

ano 18 - n. 74 | outubro/dezembro - 2018
Belo Horizonte | p. 1-280 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v19i74
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

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

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

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

| | |
|------|--|
| A246 | A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003- |
| | Trimestral ISSN: 1516-3210 |
| | Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba |
| | 1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum. |
| | CDD: 342 CDU: 342.9 |

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Editores Acadêmicos Responsáveis

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial

Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

| | |
|--|--|
| Adilson Abreu Dallari (PUC-SP) | Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai) |
| Adriana da Costa Ricardo Schier (UniBrasil-PR) | Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) |
| Alice Gonzalez Borges (UFBA) | Juarez Freitas (UFRGS) |
| Carlos Ayres Britto (UFSE) | Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai) |
| Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai) | Marçal Justen Filho (UFPR) |
| Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas) | Marcelo Figueiredo (PUC-SP) |
| Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP) | Márcio Cammarosano (PUC-SP) |
| Clêmerston Merlin Clève (UFPR) | Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA) |
| Clovis Beznos (PUC-SP) | Nelson Figueiredo (UFG-GO) |
| Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar) | Odilon Borges Junior (UFES) |
| Emerson Gabardo (UFPR) | Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina) |
| Eros Roberto Grau (USP) | Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP-PR) |
| Imgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina) | Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG) |
| Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha) | Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR) |
| José Carlos Abraão (UEL-PR) | Rogério Gesta Leal (UNISC-RS) |
| José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP) | Sergio Ferraz (PUC-Rio) |
| José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina) | Valmir Pontes Filho (UFCE) |
| José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia) | Weida Zancaner (PUC-SP) |

Homenagem Especial

Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)
Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)
Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)
Paulo Henrique Blasi (*in memoriam*)
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)
Rolando Pantoja Bauzá (*in memoriam*)

Políticas públicas consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público

Consensus public policies and the stimulation to the negotiation by the public agent

Marcelo Varella*

Centro Universitário de Brasília (Brasil)
marcelodvarella@gmail.com

Marcilio Ferreira Filho**

Centro Universitário de Brasília (Brasil)
marciliosff@gmail.com

Recebido/Received: 28.02.2018 / February 28th, 2018

Aprovado/Approved: 11.02.2019 / February 11th, 2019

Resumo: O presente artigo tem por objetivo a análise da hipótese de que as políticas públicas consensuais brasileiras não estimulam suficientemente o comportamento negociador do agente público e que devem ser agregadas novas técnicas para esse fim que não se restrinjam à mera alteração normativa. A atuação consensual da Administração Pública é uma perspectiva que rompe barreiras, especialmente diante da noção de verticalidade típica nas relações público-privadas do direito brasileiro. Em que pese isso, os números que tratam da litigiosidade no Brasil demonstram uma quantidade excessiva de conflitos submetidos ao Poder Judiciário, de maneira que as políticas públicas consensuais se

Como citar este artigo/*How to cite this article* VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcilio. Políticas públicas consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 147-173, out./dez. 2018. DOI: 10.21056/aec.v19i74.929.

* Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília (Brasília-DF, Brasil); Doutor pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e Livre Docente em Direito pela Universidade de São Paulo. Pesquisador do CNPq. E-mail: <marcelodvarella@gmail.com>.

** Doutorando pelo Centro Universitário de Brasília (Brasília-DF, Brasil). Mestre em direito pela Universidade Federal de Pernambuco (Recife-PE, Brasil). Membro Pesquisador no grupo de pesquisa “Conflituosidade, consensualidade e políticas públicas: mediação, conciliação e arbitragem e outros mecanismos consensuais na administração pública”. Ocupante do cargo público de Procurador do Estado de Goiás, atuando como representante do Estado no Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos de Goiás (CIRA-GO). Professor de direito e palestrante. Autor de obras e artigos jurídicos. E-mail: <marciliosff@gmail.com>.

sobressaem como uma técnica fundamental na solução de conflitos. Assim, busca-se com o presente artigo analisar como se apresenta o cenário brasileiro da consensualidade administrativa e que ideias podem ser agregadas para contribuir e incentivar uma atuação consensual dos agentes públicos. Para tanto, será empregada a metodologia hipotético dedutiva, por meio da qual se aferirá a validade da hipótese a partir da avaliação dos dados sobre acordos realizados pelas advocacias públicas diante das alterações normativas empreendidas nos últimos anos. Com isso, será feita uma avaliação sobre a possibilidade de aplicação de técnicas de estímulo, partindo do referencial teórico da teoria do *nudge* e das abordagens sobre consensualidade no âmbito da Administração Pública.

Palavras-chave: Políticas públicas. Consensualidade. Administração pública. *Nudge*. Agente público.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the hypothesis that Brazilian consensual public policies do not sufficiently stimulate the negotiating behavior of the public agent and that new techniques must be added for this purpose, which are not restricted to mere normative changes. The consensual performance of Public Administration is a perspective that breaks down barriers, especially in view of the notion of typical verticality in the public-private relations of Brazilian law. In spite of this, the numbers that deal with the litigiousness in Brazil demonstrate an excessive amount of conflicts submitted to the Judiciary, so that the consensual public policies stand out as a fundamental technique in the solution of conflicts. Thus, this article seeks to analyze how the Brazilian scenario of administrative consensuality is presented and what ideas can be aggregated to contribute and encourage a consensual performance of public agents. In order to do so, the hypothetical deductive methodology will be used, by means of which the validity of the hypothesis will be evaluated based on the evaluation of the data on agreements made by public advocates in face of the normative changes undertaken in recent years. Thus, an evaluation will be made on the possibility of applying stimulus techniques, starting from the theoretical reference of the nudge theory and the approaches on consensuality in the scope of Public Administration

Keywords: Public policy. Consensuality. Public administration. Nudge. Public agent.

Sumário: Introdução – **1** Limites à consensualidade e sua relação com as políticas públicas no Brasil – **2** Estruturas administrativas existentes e normativas consensuais e seus resultados – **3** O estímulo de comportamentos não adversariais e sua aplicação para maior efetividade da prestação jurisdicional – Conclusão – Referências

Introdução

Os meios consensuais de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública¹ ganham posição no cenário nacional diante da necessidade de reformulação da gestão judiciária, em especial quando considerados os índices de litigiosidade. Boa parcela desses processos possui participação ativa ou passiva da Administração Pública nos conflitos, de maneira que a atuação consensual do Estado é pauta recorrente nos redutos de pesquisa e nas disposições legislativas recentemente editadas. No entanto, será que as políticas públicas consensuais brasileiras são suficientes para estimular o comportamento do agente público como negociador ou ainda devem ser agregadas novas técnicas para esse fim?

¹ A nomenclatura acerca do gênero que engloba os instrumentos de consensualidade varia de acordo com os autores. Neste artigo, utilizaremos o termo *meios consensuais de solução de conflitos* para abranger instrumentos de consensualidade *stricto sensu*, que são aqueles instrumentos tradicionais (transação direta, mediação, conciliação, arbitragem etc.) utilizados com a presença do Estado.

A título de exemplo, sabe-se que o julgamento de várias matérias pelo Supremo Tribunal Federal impacta diretamente nas políticas públicas adotadas pelo Estado. Contudo, o tempo médio dos processos no STF é de 330 dias, sendo que o julgamento de uma ADI, por exemplo, demora em média 5,32 anos. Ademais, as matérias de maior participação do Estado em litígios perante o Judiciário (administrativo e tributário) são as que mais demoram a ser julgadas.² A consensualidade em matéria de políticas públicas, nesse sentido, surge como uma técnica que merece ser analisada dentre os instrumentos à disposição para gestão judiciária eficiente, seja do prisma da gestão de processos, seja sob a ótica da qualidade da prestação jurisdicional.

Se, de um lado, o gestor público precisa formular políticas públicas específicas para lidar com os complexos interesses sociais e econômicos da população e do próprio Estado, de outro, ele terá também de levar em consideração a litigiosidade que pode surgir a partir de suas decisões e como isso impacta na sua efetividade. A política formulada pode sofrer entraves em decorrência de um alto litígio dela decorrente, como, por exemplo, através da concessão de reiteradas liminares impeditivas de sua continuidade. Surge, então, a necessidade de se formular uma política consensual, a fim de viabilizar as decisões estatais com maior eficiência e economicidade.³

Essa perspectiva é visualizada em um processo recente de reiteradas alterações legais e infralegais que permitem abstratamente medidas consensuais, como a negociação direta, negociação por adesão, mediação, conciliação e a arbitragem, a qual – embora não seja consensual em seu fim – exige um acordo entre as partes para sua instauração. No entanto, passado algum tempo desde a vigência dos diplomas normativos, é preciso averiguar se houve uma redução impactante no número de processos levados ao Judiciário envolvendo a Administração Pública e se isso contribuiu para a manutenção e se isso constitui efeito de uma política pública consensual brasileira.

Para tanto, serão analisados os limites à consensualidade como instrumento de viabilização das políticas públicas no Brasil nos ramos de atuação do

² FAÇÃO, Joaquim, HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014, p. 79-83.

³ Há, inclusive, um problema em relação ao custo benefício de manutenção do Poder Judiciário em um cenário de ampla litigiosidade. Conforme dados do relatório Justiça em Números, ano base 2016, apenas a Justiça Federal conseguiu retornar aos cofres públicos valores superiores às suas despesas, sendo que os outros órgãos do Judiciário possuem mais despesas do que retorno, representado pelo baixo índice de êxito nas execuções fiscais e nas demandas do Poder Público. A título de exemplo, o Judiciário Estadual possui um índice de 35% de retorno em receitas face às suas despesas. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017, p. 54. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

Estado, em especial no âmbito da advocacia pública. Em seguida, serão apresentadas algumas estruturas administrativas e normativas consensuais adotadas no Brasil e seus respectivos resultados. Por fim, pretende-se analisar a problemática suscitada a partir das teorias que tratam da estimulação de comportamentos, avaliando como tais lições podem ser trazidas para o campo da consensualidade para incentivar o exercício de um papel não adversarial pelo agente público.

1 Limites à consensualidade e sua relação com as políticas públicas no Brasil

A análise da consensualidade no âmbito do Direito Administrativo sempre resultou em divergências, até mesmo no aspecto contratual geral. O que hoje parece ser algo comum – a firmação de contratos administrativos –, em tempos anteriores, debateu-se em profundidade sua natureza jurídica.⁴ Muito já se discutiu sobre a possibilidade de realização de acordos pela Administração Pública, até que se chegou, atualmente, a uma visão consolidada sobre a natureza contratual dos pactos firmados pelo Estado, inclusive com previsão expressa na legislação pátria sobre esse assunto em diversos diplomas (v.g. Lei nº 8.666/93; Lei nº 8.987/95; Lei nº 11.079/04; Lei nº 10.520/02 etc.).

A proximidade entre Estado e sociedade passou a ser mais relevante com as reformas surgidas com a finalidade de contrapor a estrutura administrativa à noção burocrática de Administração Pública. O Estado burocrático, concebido como aquele que prima pela forma ao invés do resultado, passou a ser visto com maus olhos em uma sociedade cada vez mais complexa social e economicamente, em especial com o grande fluxo de informações decorrentes do avanço da tecnologia da informação.

O conceito de *burocracia*, por outro lado, não representa necessariamente algo negativo.⁵ A existência de um procedimento burocrático, com a finalidade de assegurar direitos e o uso da coisa pública para finalidades privadas, foi construída com o objetivo de garantir o Estado de Direito em contraposição ao Estado Absolutista, de natureza eminentemente *patrimonialista*, fundamentado em um

⁴ José Casalta Nabais aponta que existiam diversos argumentos que fundamentavam a tese da negativa do contrato administrativo. Entre elas, está a desigualdade entre as partes, a falta de autonomia de vontade dos agentes públicos, a incompatibilidade com as exigências do princípio da legalidade, a rigidez do contrato e a mutabilidade do interesse público, entre outros. NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais: reflexões acerca da sua admissibilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 17-47.

⁵ James Wilson dedica o primeiro capítulo do seu livro indicando, a partir de exemplos pontuais, que a burocracia é algo complexo e não uniforme, de maneira que pode resultar em casos positivos ou negativos, de acordo com diversos elementos influentes. WILSON, James Q. *Bureaucracy: what government agencies do and why they do it*. Basic Books, 1989, p. 3-13.

poder divino do Rei.⁶ Todavia, o uso irracional de instrumentos burocráticos ao longo do tempo, especialmente para criação de intrigas de posição, remuneração, poder etc., no âmbito do serviço público, começou a construir uma imagem negativa da Administração Pública de natureza puramente burocrática, que apresenta resultados de eficiência abaixo do esperado.

Vários fatores (v.g. endividamento internacional) influenciaram para ensejar um movimento rumo a um processo de reforma do Estado, migrando para uma noção de Administração Pública *Gerencial*, fase esta conhecida como do *New Public Management*. No Brasil, esse processo é representado pela movimentação do Governo em promover uma reforma administrativa, tendo enviado ao Congresso Nacional uma Proposta de Emenda à Constituição em agosto de 1995. Trata-se do Plano diretor da reforma do aparelho do Estado encabeçado pelo então ministro à época Luiz Carlos Bresser Pereira, focando na ideia de eficiência na Administração Pública.⁷ A mesma busca por eficiência e utilização de critérios gerenciais se aplica ao Poder Judiciário, considerando-se aqui a prestação jurisdicional eficiente como uma política de Estado. Esse modelo gerencial, no entanto, não se mostrou suficientemente eficaz ao focar na mudança estrutural por meio da eficiência da Administração Pública e dos seus gestores, sem maior atenção a uma relação colaborativa entre Estado e sociedade. A ideia primordial da reforma foi focar no estímulo à gestão pública, passando a inserir instrumentos como avaliação de servidores, contratos de gestão, concessão de autonomias a alguns órgãos e entidades estatais, entre outros. Isso, contudo, não se revelou eficaz para atingir os resultados pretendidos.

A partir de uma nova reflexão sobre o papel do Estado, partindo para uma visão menos interna e mais consensual em superação ao modelo anterior, surgiu o que vem se denominando como *Governança Pública*. Nesse modelo, parte-se para uma visão mais prática, levando em consideração fatores sociais e econômicos para tomada de decisões, inclusive mediante participação de agentes sociais. Esses três modelos (burocrático, gerencial e de governança) correspondem às três eras das políticas públicas indicadas por John Peter.⁸

⁶ “A base de sustentação do poder monárquico absolutista estava alicerçada na ideia de que o poder dos reis tinha origem divina. O rei seria o ‘representante’ de Deus na Terra, o que lhe permitia desvincular-se de qualquer vínculo limitativo de sua autoridade”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política & teoria do Estado*. 8. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 46.

⁷ Em artigo publicado pelo referido ex-ministro, ele destaca que a Administração Pública gerencial é definida por algumas características: “orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de grau limitado de confiança; como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; e utiliza o contrato de gestão como instrumento de controle dos gestores públicos”. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 7. Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 28.

⁸ PETER, John. *The Three Ages of Public Policy: Theories of Policy Change and Variation Reconsidered*, Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2286711>. Acesso em: 08 jan. 2018.

A diferença entre a Governança e Administração Pública gerencial (*New Public Management*) é trabalhada sistematicamente por Alketa Peci, Octavio Penna Pieranti e Silvia Rodrigues. Os autores indicam algumas características do modelo de governança, presentes especialmente no contexto europeu e estadunidense: (a) domínio das redes em políticas públicas; (b) controle à influência; (c) uso de recursos públicos e privados; (d) criação de modelos organizacionais híbridos. Logo, há uma maior proximidade entre Estado e sociedade, voltada à viabilização de políticas públicas. A governança foca em novos modelos de gestão pública com participação de agentes privados:

[...] a governança, enquanto um novo modelo de gestão pública, requer a concepção de estruturas e processos próprios, que se diferenciam, se é que isto é possível, de concepções tradicionais da gestão pública. A rede de governança modifica substancialmente as relações de poder entre o Estado e a sociedade, tornando-as mais fluidas e deslocando-as, de fato, para o setor privado e o terceiro setor (por isso, a governança pode ser confundida com o neoliberalismo e, de fato, as diferenças ideológicas podem ser tênues). Assim, novos modelos de gestão da governança devem partir de diagnósticos locais, que levem em consideração a estruturação e a força de outros atores, como o setor privado e o terceiro setor.⁹

Essa transição de modelos decorrentes de reflexões sobre a gestão pública transforma continuamente as bases do Direito para adequar à nova realidade administrativa. São repensados vários aspectos tradicionais que impede o Estado de exercer suas funções em um cenário diferente e contemporâneo, criando-se novos modelos ou novas saídas para entraves tradicionais de antigas estruturas jurídicas.¹⁰

Essa contextualização serve para colocar a discussão sobre os meios consensuais de solução de conflitos adequadamente ao estágio atual de reflexão sobre gestão e Administração Pública.¹¹ Uma análise sobre a realização de acordos

⁹ Peci, Alketa; Pieranti, Octavio Penna; Rodrigues, Silvia. Governança e *new public management*: convergências e contradições no contexto brasileiro. *Revista Organizações & Sociedade*, v. 15, n. 46, julho/setembro 2008, p. 39-55, p. 52.

¹⁰ Essas reformas administrativas, no entanto, variam em cada país. Conforme destaca Theo A. J. Toonen, uma abordagem sobre governo e governança passa exatamente pela abordagem *neoadministrativa*. No entanto, “ainda que nos restrinjamos aos últimos vinte anos, a realidade da administração pública internacional manifesta uma variedade muito maior de modelos e modos de reforma”. Trata-se, evidentemente, de um processo constante e variado de mudanças e reformas. TOONEN, Theo A. J. Reforma administrativa: análise. In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon (Org.). *Administração Pública*: coletânea. Trad. Sonia Midori Yamamoto e Mirian Oliveira. São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: ENAP, 2010, p. 474.

¹¹ A reflexão sobre as bases dos institutos tradicionais de Direito Administrativo é evidenciada em vários aspectos. O crescimento excessivo do Estado com as obrigações constitucionais de caráter social e decorrente também da complexidade social e econômica impôs uma reeleitura e um foco das parcerias entre Estado e sociedade. Por exemplo, vive-se um processo de reeleitura das parcerias e da gestão associada dos serviços públicos, com maior interação com o terceiro setor e com empresas privadas. DI PIETRO,

pelo Estado não pode deixar de levar em consideração o avanço no pensamento administrativista para admitir uma maior proximidade com a sociedade e uma avaliação de viabilidade das políticas públicas. Essa abordagem preliminar se faz imprescindível para que se possam compreender os argumentos contrários à prática e ao incentivo da consensualidade *stricto sensu* no âmbito do Estado.

Pode-se observar um movimento ao longo dos anos na discussão quanto à realização de acordos no âmbito do Estado. Desde um pensamento restritivo (inadmissibilidade da natureza contratual), até um pensamento mais aberto (previsão expressa em algumas leis), o debate avança para surgir cada dia mais autores interessados na defesa da posição de incentivo à solução consensual de conflitos, embora ainda existam entraves argumentativos e desestímulo prático à sua realização.

As argumentações impeditivas à possibilidade de que o Estado firme acordos quando instaurado um litígio, seja na fase pré-processual, seja no bojo de uma ação já em trâmite, resultam em opções políticas incompatíveis com uma noção de eficiência e economicidade. Por vezes, mantém-se um processo em curso, com alto custo para o Estado e com baixas probabilidades de êxito, quando há alternativas para solucionar o processo com maior êxito e satisfação para ambas as partes.¹²

O ponto de partida para recusar a natureza contratual dos pactos firmados pelo Estado e para impedir o incentivo à realização de acordos em conflitos sempre passa por argumentos semelhantes, aqui representados em três princípios: a) *legalidade*: cultura legalista estrita e atuação vertical do Estado; b) *isonomia*: exigência tratamento igualitário e impessoal; e, por fim, c) *indisponibilidade do interesse público*: impossibilidade de dispor sobre direitos não privados.

O princípio da *legalidade* está enraizado no direito brasileiro. Encontra-se previsão expressa no texto constitucional, seja para a legalidade geral (art. 5º, II), seja em dispositivos para hipóteses específicas (art. 5º, XXXIX; 37, *caput*; 150, I). A vinculação do Estado à lei é uma conquista decorrente do advento da noção de Estado de Direito e está presente em praticamente todos os ordenamentos jurídicos democráticos. Contudo, a compreensão sobre os limites da legalidade à

Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria-público privada e outras formas. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 12-15.

¹² Em 2012, por exemplo, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) realizou estudo sobre a execução fiscal, apresentando seu baixo índice de êxito e seu alto custo de manutenção, pesquisa esta restringida à Justiça Federal. Apresentou-se o valor médio executado é de R\$26.303,81, enquanto que a arrecadação média é de R\$9.960,48, ou seja, menos da metade. De outro lado, o custo médio do processo, naquele ano, era de R\$4.368,00. Assim, levar em consideração essas informações na hora de decidir sobre a propositura ou não de uma execução, bem como acerca da realização de um acordo, é fundamental. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal*: relatório. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/121009_relatorio_custounitario_justicafederal.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

atuação do Poder Público varia em cada ordenamento jurídico e vem sofrendo erosão diante das novas discussões em torno dos limites cognitivos da linguagem.¹³

O debate sobre a legalidade tem alcançado diversos patamares. Há países, por exemplo, em que existe um avanço na admissão da delegação legislativa como prática comum (v.g. direito norte americano). Em outros, a própria Constituição estabelece matérias de competência do Poder Legislativo e outras do Poder Executivo (v.g. direito francês). Observa-se ainda que o assunto sobre a extensão da legalidade e a liberdade conferida ao Estado está presente grande parcela da doutrina do direito público, abordando aspectos como, por exemplo, conceitos jurídicos indeterminados, poder regulamentar das autoridades administrativas, vinculação e discricionariedade administrativa, entre outros.¹⁴

No Brasil, a noção de legalidade não admite muitos institutos que a torne mais flexível como em outros países, o que impede o avanço no debate da consensualidade administrativa se não houver um novo debate sobre as bases desse princípio. Associado a isso, não existe uma lei geral de transações administrativas, de sorte que a realização de acordos em alguns setores acaba desestimulada pela ausência de segurança dos agentes públicos em finalizar o conflito, mesmo quando o interesse público e uma simples análise de eficiência e economicidade exigem.

O princípio da *isonomia*, relacionado também ao princípio da *impessoalidade*, também representa entrave argumentativo à estimulação consensual. Aqui, o pensamento é no sentido de que a realização de acordos em favor de uma parte específica pode viabilizar tratamento desigual vedado pela Constituição. Os pactos firmados pelo Estado, assim, deveriam passar por critérios objetivos e idênticos, voltado ao tratamento idêntico entre administrados.

No Brasil, como a maior parte das instituições de advocacia pública não possui regulamentação de critérios objetivos para realização de acordos, isso acaba desestimulando a consensualidade, especialmente em virtude da possibilidade de futura repressão pelos órgãos de controle interno e externos. Não se pode deixar

¹³ Jacques Ziller destaca que “o Direito como tal não é um obstáculo à reforma administrativa nem à introdução da gestão; é um conjunto de instrumentos que podem ser bem ou mal usados de acordo com a qualidade da educação legal daqueles que têm que determinar e implementar novos modelos de gestão”. ZILLER, Jacques. O sistema continental de legalidade administrativa. In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon (Org.). *Administração Pública*: coletânea. Trad. Sonia Midori Yamamoto e Mirian Oliveira. São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: ENAP, 2010, p. 288.

¹⁴ A crise do Estado em relação ao antigo pensamento do princípio da legalidade é algo verificado em praticamente todos os ordenamentos jurídicos. Sabino Cassese destaca que, nesse campo, surgem paradoxos: “Por un lado, la Administración se protege con frecuencia con decisiones, administrativas por naturaleza pero formalmente legislativas; por outro, se le pide a la Administración una mayor autonomía. Por um lado, el vínculo con la ley se hace más flerte; por outro, se atenua porque adquieren importancia otros límites, que provienen de la Constitución, de los principios generales inducidos jurisprudencialmente, y del Derecho comunitario”. CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro*. Trad. Alicia Isabel Saavedra-Bazaga (coord.). Sevilla, Giuffrè Editorie, 2010, p. 355.

de destacar, contudo, que – em matéria tributária – a promulgação de leis com critérios bem objetivos e isonômicos é algo comum, mas que nem sempre resulta na melhor estratégia arrecadatória.

A realização de acordos não significa necessariamente violação à isonomia.¹⁵ Cada litígio possui as suas características, seu histórico e suas probabilidades, de maneira que a escolha consensual varia conforme o caso. Os princípios da isonomia e da impessoalidade não podem barrar, abstratamente, a realização de acordos pelo Estado com base na argumentação genérica de tratamento preferencial de algumas pessoas.

O princípio da *indisponibilidade do interesse público*, que tem por base a noção de *supremacia do interesse público*, no mesmo sentido, é suscitado nos debates sobre consensualidade e seus limites.¹⁶ A ideia de que o administrador não possui disposição sobre o interesse público e, por conseguinte, que não poderia realizar acordos em nome do Estado é algo comum de se observar na literatura administrativa e constitucionalista. Contudo, tem sido superada por uma análise mais aprofundada sobre o conceito de interesse público e a noção de indisponibilidade.¹⁷

O interesse público, na atualidade, vem sendo observado como um conceito jurídico *indeterminado e atemporal*. Modifica-se conforme tempo e lugar, devendo se adequar às necessidades sociais e econômicas. Nesse sentido, não é possível dissociar o seu conceito sem levar em consideração as ideias de “interesse” e de “público”. Como destaca Juliana Banacorsi de Palma, esses princípios não podem, na qualidade de construção teórica genérica, obstaculizar a realização de acordos pelo Estado.¹⁸

¹⁵ Há quem defenda, por outro lado, que o tratamento distinto para pessoas com posições jurídicas idênticas poderia violar a regra da isonomia, motivo pelo qual a realização de acordos deveria sempre se pautar na publicidade, a fim de permitir o controle da Administração Pública. SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 174-175.

¹⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que uma das tendências do Direito Administrativo é a reação contra os referidos princípios, seja para bani-los, seja para reconstruí-los. A autora defende que os princípios não são incompatíveis com o pensamento atual, pois deve ser aplicado em consonância com os demais princípios e direitos fundamentais. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36-38.

¹⁷ “[...] observa-se um movimento nas últimas décadas do século XX por parte da doutrina administrativista, tanto na experiência estrangeira quanto na pátria, que voltou a uma visão crítica dos institutos e categorias fundamentais – dentre os quais a concepção corrente de ‘supremacia’ do interesse público – procedendo a difícil tarefa de tentar adequar a disciplina administrativa às transformações ocorridas na ordem político-jurídica.” MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Editora Lumen Juris, 2014, p. 162.

¹⁸ “Restringir a celebração de acordos administrativos pela invocação da indisponibilidade do interesse público mostra-se, assim, um descompasso, pois tanto os acordos administrativos podem ser uma forma de atingimento do interesse público quanto a indisponibilidade do interesse público carece de precisão material e previsão normativa”. PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 177.

Por esse motivo, ao se analisar as exigências do interesse público em face da apresentação estrutural da gestão judiciária brasileira, não restam dúvidas de que uma política consensual se faz necessária e que, portanto, não existe incompatibilidade na realização de acordos pelo Estado em face do referido princípio. Abstratamente, a noção de interesse público e sua suposta indisponibilidade não impedem a construção jurídica da possibilidade da utilização de meios consensuais de solução de conflitos pelo Estado.

A visão empreendida sobre esses princípios, como se pode perceber, decorre de uma noção tradicionalista do Direito vinculado à noção de imperatividade,¹⁹ que se contrapõe aos anseios modernos da gestão pública cooperativa. Para se colocar em prol da consensualidade, não há necessidade de abandonar os princípios administrativos, mas sim promover uma interpretação de acordo com as complexidades sociais e econômicas da atualidade.

A solução consensual de um conflito possui diversas vantagens, que não se restringem à questão meramente econômica. Além da redução de gastos e qualificação da gestão judiciária dos litígios, a solução dada pelas próprias partes permite uma maior flexibilidade e legitimidade, inclusive com maior satisfação dos envolvidos.²⁰

Esse cenário de necessária modificação do pensamento para admitir e incentivar a consensualidade na atuação administrativa não passou despercebido. Nos últimos anos, é possível perceber a existência de um movimento para tentar inserir a Administração Pública nos meios alternativos de solução de conflitos, como a arbitragem, conciliação e mediação, além dos acordos diretos. No entanto, essas estruturas e normas criadas ainda não foram suficientes para mudar a

¹⁹ Como bem acentua Onofre Alves Batista Júnior: “A coercibilidade, de fato, no Direito Administrativo moderno, não retrata a única alternativa para que se possa perseguir o ‘melhor interesse público possível’. O ato administrativo, ao lado do contrato, na realidade, são formas alternativas de atuação administrativa que veiculam uma decisão tomada pela Administração Pública, e, salvo quando a lei estabeleça a necessária observância de uma ou outra forma de atuação, a escolha depende do juízo do administrador sobre a melhor alternativa para persecução do ‘melhor interesse público possível’, ou seja, são ambos ‘meios’ de administração, e não ‘fins’ em si mesmos”. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. Quartier Latin, 2007, p. 252.

²⁰ “Não obstante seja inegável o impacto da utilização dos meios consensuais na redução do prazo para solução para solução de controvérsia, é oportuno salientar também, desde logo, que uma das maiores vantagens de se viabilizar o caminho consensual é o fato de permitir que as partes envolvidas construam uma solução efetivamente compatível com seus legítimos interesses e necessidades – a qual, se pode (e algumas vezes, deve, como no caso dos conflitos coletivos envolvendo entes públicos) ter em conta parâmetros jurídicos, propicia, além de uma criativa interpretação conjunta da norma, que sejam levados em conta também outros interesses legítimos que as normas jurídicas aplicáveis eventualmente não foram capazes de captar. [...]” SOUZA, Luciana Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 44.

cultura restrita de atuação administrativa, a ponto de impactar nos números de gestão judiciária.

É importante destacar que, em outros países, a cultura da consensualidade envolvendo o Poder Público é uma realidade existente. Encontra-se previsão no direito alemão (*VwVfG* – Lei de Procedimento Administrativo, §54 e ss);²¹ direito norte americano (*Administrative Dispute Resolution Act, Section 571 a 581*); direito espanhol (*Ley 30/1992, art. 87 e 88*); direito italiano (*Legge de 7 agosto 1990, n. 241*); entre outros.

2 Estruturas administrativas existentes e normativas consensuais e seus resultados

Muito embora haja argumentos em desfavor da consensualidade no âmbito administrativo, apresentados no tópico anterior, observa-se, no sistema brasileiro, o início de um processo de criações normativas para permitir expressamente o uso da consensualidade na solução de conflitos envolvendo a Administração Pública. Hoje, as modificações normativas são visíveis nos diplomas, seja de modo esparsa, seja mesmo nas legislações que tratam de conciliação, mediação, arbitragem e leis orgânicas das advocacias públicas.²²

Embora não sendo instrumentos exclusivos da consensualidade aqui estudada, a mediação e conciliação, assim como a arbitragem (que é acordo apenas em seu início, porém heterocomposição em seu final²³), todos já contendo permissão expressa para conflitos privados, começaram a ser incorporadas no ordenamento jurídico em relação aos conflitos envolvendo o Estado.

Nesse sentido, a Lei nº 11.079/04 (Lei de Parceria Público-Privada) foi editada já prevendo, em seu art. 11, III, a possibilidade do “emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro

²¹ Comentando o §55 da *VwVfG*, Harmut Maurer destaca que: “El convenio de transacción pretende remediar, mediante concesiones recíprocas, una incertidumbre resultante de la razonable valoración de una situación de hecho o de derecho. Por tanto, presupone: 1) que exista una incertidumbre relacionada con situaciones de hecho o con puntos de vista jurídicos, 2) que dicha incertidumbre no pueda ser remediada o que no lo pueda ser sin un considerable esfuerzo y 3) que ambas partes contratantes cedan, esto es, que hagan ciertas concesiones.” MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo*: parte general. Trad. Gabriel Doménech Pascual (coord.). Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 384.

²² É de se ressaltar, contudo, que existe vertente no sentido de que a utilização dos meios consensuais de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública exige lei específica sobre o assunto, não podendo se valer das normas gerais que permitem sua utilização. Esse foi o entendimento manifestado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) sobre o uso da arbitragem no Acórdão 1.271/15, proferido pelo Plenário.

²³ Por haver mesmo um acordo inicial é que parcela da doutrina já sustentou a impossibilidade de sua utilização no âmbito da Administração Pública. AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 56 e ss.

de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”. Logo em seguida, foi alterada a Lei nº 8.987/95 (Lei Geral de Concessões) por meio da Lei nº 11.196/2005, que incluiu o art. 23-A, contendo a mesma previsão. Nesse momento, tratava-se de legislação específica, sem descrição pormenorizada do procedimento de solução, porém já demonstrando o interesse na solução da crise de gestão judiciária.

As alterações não pararam por aí. O II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo, firmado pelos três poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) e publicado no DOU em 26.05.2009, estabeleceu diversas diretrizes que pretendiam a estimulação da consensualidade, primando pela ideia de prevenção de conflitos. A título de exemplo, consta do referido pacto: “fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização” e “ampliar a edição de súmulas administrativas e a constituição de Câmaras de Conciliação”. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Por sua vez, editou a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, dispondo sobre a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”.

Em nenhum dos dois diplomas mencionados, contudo, há disposições sobre solução de conflitos envolvendo a Administração Pública. A consensualidade é tratada de maneira ampla, sem menção à natureza jurídica das partes envolvidas (pessoa física ou jurídica, com ou sem fins lucrativos, com personalidade jurídica de direito público ou privado). Embora não expresso, aplicam-se a qualquer tipo de conflito. Tanto é assim que, a partir da sua firmação, algumas providências foram adotadas na legislação processual civil, inclusive abrangendo, em uma norma ou outra, a possibilidade de acordos envolvendo o Estado.

O CPC de 2015 previu expressamente a preferência pela solução consensual de conflitos. Em seu art. 3º, §2º, estabeleceu que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, prevendo ainda a criação de Câmaras de Conciliação e Mediação voltadas a conflitos administrativos no art. 174. A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) estabelece também normas para “autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”, permitindo a utilização de meios privados para solução consensual também em lides administrativas.

Além dessas previsões genéricas contidas na legislação federal, também é possível verificar que as leis orgânicas de algumas procuradorias espalhadas pelo país possuem dispositivos admitindo a realização de acordos, bem como a utilização de meios privados para solução de conflitos administrativos.²⁴ A Advocacia-Geral da

²⁴ A título de exemplo, é possível citar algumas leis que contêm dispositivos sobre consensualidade administrativa. Identificamos legislação no Estado do Rio Grande do Sul (Lei Estadual n. 14.794, de 17 de

União, nos últimos anos, vem apresentando também medidas nessa seara.²⁵ A conjuntura de mudanças legislativas é visível e representa um processo para estimular comportamentos consensuais no âmbito da Administração Pública.

No entanto, diante desse cenário, a dúvida que sobressai é: *o processo de alterações normativas é suficiente para estimular a busca da consensualidade pelos agentes públicos?* A resposta para essa indagação, analisando as medidas que foram adotadas e os números apresentados, parece ser *negativa*.

Para demonstrar o baixo impacto das mudanças legislativas isoladas, podemos indicar as seguintes teses: (a) os números apresentados pelo Poder Judiciário (*justiça em números*) ainda evidenciam o alto impacto das demandas envolvendo a Administração Pública e o baixo número de acordos realizados; (b) mesmo após a determinação do CPC, não foram montadas estruturas administrativas em todos os entes federativos para estimular a consensualidade; (c) os agentes públicos ainda não se sentem à vontade e não há incentivos para realização de atos consensuais; (d) não há, no Brasil, uma política pública geral envolvendo a solução consensual de conflitos administrativos.

Os números colhidos apontam que a mera alteração legislativa não alterou o cenário da alta litigiosidade e não está perto de promover uma melhora na gestão judiciária quando o assunto são os conflitos de natureza administrativa.²⁶ O relatório publicado pelo CNJ (*Justiça em Números*) continua a apresentar altos índices de litigiosidade com participação impactante da Fazenda Pública.

Sobre conciliação, o relatório destaca que o grande óbice à melhora dos números decorre da participação maciça do Poder Público como parte nos feitos. Aumenta-se “o número de casos novos recursais no 2º grau de jurisdição com as causas que são submetidas à regra do reexame necessário, às quais se somam os recursos voluntários”, interpostos pelo próprio Estado ou pelo particular. Além disso, “pesa em sentido contrário à conciliação as dificuldades para se transigir em juízo com direitos do ente público envolvido no litígio”.

dezembro de 2015, com poucos dispositivos sobre a matéria), no Estado de Minas Gerais (Lei Estadual nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011, dispondo sobre juízo arbitral); no Estado de Roraima (Lei nº 896, de 1º de fevereiro de 2013, tratando de conciliação e da transação em sede de juizado especial da Fazenda Pública) e no Estado de São Paulo (Lei Complementar Estadual nº 1.270, de 25 de agosto de 2015, criando a Câmara de Conciliação da Administração Estadual).

²⁵ Nesse sentido, antes mesmo da vigência das alterações normativas, a AGU já contava com a Câmara de Conciliação e Arbitragem (CCAF), criada em 27 de setembro de 2007, através do Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007. No mesmo sentido, interessante também a Portaria nº 2, de 2 de abril de 2014, estabelecendo limites para realização de acordos pelos Advogados da União.

²⁶ Outro número interessante sobre a gestão judiciária diz respeito ao tamanho do Poder Judiciário e o aporte financeiro para sua manutenção. Em 2015, as despesas do Poder Judiciário chegaram à monta de R\$79,2 bilhões, equivalente a 1,3% do PIB, com um custo médio de R\$387,53 por habitante. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*: ano 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

Nesse relatório, é importante destacar, o índice de conciliação aponta para uma informação importante. Nele, a Justiça Federal – onde há maior participação do Poder Público – apresenta um índice de 4% apenas de decisões homologatórias de acordo no ano de 2015. No Tribunal Regional Federal da 5ª Região, não há histórico de acordos realizados em segundo grau e, no primeiro grau, apenas 0,6% dos casos resultam em acordo. Consta ainda do relatório que “dos 10 assuntos mais recorrentes, 9 têm por objeto matérias de direito previdenciário, tributário ou administrativo, ou seja, o poder público está em um dos polos da relação jurídica processual, o que impõe entraves à celebração de acordos em razão da disseminação da ideia de indisponibilidade do interesse público pelo particular”.²⁷

Outro dado é relevante ainda sobre conciliação. Sabe-se que a Advocacia-Geral da União (AGU) mantém Câmara de Conciliação e Arbitragem (CCAF), criada em 27 de setembro de 2007, através do Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007. Esse órgão deveria servir para realização constante procedimentos de conciliação e arbitragem, a fim de evitar o acréscimo de litígios envolvendo entes públicos.²⁸ Os números de reuniões e acordos da referida Câmara, porém, também são negativos.

Em pedido de acesso à informação formulado por este autor,²⁹ foram apresentados dados sobre a realização de acordos naquele órgão entre 2007 e 2016. Na resposta, fora fornecida tabela com os números de casos, ressaltando previamente que “as circunstâncias da não-homologação dependem de uma série de fatores e seria necessário empreender uma análise caso a caso para que pudéssemos ser fiéis na indicação das razões”.

Segundo a resposta fornecida pelo órgão, foram objetos de análise 985 casos, sendo que apenas 260 chegaram a acordo e 19 não foram homologados. Observe que, fazendo um simples cálculo aritmético, é possível observar que os números apresentados relevam uma média de pouco mais de 2 casos por mês que chegaram à realização de acordos. Número ínfimo para impactar na infinidade de casos que exige atuação do Poder Público.

No âmbito da arbitragem, a situação é semelhante. Em estudo realizado pela pesquisadora Selma Ferreira Lemes, observou-se que “Em 2016 houve 20 novos casos de arbitragens envolvendo a Administração Pública Direta ou Indireta em cinco das seis Câmaras pesquisadas (CAMARB, CAM-CCBC, CAM FIESP/CIESP,

²⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números*: ano 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

²⁸ A nosso ver, nada impediria também que a CCAF promovesse a conciliação e mediação entre a Administração Pública e particulares. Contudo, não há previsão normativa para tanto, restringindo-se a sua atuação à relação entre entidades ou órgãos públicos.

²⁹ Protocolo nº 00700000003201711.

CAM-BOVESPA e CAM-FGV)”. Do total de casos naquele ano, apenas 9% tiveram a Administração Pública em um dos seus polos.³⁰

Quanto às estruturas administrativas voltadas à consensualidade no âmbito dos litígios administrativos, também se observa uma limitação. Embora o art. 174 do CPC prescreva que a União, Estados, DF e Municípios criem câmaras de mediação e conciliação, essas estruturas administrativas foram criadas em apenas poucos estados e praticamente nenhum município. A título de exemplo, em nível estadual, sabe-se da existência da Câmara no Estado do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo, a partir de previsões normativas específicas. Ademais, como já destacado anteriormente, apenas poucas procuradorias possuem previsão legal para acordos e, mesmo assim, são limitados a valores – por vezes – ínfimos para impactar na gestão judiciária.

Não se pode dizer, contudo, que não exista uma atuação consensual da Administração Pública.³¹ Os órgãos de advocacia pública realizam acordos, mas são limitados por uma diversidade de fatores, como as limitações legais, os receios dos órgãos de controle, a ausência de incentivos internos e externos e assim por diante. Não há, efetivamente, uma política pública consensual que estimule a atuação consensual do agente público, o que enseja a manutenção da crise atualmente vivenciada na gestão de litígios pelo Poder Judiciário.

Percebe-se, inclusive, que o óbice à consensualidade, no cenário atual de alta litigiosidade vivido pelo Brasil, pode impactar negativamente na reputação das instituições envolvidas (v.g. Poder Judiciário, Advocacia Pública, Ministério Público, Defensoria etc.). A construção de uma reputação às instituições é fundamental para a legitimidade de suas ações e para a garantia de direitos.

Por exemplo, a Advocacia Pública é visualizada por muitos como uma instituição que não realiza acordos e que não há diálogo para solução consensual. O controle administrativo efetivado pelos vários órgãos administrativos sobre os advogados públicos, ademais, desestimula uma atuação consensual e preventiva, pois a realização de acordos, no âmbito do Estado, ainda é vista como algo não recomendável.

De outro lado, o Poder Judiciário também prejudica a sua reputação pela impossibilidade de assegurar agilidade nos processos que envolvem a Administração Pública. A grande parcela de processos em trâmite possui o Estado no polo ativo

³⁰ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em números e valores*. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

³¹ No âmbito do direito previdenciário, por exemplo, é comum a realização de acordos pela Procuradoria Federal. Em 2015, a título de exemplo, foram realizados mutirões de conciliação que resultaram em 5,8 mil acordos. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/02/procuradoria-celebra-5-8-mil-acordos>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

ou passivo, senão como interveniente, e a sua participação, sem possibilidade de firmar acordos, alonga em demasia a totalidade desses feitos. Veja-se, inclusive, que não há a inclusão de metas conciliatórias envolvendo o Estado nos programas desenvolvidos pelo CNJ.

Outro motivo pelo qual a consensualidade não é cultivada no âmbito público decorre do receio dos agentes públicos em firmar os acordos. A possibilidade de controle dos acordos realizados, especialmente diante de casos em que o agente exerce aspectos discricionários na definição dos detalhes do acordo, impede a estimulação do consenso.³²

Assim, vê-se que a mudança de panorama na gestão judiciária em decorrência de uma atuação consensual exige uma política pública pautada em incentivos para mudar o modo de agir dos agentes públicos.³³ A mera alteração normativa, sem estimulação de comportamentos não adversariais, não será suficiente para atingir os objetivos de impactar qualificadamente na gestão judiciária, devendo-se buscar instrumentos alternativos para esse fim.

3 O estímulo de comportamentos não adversariais e sua aplicação para maior efetividade da prestação jurisdicional

Estabelecida a premissa de que devem ser associados instrumentos e técnicas à alteração normativa para promover o comportamento dos agentes públicos até uma cultura não adversarial, podemos afirmar que os estudos recentemente elaborados sobre análise comportamental, no que se incluem a análise econômica, *insights* comportamentais e, especificamente, a teoria do *nudge*, podem ser um ponto de reflexão nessa área. Aqui, faremos uma análise de como as lições acerca do *nudge* podem contribuir no campo da consensualidade administrativa.

A teoria do *nudge* é atribuída aos autores Richard H. Thaler, Daniel Kahneman e Cass R. Sustein, e já ganhou dois prêmios Nobels recente, que envolve duas premissas gerais: “características aparentemente pequenas de situações sociais

³² Segundo Odete Medauar, existe uma divergência histórica sobre os limites do controle judicial sobre os atos da Administração Pública, que varia entre um controle geral ou restrito. Segundo a autora, porém: “hoje, no ordenamento pátrio, indubitavelmente a legalidade administrativa assenta em bases mais amplas do que no passado, e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como corolário de uma evolução já verificada na doutrina e jurisprudência antes de outubro de 1988.” MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 226.

³³ Associado a esse processo de mudança, devem ser implantados sistemas de avaliação das políticas públicas consensuais a serem adotadas. Mudanças legislativas, dissociadas de uma política pública mais efetiva e da sua respectiva avaliação, podem impedir o atingimento dos resultados pretendidos. Afinal, adoção da avaliação de políticas públicas nos países em desenvolvimento tem por fundamento a intenção de modernização da gestão pública. FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política da avaliação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 20, n. 59, out./2005, p. 97-109, p. 97.

podem ter efeitos enormes no comportamento das pessoas” e “o paternalismo libertário não é um oxímoro”, pois “os arquitetos de escolhas podem preservar a liberdade de escolha enquanto encaminham as pessoas em direções que vão melhorar sua vida”.³⁴

Para os autores, seria possível arquitetar o ambiente de escolha dos agentes para que estes façam escolhas mais adequadas a si mesmos nas variadas áreas, como decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. O pensamento não defende uma manipulação da decisão e também evita um liberalismo absoluto. Defendem que é possível chegar a um meio termo, o que denominam de *paternalismo libertário*.

Seria a hipótese, por exemplo, de adequar os produtos constantes de uma prateleira em um supermercado para chamar mais atenção àqueles mais saudáveis; ajustar a disposição dos alimentos em um restaurante para incentivar a escolha pelos legumes; sinalizar avenidas para evitar a aceleração do veículo em excesso etc. Em todas essas hipóteses, permanece ao indivíduo a possibilidade de tomar a sua escolha na forma que pretender, mas a sua tendência será não fazer escolhas involuntárias que sejam prejudiciais a si mesmo.

Um questionamento que paira nos artigos científicos escritos sobre a matéria diz respeito à legitimidade do *arquiteto* para influenciar nas escolhas dos indivíduos. Sobre o assunto, Pelle G. Hansen e Andreas M. Jespersen defendem que a utilização de técnicas de *nudge* deve ser analisada com cautela, classificando-as em quatro tipos: (a) tipo 2 transparente: influencia na escolha; (b) tipo 1 transparente: influencia no comportamento; (c) tipo 2 não transparente: manipula a escolha; e (d) tipo 1 não transparente: manipula o comportamento. O uso da técnica deve levar em consideração uma escolha ética, considerando os impactos da mudança na arquitetura.³⁵

Não há dúvidas de que o relacionamento entre as escolhas públicas e o conceito de legitimidade é sempre problemático. Thaler e Susteian defendem que a legitimidade na arquitetura de escolhas decorre da publicidade dos atos, o que, segundo Hasen e Jespersen seria uma contradição em termos. Apesar dessa situação, é fato que as políticas públicas são estabelecidas pelos agentes públicos nomeados pelo povo, os quais adquirem o poder de traçar as medidas adequadas ao atendimento do interesse coletivo. A isso não escaparia também a arquitetura de escolhas, que está sob o poder dos representantes eleitos democraticamente,

³⁴ THALER, Richard H.; SUSTEIAN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 275.

³⁵ “In the end, public policy-makers recognizing themselves as choices architects could easily end in an ethical paradox: responsible for certain decision-making contexts that they know will influence citizen’s choices and behaviours, but uncertain about the acceptability of applying the nudge approach for behavioural change”. HANSEN, Pelle G. and JESPERSEN, Andreas M., *Nudge and the Manipulation of Choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy*, *European Journal of Risk Regulation*, 2013 (1), p.3-28, p. 20-23.

desde que não haja violação a direitos fundamentais, como o direito à liberdade de escolha. Na teoria do *nudge*, a filosofia pregada expurga a ideia de violação aos direitos da liberdade, primando por um auxílio (ou empurrão) na escolha do indivíduo.³⁶

No âmbito das políticas públicas, existem vários exemplos atuais que utilizam técnicas de *nudge* para incentivar escolhas certas pelos cidadãos.³⁷ Essa técnica, ademais, pode ser associada no campo tributário, âmbito econômico, trânsito e transporte, meio ambiente, relações sociais, entre outros.³⁸ Assim, *porque não trazer também a ideia de insights no campo da solução consensual de conflitos pela Administração Pública, a fim de incentivar os agentes públicos a um comportamento não adversarial?*

A relação possível entre o *nudge* e a mediação já foi observada por Daniel Watkins. Para ele, sem uma arquitetura de escolhas adequada para incentivar a realização a utilização desse instrumento facilitador, muitas pessoas deixam de utilizar em virtude de escolhas involuntárias em favor da litigiosidade.³⁹

No Brasil, Ivo Teixeira Gico Jr. analisa a questão dos incentivos e seus impactos no âmbito da gestão de conflitos. Para o referido autor, analisando o que denomina de *crise do judiciário*, o Brasil não possui uma estrutura de incentivo aos magistrados e às partes para a solução consensual e preventiva dos seus conflitos. Para ele, um dos motivos principais para a alta litigância no país é a ausência de jurisprudência dominante e a insegurança jurídica. Os juízes não são

³⁶ A legitimidade, por tanto, tem base na sua funcionalidade e no consenso do povo. SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e democracia constitucional*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002, p. 59.

³⁷ Dentre os projetos, podemos citar o que foi realizado no Canadá, através da *Canadian Revenue Agency (CRA)*. A agência oferece meio eletrônico para pagamento de tributos e obtenção de serviços de informação sobre benefícios, porém muitas pessoas iniciam e não terminam o cadastro. Foram adotadas 3 providências: (i) envio de um postcard com informações sobre como é fácil completar o registro (3% de aumento); (ii) foi enviada uma carta de incentivo colorida (9% de aumento); (iii) foi enviada uma carta genérica da CRA, todas as três com linguagem acessível (6% de aumento). O resultado, em todas as três hipóteses foi de aumento na complementação do registro. OCDE. *Behavioural insights. Lessons from around the world*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights-and-public-policy-9789264270480-en.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2018

³⁸ Outro projeto interessante que nos ajuda a exemplificar: A Espanha, através do seu Ministério da Indústria, Energia e Turismo (MINETUR) criou um centro de informações para empresários de *start ups* para ajudá-los nos aspectos iniciais do seu negócio. O instrumento serve para auxiliar nas informações necessárias nos primeiros anos de atividade e facilitar os procedimentos administrativos através de um documento único digital. OCDE. *Behavioural insights. Lessons from around the world*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights-and-public-policy-9789264270480-en.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2018

³⁹ "Irrational biases and cognitive errors can explain the dissonance between mediation's rave reviews and poor utilization. Replacing adjudication with mediation as the default dispute resolution method will likely counteract these distorting influences. A mediation default will thus lead to more mediation without infringing on party self-determination. But without a nudge toward mediation, most Humans will continue to miss out on the benefits of interest-based dispute resolution". Daniel Watkins. *A nudge to mediate: how adjustments in choice architecture can lead to better dispute resolution decisions*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1472470>>. Acesso em: 18 fev. 2018,

suficientemente estimulados a seguir a jurisprudência dominante e as partes não correm grandes riscos ao protelar os processos.

Afirma o referido autor que a litigância é uma escolha racional e que as estimativas das partes determinam, em grande medida, a decisão sobre ajuizamento ou não de uma ação. Assim afirma:

O resultado dessas estimativas individuais determinará, em larga medida, a capacidade de as partes realizarem acordos. Como em qualquer troca voluntária, há chance de acordo quando a proposta máxima de acordo aceita pelo réu racional exceder a proposta mínima aceitável pelo autor racional. O autor racional realizará um acordo quando o retorno esperado da ação for igual ou próximo do valor oferecido em proposta de acordo pelo réu, pressupondo-se a neutralidade ao risco. Já o réu racional realizará o acordo quando o valor esperado da ação for maior ou próximo ao valor que o autor racional está disposto a aceitar, também se afastando complicações relacionadas à aversão a risco. Assume-se que o custo privado conjunto de litigar é superior ao custo privado conjunto de realizar um acordo. Em um cenário como esse, o acordo apenas não ocorrerá quando as estimativas das partes não coincidirem minimamente e, por isso, não haja um excedente cooperativo a ser dividido. Em outras palavras, a lógica de um acordo é semelhante à lógica de uma troca voluntária (contrato): só ocorrerá se houver um excedente cooperativo a ser distribuído.⁴⁰

Um exemplo interessante de impacto de medidas de estímulo comportamental no processo é o da Justiça Trabalhista, com a reforma legislativa de 2017. Diversos incentivos foram criados, como a possibilidade de ônus da sucumbência aos autores que não demonstrarem suas pretensões em juízo; a limitação da justiça gratuita em função do valor do salário e não mediante simples declaração; o pagamento da perícia pela parte sucumbente; a ampliação dos casos e das consequências da litigância de má-fé; a necessidade de pagamento de custas processuais em caso de arquivamento, ausência de comparecimento em audiência; a limitação das súmulas a questões não previstas em lei, entre outros. O resultado final, nos primeiros meses da reforma foi uma redução média de cerca de 50% em relação ao mesmo período do ano anterior.

Uma alternativa seria a criação de incentivos para a solução de conflitos por acordo entre as partes, antes da decisão judicial ou mesmo antes do processo. Atualmente, há grande sucesso dos programas de renegociação de dívidas (REFIS, por exemplo), mas seus critérios são fixados pelo legislador e não há margem de manobra para os procuradores ou auditores de realizarem negociação de dívidas.

⁴⁰ GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014, p. 181.

Em grande parte, isso decorre de uma presunção de que a atribuição da margem de manobra levaria a fraudes por parte dos atores públicos envolvidos.

No Brasil, a escolha racional leva à judicialização dos conflitos, pois o acesso aos meios alternativos é restrito por diversos fatores, como a falta de conhecimento, a ausência de credibilidade, a falta de cultura na solução negocial entre os advogados, entre outros motivos. Entre os autores que aprofundam a questão da escolha litigiosa, o ponto fundamental levantado está no custo benefício.

Segundo Steven Shavell, a escolha individual sobre a litigância muitas vezes não leva em consideração o impacto social da sua decisão, causando uma multiplicação de demandas. Apesar disso, o autor aponta que o Estado pode estabelecer uma política pública para desestimular o litígio em excesso, através de medidas específicas.⁴¹ Essa política de desestímulo, contudo, não é verificado no Brasil. Enquanto em outros países a não realização de acordos é uma aberração, temos um cenário em que a transação é uma exceção.⁴²

Verificada a ausência de uma política pública consensual no nosso país e constatado que a mera alteração normativa não é suficiente para incentivar uma cultura consensual no âmbito da Administração Pública, devem-se associar outros instrumentos e técnicas que impactem no comportamento dos agentes públicos. Nesse cenário, abordaremos aqui a possibilidade de agregar técnicas de *nudge* para estimulação de comportamentos não adversariais.

Embora ainda não existam estudos e pesquisas aprofundadas sobre a utilização do *nudge* na área da consensualidade, esse não é um campo desconhecido desse setor. A própria estrutura dos instrumentos utiliza instrumentos que podem ser relacionadas com a teoria do *nudge*: um conciliador, mesas redondas, cores calmas, doces, ambientes confortáveis, técnicas de negociação etc. O próprio conciliador serve como terceiro imparcial, mas sua presença gera uma aproximação das partes, servindo como uma espécie de empurrão para a escolha certa.⁴³ Exemplos podem ser dados em vários aspectos.⁴⁴

O incentivo à realização de acordos nas relações privadas já é algo evidenciado no Brasil. Podemos citar, entre outros, os seguintes atos normativos:

⁴¹ SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Litigation and the Legal Process*. <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.664.7383&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

⁴² TABBACH, Avraham; LAVIE, Shay. A theory of litigation signals. Disponível em: <<https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/workshops/Documents/Paper%2012.Tabbach.%20A%20Theory%20of%20Litigation%20Signals.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

⁴³ "The direct influence of the conciliator can cause one or both parties to alter their position. The parties described being given a 'subtle nudge' by conciliation officers and said they trusted their judgement in these instances" MOLLOY, Donna; LEGARD, Robin; LEWIS, Jane. *Resolving Collective Disputes at Work: User perspectives of Acas collective conciliation services*. Disponível em: <http://www.acas.org.uk/media/pdf/h/4/collectivequalitativejan03_1.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

⁴⁴ Cf. GRAHAM, Katherine. How to Use 'Nudge' to Encourage More Parties into Mediation. Disponível em: <<https://www.mediate.com/articles/GrahamKNudge.cfm>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

Resolução CNJ nº 125/2010, Recomendação CNJ nº 50/2014 e Resolução CNJ nº 198/2014, formando o movimento pela conciliação. Todos possuem o objetivo de incentivar a utilização de meios alternativos à solução de conflitos, mas não incluem, no planejamento, os litígios que envolvem o Poder Público, em virtude da alegada existência de limitações abstratas.

Entre as ações que são adotadas no âmbito privado, citam-se: Semana Nacional da Conciliação; Prêmio Conciliar é legal; Encontros e Eventos; Manual e Banco de boas práticas; criação de centros e núcleos (CEJUSCs e NUPEMECs); entre outros. Essas e outras medidas, porém, não alcança, como regra, os litígios envolvendo o Poder Público, criando, com isso, uma dualidade de tratamento.

De um lado, existem os conflitos privados, em face dos quais tem se dado atenção para incentivar – através de vários meios – a realização de acordos e a diminuição da litigiosidade. De outro, existe um conjunto de conflitos de natureza pública, em face dos quais, em razão de uma limitação abstrata, estariam fora do campo das políticas públicas que vem sendo estabelecidas pelo Poder Judiciário.

Essa divisão, todavia, não se sustenta. As limitações genéricas à consensualidade pelo Poder Público estão superadas por diversos argumentos e a necessidade de gestão judiciária qualificada existe que a postura do Estado seja modificada para um ponto de vista negocial e menos adversarial. A criação de uma política pública de consenso, ao lado das alterações normativas, é imprescindível para que o objetivo de redução de litigiosidade caminhe e tenha êxitos quantitativos e qualitativos.

A título de exemplo, podemos citar várias medidas que podem ser agregadas: a) criação de Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem em todos os órgãos de advocacia pública, com especialização dos seus integrantes em negociação; b) inclusão de *insights* (v.g. alertas, selos etc.) em sistemas digitais para cientificar a outra parte sobre a possibilidade de realização de acordos com a Administração Pública; c) adoção de sistemas de *call center* na advocacia pública para alertar sobre a possibilidade de acordos; d) criação de sistema de pontuação (*ranking*) entre advogados públicos para premiação final aos que mais realizarem acordos; e) participação periódica em mutirões voltados ao consenso, de maneira mais efetiva; f) produção de regras de transação por adesão em casos repetitivos, cuja probabilidade de êxito do processo seja baixa; etc.

O representante do Estado, no que se insere – como figura principal – o advogado público, assume uma postura diferente, agora de negociador,⁴⁵ que busca

⁴⁵ “A prática da negociação se constitui numa ferramenta que transcende a resolução de problemas, a feitura de acordos, envolvendo a possibilidade de mudança e, portanto, da melhoria do homem. Nesse sentido, tem o condão de promover modificações cognitivas e morais nos indivíduos e nas instituições, provocando-lhes a reflexão necessária para o estabelecimento de relações mais responsáveis consigo, com os outros e com o planeta”. MORAES, Paulo Valério Dal Pai; MORAES, Márcia Amaral Corrêa de.

atender o interesse público de maneira mais efetiva. Na sua atuação, deve pautar seus atos pela busca da solução adequada em cada litígio não apenas do ponto de vista formal, mas sim de maneira efetiva, buscando atingir o melhor resultado em cada caso em cooperação com a outra parte, através de uma postura não adversarial.

É importante destacar, porém, que o êxito de eventuais técnicas a serem adotadas para incentivar a consensualidade depende também de um acompanhamento da política pública estabelecida. No âmbito da justiça, poucos são os relatórios, números, dados, estatísticas e mesmo pesquisas qualitativas que acompanham as políticas estabelecidas.⁴⁶ As fontes de dados, como regra, são advindas do CNJ ou de outros órgãos contratados para levantamentos específicos. A avaliação, partindo da análise dos objetivos traçados,⁴⁷ parece uma ferramenta que deverá acompanhar necessariamente a política de incentivos.

O Código de Processo Civil estimulou a solução de conflitos por meio da conciliação. Torna-se necessário regulamentar e estimular a negociação pelos órgãos responsáveis da Fazenda Pública (auditores e/ou procuradores) para conseguir apurar débitos por meio da conciliação, evitando processos e aumentando a arrecadação do Estado por exemplo.

Uma possível solução seria prever a conciliação tanto para situações não judicializadas como para já judicializadas, com estímulos maiores conforme a iniciativa de realizar a negociação em etapas preliminares do conflito. Neste caso, caberia a negociação entre as partes ou a mediação dos conflitos, por meio de terceiros.

Para garantir a efetividade da negociação, certos estímulos comportamentais podem ser adotados como garantir que o devedor não será prejudicado no processo caso ingresse na tentativa do acordo. Para tanto, é preciso a prever a confidencialidade dos documentos apresentados (v.g. propostas realizadas ou aceitas, reconhecimento de fato, declarações), não podendo ser revelados mesmo em processos judiciais posteriores, sem a concordância da outra parte ou se

A negociação ética para agentes públicos e advogados: mediação, conciliação, arbitragem, princípios, técnicas, fases, estilos e ética da negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 232.

⁴⁶ Como bem destaca Paulo Januzzi, uma das grandes dificuldades atuais no acompanhamento de programas públicos é dispor de informações periódicas e específicas acerca do processo de sua implementação e do alcance dos resultados e do impacto social que tais programas estão tendo nos segmentos socio-demográficos ou nas comunidades focalizadas por eles. JANNUZZI, Paulo de Martino. Indicadores para diagnóstico, monitoramento e avaliação de programas sociais no Brasil. *Revista do Serviço Público*, 56 (2), abr.-jun./2005, p. 137-160, p. 157.

⁴⁷ "O traço distintivo de uma abordagem centrada em objetivos é o fato de que os propósitos de uma atividade são especificados e, nesse caso, a avaliação concentra-se na medida em que esses propósitos foram alcançados". WORTHEN, Blaine; SANDERS, James R.; FITZPATRICK, Jody L. *Avaliação de programas: concepções e práticas.* São Paulo: Editora Gente, 2004, p. 129.

a negociação for concluída com sucesso.⁴⁸ A medida serve para viabilizar que a negociação avance, sem o receio de que, no caso de frustração, a Administração Pública possa usar os dados revelados em um processo judicial, caso não haja acordo.

Para garantir a idoneidade do procedimento e dar maior segurança jurídica, as possíveis soluções são:

- a) as negociações devem ser realizadas e/ou homologadas por meio de órgão colegiado, com pelos menos três membros (v.g. Câmaras de Conciliação e Mediação);
- b) os servidores atuantes nos órgãos responsáveis não poderão atuar, por período determinado, de forma privada para assessorar ou representar interesses dos órgãos ou pessoas envolvidas no conflito ou, mesmo que exonerado, por um período posterior a saída do cargo ou função;
- c) deve-se criar valores a partir do que os acordos são homologados por Ministros de Estado ou por autoridades superiores. Nestes casos, é possível retirar do rol de submissão à instância superior certos tipos de acordos, como aquisição de terras pelo INCRA ou pela FUNAI, por exemplo, porque sempre são valores mais expressivos, para evitar ocupar os Ministros com situações mais corriqueiras.

Importante também que a negociação ou mediação possa envolver não apenas órgãos de Administração Pública, mas pessoas de direito privado. Uma solução seria criar Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal e as Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal nos Estados, com competências ampliadas para realização de negociações.

Os servidores envolvidos devem ser treinados em cursos específicos para a mediação e resolver os casos conforme parâmetros pré-determinados, mas com margem de discricionariedade, considerando: atos normativos aplicáveis ao caso; fatos comprovados durante o procedimento de negociação; jurisprudência administrativa e judicial sobre o tema; pareceres da própria advocacia pública federal; custos e duração estimados da instrução e do processo administrativo e judicial, incluindo juros e ônus da sucumbência; interesses legítimos dos envolvidos no conflito, positivados ou não em atos normativos; potencial efeito multiplicador da demanda e do acordo; o risco de derrota em futuro ou já existente processo judicial ou arbitral conformidade do acordo ou transação com as políticas públicas federais; e o impacto da redução da insegurança jurídica na economia nacional.

⁴⁸ É bem verdade, no entanto, que a discussão sobre confidencialidade no âmbito dos meios e instrumentos de consensualidade envolvendo a Administração Pública ainda deverá ser objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial, especialmente sob o enfoque do princípio da publicidade, constante do art. 37, *caput*, da Constituição e do direito de acesso à informação, prescrito no art. 5º, XIV e XXXIII, também do Texto Constitucional.

Assim, garante-se que tanto os atores públicos, como os atores privados, sejam estimulados a participar da solução privada de conflitos, assegurando-se uma discricionariedade com idoneidade e redução do acúmulo de processos.

Conclusão

As medidas adotadas internamente pelo Brasil para trazer a Administração Pública para uma cultura de consensualidade, através dos meios consensuais de resolução de conflitos, não foram efetivos. É possível afirmar que o Poder Judiciário brasileiro ainda se encontra em crise na gestão dos conflitos, em virtude do alto grau de litigiosidade. Em que pesem as medidas que têm sido adotadas nos últimos anos, a ausência de participação do Poder Público na construção de um cenário menos adversarial impede um impacto efetivo nos números e na qualidade da prestação jurisdicional.

Com essa premissa, foram formuladas três teses básicas: a) o Brasil passou por um processo de sucessivas alterações legislativas para permitir a utilização de meios consensuais de solução de conflitos pelo Poder Público; b) apesar dessas alterações legislativas, inexistente uma política pública para incentivar a atuação consensual dos órgãos e agentes públicos; c) para superar esse problema, devem ser associadas técnicas específicas de estímulo à consensualidade e desestímulo à litigiosidade. Ao final, as referidas teses foram confirmadas.

As alterações legislativas promovidas permitiram uma série de mudanças, inicialmente para conflitos específicos e depois em leis gerais, por exemplo, sobre mediação, conciliação, arbitragem e no próprio Código de Processo Civil. Essas alterações, contudo, não foram seguidas de uma ação proativa dos órgãos públicos para dar efetividade às normas.

Assim, apesar das novas previsões legais, percebeu-se uma dualidade no tratamento político. De um lado, os conflitos privados vêm sendo objeto de uma política do CNJ que inclui medidas para incentivar a consensualidade. De outro, os conflitos envolvendo o Poder Público ficam fora desse conjunto de medidas pela compreensão de que existem entraves à atuação consensual, muito embora haja previsão legal expressa.

Assim, para permitir que haja – de fato – uma mudança comportamental dos agentes públicos, é necessária a criação de um sistema de estímulo, no que a teoria do *nudge* pode contribuir para a criação. É preciso, portanto, pensar em uma política pública que pense não apenas na questão legal (alterações legais e normativas), mas também que afete a parte comportamental, levando os agentes a entenderem a consensualidade como algo positivo e gerando credibilidade das instituições perante o povo.

Referências

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. Quartier Latin, 2007.

CASSESE, Sabino. *Derecho administrativo: historia y futuro*. Trad. Alicia Isabel Saavedra-Bazaga (coord.). Sevilla: Giuffrè Editorie, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017, p. 54. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>> Acesso em: 05 nov. 2017.

WATKINS, Daniel. *A nudge to mediate: how adjustments in choice architecture can lead to better dispute resolution decisions*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1472470>>. Acesso em: 18 fev. 2018,

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria-público privada e outras formas*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FAÇÃO, Joaquim, HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A política da avaliação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 20, n. 59, out./2005, p. 97-109.

GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.

GRAHAM, Katherine. *How to Use 'Nudge' to Encourage More Parties into Mediation*. Disponível em: <<https://www.mediate.com/articles/GrahamKNudge.cfm>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

HANSEN, Pelle G. and JESPERSEN, Andreas M., Nudge and the Manipulation of Choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy, *European Journal of Risk Regulation*, 2013, p.3-28.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal: relatório*. Disponível em: <http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/121009_relatorio_custounitario_justicafederal.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

JANNUZZI, Paulo de Martino. Indicadores para diagnóstico, monitoramento e avaliação de programas sociais no Brasil. *Revista do Serviço Público*, 56 (2), abr.-jun./2005, p. 137-160.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em números e valores*. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns%20e%20Valores%20_2010%20a%202016_.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo: parte general*. Trad. Gabriel Doménech Pascual (coord.). Madrid: Marcial pons, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- MOLLOY, Donna; LEGARD, Robin; LEWIS, Jane. *Resolving Collective Disputes at Work: User perspectives of Acas collective conciliation services*. Disponível em: <http://www.acas.org.uk/media/pdf/h/4/collectivequalitativejan03_1.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai; MORAES, Márcia Amaral Corrêa de. *A negociação ética para agentes públicos e advogados: mediação, conciliação, arbitragem, princípios, técnicas, fases, estilos e ética da negociação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Editora Lumen Juris, 2014.
- NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais: reflexões acerca da sua admissibilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- OCDE. *Behavioural insights. Lessons from around the world*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights-and-public-policy-9789264270480-en.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2018.
- PALMA, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- PECI, Aiketa; PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Sílvia. Governança e *new public management*: convergências e contradições no contexto brasileiro. *Revista Organizações & Sociedade*, v. 15, n.46, jul./set. 2008, p. 39-55.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- PETER, John. *The Three Ages of Public Policy: Theories of Policy Change and Variation Reconsidered*. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2286711>. Acesso em: 08 jan. 2018.
- SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Litigation and the Legal Process*. <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.664.7383&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e democracia constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.
- SOUZA, Luciana Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SOUZA, Luciana Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência política & teoria do Estado*. 8. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.
- TABBACH, Avraham; LAVIE, Shay. A theory of litigation signals. Disponível em: <<https://www.law.umich.edu/centersandprograms/lawandeconomics/workshops/Documents/Paper%2012.Tabbach.%20A%20Theory%20of%20Litigation%20Signals.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.
- THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- TOONEN, Theo A. J. Reforma administrativa: analítica. In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon (Org.). *Administração Pública: coletânea*. Trad. Sonia Midori Yamamoto e Mirian Oliveira. São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: ENAP, 2010.

ZILLER, Jacques. O sistema continental de legalidade administrativa. In: PETERS, B. Guy; PIERRE, Jon (Org.). *Administração Pública*: coletânea. Trad. Sonia Midori Yamamoto e Mirian Oliveira. São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: ENAP, 2010.

WILSON, James Q. *Bureaucracy: what government agencies do and why they do it*. Basic Books, 1989.

WORTHEN, Blaine; SANDERS, James R.; FITZPATRICK, Jody L. *Avaliação de programas: concepções e práticas*. São Paulo: Gente, 2004.

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

VARELLA, Marcelo; FERREIRA FILHO, Marcilio. Políticas públicas consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 147-173, out./dez. 2018. DOI: 10.21056/aec.v19i74.929.
