



**TEORIA ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA E A CONSENSUALIDADE COMO
ALTERNATIVA À SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**ECONOMIC THEORY OF LITIGATION AND A CONSENSUALITY AS AN
ALTERNATIVE TO THE SOLUTION OF CONFLICTS IN THE FIELD OF THE PUBLIC
ADMINISTRATION**

Renata Danella Polli¹

RESUMO: O presente trabalho busca fazer uma análise crítica sobre o tema métodos alternativos de soluções judiciais, especialmente o consensualismo na Administração Pública por se tratar de medida que certamente se prestará a agilizar os julgamentos e garantir maior eficácia às decisões. Isso porque atualmente o Poder Judiciário não se mostra suficiente na proteção e reparação dos direitos dos cidadãos, o que inclui as decisões proferidas contra o Poder Público. Trata-se de ferramenta que se prestará a agilizar as relações em que figura a Administração Pública, de modo que estudos são bem vindos para esclarecer o sistema legal bem como tecer considerações sobre o arcabouço teórico que proporcionou mudanças no paradigma jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal bem como no próprio Código de Processo Civil com o advento da Lei 13.105/2015.

Palavras-chave: Métodos alternativos judiciais; Reforma do Estado; Teoria Econômica da litigância.

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Formada pela Universidade Estadual “Júlio de Mesquita Filho”. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo - ESPGE e Pós Graduanda em Direito e Economia pela Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo – ESPGE.

ABSTRACT: This present work seeks to make a critical analysis about the subject alternative judicial methods, particular about the consensualism in the Government as it is a tool aimed at providing agility and efficacy to the Brazilian legal system. Currently, the Judiciary lacks efficiency in protecting and repairing the rights of the citizens, including Government decisions. Since it is a tool aimed at providing agility in the government relationship, studies to clarify the legal system are welcome, providing observations about the theoretical framework that has led to changes in the legal precedentes paradigm of the Supremo Tribunal Federal and in the Process Civil Procedure Code with the advent of the law 13.105/2015.

Key words: Alternative judicial methods; Public Administration Reform; Economic Theory of litigation.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo a abordagem da constitucionalização do direito administrativo que impõe sua identificação com a efetivação universal do sistema de direitos e com toda a carta de princípios que a Constituição apresenta.

Logo, busca-se, através de uma análise da teoria econômica da litigância, propor uma atuação da Administração Pública pensada e reinventada, partindo de premissas de uma ordem constitucional democrática, atuando ao encontro da dignidade humana e dos direitos fundamentais, além de plural, participativa e cidadã na essência.

Nesse sentido, impõe-se a multiplicação de canais de comunicação pública e uma visão procedimentalista na formação do direito. Desse modo, faz-se necessária a alteração do papel da sociedade civil frente à Administração Pública, deixando para trás seu papel clientelista da prestação administrativa, para assumir o papel de titular de um direito legítimo, emergente da opinião e da formação de vontades discursivas de cidadãos, igualmente titulares de um Estado.

1. TEORIA ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA

Denomina-se litígio as circunstâncias nas quais se busca a intervenção do judiciário para a resolução de questões envolvendo direitos e obrigações. A litigância é considerada o caminho percorrido por um processo judicial desde a ocorrência do fato danoso até a sua resolução.

Segundo Cooter e Rubinfeld (1989, p. 1067-1097) supõe-se que as disputas judiciais são resolvidas através de vários estágios de um processo sequencial de tomada de decisão, no qual as partes têm informação limitada e agem de acordo com interesses próprios.

Importante salientar que as regras processuais têm como objetivo precípua minimizar os custos dos erros judiciais e dos demais custos diretos com a finalidade de se alcançar a eficiência, garantindo a melhor decisão judicial possível no menor espaço de tempo.

Busca-se alcançar a eficiência por meio do estabelecimento de regras processuais. E a eficiência se dá sob a ótica do princípio de Pareto segundo o qual determinado arranjo é considerado eficiente quando o melhoramento da situação de determinado indivíduo implica necessariamente no prejuízo de outro.

Entretanto, as disputas judiciais envolvem tanto interesses privados quanto interesses sociais e na ponderação entre ambos depara-se com situações nas quais há conflitos a serem harmonizados. Vale dizer, uma diminuição do nível da litigância pode ser socialmente desejável ao passo que a proibição de que indivíduos façam uso do sistema judiciário para resolverem seus conflitos implica em uma diminuição do bem estar destes indivíduos e até mesmo violação de direitos constitucionalmente previstos. No entanto, ainda assim entende-se que a eficiência seja a melhor saída já que dentre várias alternativas diferentes seu objetivo é maximizar os ganhos conjuntamente.

Nesse contexto, a teoria econômica da litigância visa o desenvolvimento de todo o processo, desde o momento em que o indivíduo decide exercer seu direito de ação e busca um advogado para tanto, até a decisão final de sua disputa judicial, incluindo a fase de execução do objeto da lide em disputa.

A análise econômica é feita a partir do seguinte cenário: diante da violação de um direito o indivíduo decide se quer buscar a tutela jurisdicional ou não. Optando por recorrer ao Poder Judiciário, está-se diante da necessidade de contratação de advogado, em regra, salvo algumas exceções legalmente previstas. Este advogado apresentará o valor dos honorários. Decide-se então pelo ajuizamento ou não de uma ação. Ajuizada a demanda esta poderá ou não ser resolvida antecipadamente através de um acordo. Não havendo um acordo seguir-se-á para a fase instrutória com a necessidade de produção de provas que irão subsidiar a decisão do

magistrado. Julgada a demanda haverá ou não a interposição dos recursos cabíveis com seus respectivos custos. Transitada em julgada a lide o autor então, se vencedor, passará para fase de execução até ser efetivamente ressarcido do dano suportado.

Logo, vê-se que o itinerário de um processo judicial envolve a tomada de inúmeras decisões: ajuizar ou não a ação, contratar qual advogado, fazer ou não um acordo, revelar ou não uma informação, interpor ou não um recurso etc. E nesse contexto, a análise econômica da litigância visa, sobretudo a partir da teoria dos jogos e teoria econômica da decisão, desenvolver um modelo acerca do comportamento dos indivíduos participantes deste processo durante as diversas fases processuais.

Para a análise da teoria econômica da litigância algumas premissas devem ser consideradas, sendo elas a racionalidade dos agentes; a estabilidade das preferências; a existência de um mercado bem como alguns critérios de eficiência.

Em uma relação jurídica processual, há que se partir do pressuposto de que o autor da demanda tem como objetivo maximizar seus ganhos monetários dentro do menor espaço de tempo possível. Por sua vez o demandado visará minimizar seus gastos e prolongar ao máximo a prolação da decisão final e conseqüentemente o cumprimento da ordem judicial reconhecida.

A teoria é aplicada ainda que o objeto da ação judicial não seja propriamente monetário. Ações envolvendo questões de família podem, em princípio não estarem eivadas de questões de cunho patrimonial, porém, podem ter seus resultados quantificados monetariamente, por exemplo, podem desembocar em fixação de pensão.

A decisão de litigar pauta-se na avaliação por parte do potencial litigante sobre os benefícios que supostamente serão obtidos no curso do processo bem como os custos que serão por ele suportados. Logo, o valor esperado de determinado litígio deve ser superior aos custos da demanda para que se torne interessante o ajuizamento da ação. Esse valor esperado corresponde à probabilidade de sucesso da demanda ou de possível acordo judicial multiplicado pelo retorno que terá o demandante através da procedência de seu pleito, seja por decisão judicial transitada em julgado seja por acordo judicial.

Essa ideia parte da perspectiva do sujeito demandante que a partir da situação em que se encontra faz uma análise e decide sobre ajuizar ou não a demanda. Logo, o exemplo dado limita-se apenas à questão de demandar ou não considerando dois possíveis desdobramentos, ganhar ou perder o litígio ponderando a questão das custas do processo. Entretanto, sabe-se que uma ação judicial pode ter inúmeros desdobramentos possíveis, o que dificulta o cálculo do

valor esperado do litígio. Para o fim de se atribuir probabilidades para cada evento possivelmente ocorrido no processo, pode-se calcular o valor esperado, através da teoria dos jogos.

Segundo Rubinfeld Pindyck (2006, p. 408) “a forma extensiva de um jogo é a representação de possíveis movimentos de um jogo no formato de uma árvore de decisões”.

A partir dessa ideia da teoria dos jogos, considerada uma disputa judicial, pode-se concluir que esta pode ser classificada como um jogo de forma extensiva. Neste jogo teremos as ações dos jogadores, a sequência na qual as decisões são tomadas e a informação sobre o resultado de cada ação. O jogo é resolvido de trás para frente, analisando-se cada ponto de decisão e o valor dela esperado.

A postura do réu, por sua vez, variará de acordo com o custo esperado da decisão do pedido do autor. Vale dizer, o réu contestará a ação, ao agir racionalmente, se o custo esperado de tal decisão for inferior ao pedido do autor. Caso o pedido do autor seja inferior ao custo esperado da disputa, entenderá por bem quedar-se inerte e pagar o valor requerido. Em caso de custos iguais para o réu será indiferente manifestar-se ou não.

Nessa equação temos ainda como variante o esforço aplicado por cada indivíduo. No entanto os esforços da parte deve aumentar até que se iguale ao seu custo marginal pois, apesar do esforço implicar em um aumento da probabilidade de vitória, a partir de certo ponto esse esforço causará uma piora na situação da parte já que a partir de certo ponto não compensará mais os custos judiciais que conseqüentemente também aumentarão com esta postura.

Há que se considerar ainda que a diminuição do custo de ajuizamento de ação conseqüentemente gerará um aumento das demandas judiciais, o que pode ocorrer com o reconhecimento de justiça gratuita para certo grupo de indivíduos ou até mesmo pela diminuição das custas judiciais e ainda pelo decréscimo de valores cobrados a título de honorários advocatícios por variações existentes neste mercado.

Do mesmo modo, o valor esperado do litígio pode influenciar no número de demandas judiciais por representar um critério de decisão da parte que age racionalmente. Um exemplo muito recorrente dá-se no que tange à fixação de valores a título de danos morais. Em causas que busquem a indenização por danos morais sofridos, qualquer alteração nos parâmetros de fixação deste tipo de indenização pelos juízes ou tribunais implicará em estímulo ou desestímulo de recorrida ao Poder Judiciário, bem como de apresentação de defesa por parte do demandado. Caso o critério utilizado pelos magistrados venha a ser duas vezes o valor do dano

sofrido e não o seu valor real, é evidente que teremos, para uma determinada probabilidade, um valor esperado duas vezes maior. Nesse caso haverá um maior estímulo para se iniciar ou se defender de uma questão judicial.

Essa postura dos litigantes conseqüentemente à forma como são proferidos os julgados implicam em uma valorização significativa da jurisprudência na determinação do volume de processos existentes, sobretudo nos sistemas nos quais há força vinculante dos precedentes judiciais, como ocorre atualmente no sistema processual brasileiro. Assim, quanto mais harmonizada a decisão judicial aos precedentes jurisprudenciais menor será a variação da probabilidade atribuída aos eventos vitória e derrota. Isso porque o precedente sinaliza às partes os critérios que serão adotados nos futuros julgamentos, diminuindo a probabilidade de equívoco com relação ao resultado da demanda. E, em havendo maior certeza quanto ao resultado que se busca, da mesma forma assume enorme relevância as súmulas vinculantes sendo potenciais colaboradoras para a diminuição do número de litígios pois aumentam ou diminuem as expectativas dos litigantes.

Um efeito rebote desse cenário apresentado envolve a reação do demandado/réu. Isso significa que a partir de determinado nível o aumento dos valores fixados em indenizações judiciais resultarão em um decréscimo das ações judiciais já que a partir de tal ponto o receio de arcar com altíssimos custos implicará em um cuidado maior na prática de atos que configurem infrações legais.

O incentivo a prática da demanda judicial está ligada ainda à existência ou não de erros judiciais. Segundo Cooter e Rubinfeld (1989, p. 1087), podem ser classificados em erros Tipo I e erro Tipo II. O primeiro seria aquele cometido quando um juiz (ou corte) julga culpando alguém que agiu corretamente. O segundo (erro do Tipo II) seria aquele cometido pelo juiz que entende que alguém agiu corretamente quando, na verdade, efetivamente violou o direito de outrem.

Os erros judiciais acarretam a distorção dos incentivos bem como custos à própria sociedade. Suas causas são variadas, podendo ser decorrentes da falha de informações recebidas pelos julgadores acerca dos fatos que envolvem o litígio, pela ausência de conhecimento sobre o próprio direito aplicável ao caso concreto ou até mesmo pelas convicções políticas do magistrado que interpreta os fatos a partir de valores que considera superiores. O ideal seria a solução do litígio pela forma mais justa possível e com o menor gasto possível de recursos.

Em casos solucionados por meios consensuais de resolução de litígios temos uma situação na qual eventual erro relacionado ao acordo seria igual ao custo do erro relacionado ao julgamento. No entanto, neste caso os custos da solução do litígio seriam significativamente menores e implicariam em um menor custo social. O que reforça a necessidade de estímulo a implantação de um sistema multiportas de solução de conflitos.

2. JOGOS DE BARGANHA E ACORDOS

A questão dos jogos de barganha ou acordos envolve a decisão sobre seguir com a demanda judicial até a sua decisão final ou encerrá-la de forma consensual por meio de ponderação dos interesses das partes. O acordo entre as partes geralmente é resultado de uma interação estratégica denominada de “barganha”.

A barganha deve ser entendida como a negociação a que se sujeitam as partes na tentativa de obter uma solução acerca de determinado conflito.

As situações de barganha parte de duas premissas, a primeira implica em que as partes, de forma racional, devem modificar suas crenças de acordo com as ações tomadas reciprocamente; e a segunda em que os agentes devem agir de forma consistente com suas crenças. Ademais, as crenças das partes devem ser consistentes não apenas em relação às suas próprias ações mas também com as ações dos outros participantes.

Nas situações de barganha as partes envolvidas no acordo podem estar dispostas a cooperar ou a não cooperar, sendo que a cooperação leva a um ganho total maior do que a soma dos ganhos individuais da não cooperação. Conclui-se que para o incentivo de que uma parte haja de forma cooperada em uma barganha é necessário que a parte tenha como resultado desta postura ao menos aquilo que obteria ao não cooperar. É o que se denomina de “threat value, ou seja, “valor de ameaça ou valor que induz a não cooperação. E a soma dos “threats values” das partes equivale ao valor da não cooperação do jogo.

Para que haja cooperação, as partes devem concordar acerca da divisão do lucro, sendo razoável que a divisão se dê de forma equânime.

Firmado um acordo, as partes, evitando um julgamento, irão arcar apenas com os custos de transação que se supõe serem inferiores aos custos atribuídos ao julgamento.

À luz do Código de Processo Civil de 2015, caberá ao magistrado, como primeiro passo, designar uma audiência de conciliação, é a chamada audiência de composição obrigatória

prevista no artigo 334. Logo, no procedimento comum, o réu não é mais intimado para responder, mas para comparecer a uma audiência de conciliação ou de mediação que passa a ser obrigatória. Em regra, esta audiência deve ser sempre designada, salvo indeferimento da petição inicial, determinação de emenda da petição inicial ou improcedência liminar. Entre a data da designação e da audiência deve haver um hiato mínimo de 30 dias, enquanto o réu deve ser citado pelo menos 20 dias antes da realização de audiência de conciliação ou mediação. Por fim, tal audiência será presidida por conciliador ou mediador, sendo possível que seja presidida por servidor com outras funções, nos locais em que não haja esses profissionais.

A regra no Brasil é, então, a determinação da audiência inicial de conciliação ou mediação, mas ela pode não ser realizada quando todas as partes envolvidas no processo, incluindo litisconsórcios ativos e passivos, manifestem desinteresse na composição consensual ou nas situações em que haja obstáculo à admissão de autocomposição. O demandante deve indicar logo em sua peça inaugural o desinteresse pela designação desta audiência e o réu poderá fazê-lo através de peça autônoma no prazo de 10 dias.

Vale ressaltar que o incentivo do legislador à solução do litígio por meio consensual é evidente já que autorizou, inclusive, a possibilidade de o acordo ser firmado por meio eletrônico, consoante letra constante no artigo 334, parágrafo 7º, que assim estabelece “A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei”.

A solução de um litígio por via consensual tem como requisito que as expectativas dos indivíduos envolvidos com relação ao que ocorreria em eventual julgamento sejam parecidas. Altas expectativas quanto ao resultado pretendido, autor buscando valores muito além do que efetivamente ganharia ou réu buscando perder muito menos do que perderia prejudicam a solução do conflito sem a intervenção do judiciário, por meio de acordo. Disso resulta que, eventual pessimismo das partes quanto aos resultados pretendidos estimulam a busca por métodos consensuais de solução do litígio. Todavia, as diferenças com relação às expectativas das partes estão diretamente ligadas à assimetria informacional geralmente existente.

A assimetria informacional entre as partes litigantes pode facilitar ou dificultar, senão impedir, a composição das partes através de um acordo. A troca voluntária de informações serve para corrigir eventual otimismo excessivo de alguma das partes contribuindo para a efetivação de um acordo, permitindo a economia com despesas processuais que seriam necessárias para a produção de provas durante a instrução processual.

No entanto, em sendo a questão excesso de pessimismo, as partes tendem a ocultar informações. Por exemplo, em um caso de acidente de trânsito, caso a vítima tenha ciência de que os danos por ela suportados sejam inferiores ao que o infrator acredita ter causado, em clara assimetria informacional, omite este fato com o objetivo de alcançar um acordo em valores superiores aos que receberia caso o processo fosse a julgamento. Nestes casos, não há incentivo para a revelação de informação privada, uma vez que esta interfere prejudicialmente à obtenção de um acordo.

Uma questão que envolve a tendência à submissão da causa ao julgamento do juiz é a possibilidade de correção de erros pelos tribunais superiores ou pelas Colégios Recursais, no caso de julgamento proferido pelos juizados especiais federais e estaduais. A correção por estas instâncias superiores é uma forma de monitorar as instâncias inferiores bem como reduzir a manutenção de eventual erro judicial cometido, conseqüentemente os custos sociais do processo.

A decisão de apresentação de recurso pelas partes equivale à de ajuizar uma ação ou decidir se aceita ou não a solução consensual. Logo, o recurso só será uma opção considerável nos casos em que a probabilidade de sucesso multiplicada pelo resultado de tal evento seja superior aos custos envolvidos. Esta probabilidade, por sua vez, está diretamente relacionada à probabilidade de erro cometida pela instância inferior. Vale dizer, em regra, quanto maiores as chances de um julgamento ter sido cometido em decorrência de erro judicial, maiores as chances de sucesso de um recurso interposto. Por sua vez, quanto maior a probabilidade de reversão de um erro judicial maior a possibilidade de diminuição dos custos sociais.

A partir dessa ideia pode-se considerar algumas premissas, sendo elas: a quantidade de recursos interpostos pelas partes é proporcional ao erro cometido pelos magistrados bem como ao erro de concepção das partes com relação a justiça da decisão proferida; aos custos judiciais, à existência de precedentes judiciais favoráveis ao seu caso concreto, à quantidade de requisitos de admissibilidade desse recurso e ao seu preenchimento no caso concreto e à inexistência de restrição com relação às matérias apreciadas pela Corte à qual se devolve a matéria recorrida.

A reiteração de decisões sistematicamente equivocadas acarretará um aumento da litigância de modo que o controle da correção das decisões ou a instituição da força vinculante de precedentes judiciais e súmulas vinculantes, como ocorre no Brasil, são medidas que contribuem para a diminuição da utilização de recursos processuais na busca de correção de decisões judiciais. Uma decisão proferida, ainda que considerada “equivocada”, se firmada em

precedente vinculante, propicia um maior conformismo no sentido de que o “erro” cometido tenha sido o menor possível e, portanto, desestimularia a interposição de recursos.

Considerando os fatores já expostos, o falso otimismo, que decorre do erro de entendimento de uma das partes por assimetria informacional, pode implicar na percepção de um erro que de fato não ocorreu ou que tenha sido maior do que o efetivamente cometido. Esse erro de entendimento distorce a probabilidade atrelada à procedência do recurso e implica em um maior número de litigantes valendo-se dos recursos processuais disponíveis.

As próprias Cortes judiciais têm recorrido a instrumentos que desestimulam a interposição de recursos, podendo ser citado como exemplo as custas judiciais, que não são socialmente aceitáveis por implicar na restrição do acesso à justiça; a imposição de preenchimento de requisitos de admissibilidade recursal; a demonstração de prequestionamento; o requisito da repercussão geral para a de admissibilidade de recursos como o Recurso Extraordinário endereçado ao Supremo Tribunal Federal e, agora, do Recurso de Revista endereçado aos Tribunais Regionais do Trabalho.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL COMO FORMA DE ECONOMIA PROCESSUAL

A ideia de uma Administração Pública consensual está baseada na propositura de um realinhamento administrativo que apresente ideias atuais e aptas a dar concretude a seu papel fundamental, qual seja, o de compatibilizar a existência de prerrogativas públicas, essenciais à atuação estatal com todo arcabouço de princípios e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988, com vistas a inserir o ser humano como figura principal da ordem jurídica.

Na medida em que o papel do Estado se modifica, alterando sua postura imperialista para a de um garantidor, nasce a necessidade de se concretizar a efetivação de uma gama de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, no que se inclui o *direito fundamental a uma boa administração*².

² Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 41. “Direito a uma boa administração. 1. Todas as pessoas têm o direito a que seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida, antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, nos respeitos dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; a obrigação, por parte da administração, de fundamentar

No Brasil, a Reforma do Aparelho do Estado fez emergir a necessidade de aplicação do consensualismo no âmbito da Administração Pública, que decorreu de um natural viés descentralizador, fazendo surgir múltiplos institutos jurídicos consensuais. Isso porque a década de 90 foi marcada por uma fase descentralizadora, reduzindo o número de atividades exercidas diretamente pelo Estado. Nesse cenário, a porta do consensualismo abriu-se com o advento da terceirização e, ainda, através dos contratos de concessão regidos pela Lei n. 8.987 de 1985. Cresce, ainda, o número de entidades que integram o chamado terceiro setor, que caracteriza-se pela realização de atividades estatais pela iniciativa privada, sem fins lucrativos, a exemplo do sistema “S” SESC, SESI, SENAI, SENAC, SEBRAE etc.

Outras pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos em regime de parceria com a Administração Pública são os integrantes do chamado terceiro setor, Organizações Sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. A Lei nº 9.790 de 1999 define estas entidades como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com requisitos e finalidades previstos na lei.

Destaca-se também as Parcerias Público Privadas – PPPs, regidas pela Lei nº 11.079 de 2004. Instituto criado para atender a carência de alguns seguimentos não atendidos devidamente pelo Estado, em especial os setores de obras e serviços.

Nesse contexto, como princípio norteador, o consensualismo se apresenta direcionando a tomada e decisões administrativas, na execução administrativa e, ainda, na prevenção e composição de conflitos.

Segundo Diego de Figueiredo Moreira Neto (2007, p. 266), ao analisar a participação administrativa, apresenta três dos seus institutos: coleta de opinião, debate público e audiência pública. Para o autor, a diferença entre a coleta de opinião e o debate público, é que na coleta de opinião o administrado tem o direito de manifestar sua opção, enquanto, no debate público, tem o direito de confrontar suas opiniões com as de outros administrados e com as do Poder Público.

Este cenário desemboca na necessidade de se homenagear o recurso à proporcionalidade, entendida por Alexy (2008) como lei de coalizão, para a ponderação de

as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua”

interesses públicos envolvidos. A isso se soma o princípio da juridicidade, substituto da legalidade estrita o que, necessariamente desemboca em uma figura de Administração Pública menos amarrada à estruturas e regras pré-definidas a respeito do interesse a ser preservado a priori, pautando suas atuações nos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de seus atos e contratos.

Por meio do chamado *governo contratual*, fundado, como afirma Marins (2010, p. 53), no conceito de boa governança pública (*good public governance*), sinaliza-se, na esteira da lição de Justino de Oliveira (2007, p. 277), “um novo caminho no qual a Administração Pública passa a valorizar (e por vezes prestigiar) uma forma de gestão, cujas referências são o acordo, a conciliação e a transação”.

Desse modo, essa perspectiva do direito administrativo visa destacar o papel do cidadão nas relações jurídico administrativas. Consubstancia-se em uma decorrência do princípio da participação, o qual há de se colocar em papel de destaque no arcabouço de paradigmas que se inclinam à modernização e racionalização do direito administrativo. É a chamada administração dialógica.

Odete Medauar (2003, p. 78) explica a importância do consensualismo na atuação da Administração Pública pelos seguintes termos:

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

Para Diogo Nogueira (2006, p. 147-166) “pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento”³.

³ “MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. Revista brasileira de Direito Público. Belo Horizonte. Ano 4, n. 13, p. 147-166, abr./jun. 2006, página 39”.

O Estado figura como um dos grandes e principais clientes do judiciário, segundo dados do próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que divulgou em 2012 um relatório com os denominados “100 maiores litigantes do Poder Judiciário”, que teve como objetivo suscitar o debate sobre as possíveis medidas aplicáveis para reduzir a litigância no Brasil.

Segundo a pesquisa feita pelo CNJ, o índice de participação do Setor Público Federal na Justiça Federal representa 83,19% (Brasil, 2012)⁴.

Vê-se, pois, o desarrastado gasto de recursos públicos necessários para a estruturação física e de pessoal para a solução de uma demanda judicial.

Todo esse cenário fez com que se buscasse alternativas econômicas e humanamente mais eficazes à efetivação dos direitos em um Estado Democrático de Direito sem que necessariamente fosse através do instrumento da sentença judicial de mérito. Fez-se necessário a reestruturação do modelo judiciário brasileiro.

Dentre as soluções pensadas, destaca-se a solução negociada que se apresenta com significativo grau de eficácia e potencial capacidade de economizar os recursos públicos, permite uma maior participação social no processo decisório e, em última análise, permite a efetivação da justiça na sociedade.

Conforme já destacado, em 2015, com o advento do Novo Código de Processo Civil, o legislador pátrio previu como norma fundamental o estímulo ou, mais do que isso, a imposição de que a consensualidade seja adotada como forma preferencial de resolução de conflitos, sobretudo no que se refere à conciliação, conforme se extrai da previsão expressa em seu artigo 3º, parágrafo 2º: “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos”. Previsão esta que tem refletido o objetivo dar efetividade à atividade jurisdicional.

Conclui-se que um dos compromissos assumidos pelo Código de Processo Civil é a solução pacífica dos litígios viabilizando, por sua vez, a autonomia da vontade das partes para a resolução de conflitos.

No âmbito da Administração Pública a efetivação dessa alternativa de resolução de conflitos pode dar-se através da mediação ou conciliação aplicados nas “câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos”, no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública, nos termos do artigo 32, I, da Lei 13.140/2015.

E ainda, o artigo 174, I, do Código de Processo Civil de 2015, no mesmo sentido.

⁴ Disponível em <http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/view/379/379>. Acesso em: 07.02.2018

A consensualidade, no entanto, não pode ser vista de forma apartada aos princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público ou da supremacia do interesse público aos quais a Administração Pública está jungida. Pelo contrário, merece ser utilizado na estrita observância de tais princípios, todavia, de forma mais eficiente, adequando a conduta do administrador aos parâmetros sociais atuais. Propõe-se, apenas, que se abra o “diálogo para que se avalie com mais acuidade a realidade do conflito e as opções de solucioná-lo” (MEGNA, 2015, P. 25).

Há doutrina que questione a viabilidade da utilização da consensualidade pelo Poder Público tendo em vista a previsão constitucional que submete a Administração Pública ao princípio da legalidade.

De fato, a Administração Pública deve pautar seus atos fundamentada em previsões legais. Ocorre que, uma, os contratos e demais atos bilaterais entre o Poder Público e a coletividade, assim como qualquer ato administrativo *strictu sensu*, extraem seu fundamento de validade da lei. Ademais, a utilização da consensualidade não pode dar-se de forma indiscriminada, havendo casos, com previsão legal, em que a Administração Pública deverá atuar de forma imperativa e cogente, não sendo admitida a consensualidade. Deve-se adotar, aqui, a ideia de juridicidade, vale dizer, a atuação da Administração Pública não deve pautar-se tão somente nas leis, mas também em princípios e práticas que compõe o ordenamento jurídico em geral. Desse modo, a ausência de lei formal a expressamente permitir a formação de contratos entre o Estado e a sociedade não pode ser vista como um óbice ao consensualismo, considerando-se a existência de outros princípios, como os da eficiência, do devido processo legal e da proporcionalidade.

O consensualismo enquadra-se, então, na discricionariedade administrativa, desde que não vedado expressamente pela lei, observada a devida fundamentação.

No julgamento do RE 253.885-0/MG, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se quanto a necessária pacificação entre os requisitos legalidade e consensualidade partindo das seguintes balizas: a necessidade de previsão legal expressa autorizativa para a celebração de acordos administrativos e se a celebração desses acordos estaria impedida pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. Entendeu-se pela validade do acordo realizado entre um Município e seus servidores e a fundamentação foi no sentido de que a conduta estatal teria atendido de forma mais rápida e efetiva ao interesse público, afastando, portanto, qualquer ofensa aos princípios elencados do artigo 37 da Constituição Federal. A Corte Suprema

entendeu que a previsão legal expressa somente será exigida nos casos em que a transação importar em renúncia a direitos, alienação de bens ou assunção de obrigações extraordinárias pela Administração. No que se refere à indisponibilidade do interesse público, restou decidido que “há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo analisou-se a partir teoria econômica da litigância os custos que envolvem a submissão de um litígio à análise e julgamento por parte do Poder Judiciário. Destacou-se as variáveis que envolvem a solução consensual, tais como a assimetria de informações, a teoria dos jogos e o poder de barganha. A partir de tais premissas foi apresentada a evolução da forma de atuação da Administração Pública, que abandona uma postura impositiva e cogente, fundamentada no princípio da supremacia do Poder Público a qualquer custo, e passa a adotar uma conduta consensual, aberta ao diálogo com seus parceiros da iniciativa privada ou, ainda, da sociedade civil como um todo.

A celeuma acerca da possibilidade de uma atuação consensual por parte do Estado envolve o fato de a sua atuação estar jungida, constitucionalmente, ao princípio da legalidade. Objeção que se mostrou superada pela doutrina, uma vez que os próprios atos bilaterais extraem seu fundamento de validade da lei, quando já não estão legalmente previstos pelo legislador, pela jurisprudência da Suprema Corte, que já entendeu pela validade da aplicabilidade do consensualismo na solução de conflitos pelo Poder Público.

Ganha força o consensualismo com o advento do Código de Processo Civil de 2015, criando-se, a partir de então um micro sistema que ampara a solução menos onerosa de conflitos entre Administração e Administrados, ou até mesmo dentro da própria Administração Pública.

Demonstrou-se que, superados certos estigmas de superioridade da atuação Estatal, entendeu-se que a abertura desse canal de diálogo favorece as relações sociais, minimiza gastos e previne ou soluciona conflitos de modo muito mais célere desafogando o judiciário. Salientou-se ainda, que essa ferramenta merece ser valorizada, utilizada sem, contudo serem deixados de lados os princípios constitucionais aos quais a Administração Pública segue jungida, dentre eles os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público devendo

estes serem respeitados diante da existência de vedação legal expressa, ou ainda, em situações nas quais os interesses da Administração Pública restem comprometidos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução/Organização de Luís Afonso Heck. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/legislacao/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 de março de 2014.

BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Institui o Novo Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de março de 2015.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. RE n. 253.885-0/MG. Primeira Turma. Relatora Min Ellen Gracie. Julgado em 04.06.2002.

CASTELLS, Manuel. *Para o Estado-Rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação*. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: UNESP, 2001, p. 166 (negritou-se). — A pertinência da arbitragem no contexto da reforma do Estado é estudada por: SALLES, *Arbitragem em contratos administrativos cit.*, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2014.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O tema da arbitragem no contexto da Administração Pública*. In: CAHALI, José Francisco; RODOVALHO, Rodrigo; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129 de 26-5-2016*, p. 85-104. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEGNA, Bruno Lopes. *Fazenda Pública e meios consensuais de solução de conflitos ou “enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade”*. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 82, p. 1-30. São Paulo, jul./dez. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A advocacia de Estado e as novas competências federativas*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 33, n. 129, p. 275-279. Brasília, jan./mar. 1996.

_____. *Novas tendências da democracia: Consenso e Direito Público na virada do século – o caso brasileiro*. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 28 de maio de 2017.

_____. *Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século — o caso brasileiro*. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 13. Salvador: mar./maio 2008. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br]. Acesso em 29.11.2016.

_____. *Mutações do Direito Administrativo. Novas avaliações (avaliação e controle das transformações)*. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2., junho/julho/agosto, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 20 de maio de 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*, p. 567-601. São Paulo: Malheiros, 2007.