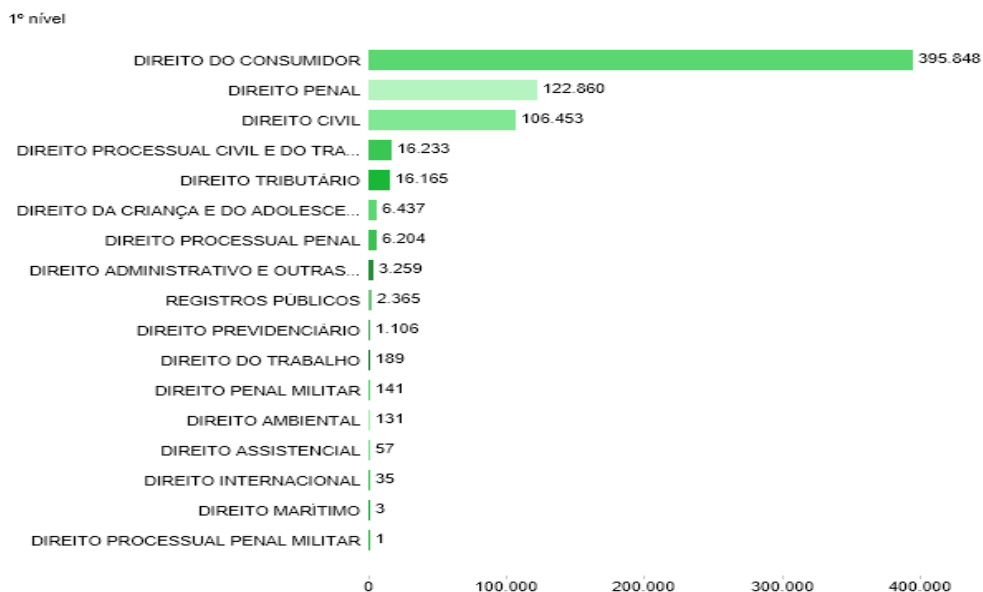
Fonte: Justiça em números do Conselho Nacional de Justiça.

Considerando o constante crescimento de novas demandas no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, de 2015 até 2019, e destacando que os Juizados Especiais da Fazenda Pública existem somente a partir dos anos de 2015, inevitavelmente a compreensão de um aumento da demanda também nestes órgãos jurisdicionais. Para se ter uma noção disto, foi importante analisar como estão as demandas neste período divididas por assuntos, e entender se houve ou não crescimento delas considerando as disciplinas de Direito Administrativo e de Direito Tributário, que envolvem a Fazenda Pública, como norteador da quantidade de demandas - não excluindo outras hipóteses possíveis que tramitem nestas Varas, mas não identificáveis de forma clara.

O que se percebe, através da análise dos dados compilados, é um aumento do número de novas ações ao longo dos anos, sendo o mais expressivo após 2017, em todo o Poder Judiciário estadual da Bahia, ou seja, de forma global, incluindo todos os tipos de demanda,

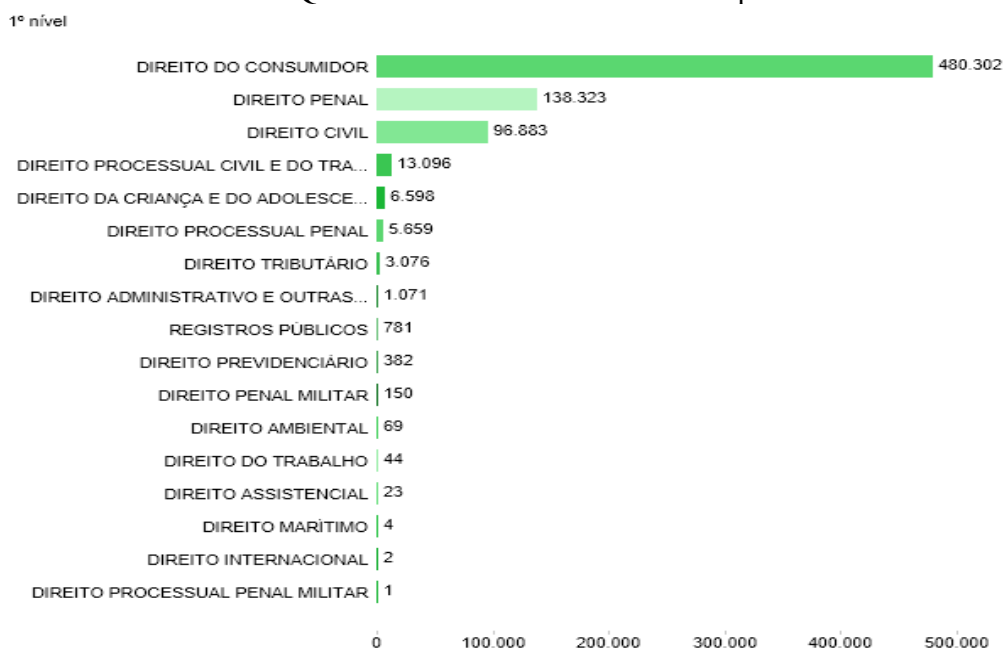
mas, também e de forma particularizada, os referentes a Fazenda Pública. As tabelas abaixo mostram estes valores por ano e matérias, sendo as tabelas exportadas do próprio sítio do Conselho Nacional de Justiça que faz o acompanhamento destes números com a indicação das movimentações financeiras e de pessoal (que não são relevantes para nossa pesquisa).

Tabela 11 – Quantidade de novos casos divididos por matéria em 2015.

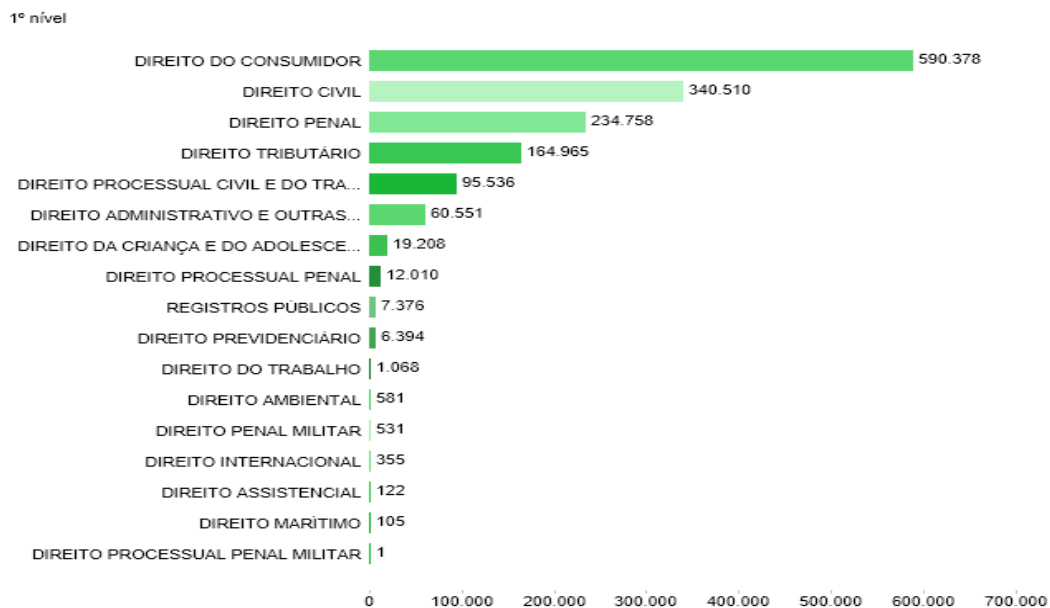


Fonte: Justiça em números do Conselho Nacional de Justiça.

Tabela 12 – Quantidade de novos casos divididos por matéria em 2016.



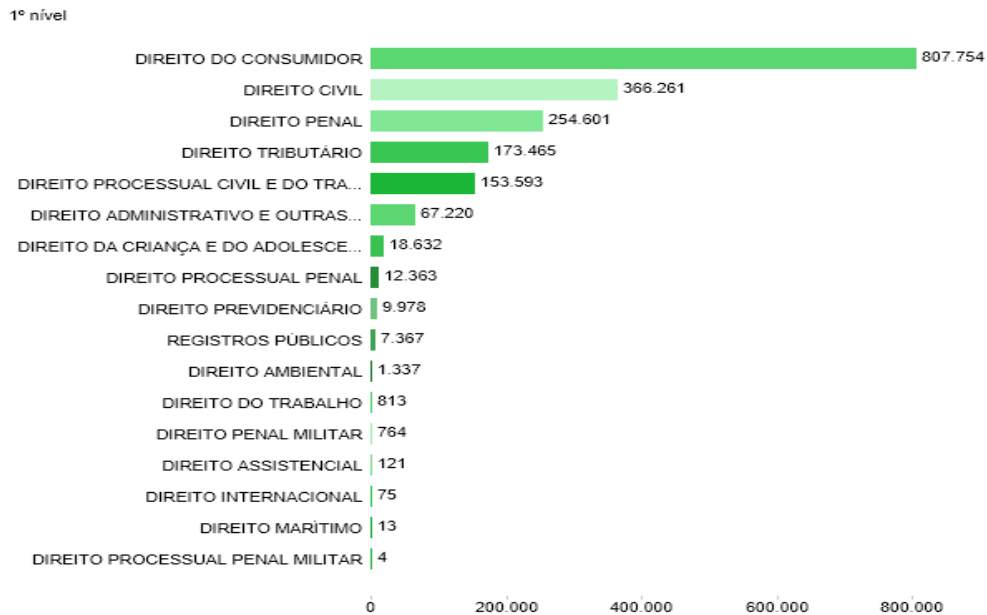
Fonte: Justiça em números do Conselho Nacional de Justiça.

Tabela 13 – Quantidade de novos casos divididos por matéria em 2017.

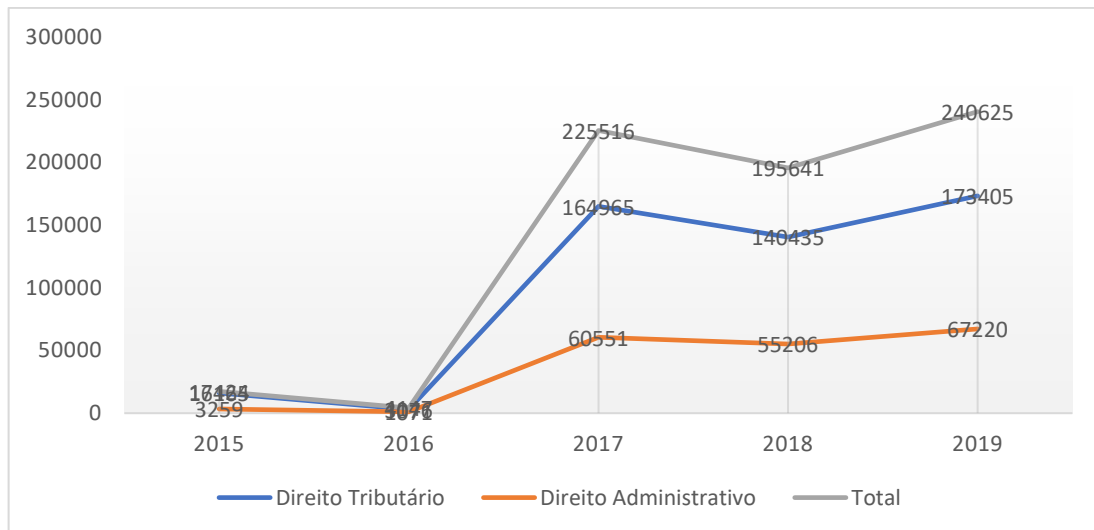
Fonte: Justiça em números do Conselho Nacional de Justiça.

Tabela 14 – Quantidade de novos casos divididos por matéria em 2018.

Fonte: Justiça em números do Conselho Nacional de Justiça.

Tabela 15 – Quantidade de novos casos divididos por matéria em 2019.

Fonte: Justiça em números do Conselho Nacional de Justiça.

Tabela 16 – Compilado dos novos casos em matérias de Direito Administrativo e Direito Tributário nos anos de 2015 até 2019.

Fonte: Elaborada pela Autora com as informações obtidas no sítio do CNJ - Justiça em Números e dos gráficos das tabelas 10 a 14.

Percebe-se claramente um aumento das demandas, sendo este absolutamente expressivo após 2017. Considerando apenas os anos de 2018 e 2019, que são os objetos da análise desta tese, há, um alargamento da quantidade de demandas, um crescimento médio de 23%. Importante lembrar que a Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009 determina a competência destes Juizados Especiais da Fazenda Pública é absoluta para processar, conciliar e julgar

causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários-mínimos.

Quando da análise detalhada da distribuição de novos casos nas Varas da Fazenda Pública e das Varas dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no Tribunal de Justiça da Bahia, há uma gama muito extensa de opções. Compilando a quantidade de novos casos por matéria de direito administrativo e de direito tributário (a que é referente a Fazenda Pública em sua essência), restou os números referentes a estes órgãos jurisdicionais nos anos de 2018 e 2019, entendendo que são referentes a todo Estado da Bahia, os números apresentados à tabela abaixo demonstram crescimento das demandas nestas áreas de forma global e não em equilíbrio com a diminuição das correntes nas Varas em acréscimo aos Juizados, ou vice-versa, apesar de, percentualmente o aumento nos Juizados terem sido muito maior.

Tabela 17 – Novos casos nas disciplinas de Direito Administrativo e de Direito Tributário nos anos de 2018 e 2019 no Tribunal de Justiça da Bahia.

	Varas da Fazenda Pública	Juizados Especiais	Total
2018	171 502	6 402	195 145
2019	192 952	13 930	224 518

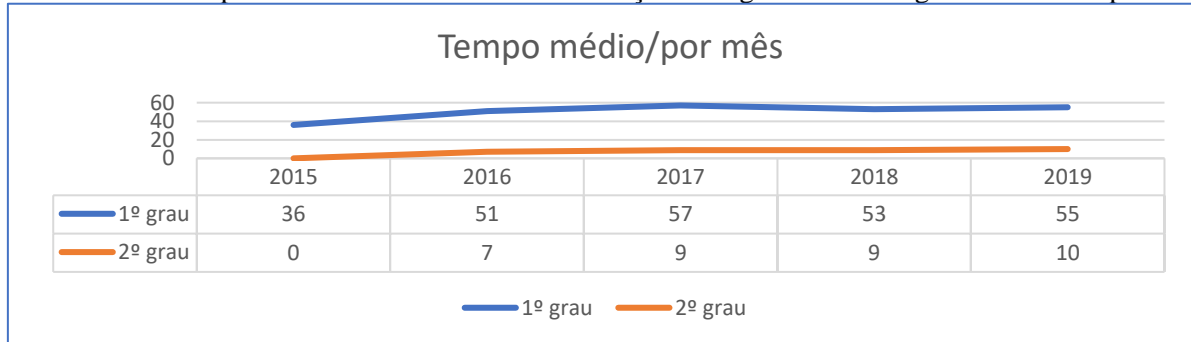
Fonte: Elaborada pela Autora com as informações obtidas no sítio do CNJ - Justiça em Números.

Atentando que diversas comarcas que cumulam a função jurisdicional das disciplinas referentes a Fazenda Pública, a quantidade de processos que correm apenas em duas Varas dos Juizados Especiais da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça da Bahia que existiam apenas na Capital – Salvador – neste período. Assim, tem-se número expressivo de demandas que se enquadram nas hipóteses de competência absoluta deste órgão jurisdicional. Portanto, a relevância e importância não é questionada, mas sim os procedimentos, principalmente a escolha da transação como método prioritário de solução das lides, não se fazem suficientes para seu propósito.

Percebe-se um número grande de demandas que envolvem a Fazenda Pública e a demora na finalização das ações, mas não significa que as demandas são decididas observando os limites e peculiaridades decorrentes da indisponibilidade do interesse público. Quando verificado o tempo médio de duração da inicial até a sentença no 1º Grau e 2º Grau quase nenhuma variação e mesmo depois da instalação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, continuam aumentando, conforme números destacados no sítio do Conselho

Nacional de Justiça que não apresenta a o tempo médios dos Juizados Especiais da Fazenda Pública especificamente. Não é possível associar este dado ao Juizado Especial da Fazenda Pública, mas é interessante verificar o aumento do tempo médio no Tribunal de Justiça da Bahia.

Tabela 18 - tempo médio de inicial até a sentença no 1º grau e no 2º grau no TJBA por mês.



Fonte: Elaborada pela Autora com as informações obtidas no sítio do CNJ - Justiça em Números.

Todos os dados apresentados deixam claro a inexistência de uma alteração real no Tribunal de Justiça da Bahia em decorrência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública em relação a transação judicial, sendo as ações envolvendo a Administração Pública decididas por sentença. Percebe-se, também que existiu um aumento da procura pelo Poder Judiciário ao longo dos anos, sendo aumentado, principalmente após 2017, incluindo nos órgãos especializados. A maior procura pelo não reflete, necessariamente, num maior acesso à justiça ou uma atuação precisa, célere ou que seja a esperada. Talvez seja uma forma de se confirmar uma crise do Estado brasileiro que não atua garantindo os direitos fundamentais como pretendido.

6.2 INCOMPATIBILIDADE PRINCIPOLÓGICA, HERMENÊUTICA OU INCONSTITUCIONALIDADE?

A criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios decorre da necessidade de desburocratização do Estado e de encontrar formas de garantir acesso a direitos e meios do exercício da democracia e cidadania em um ambiente de desigualdade social historicamente característico no Brasil. A ausência de concretização da Constituição da República que se pauta na social-democracia e

da crescente globalização da economia e do neoliberalismo no país, desenvolve uma realidade de enfraquecimento das políticas públicas, principalmente as sociais, e o Poder Judiciário se torna o guardião da própria cidadania, expoente de resolução de conflitos e mediador das relações entre o Estado e os cidadãos.

Justamente considerando esta realidade e a necessidade de garantir os direitos fundamentais através de formas mais simplificadas de acesso à justiça, o Poder Judiciário apostou em processos de descentralização e universalização da própria justiça e meios alternativos para inclusão social através de seus órgãos. A criação de justiça itinerante, juizados especiais, câmaras de conciliação e tantas outras formas de dar celeridade, mas, principalmente de se tornar acessível a população que, ao mesmo tempo que se vê abandonada pela Estado, também se vê intimidada pelo Judiciário que é complexo, austero, além da linguagem incompreensível para a maioria das pessoas.

Estas mudanças, observando as possibilidades apresentadas por Cappelletti e Garth (1988) tinham a expectativa de facilitar o acesso à justiça, principalmente aos mais pobres e com menos educação e informação sobre direitos e procedimentos específicos do Poder Judiciário, e até mesmo da impressão e distanciamento próprio do ambientes jurisdicional que intimida , além da inacessibilidade por parte dos tribunais, juízes e advogados, fazendo com que os cidadãos não se sintam pertencentes a este meio. Um órgão judicial mais acessível, com prevalência da oralidade e limitação de recurso, é, de fato uma ótima opção, principalmente quando se tratar de valores de causa mais diminutos com baixa complexidade da demanda. Esta é uma alternativa importante e necessária.

Por que razão, o Poder Judiciário inaugurou pelos juizados de pequenas causas (posteriormente Juizados Especiais Cíveis e Criminais), pretendendo combater a inadequação da estrutura deste poder, uma vez que o Estado gastava muito para estas demandas e o que se tinha de proveito econômico não compensava, ou pelo valor das custas baixas ou pela gratuidade da justiça. Corroborado pela previsão do art. 98 da Constituição da República, onde se previa a criação de juizados especiais, que tivessem competência para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, e nestes casos a transação e o julgamento de recursos se daria por turmas de juízes de primeiro grau (diminuindo assim a demora decorrente das várias possibilidades de recursos, incluindo nas instâncias especial e extraordinária).

Para ações cíveis, do consumidor e criminais de baixo potencial ofensivo esta possibilidade é muito interessante, até mesmo indispensável. Verificando os benefícios dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a extensão de algo similar para demandas da Fazenda Pública também é pensado e a ideia é absolutamente fundamental. A grande questão é a transmutação das regras daqueles primeiros de forma praticamente idêntica com o acréscimo da competência absoluta deste Juízo para as demandas com valor da causa menor que 60 salários-mínimos, salvo as exceções trazidas em lei que abarcam as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais, as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos, as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas e as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.

Apesar de parecer absolutamente possível a aplicação desta regra a Fazenda Pública, na prática isto não ocorre e pode causar o oposto ao pretendido: um afastamento da justiça e de direitos indisponíveis pela ausência de condições procedimentais em situações em que o valor da causa é meramente simbólico, sendo o objeto direito fundamental. Isto porque, em regra, as demandas que envolvem a Fazenda Pública tratam de interesse público, o que necessariamente decorre limitações e indisponibilidade quanto a sua flexibilização por serem, a princípio, inalienáveis. O particular pode dispor ou não de algo que lhe pertence, sem qualquer amarra ou critérios, salvo em situações específicas, diferentemente da Administração Pública que precisa cumprir requisitos específicos apresentados em lei, considerando os princípios constitucionais que norteiam suas atividades. Esta informação é indispensável para o legislador quando propõe normas que envolvam os entes públicos, incluindo procedimentos judiciais, como exemplo a Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009.

Relembrando estes princípios, o primeiro apresentado no art. 37 da Constituição da República é o da legalidade, que determina a obrigatoriedade de se ter uma norma autorizativa para um ato administrativo. Assim, pensa-se: o art. 8º da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009 permite que os representantes judiciais destes entes, que devem estar presentes à audiência, poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência destes Juizados Especiais, portanto, a autorização legal existe e esta regra será aplicada. Porém, o próprio artigo apresenta a observação que será feito nos termos e nas hipóteses previstas na lei

do respectivo ente da Federação, ou seja, somente poderão ocorrer se houver lei que preveja em quais casos isto pode acontecer.

A transação, conciliação e a desistência nestes processos dependem necessariamente da existência de leis que permitam estas ações e se assim tiver, estas poderiam ocorrer na seara administrativa. Portanto, considerar que este dispositivo legal (artigo 8º) seja suficiente e que a celeridade destes Juizados ocorra, em regra, pela possibilidade de uma composição envolvendo a Fazenda Pública é uma imprecisão, quase que uma falácia. O artigo por si só não é suficiente e não inova uma vez que, normalmente, se procura o Poder Judiciário quando não se tem uma solução no âmbito administrativo, ou seja, já existiu anteriormente uma possibilidade de resolução da questão, mas não ocorreu e precisa de uma interferência jurisdicional para se obter uma solução.

Deve-se partir da inexistência da transação como regra e a possibilidade como exceção, para se ter uma real compreensão das disposições legais (mas a lei faz o inverso). O sistema legal deve convergir e não divergir, ou seja, devem ser adaptáveis a luz do que a Constituição da República prevê e neste caso os princípios da administração pública precisam ser considerados. O que é fundamental na discussão é entender a realidade que se impõe e não a vontade do legislador sem entender o contexto em que se vive. Se existir divergências buscar alternativas para ela, sendo necessária alterações legais e estruturais em relação ao Juizado Especial da Fazenda Pública.

Como demonstrado pelos dados colhidos nos sítios do Tribunal de Justiça da Bahia e no Conselho Nacional de Justiça, o número de conciliações ocorridas nestes Juizados é ínfimo, sendo quase a totalidade dos processos decididos pelo Juízo, ou seja, na prática, não ocorre conciliação. A mudança nesta situação não decorreria da em relação a autorização de transação pela lei, mas da existência de leis que autorizem o servidor em suas atribuições, conciliar, sendo que o que de fato existe é uma vedação a isto pela necessidade de ele atuar em sintonia com a legalidade estrita, sob pena de responsabilização pessoal.

De fato, o tempo de duração dos processos é inferior ao das Varas da Fazenda Pública, mas a motivação não é a possibilidade de composição, mas as a redução da fase de instrução que praticamente não existe, uma vez que a produção de provas se restringe a contestação e a audiência, que não conta, em regra, com a presença do representante judicial da Administração Pública, uma vez que os Juizados da Fazenda Pública do Estado da Bahia adotam o enunciado normativo 24 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF), como já assinalado, que prevê a dispensa da realização da audiência de

mediação e conciliação quando a Fazenda Pública publicizar ampla e previamente as hipóteses em que está autorizada a transigir – mas não dispensa a presença do Autor da ação, o que é abusivo, uma vez que estes precisam dispor de tempo e dinheiro para comparecer, ainda que o Juízo tenha dispensado a parte contrária, o que demonstra uma desigualdade clara entre eles.

Outro princípio importante de ser destacado nesta discussão dentre os previstos na Constituição da República é o da impessoalidade. Como a Administração Pública não pode privilegiar alguém, tão pouco prejudicar, as ações e omissões não podem ter um direcionamento, mas deve valer para toda a coletividade, excluindo tratamento desigual através de uma política discriminatória que tenha como finalidade o acesso a direitos de um grupo específico com sujeitos indefinidos. Se ela precisa atuar sem qualquer benefício individualizado, nem preferência para com seus administrados, qual seria a justificativa de conciliar com alguém em juízo? O privilégio deste em ter acessado o Poder Judiciário? A justificativa é bastante temerária, principalmente por se ter no Brasil ainda um número incipiente de tutelas jurisdicionais aos marginalizados e os vulneráveis.

Importante deixar claro que mesmo sendo o Poder Judiciário a porta de entrada para garantia dos direitos não disponibilizados pelo Estado, ele também resta restrito a uma parcela diminuta da sociedade. Salientado por Wilson Alves de Souza (2011), para além da questão socioeconômica o afastamento deste poder da maioria da população ocorre também por questões culturais e educacionais. Estas ausências reverberam primeiramente na falta de acesso a direitos e a informações sobre eles, incluindo a possibilidade de buscar tutela jurisdicional com este propósito. Por isto, Souza acredita que para sanar estas questões seria fundamental uma educação pública de qualidade uma vez que considera que um Estado realmente democrático requer iguais oportunidades (2011, p. 29).

A compreensão de que se faz possível acessar direitos por meio da exigência jurisdicional, e que isto é um privilégio em um país pauperizado e desigual, por si só já seria um ferimento ao princípio da impessoalidade se considerar esta pelo viés da isonomia. Se considerarmos que a Administração tem o dever constitucional de tutelar os direitos do cidadão de maneira efetiva, eficaz e célere, a impessoalidade exige que os direitos devem ser promovidos de forma igualitária e universalizada, sem criar privilégios para pessoas determinadas (HACHEM, 2014, p. 293). Esta é uma situação inexistente em países desiguais. Portanto, ainda que judicialmente, caso a Fazenda Pública transacione e tenha uma relação

diferenciada por tal razão com um cidadão específico, estaria contrariando o princípio da impessoalidade.

Destacando estes dois princípios constitucionais administrativos, resta evidente a incompatibilidade principiológica entre estes dois princípios e o previsto na Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009. Assim sendo, quando diante de uma norma que contraria a Constituição da República, esta deverá ser afastada por ser inconstitucional. Ainda que se entenda que, por serem princípios e, por isto, flexíveis, existe um claro embate entre a Lei e a própria estrutura hermenêutica que sustenta toda a Administração Pública e não pode ser desconsiderado, uma vez que a norma por si só não produz efeitos, mas sua aplicação na vida, de forma social, sua efetividade. Na prática, percebendo os números elencados, a hipótese legal de composição não se realiza, sendo o número absolutamente irrelevante. Quase a totalidade das ações são finalizadas por sentença judicial e com análise de mérito.

Sobre isto, também é importante destacar mais um princípio atinente a Fazenda Pública e que resta fundamental nesta discussão: indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública não pode atuar com ausência de interesse público, ou seja, em todas as suas ações este deve ser o norteador. Assim, em um processo judicial, não poderia dispensá-lo para resolver uma demanda, nem o flexibilizar em prol de outrem, ainda que seja um cidadão. Portanto, este princípio impede qualquer composição que não tenha refletida nela o interesse público, o que afasta ainda mais esta possibilidade apontada na Lei que disciplina os Juizados Especiais da Fazenda no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

Outra norma discutível é sua competência absoluta, prevista no art. 2º § 4º da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009, no foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública. Delimita através do valor da causa, excetuando as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos, sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas e as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares. Todas as demais, se tiverem valor da causa inferior aos sessenta salários-mínimos, deverão ser julgadas exclusivamente por estes Juizados Especiais.

Não parece haver qualquer problema *a priori*, mas pode se tornar quando desconsidera que existe uma restrição procedimental inerente aos juizados especiais, como a limitação

recursal, por exemplo, em decorrência do previsto no art. 4º que determina ser somente admitido recurso contra a sentença, excepcionando providências cautelares e antecipatórias no curso do processo com a intenção de evitar danos de difícil ou de incerta reparação. Este recurso, chamado inominado se dará, conforme art. 17, para as Turmas Recursais do Sistema dos Juizados Especiais que são compostas por juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição com mandato de dois anos, e integradas, preferencialmente, por juízes do Sistema dos Juizados Especiais. No Tribunal de Justiça do Estado da Bahia esta turma é composta por três membros e desta decisão não caberá mais nenhum recurso, excepcionando o recurso extraordinário, em hipóteses muito restritas.

O problema se encontra na existência de direitos tratados nestes Juizados que em muito são vinculados a direitos fundamentais e por que razão, indisponíveis. Não se trata de dinheiro, não é receber ou não um valor pecuniário, e sim de direitos prestacionais, além discussões sobre concurso público, direito dos servidores, acesso a serviços públicos continuados, dentre outros. A decisão jurisdicional deve ser condizente com estas peculiaridades e não forma de encerrar o processo sem o devido cuidado e respeito a estas características em nome da celeridade.

Um exemplo real, que não tem a intensão de ser parâmetro para análise de dados é um processo⁵³ onde a discussão de direito a ingresso no serviço público foi encerrada sem que as provas pedidas pela Autora (que deveriam ser públicas e o Estado da Bahia não fez), em atendimento ao direito a informação e a obrigação de publicidade, sendo revertido pela turma recursal indicando a obrigação da diligência e, quando voltou para o Juízo, foi declarada a incompetência por ser esta matéria complexa. O processo ainda não concluído já está tramitando há mais de 4 anos.

Outro caso⁵⁴, em que se discute uma licença para tratar de interesse particular, com situações complexas e possibilidade de pena de demissão, protocolizada na Vara da Fazenda Pública, justamente por saber que existiria declínio de competência, com a concordância do Estado na tramitação, foi decidido pelo juízo, que deveria tramitar no Juizado Especial da Fazenda Pública, por sua competência absoluta em razão do valor da causa. Ou seja, existe um prejuízo claro ao Autor da ação, que poderia preferir o julgamento na Vara da Fazenda Pública e não no Juizado Especial, mas que vê o seu processo não apreciado e os Juízos

⁵³ Processo TJBA nº 8000455-78.2018.8.05.0001

⁵⁴ Processo TJBA nº **8017641-12.2021.8.05.0001**

deixando de garantir o acesso à justiça por causa de uma norma absolutamente contrária ao propósito que seria de dar celeridade a estes processos.

Ainda se fossem casos isolados, coincidentemente ocorridos sob a promoção da pesquisadora, já se apresenta temerário pois demonstra as possibilidades de contrário a celeridade pretendida, atravancar mais ainda o devido processo legal. O sentido da norma é garantir uma tutela judicial que consiga atingir a todos e que garantam os direitos fundamentais dos cidadãos e não seja utilizado como forma de descumprir a função constitucional do Poder Judiciário como se observa de forma empírica, considerando o cotidiano da advocacia baiana e os problemas seculares que envolvem a desconfiança e o descrédito na imparcialidade deste poder pela sociedade, descritos por Wilson Alves de Souza (2011, p. 31).

O deslocamento das normas constantes na Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 para a Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009, sem considerar as peculiaridades da Fazenda Pública, em especial os seus princípios norteadores, pode desencadear maiores problemas na perspectiva do acesso à justiça, compreendendo esta através do custo e benefício. Talvez, a ampliação do número de Varas especializadas atendesse mais a este propósito, pois, apesar do seu procedimento ordinário, e aparentemente mais lento, não deixaria os cidadãos à mercê de arbítrios destes Juízos, o que causa insegurança jurídica, além de afastar estas demandas do seu real objetivo que seria fornecer uma tutela jurisdicional célere e justa.

Qual seria a motivação de tornar da competência absoluta deste juízo? Se a competência é definida pelo interesse público e reverbera a função jurisdicional em sua forma mais indicada para aquela matéria ou parte, determinar que estes Juizados Especiais teriam competência absoluta sem qualquer parâmetro para que se tenha segurança jurídica sobre sua complexidade e deixar isto a cargo discricionário do Juízo é um absurdo e não deveria prosperar. Em verdade esta previsão nem consta na norma, mas a jurisprudência entendeu a necessidade de a instrução ser mais abrangente, claramente isto é a observância da não aplicabilidade desta norma de forma absoluta.

Existem restrições quando a complexidade e eles são afastados ainda que dentro do valor da causa estipulado, não podendo ser previamente determinado pelo Autor, por não ser acatado pelo Juízo ordinário, esta opção é exclusiva do magistrado quando se debruça no processo, o que nem sempre ocorre de imediato. Portanto, em nome da celeridade, se determina um juízo absoluto, o que seria coerente se não houvessem estes casos complexos, uma vez que envolvem questões indisponíveis e não são simples exige um procedimento mais

completo e se não houver o declínio pelo Juizado Especial, pode-se tratar estas causas sem a devida complexidade necessária.

Em primeiro lugar, a inconstitucionalidade decorre da possibilidade de o microsistema dos Juizados Especiais Cíveis Federais, assim como o dos Juizados Especiais da Fazenda Pública produzir resultados inaceitáveis: não são cabíveis todos os recursos existentes no sistema processual comum; não é cabível o ajuizamento de ‘ação rescisória’; é limitada a possibilidade de produção de provas. Em segundo lugar, a tutela jurisdicional que através dele se presta é diferenciada, mas esse sistema é estabelecido por opção do legislador e não pela natureza do direito material, o que faz com que tenha o mesmo de ser opcional para o demandante [...] (CÂMARA, 2010, p. 203)

A escolha pela competência absoluta destes Juizados Especiais da Fazenda Pública, diferentemente da possibilidade de escolha quando das normas referentes aos Juizados Especiais Cíveis, é estranha uma vez que esta estrutura mais célere e simplificada de prestação jurisdicional importa uma perspectiva do processo civil que aproxima mais dos cidadãos através de uma maior participação destes e a possibilidade que deveria ser também do Autor da ação e não uma restrição da lei sem qualquer motivação que justificasse. Pensar o processo de forma impositiva e não participativa é contrário a toda a mudança de paradigma dos últimos tempos que pedem uma responsabilidade maior do cidadão para com seus conflitos e lides.

É importante destacar que o princípio constitucional do acesso à justiça se materializa no art. 5, XXXV da CRFB (inafastabilidade do controle jurisdicional) onde prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que exige do Estado uma atuação a fim de quebrar barreiras e não as construir. Limitar e tornar a competência destes juizados especiais absoluta, não havendo escolha por parte do Autor em relação ao Juízo, sendo que existe a clara possibilidade de que a matéria abordada seja complexa, uma vez que trata, em regra, de direitos indisponíveis e pode ocorrer, como acontece, o declínio por esta razão após de muito tempo passado, muitas vezes na turma recursal, o que vai de encontro a um dos motivos principais de sua existência: a celeridade.

Assim, é preciso ter em mente a premissa de que os Juizados foram estruturados para solucionar, de forma adequada, uma categoria bastante específica de interesses: cotidianos, de baixo valor ou complexidade e, sobretudo, de impacto restrito aos litigantes. Nesse contexto, é evidente que o sucesso dos Juizados depende da adequação das demandas à sua natureza. (FERRAZ, 2015, p. 54)

Entendendo que a celeridade é a finalidade da existência destes Juizados Especiais, independentemente de quais sejam, impedimentos a concretização de uma decisão célere é imprescindível, assim como a própria justiça, ferindo a própria função do Poder Judiciário. É incompatível com a Constituição da República e toda estrutura jurídica brasileira, normas que contrariem direitos fundamentais, ainda que em casos específicos. Os procedimentos são meios de garantir direitos e não de os inviabilizar. Sem que se tenha realmente alcançado estes direitos, de forma fática (nos casos concretos), o direito não é alcançado e a justiça continua sendo uma falácia, não atingindo seu propósito, mas como mera formalidade. Não se pode deixar de apontar as críticas necessárias a melhor administração da justiça, que deve servir para garantir a efetivação da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Para além disto, resta clara a incompatibilidade entre a o constante na norma que prevê obrigatoriedade de audiência de conciliação e a possibilidade de transação com os princípios constitucionais administrativos principalmente legalidade, impessoalidade e eficiência. Conforme a Constituição da República, o Capítulo IV, do Título III, inseriu a Advocacia Pública como função essencial à Justiça, e como tal é quem trabalha na defesa da Fazenda Pública. A profissão de advogado exige atuação com autonomia funcional pela natureza do seu cargo, sendo o Advogado Público um agente administrativo com prerrogativas, atribuições e responsabilidades diferenciadas, e por esta razão poderia atuar com esta possibilidade.

Como agente administrativo tem a responsabilidade funcional de perseguir os fins do Estado de promoção de políticas públicas, e por esta razão não deveria se limitar a legalidade estrita quando diante de uma omissão estatal ou efetivação de direitos fundamentais oriundos da própria Constituição da República. Existe uma certa flexibilidade, mas, junto a isto, normas que responsabiliza diretamente por suas ações ou omissões o que acaba restringindo a sua atuação as situações permitidas em lei, onde está deixado consignado que o advogado público pode transigir e qual seria o limite dela.

Portanto, o Advogado Público possui um regime jurídico híbrido uma vez que possui as prerrogativas inerentes a advocacia, incluindo da Lei n 8.906 de 04 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – mas também deve obediência ao regime estatutário o vincula à entidade pública, tendo que obedecer e responder as prerrogativas e os limites de sua atuação, incluindo a possibilidade de sanção por cometimento de infrações e crimes. Isto impede que o Advogado Público exerça sua função

de forma ampla e irrestrita, devendo cumprir o que está na lei e as limitações dela, somente podendo transacionar caso seja expressamente autorizada por lei.

O que resta, diante desta constatação, é que esta norma é ineficaz, não produz efeito, mas gera uma falsa crença na possibilidade de uma celeridade por força da possibilidade de transação que não pode se concretizar, como não se concretizou até hoje, conforme os dados acima apresentados. Então o procedimento nos Juizados Especiais da Fazenda Pública do Estado da Bahia é mais célere porque sumario e não dispõe das fases instrutórias amplas permitidas nos processos ordinários e nem das possibilidades recursais neles também possíveis. A questão que aqui deve ser refletida é se isto não seria uma forma de afastar o acesso à justiça, nos casos em que existe complexidade, e não de garantir como assim o pretendia, uma vez que existe de fato uma decisão judicial, mas não necessariamente justa.

Mais ainda considerando que as matérias tratadas não são menos importantes por terem menor valor da causa, principalmente por muitas delas tratarem de direitos indisponíveis e sem valor econômico possível de ser determinado, por isto estes valores são baixos. É importante salientar e deixar absolutamente claro que uma decisão judicial não é suficiente para garantia da justiça. A justiça envolve uma atuação estatal, e social, que preveja a concretização de direitos fundamentais em respeito a universalização deles em consonância com a previsão constitucional, além de reverberar os fundamentos de cidadania e dignidade da pessoa humana.

6.3 OMISSÃO ESTATAL, ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVIDADE.

As diversas formas e meios processuais de acesso à justiça existem com o propósito de o tornar realidade, principalmente considerando que o Brasil é um país com extrema desigualdade e restrições de direitos fundamentais, o que afasta a própria concretização da cidadania. As normas sobre o tema precisam estar em consonância com a realidade e acompanhar os indicadores para saber se, de fato, estão sendo mecanismos de aproximação do direito e do próprio Estado com o cidadão ou se são veículos vazios para a concretização da justiça. Não se trata de um ou outro poder agindo em nome da efetivação dos direitos e da própria Constituição da República, mas todos ele, caso não seja, claramente se está diante de omissões estatais na prestação dos direitos sociais.

É certo que a luta da realização dos direitos sociais deve ocorrer antes de tudo no espaço político. Mas dúvida não pode haver que o espaço da jurisdição não poder ser afastado.

Também não se pode perder de vista que o espaço judicial preferencial deve ser o da tutela coletiva, mas casos existem em que a tutela individual não pode ser afastada.

De outro lado, esse espaço de atuação é difícil, tormentoso e complexo, de maneira que os juízes devem atuar nesse campo com redobrado cuidado e maior equilíbrio, inclusive para que suas decisões não caiam no vazio. (SOUZA, 2011, p. 237)

Várias perguntas podem surgir e são importantes reflexões sobre cidadania e acesso à justiça muito mais para compreender a relação e as consequências dela que a apontar conceitos e entender o que a doutrina jurídica ou sociológica apresenta de mais interessante. Para além disto precisamos tentar responder as perguntas considerando o contexto brasileiro. Quem tem acesso a estes direitos fundamentais? O Estado atua de forma isonômica? Existem privilégios em estados com desigualdade social? Acesso à justiça é uma forma de diminuir desigualdades? Mesmo que ainda não respondidas de forma definitiva, a reflexão sobre elas reverbera na construção de um pensamento que esteja mais próximo a realidade fática, que nem sempre corresponde a perspectiva jurídico-legal pretendida.

Acesso à justiça, incluindo ao Poder Judiciário, é forma constitucional de garantir direitos quando da omissão estatal quando da promoção destes, principalmente em relação aos direitos sociais. Esta é a perspectiva da Constituição da República que é social democrática e entende a solidariedade e a universalidade dos direitos fundamentais como princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro. Por ele, todo o estado têm como função produzir formas de garantir que os cidadãos consigam usufruir dos seus direitos de liberdade e receber os direitos prestacionais e coletivos, obedecendo a universalidade, vedação ao retrocesso e limitabilidade que se faz obrigatória uma vez que se vive em sociedade, com uma convivência pacífica e inclusiva, sem preconceitos ou privilégios.

O que acontece é que, apesar disto, se está inserido em um mundo globalizado, capitalista e o neoliberalismo é uma realidade no Brasil, sendo que a ação estatal se move mais para este caminho que para a efetivação do previsto na Constituição da República. Este movimento atinge todos os poderes, incluindo o Judiciário e as estruturas alternativas, que por vezes melhora o alcance da justiça e em outros momentos pode ser uma forma de reforçar desigualdades e tirar do estado a obrigação de assegurar direitos, utilizando de expedientes importantes, como a existência de um Juizado Especial da Fazenda Pública, de forma a afastar

a justiça e não garantir direito, seja pela demora e da insegurança trazida na competência absoluta com a possibilidade de interpretação indefinida sobre complexidade da causa, seja pela inexistência de transação na prática (em contrariedade com a previsão legal) ou, até mesmo, com restrição no que se referem a recursos e julgadores, sendo apenas permitido juízo de primeiro grau e turma recursal que preferem encerrar a demanda e não analisar o caso concreto pelo viés da justiça.

A própria construção da cidadania está intimamente relacionada a uma reestruturação da relação entre o estado e o cidadão e, em relação ao Poder Judiciário e a cultura jurídica existente no país, envolvendo as funções essenciais à justiça, uma vez que a eles são os legitimados pela Constituição da República como tutores dos direitos fundamentais. Em um país desigual, com uma gama extensa de direitos sociais de prestação estatal e sem a atuação dos poderes políticos eleitos pelo povo para sua proteção o Poder Judiciaria adquire uma roupagem ainda mais garantista, sendo, muitas vezes, o único meio de acesso a um direito. A ação dos magistrados não pode ir de encontro a esta expectativa e ela se materializa numa resolução da lide que seja realmente justa e não formalmente existente.

As soluções construídas para as deficiências e limitações do Poder Judiciário devem, antes de tudo, pautar-se em critérios que visem à qualidade total da tutela jurisdicional e justiça social. As mudanças, ainda necessárias, precisam ser pensadas a partir das reais demandas sociais, levando em consideração, prioritariamente, a melhoria das relações sociais, o respeito e efetividade dos direitos humanos fundamentais para a universalidade dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país. (TAVARES, 2012, p. 42)

A questão da previsão de universalização das políticas públicas de implementação dos direitos sociais é uma constante na Constituição República, apesar de não ter uma efetivação social pelo Estado, com políticas insuficientes e pouca atuação do Poder Legislativo em concretizar e fiscalizar o Poder Executivo nesta missão. Os poderes precisam agir de forma harmônica, como consta no art. 2º da Carta Magna, e sua independência ali traduzida está relacionada a sua atuação sem amarras ou melindres, precisando agir em convergência quando diante de ações que visem efetivar os direitos fundamentais, mas, também, de forma contrária, para atender este mesmo propósito.

“Os direitos sociais, em suma, representam uma garantia constitucional das condições mínimas e indispensáveis para a existência digna” (CUNHA JUNIOR, 2004, p. 649). Portanto, para a dignidade da pessoa humana o cidadão precisa ter acesso ao chamado mínimo

existencial, já tratado no segundo capítulo, e não é cabível a utilização de qualquer desculpa a concretização deles, uma vez que os direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata, o que necessita, quando diante de direitos sociais/prestacionais, ação estatal obrigatória. “É considerado que as grandes violações à ordem jurídica são praticadas pelo Estado contemporâneo por omissão[...]” (WATANABE, 2013, p. 214).

As omissões estatais precisam ser combatidas com medidas propícias a efetivação dos direitos. Mas não cabe apenas ao Judiciário esta obrigação, e sim a todos os poderes, sem exceção, inclusive na fiscalização das políticas públicas e nos órgãos que são destinados a cumprir estas funções, necessitando fazer as devidas alterações quando não cumprirem a missão proposta. Se por um lado existe a previsão constitucional da garantia dos direitos fundamentais de forma universal, por outro a desigualdade social, ausência de representatividade política, afastamento do Estado dos cidadãos e o neoliberalismo reverbera na concretização deste ideal e escancara as omissões estatais em todos os seus níveis.

Estes problemas atingem todos os poderes e órgãos de Estado, aliás, atingem a sociedade brasileira como um todo. O papel do Poder Judiciário ganha mais importância pois, considerada a última opção nestas situações de omissões, figura muitas vezes como a única. Quando não se tem uma tutela que efetivamente esteja de acordo com a justiça, que seja razoável, proporcional, que atenda os ditames constitucionais com celeridade e eficácia, não se chega ao objetivo deste poder. A atuação do magistrado, num estado constitucional de direito é de garantia dos direitos fundamentais e não o cumprimento da lei sem critérios. Se a lei, no caso concreto, contrariar um direito fundamental, ela precisa ser afastada, pois as normas servem para concretização daqueles.

Ao juiz constitucional cumpre o papel didático de orientação geral do Estado no cumprimento e implementação de direitos fundamentais. Opções políticas de não implementação ou da (tradicional) situação de violação são legítimas do ponto de vista da Constituição e devem sofrer a “intervenção” do juiz constitucional. Isso também não significa que este deva se autoproclamar como instância exclusiva e autossuficiente na implementação da Constituição e dos direitos fundamentais. (TAVARES, 2012, p. 42)

A Constituição da República, que prevê a separação dos poderes, considerando-os independente e harmônicos, também permite que o Poder Judiciário interfira nos demais para garantir a implementação dos direitos fundamentais, ou por sua ineficiência ou na sua omissão. Sobre o último, Dirley da Cunha Junior credita a ela uma inconstitucionalidade pois

“[...] há transgressão da Constituição tanto quando se faz o que ela proíbe, como quando não se faz o que ela impõe” (2004, p. 114). Quais seriam as lides mais comuns contra a Fazenda Pública senão as que tratam destes direitos? Grande parte deles por omissão do poder público em relação a obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais. Não se pode tratar sem a devida seriedade e sem que se tenha a exata medida da concretização quando em ações judiciais, que em grande parte possui valor inestimável e por isto se enquadraria na competência absoluta dos Juizados da Fazenda Pública.

Diante do estado democrático de direito, contido na Carta Política, com a atribuição de prestação dos direitos sociais pelo Fazenda Pública, exige-se uma permanente ação estatal e, por isto, uma nova perspectiva do próprio fenômeno jurídico, que permite, inclusive, segundo Mauro Cappelletti, “[...]espaço para elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias” (1993, p. 42). E nesta realidade o magistrado tem uma importância ímpar e uma responsabilidade maior ainda, pois é autorizado pela própria CRFB, a implementação dos direitos quando em omissões.

Nesse sentido, exige-se desse também novo Judiciário uma maior e mais intensa participação para a construção da sociedade do bem-estar, haja vista que a efetivação dos novos direitos sociais exige mudanças nas funções clássicas dos juízes, que se tornaram, sem dúvida alguma, co-responsáveis pela realização das políticas públicas dos outros Poderes. (CUNHA JUNIOR, 2015, n.p)

Neste papel o magistrado não pode ser mero aplicador da lei, mas alguém que deve garantir que os direitos fundamentais sejam realmente acessados, sendo esta ampliação das atribuições destes agentes uma exigência da sociedade contemporânea que pede uma atuação dinâmica com este propósito. Por outro lado, diante da escassez e desigualdade proeminente no país e reforçada pelas decisões políticas neoliberais contrárias a social-democracia que é central na Constituição da República, as políticas sociais veem sendo esvaziadas e atuação do Juiz se torna difícil pois inclui a necessidade de uma ação judicial, política e social.

Vive-se num dilema entre o neoliberalismo que atua no campo fático e o a social-democracia no campo teórico, onde o direito pende para este e a política para aquele. Isto faz com que os direitos fundamentais sejam, na prática, restringidos e não assegurados como previa a Carta Constitucional, e, com isto, as demandas judiciais crescem a cada dia. A

celeridade é uma necessidade, pela própria configuração da justiça que pede uma solução imediata, mas para que se tenha espaço para receber novas demandas. Ocorre que se feito *proforma*, não cumprindo a função de guardião constitucional e da própria justiça, não exerce sua função e isto precisa ser reformulado.

A cidadania, garantida com a efetivação dos direitos, que muitas vezes somente ocorre através do Poder Judiciário, mas não determina apenas este meio, pelo contrário, uma vez que o processo judicial deveria ser a última opção. Assim, importante que seja um movimento de todas as instituições estatais e para além delas, incluindo a própria sociedade civil que pode (e deve) procurar meio de solucionar suas lides. “No entanto, se esses direitos puderem ser (melhor) efetivados por outros mecanismos, não necessariamente por um processo judicial, estará, de todo modo, satisfeito o escopo do inciso XXXV do art. 5” (TOFFOLI, 2019, p. 21). Esta possibilidade diminui quando diante de direitos sociais que são prestacionais e devem ser fornecidos pelo Estado, ente presente em todas as lides dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Vejo os juizados de pequenas causas – que começaram como uma forma de permitir acesso mais fácil à camada mais humilde da população – como a experiência, em princípio combatida, que funcionou, sendo utilizada, hoje, como uma forma de solucionar a crise da Justiça e não para facilitar o acesso à Justiça pela população mais humilde.

[...]Ampliaram a competência dos juizados sem que o Estado cuidasse de organizá-los e aparelhá-los melhor, bem como dar tratamento adequado para seus funcionários.

[...]Todas essas instituições, essas formas de tratamento dos conflitos de interesse, devem ser pensadas e implementadas com essa preocupação fundamental e não com a preocupação de solucionar a crise da Justiça. Não é porque o Poder Judiciário está sobrecarregado de serviço que tentaremos descobrir formas de aliviar a carga (WATANABE, 2003, p. 45)

Ter formas de soluções não judiciais de conflitos é importante e até necessário, assim como os poderes estatais, incluindo o judiciário, atuem cumprindo sua função precípua. Não se trata de acabar com a lide com uma sentença se não houver uma atuação que garanta os direitos das partes, a boa-fé processual e o devido processo legal. Muito menos desprezar as especificidades das demandas e os limites e prerrogativas das partes em nome de uma falsa celeridade, pior ainda, com normas inaplicáveis que deixam os cidadãos desprotegidos, principalmente por não terem opções sobre os Juízos, sobre complexidade das demandas ou preferências em relação ao rito, sendo estas postas nas mãos dos magistrados que não sofrem

as consequências da morosidade tão pouco das decisões que tomam, e com isto afastam ainda mais o cidadão dos seus direitos fundamentais, sendo mais um desserviço que uma melhoria no acesso à justiça.

Ser cidadão também é ter autonomia, ter consciência e informação sobre seus limites e suas possibilidades. É exigir seus direitos entendendo que também quais suas responsabilidades. Se por um lado existe uma dependência estatal em relação a maioria dos brasileiros, por outro o Estado que não estimula a independência destes, não fornecendo informações e educação e burocratizando as possibilidades diversas existentes para acessem os seus direitos e adquiriram a dignidade tão largamente divulgada. Ter uma população dependente, uma prestação de serviço público formalizada, mas que não concretize a razão de sua existência é uma realidade dura que permeia a vida do brasileiro. E isto não está restrito a um poder ou outro, mas a todos eles, quando se preocupam apenas com formalização da prestação, mas não com seu conteúdo.

Por ser uma obrigação de todo o poder público, sem distinção, devem os órgãos agir para garantir que os objetivos da República sejam alcançados e, por isto, políticas públicas e normas que criem mecanismos de melhor acesso aos direitos fundamentais e a própria justiça são sempre necessários. Porém, eles precisam ser reavaliados periodicamente para confirmar se, de fato, cumprem a motivação de sua criação e, não ocorrendo, que se reveja e altere para melhor atender ao seu fim. Por isto a Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009, em análise da sua aplicabilidade no Tribunal de Justiça da Bahia, não cumpre seu propósito, principalmente em relação a competência absoluta (que fragiliza e faz com que se demore quando diante de discussões com complexidade – que é definida exclusivamente pelo Juízo sem critérios), a inexistência de transação (mesmo que autorizada pela lei) e a desvirtuação de conceitos como interesse público e direitos indisponíveis o que reverbera no afastamento do acesso à justiça e a própria cidadania.

7 CONCLUSÃO

A construção do conhecimento nas ciências humanas não é restrita a fórmulas, havendo interferência interpretativa de quem pesquisa e de quem estuda. Inevitavelmente as vivências pessoais e as simpatias ideológicas irão reverberar em qualquer pesquisa nesta área, por muitos considerado um problema, por outros a beleza deste processo. Para além disto, não se pode observar estes fenômenos apenas numa perspectiva, ou política, ou jurídica, ou sociológica, ou filosófica, ou histórica, mas na junção de todas estas vertentes, além da necessidade de contextualizar e compreender como estas escolhas reverberam na realidade dispare de quem compõe aquela sociedade.

Se por um lado a formação jurídica permite um estudo mais profundo do ordenamento jurídico e da Constituição da República, isto não pode afastar a percepção através da efetividade deles, da realidade brasileira que é extremamente desigual e exclusiva. O direito não pode existir se não para servir de instrumento para igualdade e justiça. Se ele colabora com esta realidade cruel e, no alto da sua importância (e soberba) deixe de acolher a quem deve servir, ele não cumpre seu papel. Pior que isto, se apresenta como um aliado, mas age como um inimigo porque macula a realidade e não se responsabiliza por isto visto que existe, pode ser usado, mas nada faz para reverter o que de pior existe na sociedade a qual deveria servir.

O propósito não é a crítica vazia a nenhum Poder, em especial ao Judiciário, pelo contrário, uma vez que a discussão parte da constatação do papel de centralidade dele na efetivação dos direitos fundamentais. Se hoje, em 2021, estamos distantes dos objetivos da República apresentados no art. 3º da Carta Política, sem a atuação da magistratura boa parte dos direitos não seriam acessados por quase ninguém, o que demonstra a ineficiência do Estado brasileiro em relação ao que se propõe enquanto país democrático com fundamento na cidadania, mesmo que já se tenha 33 anos da promulgação deste documento, ele não se concretizou de fato, estando nos últimos anos cada vez menos presente nas decisões políticas, empobrecendo a população em vez de diminuir como previsto.

Partindo destas reflexões, nesta tese, foi necessário um percurso metodológico e, principalmente hermenêutico para entender quais são os fatores imprescindíveis para compreensão da cidadania em uma sociedade declarada constitucionalmente social democrática, onde o Estado se torna protagonista da efetivação de direitos sociais e ao mesmo

tempo desigual e pauperizada, com um fosso econômico-social profundo e que acaba reverberando na concretização deste estado social. Nenhuma discussão que envolve as ciências humanas pode se afastar desta contextualização, deve partir dela e refletir sobre ela para, de fato, produzir efeitos concretos.

Vale ressaltar que o papel do Poder Judiciário se torna cada vez mais central na efetivação de direitos fundamentais e isto confirma a existência de clara dissonância entre o “dever ser” constitucional e a realidade brasileira. Estas questões precisam ser entendidas e discutidas, principalmente por encontrar resistência por muitos estudiosos do direito que restringem sua atuação na legalidade e constitucionalidade (o que é imprescindível), creditando a isto a solução dos problemas que percorrem espaços jurídicos sim, mas também, sociais, estruturais, econômicos e políticos. O programa de pós-graduação interdisciplinar facilita esta relação entre as ciências correlatas para garantir uma análise para além do direito

A Constituição da República apresenta no primeiro artigo os seus fundamentos que são: soberania; cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Eles são os valores estruturantes do Estado brasileiro e devem estar presentes em todas as decisões e ações tomadas por ele. Foi utilizada em toda a tese os fundamentos cidadania e dignidade da pessoa humana pois eles são os que norteiam e se alimentam dos direitos fundamentais, o primeiro por estarem contidos nos seus conteúdos e o segundo porque o núcleo axiológico da estrutura constitucionalista que vivemos, sendo limitadores quanto as omissões estatais e necessários como fomentadores dos direitos e garantias, incluindo o acesso à justiça.

Soma-se a eles os objetivos da República presentes no seu terceiro artigo que são as finalidades que o Estado brasileiro, e a Sociedade, por obvio, devem ter como parâmetros de atuação. O primeiro deles é a construção de uma sociedade livre justa e solidária, onde se pretendem esforços em favor dos princípios de liberdade, isonomia (igualdade material) e solidariedade, permitindo, inclusive a existência da chamada discriminação positiva (políticas públicas focalizadas em minorias, o que pouco se vê aqui) para sua realização. Logo em seguida o artigo trata de garantir o desenvolvimento nacional, ou seja, toda a nação deve se desenvolver e precisamos agir para sermos um país cada vez menos dependente de outros.

Os dois últimos objetivos são conexos e considerados bastante utópicos. O terceiro inciso trata da erradicação da pobreza e marginalização, ou seja, o Brasil deve agir com a finalidade de acabar com estes dois elementos absolutamente complexos e nocivos para a dignidade da pessoa humana, pois trata da clara deficiência de direitos. Ainda se pretende

reduzir as desigualdades sociais e regionais. Observe que neste ponto o constituinte entende que desigualdade é algo existente em sociedades, mas não pode ser estimulada pelo Estado, uma vez que este deve garantir e promover direitos de forma universal sem preferência nem preterições.

Finaliza com o objetivo de promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer forma de discriminação, onde todos seriam livres para serem quem são e que igualmente possuem direitos fundamentais, devendo haver políticas públicas que respeitem as diversas crenças, origens, idade, sexo, raça e cor. Se a estrutura brasileira privilegia determinados grupos e discrimina outros, esta estrutura não age a garantir a dignidade da pessoa humana, e consequentemente esta contrariando as finalidades da República apresentadas e defendidas pela Constituição. Conhecer das desigualdades e compreender que o acesso a direitos depende destes fatores orienta muito as políticas públicas necessárias a realização deste objetivo.

Do ponto de vista jurídico, entender este núcleo imutável da Carta Política é fundamental para qualquer discussão em direito, principalmente que se baseie na atual realidade brasileira. Somente após entender isto, pode-se passar para a discussão sobre justiça, direitos fundamentais e acesso à justiça que são centrais nesta tese, desde que se verifique a sua aplicação ao não na realidade brasileira. Claramente o Brasil está distante dos objetivos da República, reproduzindo preconceitos, restringindo acesso à educação e a própria formação crítica do cidadão, além dos direitos mais elementares para que eles deixem de figurar no mapa da fome e da pobreza absoluta.

No campo político as soluções para efetivação da cidadania e dos direitos fundamentais passa pela necessidade de garantir, através das políticas públicas e das ações estatais, que as finalidades/objetivos estejam presentes nas decisões tomadas pelos governantes e legisladores, com absoluta aderência a Constituição da República. Quando se fala dos direitos sociais então, o Estado deve agir ofertando serviços públicos que consigam cumprir tais objetivos respeitando os limites e as necessidades mais proeminentes daquela comunidade de forma eficiente pois existe um claro desequilíbrio entre as necessidades humanas e os recursos disponíveis (não se restringindo ao financeiro), requerendo constantemente adaptações e escolhas conscientes por parte de todos os agentes públicos, em especial os agentes políticos.

Não havendo uma prestação pública que consiga cumprir sua função e efetive os direitos positivados é dado ao cidadão o direito ao acesso à justiça formal que tem como expoente principal o Poder Judiciário. Tratamos dos aspectos formais e materiais dele porque o que de fato deve se esperar é uma atuação jurisdicional que consiga resolver a lide dentro da

sua complexidade (ou não), da razoabilidade e proporcionalidade, sendo uma forma, também, de isonomia. Por isto que se faz necessário investimento em educação, para que os cidadãos saibam de seus direitos e de como os acessar, transparência das ações estatais, consciência coletiva e sentimento de pertença, principalmente em um estado social que tem na solidariedade seu alicerce e percepção dos limites entre o interesse público e os direitos individuais.

Estas questões e tantas outras devem ser discutidas quando diante de soluções para acessar direitos e seus instrumentos estatais. Mais ainda quando diante de um estado desigual e opressivo, com a concentração de renda e riqueza nas mãos de poucos e com uma enormidade de pessoas marginalizadas sem o mínimo existencial. O papel do Poder Judiciário nesta equação é de ser o solucionador de situações concretas de injustiças, individualizadas geralmente, o que não resolve o problema realmente, sendo apenas paliativos. As ações dos poderes devem acompanhar o previsto no artigo 2º da Constituição da República, ou seja, independente e harmônicos, o que significa por um lado a não usurpação de poder alheio, e de outro a ações que não prejudiquem uns aos outros.

Nos estados com desigualdade social que tem na social-democracia sua base ideológica e permitem atuação jurisdicional como mecanismo de acesso à justiça, claramente o número de ações em face do Estado são de grande monta e aqui elas tramitam em Varas especializadas. O número de ações é muito grande e a Fazenda Pública possuem prerrogativas específicas, pela sua própria natureza jurídica e considerando o interesse público, o que deixam elas, em regra, menos céleres, e a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública foi forma de resolver estas questões quando em demandas mais simples e com valores baixos valores envolvidos, partindo da hipótese de celeridade pela possibilidade de conciliação entre as partes.

As alterações na estrutura do Poder Judiciário para melhor atender o direito fundamental do acesso à justiça não é algo que ocorre somente no Brasil, alternativas para que se tenha uma aproximação entre o Estado e o cidadão parte de estudos e alternativas que pretendem reduzir os problemas como a falta de dinheiro para litigar, o longo tempo de processo, falta de informações e até mesmo a linguagem jurídica que é muito específica e causa estranheza a maioria da população (em parte pela insistência dos profissionais da área - magistrados advogados, defensores públicos e promotores – que insistem em manter uma linguagem rebuscada como se isto se traduzisse em conhecimento ou confirmasse a importância da sua função, mas na verdade prejudica a relação entre o direito e a sociedade).

Dentre dos estudos mais aclamados sobre acesso à justiça está o de Cappelletti e Garth (1988), que apresentava opções cronológicas com o intuito de solucionar as questões identificadas como as mais comuns em relação a estes problemas. A primeira delas seria a assistência judiciária gratuita para quem não tivesse condições de pagar um advogado. As defensorias públicas no Brasil têm este propósito e atuam fortemente em todo o país, mas com excesso de processos por defensor e dificuldades para acompanhar as demandas (o que não foi objeto desta tese). Já a segunda solução tratada de reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, ou seja, entidades que agissem em nome de uma coletividade, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor (Ministério Público, associações, sindicatos etc.).

O terceiro, e que é objeto desta tese, foi chamada pelos autores de “enfoque de acesso à justiça”, numa tentativa de distinguir os tipos de litígios e procurar um meio eficaz de solucioná-lo, percebendo quais seriam suas características e apresentando reformas procedimentais e na própria estrutura do Poder Judiciário. As demandas mais simples poderiam ser tratadas de uma forma menos burocratizada e, desta forma, teriam celeridade, sem excluir o acesso à justiça. Os Juizados Especiais de pequenas causas (que depois se transformou em Cíveis e Criminais) foram criados com este propósito e conseguiram atender as expectativas de desburocratização e celeridade, se baseando, principalmente, na oralidade e conciliação entre as partes.

No Brasil, o Congresso Nacional resolveu ampliar esta atuação e criar os Juizados Especiais da Fazenda Pública, com nos mesmos moldes do anterior, sob a justificativa que iriam solucionar problemas de excesso de demandas em face do Estado e garantir o acesso à justiça de forma mais rápida e precisa, priorizando a composição entre as partes e a oralidade. Na leitura simples da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009 já se percebe algumas incompatibilidades com a estrutura jurídica do próprio direito administrativo, se ainda não quiser aprofundar para uma discussão de inconstitucionalidade deles. A tese analisou como esta norma está sendo aplicada no Tribunal de Justiça da Bahia e como ela pode, em muitas situações, restringir o direito fundamental ao acesso à justiça.

Para chegar a esta conclusão é importante conhecer profundamente o direito administrativo e as peculiaridades da Fazenda Pública em juízo. Mesmo tendo a consciência que é possível algumas alterações, é indispensável que não se parta do pressuposto que vai haver mudança de algo que é concretizado e que funciona há muitos anos, fazendo parte da própria história do serviço público brasileiro, pela simples publicação de uma lei. A mudança

de cultura é algo paulatino e o tempo dela deve ser pensado para fazer parte da realidade da vida, ou seja, a implementação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública precisa respeitar a realidade e sua natureza jurídica, e, também, alteração cultural para que ela seja percebida como necessária.

O Estado, através da atuação dos seus agentes públicos, não pode agir de forma ilimitada, como antes se via em estados absolutistas (séculos antes do país se tornar uma nação). Na democracia, onde em teoria o poder emana do povo, indispensáveis são os direitos fundamentais e uma previsibilidade da atuação da Administração Pública que é determinada no Brasil pelos seus princípios constitucionais, notadamente: legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade, eficiência, indisponibilidade do interesse público, razoabilidade e proporcionalidade, além de outros mais específicos. Por sua natureza eles precisam existir e serem percebidos em toda atuação estatal justamente para se evitar privilégios ou discriminações (que não sejam as positivas autorizadas pela própria CRFB), na tentativa de consolidação da própria universalização dos direitos e garantias fundamentais.

Como exaustivamente abordado no quarto capítulo desta tese, não é possível que a Administração Pública trate alguém diferente de outrem, salvo se expressamente autorizado por lei e dentro das condições impostas por ela. E esta possibilidade não é relativizada em juízo pois existiria uma clara preferência aos que podem acessar o Poder Judiciário para exigir direitos, e como também já tratado, os impedimentos deste acesso se dá por uma série de motivos, como ausência de informação, de educação, falta de estrutura estatal, sentimento de exclusão e tantas outras. Num país de desvalidos como o nosso, as pessoas que podem pedir tutela jurisdicional são, por si só, privilegiadas e havendo um tratamento mais complacente estaria chancelando esta condição.

A possibilidade de haver uma transação judicial entre um particular e a Fazenda Pública é a mesma que ocorreria fora nos parâmetros jurisdicionais, pois exige que se tenha uma previsão autorizativa para que o agente público concilie, sob risco de responsabilização pessoal dele. Nenhum agente público, nem mesmo um advogado público, irá transacionar sem que exista uma lei prevendo esta possibilidade, o que restringe de forma significativa o rol das ações que podem ser resolvidas por esta via. Então, as causas que envolvem os entes estatais, quando judicializadas, deverão ser finalizadas via sentença, ou seja, será o magistrado quem irá decidir sobre a lide. Esta norma é ineficaz, sem aplicação e não garante solução das lides pelas partes, como demonstrado no sexto capítulo.

Considerando apenas estas colocações, não existiria nada que não fosse contornável se não o fato de se ter colocado estes Juizados Especiais da Fazenda Pública como os competentes absolutos para causa com valores menor que sessenta salários-mínimos. Salvo as exceções descritas na lei – que são restritas - todas as demais causas nestes parâmetros teriam, ser qualquer escolha por parte do Autor da ação, que serem discutidas neste Juízo, o que é bastante temerário considerando que seu rito é sumario (com devido processo legal abreviado), pode (e muitas vezes é o que ocorre) tratar de direitos indisponíveis e a complexidade da causa não foi tratado na lei, sendo causa de encaminhamento pra Varas da Fazenda Pública, porém sem nenhum critério prévio e nem escolha por parte do maior interessado na causa: quem precisa do direito socorrido.

Não se questiona a obrigatoriedade de garantia de celeridade e de um rito mais simples para estas demandas, porém não é correto determinar complexidade através do valor da causa, sendo que muito direitos indisponíveis não possuem valor financeiro determinado. A lei em questão determina um teto financeiro para ações que envolvem a Fazenda Pública, 60 salários-mínimos, como forma de restrição nestes juizados, determinando sua competência como absoluta. Mas muitas das ações são complexas e, percebendo que não poderiam ser julgados sob o rito sumario, o magistrado, depois da decisão colegiada que autorizou (através de jurisprudência e não lei) é quem decide declinar a competência, atrasando a uma finalização da demanda, absolutamente contrário a celeridade pretendida.

É de se indignar como o sistema jurídico-estatal brasileiro desampara os cidadãos e como isto é prospectado pelos poderes e seus agentes. Os critérios apresentados pela Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009 em relação a competência absoluta são rasos e parecem pensados por quem nunca precisou litigar com a Fazenda Pública. As ações contra o Estado são em sua maioria por causa das suas omissões ou ilegalidades, neste ponto o valor da causa é inestimável pois estamos diante de direitos indisponíveis e sem um valor monetário delimitável. Quando assim, não é incomum que a causa seja complexa, não sendo o rito sumario dos juizados o mais indicado, tanto que o próprio Fórum Nacional dos Juizados Especiais, no seu enunciado 11 define que “As causas de maior complexidade probatória, por imporem dificuldades para assegurar o contraditório e a ampla defesa, afastam a competência do Juizado da Fazenda Pública”.

Mais um problema criado, pois não existe nenhuma normativa que delimite a complexidade e nem permite que esta decisão seja também do interessado na causa, mas do magistrado. Quando ocorre esta decisão? Normalmente quando está concluso para julgamento

e o tempo de ausência da tutela estatal já existe, o que contraria a celeridade processual pretendida fortemente. Se o Autor entende que é uma lide complexa e vai em busca da tutela jurisdicional na Vara da Fazenda Pública, o juízo nega prosseguimento e determina a remessa para o Juizado, o que também vai de encontro a esta intenção. Ou seja, a competência absoluta do juízo é inconstitucional pelo cerceamento do direito constitucional ao acesso à justiça e ao devido processo legal.

Sobre este último, importante lembrar que o rito processual dos Juizados é mais curto (processualmente, mas pode ser demorado pelo fluxo procedimental da vara), efetuado por conciliadores e juízes leigos e a possibilidade recursal é reduzida. Não seria este um problema (pelo contrário) se não vivêssemos num país onde a prestação dos serviços públicos não se dá na forma pretendida e não existe uma reanálise de fato e direito como deveria nas turmas recursais, e direitos indisponíveis muitas vezes não são tratados como deveriam, não havendo o acesso à justiça necessário, uma vez que apenas formalmente não atende as expectativas constitucionais. Para se concretizar precisaria que solução (em regra através de sentença) que resolvesse o problema com a garantia dos direitos do cidadão e que fosse feito de forma célere. Estas opções não são alternativas e sim aditivas, sendo um ou outro uma má prestação jurisdicional.

Como visto no sexto capítulo, observando os dados disponíveis, o número de transações nestes Juízos é insignificante e esta regra não atende a expectativa. A criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública na Bahia, em 2015, não reflete em dados uma melhor prestação jurisdicional em relação as demandas que envolvem acesso aos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais de prestação obrigatória e universal e que não são efetivados pelas omissões estatais, precisando de acompanhamento, pesquisa e orientação sobre estes meios específicos de acesso à justiça. Não basta que uma norma tenha a intenção de mudança e melhoria sem que ela, de fato, demonstre aptidão e respostas concretas, sob pena de mais uma norma jurídica brasileira ser apenas uma mera aparência, o que dá a falsa impressão de efetivação, criando mais um problema social.

A crítica diária que as academias e o próprio Poder Judiciário dispensam a gestão pública também é evidenciado nestas instituições. É importante que os chamados “operadores” do direito saiam da utopia do “dever ser” e comecem a entender as peculiaridades da “vida real”, da realidade social, econômica e política e deixe de reforçar esta sociedade de privilégios e desigualdades. Se por um lado eles são a forma de garantir a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e muitas vezes a única, por outro não enfrenta os

problemas reais sob o manto de que já existem mecanismos disponíveis para ente enfrentamento, o que não é verdade.

Sendo a Autora alguém que litiga em face da Fazenda Pública desde as primeiras experiências como advogada, já esteve atuando como advogada pública e estudando o direito administrativo constitucional a mais de dez anos, não se percebeu qualquer tipo de movimento ou questionamento por parte da advocacia ou mesmo dos magistrados em relação a estas questões apresentadas, apenas dos advogados públicos que sempre se manifestam no sentido da impossibilidade de qualquer conciliação e da necessidade de atuação absolutamente dentro dos parâmetros de legalidade. Se quem tem conhecimento e poder de mudança não se manifesta, como esperar do povo, dos cidadãos que não conhecem os pormenores relativos a Fazenda Pública, qualquer tipo de crítica ao modelo? O que se vê é o descrédito com a justiça e a sensação diária de impunidade e ausência de direitos.

As normas precisam ser analisadas em sua aplicação para que se tenha um parâmetro observando sua aplicabilidade, não sendo assim possível, a reforma se torna essencial. No caso da Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009, a competência absoluta através do valor da causa precisa ser revista e que se garantam parâmetros mais apurados e menos discricionários por parte do magistrado na determinação da complexidade ou não dela. Deixar, por força jurisprudencial e não legal, esta decisão em tempo indeterminado e sem um prazo específico desrespeita o devido processo legal e a segurança jurídica, o que não auxilia em nada a melhor administração da justiça.

Mesmo ponto divergente é a falsa sensação que existe a possibilidade de composição entre as partes (em regra não tem) e a obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação sendo que previamente existe acordo de dispensa da presença da Fazenda Pública nela. Esta dispensa existe porque não haveria conciliação, portanto, a dispensa do comparecimento deveria ser das partes e não de uma delas. O Autor da ação, normalmente alguém que enfrenta dificuldades para acessar a justiça, é obrigado a ir para uma audiência que não existirá, somente porque a lei determina que se tenha. Estes ritos proforma não garantem o devido processo legal, não são imprescindíveis e demonstram claramente uma vantagem de uma parte sob a outra, o que é contrário a tentativa de aproximação característica destes Juizados.

Sob a desculpa de se ter uma mais eficiente garantia de acesso à justiça se tem, por vezes, atraso na análise da demanda, descaso com direitos indisponíveis e falsa igualdade entre as partes que não se vê confirmada quando na finalização das demandas que tramitam

nestes Juizados. A Fazenda Pública precisa de uma reformulação na sua base, uma alteração na estrutura burocrática e somente após isto as mudanças estruturais no Judiciário teriam o efeito pretendido. Existirem leis que parecem facilitar, mas que no fundo não modificam a raiz do problema não resolve, muitas vezes até atrapalha a realização da justiça e a diminuição das desigualdades sociais e do próprio acesso aos direitos fundamentais.

O que se propõe é absorver as críticas e os problemas enfrentados por estes juizados, com a verificação da inaplicabilidade destes aspectos da norma e buscar alternativas a ela, alterando o que é inoperante e buscando a desburocratização e eficiência da Administração Pública em atender as demandas relacionadas a estes direitos não garantidos através das políticas públicas necessárias. É preciso celeridade no Poder Judiciário, mas isto não pode ocorrer a despeito da garantia do acesso à justiça. é importante a crítica e a confirmação ou não da realização dos objetivos legais e não a falsa sensação de que existem.

Como poder político, o judiciário precisa ser vetor equidade e garantia de voz para os cidadãos e não mais um lugar que afaste o exercício da cidadania e da participação política. Meios alternativos para soluções de conflitos são sempre bem-vindos e uma nova perspectiva social precisa ser implementada para que se garanta realmente a universalidade de direitos e uma ação estatal que não se afaste do povo. Um Juizado da Fazenda Pública que não consiga realizar justiça em situações que envolvam direito indisponível ou que mantenham a distância entre as partes (cidadão e Estado) corrobora com o afastamento desta relação e não com a aproximação pretendida quando se imaginou a criação deste instituto e isto precisa ser revisto o quanto antes.

REFERENCIAS

ABRAMOVICH, Victor; CURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trota, 2002.

ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*. 2 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro; Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular.”* Revista Trimestral de Direito Público, nº 24. São Paulo: Malheiros, 1998

_____. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

AVRITZER, Leonardo. *Experiência democrática, sistema político e participação popular*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013.

_____. *Sociedade civil e Estado no Brasil: da autonomia à interdependência política*. OPINIÃO PÚBLICA, Campinas, vol. 18, nº 2, novembro, 2012, p. 383-398.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Dignidade da pessoa humana, garantia dos direitos fundamentais, direito civil, direitos humanos e tratados internacionais*. In: Fabrício Motta. (Org.). *Direito Público Atual: estudos em homenagem ao Professor Néelson Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2008.

BATISTA Junior, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *A Produção do Direito no Brasil: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça*. Ilheus: Editus, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOCHENEK, António César. *A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros*. Coimbra: [s.n.], 2012. Tese de doutoramento. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/21359> Acesso em 30 de jun 2021.

BRASIL. Decreto nº 83.740 de 18 de julho de 1979. [REVOGADA]. Institui o Programa de Desburocratização e da outras providencias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d83740.htm#:~:text=D83740&text=DECRETO%20No%2083.740%2C%20DE%2018%20DE%20JULHO%20DE%201979.&text=Institui%20o%20Programa%20Nacional%20de,O%20PRESIDENTE%20DA%20REP%20C3%9ABLIC%20A%20. Acesso em fev 2021.

_____. Lei nº 7.244 de 07 de novembro de 1984 [REVOGADA]. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17244.htm . Acesso em fev 2021.

- _____. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa de 1988. Brasília, DF: Senado, [1988]. Disponível em :
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em mar 2018.
- _____. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm . Acesso em jan 2020.
- _____. *Projeto de Lei do Senado nº 118, DE 2005*. Disponível em:
<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4354480&ts=1594037005714&disposition=inline> Acesso em 07 de jul 2021.
- _____. Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Brasília, DF: Diário Oficial da União, [2009]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112153.htm . Acesso em mar 2018.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública: uma abordagem crítica. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CONCEIÇÃO, Marcia Dominguez Nigro. *Conceitos Indeterminados na Constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da CF)*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1993.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CARVALHO, Carliane de Oliveira. *O poder nas mãos do povo: a realização do direito em tempos de crise e a revisão das funções do STF*. Curitiba: Juruá, 2020.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 23 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CASTRO, Flavia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumemjuris Editora, 2008.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A teoria Constitucional e o Direito Alternativo: para uma Dogmática Constitucional Emancipatória*, in Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COSSIO, Carlos. *La Valoracion Jurídica Y La Ciencia Del Derecho*. Capítulos I e III. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1941.
- CUNHA, Leonardo Jose Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformador à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior>. Acesso em: abr 2018.

DAGNINO, Eveline; OLVERA, Alberto J e PANFICHI, Aldo. *A disputa pela construção democrática na América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariade Administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER A.P. e WATANABE K. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 93 a 124.

DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio da Eficiência e Moralidade Administrativa*. Curitiba: Juruá Editora, 2009,

DRUCK, Graça. *Precarização Social do Trabalho*. In: IVO, Anete. B. L (coord.); et al. *Dicionário Temático Desenvolvimento e Questão Social*. 81 problemáticas contemporâneas. São Paulo: Annablume Editora, 2013., p. 373 – 381.

DUARTE, Madalena. Acesso ao direito e à justiça: condições prévias de participação dos movimentos sociais na arena legal. *Oficinas do Centro de Estudos Sociais (CES)*, n. 270. 2007. Disponível em:

<<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/11098/1/Condi%C3%A7%C3%B5es%20pr%C3%A9vias%20de%20participa%C3%A7%C3%A3o%20dos%20movimentos%20sociais%20na%20arena%20legal.pdf>> Acesso em 30 jun 2021.

FERRAZ, Leslie Shériida. Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. *Revista CNJ, Brasília*, v. 1, n.1, p. 53-60, 2015. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/03/61355846eeac9213061e379a542ac33e.pdf> > Acesso em out 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados especiais da fazenda pública: comentários à Lei n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*: Ano 51 Número 202 abr./jun. 2014. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril_v51_n202_p7.pdf > acesso em 02 de ago 2021.

GABARDO, Emerson. *O Jardim e a Praça para Além do Bem e do Mal - uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social*. Tese (Doutorado em Direito do Estado), Universidade Federal do Paraná, 2009. Disponível em: < https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf?sequence=1&isAllowed=y > Acesso em 01 de ago 2021

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais*. *Revista Justiça do Direito, Passo Fundo*, v.14, n.14, 2000, pag. 30.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 38 n. 151 jul./set. 2001. P. 129 – 152.

GOMES JUNIOR, Newton N. e PEREIRA, Potyara A.P. *Necessidades do capital versus necessidades humanas no capitalismo contemporâneo: uma competição desigual*. In <

https://www.researchgate.net/publication/328655793_Necessidades_do_capital_versus_necessidades_humanas_no_capitalismo_contemporaneo_uma_competicao_desigual > Acesso em 16 de nov 2019.

GONÇALVES, Reinaldo; POMAR, Valter. *A armadilha da dívida: como a dívida pública interna impede o desenvolvimento econômico e aumenta a desigualdade social*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

_____. *Brasil endividado. Como nossa dívida externa aumentou mais de 100 bilhões de dólares nos anos 90*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

GONTIJO, Danielly Cristina Araújo. *O Direito Fundamental de Acesso à Justiça: em especial, as ações previdenciárias sem prévio requerimento administrativo no contexto brasileiro*. São Paulo: LTr, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo: José Bushatsky, 1975.

GUERRA, Alexandre et ali. *Os donos do dinheiro. O rentismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2019.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Universidade Federal do Paraná, 2011. Disponível em: < <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26126/Dissertacao%20-%20Daniel%20Wunder%20Hachem%20-%20UFPR%20-%20Brasil.pdf?sequence=1> > Acesso em 01 de ago 2021

_____. *A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

_____. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Tese (Doutorado em Direito do Estado), Universidade Federal do Paraná, 2014. Disponível em: < <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35104/R%20-%20T%20-%20DANIEL%20WUNDER%20HACHEM.pdf?sequence=1&isAllowed=y> > Acesso em 01 de ago 2021

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

IVO, Anete Brito Leal. *Viver por um fio: pobreza e políticas sociais*. São Paulo: Annablume, 2008.

KRELL, Adreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

- LANIADO, Ruthy Nadia. *Justiça Social*. In: IVO, Anete. B. L (coord.); et al. Dicionário Temático Desenvolvimento e Questão Social. 81 problemáticas contemporâneas. São Paulo: Annablume Editora, 2013., p. 275 – 281.
- LAVALLE, Adrian Gurza. *Cidadania, Igualdade e Diferença*. *LUA NOVA* N° 59— 2003.
- LAZZARI, SAVARIS e PORENA, João Batista, José Antônio e Daniele. *O Acesso à Justiça nos Juizados Especiais: uma análise crítico-propositiva ao modelo dos Juizados Especiais Federais para obtenção de um Processo Justo*. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 4 - Edição Especial 2014, p. 1271-1304.
- LEPIKSON e VIEIRA, Maria de Fatima e Roberto Carlos. *Necessidades Humanas e Interserorialidade das Políticas Sociais*. In: IVO, Anete. B. L (coord.); et al. Dicionário Temático Desenvolvimento e Questão Social. 110 problemáticas contemporâneas. São Paulo: Annablume Editora, 2020, p. 446 – 451.
- MARCELLINO JUNIOR, Júlio Cesar. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus Editora, 2009.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Princípio da Moralidade Administrativa*. In: Corrupção, ética e Moralidade Administrativa. Coordenadores: Luis Manuel Fonseca Pires, Maurício Zockun, Renata Porto Adri. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2008.
- MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018.
- _____. *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- _____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENDES, Gilmar. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n° 10, jan 2002. Disponível em: < <https://vlex.com.br/vid/fundamentais-multiplos-significados-59306903> > Acesso em: 26 mai 2021.
- MIGUEL, Luis Felipe. *A Democracia Domesticada: Bases Antidemocráticas do Pensamento Democrático Contemporâneo*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 45, n° 3, 2002, pp. 483 a 511.
- MILEU, Marcelino da Silva. *O papel dos Juízes frente aos desafios do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- NEVES, A. S.; FREITAS, K. S.; AMORIM, A.; LEPIKSON, M. F. P. *EJA na Perspectiva da Educação em Direitos Humanos: Implicações no Contexto Social*. Revista Mbote, v. 1, n. 1, 2020. Disponível em: < <https://www.revistas.uneb.br/index.php/mbote/article/view/9363> > Acesso em jul 2021.
- MUÑOZ, José Manuel Rodríguez. *De la noción de interés general como faro y guía de la Administración, y como proemio a la Sección “Cuestiones de la acción pública en Extremadura” de esta revista*. Revista de Derecho de Extremadura, n° 6, Cáceres: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales de Extremadura, p. 557-565, set./dic. 2009.

- NETTO, Luisa Cristina Pinto e. *O Princípio de Proibição de Retrocesso Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- _____. *Entre Hidras e Hércules – princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NUSSBAUM, Martha; SEN, Amartya. *The Quality of Life*. The United States by Oxford University Press, 1993.
- PEREIRA, Potyara. *A intersetorialidade das políticas sociais na perspectiva dialética*. In: MONNERAT, Lavinias; ALMEIDA, Ney L. T. A.; SOUZA, Rosimary G. Orgs. *A intersetorialidade na agenda das políticas sociais*. Campinas: Papel Social, 2014.
- _____. *Necessidade humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2006.
- _____. *Estado Social*. In: IVO, Anete. B. L (coord.); et al. *Dicionário Temático Desenvolvimento e Questão Social*. 81 problemáticas contemporâneas. São Paulo: Annablume Editora, 2013, p. 227 -232.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. In *Repro* nº 137, São Paulo: RT, 2006.
- _____. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Francisco de. *Brasil: uma biografia não autorizada*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2006
- PAIXÃO, Marcelo. *Querelas do Brasil: contextos, contendas e conteúdos dos dez anos de Observatório da Cidadania*. In: *Observatório da Cidadania - Relatório 2007*. Dignidade e direitos. Seguridade social como direito universal. Rio de Janeiro: IBASE, 2007, p. 55-74. https://ibase.br/pt/wp-content/uploads/dlm_uploads/2_015/06/oc-relatorioobservatorio-da-cidadania-2007.pdf . Acesso em dez 2021.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da Proibição de Retrocesso Jusfundamental Aplicabilidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2009.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- _____. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- REGO, Walquiria Leão. *Aspectos teóricos das políticas de cidadania: uma aproximação ao bolsa família*. *Lua Nova*, São Paulo, 73: 147-185, 2008.
- RIBEIRO, Manoel. *Direito Administrativo*. Salvador: Editora Itapoã, 1964.
- RIGOLIN, Ivan B. *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*. 7ª Edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2012.
- RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016.
- ROCHA, Carmem Lucia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

- SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2000.
- SANTOS, Eduardo. *Princípios Processuais Constitucionais*. Salvador: Juspodium, 2021.
- SANTOS, Taís Dórea de Carvalho. *O estudo das escolhas trágicas à luz do Princípio da Eficiência e os Precedentes Judiciais*. Salvador: 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.
- SANTOS NETO, João Antunes dos. *Da Anulação ex officio do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2004.
- SARACENO, Gaspare. *Projeto Básico em Obras e Serviços de Engenharia: necessidade da preservação dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Da Improbidade Administrativa*. Curitiba: JM Editora, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- _____. *Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios*. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, p. 29-44, dez. 2013
- SILVA, Jose Afonso. *Comentários Contextuais à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SILVA, Jose Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SOUZA, Claudio André de. *Para onde vai a política brasileira? breve ensaio sobre a crise de representação e o pós-impeachment*. Curitiba: Appris, 2018.
- SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça*. Salvador: Editora Dois de Julho, 2011.
- TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro, 1ª edição*. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2012.
- TOFFOLI, José Antônio Dias. *Acesso à Justiça na Constituição de 1988 e métodos adequados de resolução de conflitos no Brasil*. In: vida dos direitos nos 30 anos da Constituição Federal / coordenação: Francisco Eduardo Loureiro, Renato Siqueira De Pretto, Richard Pae Kim. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019, pp. 13 a 34.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- VELJANOVSKI, Cento. *A Economia do Direito e da Lei: uma introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.
- VIEIRA, Liszt. *Notas sobre o conceito de cidadania*. Revista Brasileira de informações bibliográfica em Ciências Sociais, v. 51, p.35-47, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Modalidade de mediação*. In: *Mediação: um projeto inovador*/ José Delgado et al. – Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003, pp. 42 a 50.

_____. *Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*. In: GRINOVER A.P. e WATANABE K. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213 a 224.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.

_____. *Direitos Humanos. Novas Dimensões e Novas Fundamentações*. *Revista Direito em Debate*. Ano X, nº16/17, jan/jun 2002.

_____. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.